Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
Edición 2002

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO

Edición 2002

Konrad
-Adenauer-
Stiftung

© 2002 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG A.C.

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

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

Director
Jan Woischnik

Asistentes de Redacción
Rosario Navarro
Manfred Steffen

Correctora
María Cristina Dutto

ISSN 1510-4974

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

Depósito legal 326.686/02 - Comisión del Papel
Edición amparada al Decreto 218/96

Impreso en Uruguay – *Printed in Uruguay*

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

Índice

Prefacio 9

I. Derecho Constitucional

La Constitución como fuente de Derecho: sistema de fuentes
Marco Gerardo Monroy Cabra (Colombia) 13

La Suprema Corte de Justicia de México,
genuino tribunal constitucional
Mariano Azuela Güitrón (México) 39

Alemania: cincuenta años de Corte Constitucional Federal
Rupert Scholz (Alemania) 57

Bases para el Derecho Constitucional Comparado latinoamericano
Miguel Ángel Ciuro Caldani (Argentina) 75

El Congreso como intérprete de la Constitución
Néstor Pedro Sagüés (Argentina) 101

La justicia constitucional en Paraguay y Uruguay
Norbert Lösing (Alemania) 109

II. Derecho Procesal Constitucional

Funciones del Derecho Procesal Constitucional
Juan Colombo Campbell (Chile) 137

La legitimación para interponer la acción
de inconstitucionalidad: el interés difuso
Gilbert Armijo Sancho (Costa Rica) 185

El control de la constitucionalidad de las leyes en Guatemala
Saul Dighero Herrera (Guatemala) 243

La evolución del Derecho Procesal Constitucional
a través de los órganos judiciales de la República Dominicana
Rafael Luciano Pichardo y José E. Hernández Machado
(República Dominicana) 257

III. Derechos y garantías individuales

La libre expresión del pensamiento y el derecho a la información
en la Constitución venezolana de 1999
Allan R. Brewer-Carías (Venezuela) 267

Algunas reflexiones sobre los derechos al honor,
a la intimidad, a la propia imagen y la libertad de prensa
Martín J. Risso Ferrand (Uruguay) 277

El derecho a la información en las resoluciones
de la Suprema Corte de Justicia de México
José Ramón Cossío D. (México) 305

Las medidas cautelares personales en el Derecho Positivo
panameño y en el Derecho Comparado
Aristides Royo (Panamá) 333

IV. Derecho Internacional

Derecho Internacional de los Derechos Humanos:
su aplicación directa
Felipe Tredinnick Abasto (Bolivia) 347

La protección internacional de los derechos humanos
y la soberanía nacional
Mara Gómez Pérez (México) 361

La prevención de conflictos bélicos
en el Derecho Internacional actual.
Las Naciones Unidas y el sistema interamericano
Héctor Gros Espiell (Uruguay) 375

La Justicia Penal Juvenil en el Derecho Internacional
de los Derechos Humanos
Javier Llobet Rodríguez (Costa Rica) 393

Strafschadensersatz: algunas reflexiones sobre
su ejecución desde el punto de vista teórico y práctico
Jayme Antonio Evros Ayala y Norbert Bernsdorff (Alemania) 417

V. Corte Penal Internacional

Procesos constitucionales para la ratificación
del Estatuto de Roma en los países latinoamericanos
Luis Felipe Polo Gálvez (Guatemala) 435

Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional de Chile
respecto del Tratado de Roma
que establece la Corte Penal Internacional
Humberto Nogueira Alcalá (Chile) 449

Vigencia de la Corte Penal Internacional. El Estatuto de Roma
y la ratificación por el Estado uruguayo
José Luis González González (Uruguay) 467

Prefacio

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

De esta forma, tanto nuestra oficina en México —con competencias en México, América Central y el Caribe— como la de Montevideo —cuya competencia se extiende a toda Sudamérica— realizaron nuevamente a lo largo del año 2002 variados eventos (conferencias, seminarios, etc.) nacionales e internacionales sobre distintos aspectos del Derecho Constitucional.

Con la edición del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, publicación que se difunde en todo el continente, el Programa Estado de Derecho pretende complementar la actividad de estos eventos y ofrecer un aporte adicional a la promoción del proceso arriba descrito. Quiere constituir una plataforma internacional para el diálogo científico y ofrecer un espacio de expresión a destacados autores en el terreno del Derecho Constitucional, provenientes de toda Latinoamérica e incluso de otros países. Además de éstos, participan también algunos jóvenes autores muy prometedores. Así, la octava edición del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* contiene artículos provenientes de once países latinoamericanos, a saber: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, México, Panamá, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. A ellos se suman tres artículos desde Alemania.

El volumen comienza con las secciones “Derecho Constitucional” y “Derecho Procesal Constitucional”. Con el hecho no casual de que ambas aparezcan juntas y en un plano de igualdad se quiere expresar que la cristalización cada vez más clara de una ciencia del Derecho Procesal Constitucional autónoma merece todo el apoyo. Porque, como en todas la ramas del Derecho, un buen funcionamiento del Derecho Procesal conlleva una mejor realización del derecho material.

En ambos capítulos se encuentran, entre otros, algunos importantes aportes presentados por sus autores en ocasión del IX Encuentro de Presidentes y Magistrados de

los Tribunales Constitucionales y de las Salas Constitucionales de América Latina, que la Fundación Konrad Adenauer organizó a mediados de este año en forma conjunta con la Universidad Federal de Santa Catarina y el Supremo Tribunal Federal de Brasil en Florianópolis.

Dos importantes artículos provenientes de Argentina se ocupan del Derecho Constitucional Comparado latinoamericano y del Congreso como intérprete de la Constitución. Con motivo del 50 aniversario de la Corte Constitucional Federal alemana, y en vista de que su jurisprudencia es citada frecuentemente en varios países de Latinoamérica, quiero llamar la atención también sobre el trabajo que no solamente expone la evolución de esta Corte, su organización y sus tipos de procedimiento, sino también una mirada sobre los lineamientos básicos de su jurisprudencia. Una segunda contribución interesante desde Alemania trata sobre la justicia constitucional en Paraguay y Uruguay.

En el tercer capítulo, "Derechos y garantías individuales", se examina la protección de ciertos derechos fundamentales en los casos particulares de Venezuela, México, Uruguay y Panamá.

En la cuarta sección, "Derecho Internacional", se tratan variados temas relacionados con los derechos humanos, así como sobre la prevención de conflictos bélicos y el *Strafschadensersatz*, de gran actualidad.

El tomo culmina con el quinto capítulo exclusivamente dedicado a la nueva Corte Penal Internacional permanente que inició sus actividades este año. En vista de la dimensión histórica de este acontecimiento para el Derecho Internacional, y teniendo en cuenta que al día de hoy la mayoría de los Estados latinoamericanos ratificaron el Estatuto de Roma, el desarrollo del Derecho Penal Internacional seguramente ocupará un lugar destacado también en algunas futuras ediciones del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.

Espero que los artículos contenidos en el tomo que estoy presentando hoy signifiquen un beneficio intelectual para sus lectores. A los autores les expreso mi sincero agradecimiento por su invalorable cooperación.

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

I. Derecho Constitucional

- *Marco Gerardo Monroy Cabra (Colombia)*
  La Constitución como fuente de Derecho: sistema de fuentes
- *Mariano Azuela Güitrón (México)*
  La Suprema Corte de Justicia de México, genuino tribunal constitucional
- *Rupert Scholz (Alemania)*
  Alemania: cincuenta años de Corte Constitucional Federal
- *Miguel Ángel Ciuro Caldani (Argentina)*
  Bases para el Derecho Constitucional Comparado latinoamericano
- *Néstor Pedro Sagüés (Argentina)*
  El Congreso como intérprete de la Constitución
- *Norbert Lösing (Alemania)*
  La justicia constitucional en Paraguay y Uruguay

Marco Gerardo Monroy Cabra (Colombia) *

La Constitución como fuente de Derecho: sistema de fuentes **

I. Introducción

El presente trabajo tiende a demostrar que, dentro de la concepción moderna del Estado Constitucional, la Constitución y las sentencias de los Tribunales Constitucionales que la interpretan han llegado a ser verdaderas fuentes de Derecho.

A estos efectos, se analizará primero el concepto tradicional de *fuentes* que estaba en el Código Civil dentro de la concepción del Estado liberal clásico de Derecho, para luego exponer los cambios introducidos por la adopción del Estado social de Derecho.

Las fuentes de Derecho se estudian en la Constitución y su jerarquía dimana de ella.

Para entender el cambio producido se hace un resumen de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha precisado las diversas fuentes de Derecho.

Por último, se extraen algunas conclusiones generales que tienden a demostrar la constitucionalización de las fuentes de Derecho.

II. Concepto tradicional de fuentes del Derecho

La mayoría de la doctrina define *fuentes* como el origen del Derecho. Savigny[1] denomina *fuentes jurídicas* a "las causas de nacimiento del derecho general, o sea,

---

* Presidente de la Corte Constitucional de Colombia. Primer Vicepresidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Catedrático.

** El presente trabajo fue presentado por el autor en ocasión del IX Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y de las Salas Constitucionales de América Latina, realizado por la Fundación Konrad Adenauer, la Universidad Federal de Santa Catarina y el Supremo Tribunal Federal de Brasil en Florianópolis del 2 al 6 de junio de 2002.

[1] Friedrich C. von Savigny, *Sistema de Derecho Privado Romano* (trad. de J. Mesía y Manuel Poley), t. II, Madrid, 1879, p. 63.

tanto de las instituciones jurídicas como de las reglas jurídicas formadas por abstracción de aquélla". Agrega que "la verdadera fuente u origen es esa vida invisible del Derecho en el espíritu del pueblo, en su conciencia común".

Según Kelsen, las fuentes se identifican con el fundamento de validez y por tanto no serían diversas del Derecho mismo: aquéllas serían las propias normas jurídicas en cuanto sirven de fundamento de validez al proceso de creación normativa.

Rubio Llorente[2] dice: "son fuentes del Derecho los actos y hechos a los que las normas sobre producción de un sistema jurídico concreto atribuyen la capacidad de crear normas con validez *erga omnes*".

Desde luego, este concepto no toma en cuenta las ideologías o intereses que determinan los contenidos normativos, ni los procesos sociales que modifican el sistema al margen de las normas sobre producción normativa.

Cicerón (*Ad Herennium*, II, 13.91)[3] indica que el derecho proviene de "*natura, lege, consuetudine, judicato, aequo et bono, pacta*", que es la misma enumeración de Papiniano (D.1,1,7 pr) en que dice que el derecho civil "viene de las leyes, los plebiscitos, los senado consultos, los decretos de los príncipes o la autoridad de los sabios".

La ley 1ª del título XVIII del Ordenamiento de Alcalá cita como fuentes el *ius commune*, Derecho real, estatutos de las ciudades, fueros locales, costumbre feudal, etc.

Cuando triunfa el Estado absoluto se le otorga primacía a la ley, por la pretensión del Estado de monopolizar la creación del Derecho.[4]

Para Kant no hay más fuente de Derecho que la razón humana, y la primacía de la ley se explica por ser expresión de la razón. Pero para Savigny la fuente del Derecho se encuentra en el "espíritu del pueblo", no en la razón natural.

La mayoría de los autores clasificó las fuentes en *reales* y *formales*, y las formales eran la ley y la costumbre. La doctrina y la jurisprudencia se consideraban como autoridades o fuentes indirectas.

Pero también el concepto de *fuentes del Derecho* se refiere al fenómeno de creación de normas, o sea, aquello en lo que el ordenamiento jurídico tiene la virtualidad de crear una norma. Por tanto, hay que distinguir entre la realidad social y fáctica, que es fuente causal, y aquello a lo que el ordenamiento atribuye eficacia creadora de normas.

No se incluye en el concepto de *fuentes* el órgano que dicta las normas ni el proceso de formación de éstas.

Usualmente se distingue entre *normas* y *actos de aplicación*, pero los actos de aplicación son con frecuencia también creadores de normas, o sea, normativos. Sin

---

[2] F. Rubio Llorente, "Fuentes del Derecho", en Manuel Aragón Reyes (ed.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, t. 1, Civitas, Madrid, 2000, p. 231.

[3] Castro, *Derecho Civil de España*, Parte General, t. 1, Madrid, 1949, p. 334.

[4] Díez Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Madrid, pp. 430-435.

embargo, salvo en Derecho Laboral, donde se llama *fuentes del derecho* a los convenios colectivos, no se consideran tales los contratos entre particulares.

Asimismo, no se consideran *fuentes* las sentencias, en cuanto creadoras de normas para las partes —aunque sí lo son en cuanto creen jurisprudencia—, ni tampoco los actos administrativos, muchos de ellos también creadores de normas.

Expresa Ignacio de Otto:[5]

> El criterio que opera de hecho en la labor de identificación de las fuentes es el de tomar como punto de partida la aplicación judicial del Derecho, de modo que se incluye en la categoría de fuentes del derecho todo aquello que proporciona al juez las normas para decidir el caso, aquello donde se encuentra la predeterminación normativa de la función judicial.

El concepto de *fuentes del Derecho* nace en el campo del Derecho Civil, en que se consideran tales la ley y la costumbre como fuentes directas, y la doctrina y los principios generales de Derecho como fuentes indirectas.

En Colombia, la adopción de la Constitución Política de 1991 ha supuesto una modificación del concepto de fuentes del Derecho.

Este cambio se produjo por el papel de la Constitución como norma de normas en el Estado social de Derecho, por la primacía de los derechos inalienables de las personas, la reducción de la posición privilegiada de la ley, la incidencia de la creación de la Corte Constitucional, y los cambios que se produjeron en los mecanismos de protección de los derechos con la creación de las acciones de tutela, populares, de cumplimiento y, en fin, con la implicación de las modificaciones constitucionales.

Durante la vigencia de la Constitución de 1886 se sostenía que existían fuentes reales y formales del Derecho. En cuanto a las fuentes *reales*, no ha existido ninguna modificación, por cuanto se trata de los factores políticos, económicos, sociales y culturales que conllevan el sustrato de la realidad social de un Estado determinado en un preciso momento histórico.[6]

En cuanto a las fuentes *formales*, se aceptaba que eran básicamente dos: la ley y la costumbre. Como *autoridad y tradición*, siguiendo la terminología de Gény, se aceptaban la doctrina y la jurisprudencia.

En la tradición romanística (naciones latinas y germánicas) prevalece la ley; en cambio, en el sistema angloamericano (*common law*) tiene primacía el precedente judicial.

Las fuentes del Derecho venían reguladas por los códigos y especialmente por el Código Civil, que contiene una serie de reglas sobre la aplicación de las normas jurídicas, sobre su eficacia en el espacio y en el tiempo y sobre la interpretación, así como sobre el valor de los principios generales de Derecho y la jurisprudencia.[7]

---

[5] Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional: sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1998, p. 72.

[6] François Gény, *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, 2ª ed., Reus, Madrid, 1925, pp. 210 y ss. En igual sentido, Marco Gerardo Monroy Cabra, *Introducción al Derecho*, 12ª ed., Temis, 2001, pp. 127 y ss.

[7] Código Civil, Título Preliminar, artículos 1 a 72, y ley 153 de 1887.

Hay que tener en cuenta que estas normas no han sido derogadas, pero deben ser interpretadas, como el resto del ordenamiento jurídico, de conformidad con la Constitución Política de 1991.

La doctrina[8] se orientaba —y sigue siendo válido el planteamiento— a considerar las fuentes como respuestas objetivas a interrogantes que plantea la realidad social y conforme a los valores vigentes en un determinado momento histórico.

La concepción tradicional de las fuentes del Derecho tuvo origen iusprivatista y correspondía al Estado de Derecho clásico liberal, que reconocía como principio fundamental la supremacía de la ley como expresión de la voluntad general.

III. Nuevo concepto de fuentes de Derecho

La adopción del Estado social de Derecho corresponde al Estado constitucional, en que la Constitución viene a ser la norma suprema que tiene primacía sobre todas las demás normas.

El cambio del Estado liberal de Derecho por el del Estado constitucional ha significado una modificación en el concepto de fuentes del Derecho.

En el Derecho actual se observa que este concepto se ha constitucionalizado y se ha internacionalizado.

Es evidente que el Derecho Constitucional ha llegado a ser lo que era en otro tiempo el Derecho Civil, y más exactamente lo que era el Derecho Común en la Edad Media. Las normas, valores y principios constitucionales son normas aplicables en las distintas ramas del Derecho.

Por todo lo anterior, tiene razón Enrique Álvarez Conde[9] cuando expresa:

> Hoy día parece comúnmente pacífico que la regulación de las fuentes del Derecho se sitúe en el campo de la teoría de la Constitución. En efecto, ya el propio Kelsen concebía ésta, desde el punto de vista material, como la norma reguladora del proceso de creación de normas por parte de los órganos superiores del Estado.

El hecho de que ya la ley no tenga supremacía sino que ésta corresponda a la Constitución ha llevado a que la Constitución no sólo se considere como fuente de Derecho sino que delimite el sistema de fuentes.

Dentro del concepto moderno de fuentes subsiste la concepción sociológica, que se refiere al conjunto de factores constitutivos de la realidad social, que son los que conducen a la creación de las normas. Esto significa que el concepto de fuentes no puede reducirse a un concepto jurídico, por cuanto hay que tener en cuenta las estructuras políticas, socioeconómicas, que sirven de sustrato a la formulación jurídica.

---

[8] Julio Cueto Rúa, *Fuentes del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, p. 28; Carlos Cossio, *La valoración jurídica y la ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Arayú, 1954, p. 122.

[9] Enrique Álvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional*, vol. 1, 3ª ed., Tecnos, Madrid, p. 138.

Las fuentes suponen que el Derecho nace en la sociedad y que cada sociedad en especial tiene unas estructuras que dan origen a la formulación de las normas. Este concepto sociológico de fuentes es resumido por Carretero cuando dice que las fuentes constituyen "la manifestación de las fuerzas sociales a las que el ordenamiento jurídico y la Constitución califican como creadoras de mandatos jurídicos obligatorios dentro del Estado".[10]

Las fuentes del Derecho se centran "en el estudio de los procedimientos de producción normativa, cuyo diseño básico viene establecido por la Constitución".[11]

Según Pizzorusso, por fuentes del Derecho hay que entender "aquellos hechos o actos jurídicos los cuales, en virtud de las normas sobre producción jurídica vigente en un determinado ordenamiento, tienen como efecto la creación, modificación o derogación de disposiciones o normas integradas en aquel ordenamiento".[12]

Enrico Pattaro define las fuentes de derecho como "todas las normas que, de hecho, se sientan como socialmente vinculantes y sean aplicadas" por los tribunales. [13]

La teoría iuspositivista de las fuentes del Derecho afirma la supremacía de la ley, pero hoy hay que entenderla como la supremacía de la Constitución.

Hagerstrom entiende por fuentes de Derecho "normas jurídicas" que pueden ser diferentes: leyes, espíritu de la ley, costumbre, equidad, naturaleza, etc.[14] Estas fuentes, en la concepción de este autor, "adquieren validez (*gora sig gallande*) en la medida en que, de hecho, llegan a hacerse acoger en la ideología normativa de los jueces y a encontrar aplicación en los tribunales; en este caso, son, efectivamente, fuentes de derecho".

Según Álvarez Conde, la doctrina[15] realiza una triple distinción de fuentes:

a) los actos a los que el ordenamiento jurídico atribuye la facultad de crear normas, o *fuentes de producción*;
b) las normas, o sea, las llamadas *fuentes sobre la producción*; y
c) las formas a través de las cuales se expresa la norma jurídica (De Otto).[16]

Esto significa que, siguiendo la distinción de Álvarez Conde ya citada, se puede distinguir entre *normas sobre la producción jurídica*, que son aquellas que establecen las reglas para la creación, modificación o derogación del Derecho, y *normas de producción jurídica*, que son las que dictan la regla aplicable al caso concreto.

---

[10] A. Carretero Pérez, "El concepto constitucional de fuentes de Derecho", en AA.VV., *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Madrid, 1979.

[11] Álvarez Conde, op. cit., p. 140.

[12] J. Pizzorusso, "Las fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico italiano", *REDC*, nº 3.

[13] Enrico Pattaro, *Elementos para una Teoría del Derecho*, Debate, Madrid, 1991, p. 165.

[14] Hagerstrom, *Ar gallande ratt*, p. 82-89, cita de Pattaro, op. cit., p. 167.

[15] Álvarez Conde, op. cit., vol. 1, pp. 138 y 139.

[16] Ignacio de Otto, *Lecciones de Derecho Constitucional*, "Introducción", Oviedo, 1980, y *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona, 1987.

En conclusión, como expresa Álvarez Conde:

> La doble condición de la Constitución como norma jurídica y como norma suprema la configura no sólo como fuente del Derecho, sino como norma reguladora del propio sistema de fuentes. Es decir, si bien puede afirmarse que la idea de supremacía constitucional va unida a la de Constitución escrita, lo cierto es que la configuración de la misma como norma que regula la creación de normas por parte de los órganos del Estado implica necesariamente que el concepto de Constitución se construye a partir de la jerarquía entre normas.[17]

En Colombia las fuentes se pueden clasificar así:

a) la Constitución y la interpretación dada a ésta por la Corte Constitucional;
b) la ley en sus diversas clases;
c) la costumbre;
d) la jurisprudencia;
e) los principios generales de Derecho.

Como fuente indirecta se puede mencionar la doctrina. El valor de los tratados como verdadera fuente de Derecho depende de que se adopte la concepción monista o dualista y de lo que dispongan las normas constitucionales sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno.[18]

IV. La Constitución como fuente de Derecho

1. Concepto de Constitución

Expresa Ignacio de Otto:

> La palabra Constitución, y con ella la expresión Derecho Constitucional y cualquier otra en que el término aparezca como adjetivo, se encuentra en su origen ostensiblemente cargada de significado político, evoca de inmediato ideas tales como libertad y democracia, garantía de los derechos de los ciudadanos, limitación de poder. [19]

Rubio Llorente[20] dice:

> La Constitución es el conjunto de normas que fundamentan la legitimidad del poder estatal.

El significado político del término *Constitución* se pone de manifiesto en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional francesa en 1789, en que se contiene la siguiente idea:

> Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución.

---

[17] Álvarez Conde, op. cit, t. 1, p. 159.

[18] Un análisis de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno se encuentra en la obra de Marco Gerardo Monroy Cabra, *Derecho Internacional Público*, Temis, Bogotá, 5ª ed., 2002.

[19] De Otto, *Derecho Constitucional…*, op. cit., p. 11.

[20] Rubio Llorente, "Constitución", op. cit., p. 21.

M. García Pelayo[21] dice que la Constitución se presenta:

> […] como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos.

En el mismo sentido expresa Álvarez Conde:[22]

> Todos los órganos del Estado son creados y regulados por la Constitución, convirtiéndose ésta en expresión del poder constituyente, de la soberanía, mediante la cual se racionaliza la estructura del Estado.

Y agrega que, cuando se produce la crisis del Estado liberal, la idea de la Constitución como norma es aceptada en Europa.

En Europa la Revolución Francesa conduce a la primera Constitución europea, la de 1791, y el movimiento liberal español se traduce en la Constitución de Cádiz de 1812. Pero, por la existencia de monarquías, no se afianza la idea de que la Constitución escrita es una norma jurídica que obliga a los poderes del Estado.

En Europa la supremacía corresponde a la ley, por las razones explicadas por Ignacio de Otto:[23]

> La finalidad garantista del constitucionalismo se persigue por una vía interna —por decirlo así— al aparato de poder del Estado, de modo que el Estado constitucional significa Estado organizado con arreglo a ciertos principios, pero no necesariamente sumisión de los poderes del Estado a normas situadas por encima de ellos. Por eso, es posible que precisamente el país donde tiene su cuna el régimen constitucional, la Gran Bretaña, ni siquiera tenga una Constitución escrita y se asiente sobre la soberanía del Parlamento, sobre su no sumisión a normas jurídicas; y que en la más clásica realización francesa del régimen constitucional, la III República, la Constitución fuera considerada una ley como cualquier otra que no vinculaba al poder legislativo. El resultado es que la posición suprema en el ordenamiento jurídico corresponderá a la ley.

Por el contrario, en el constitucionalismo americano, donde no se presentaron las condiciones que influyeron en Europa, resulta claro que desde un comienzo las normas contenidas en la Constitución escrita fueron Derecho.

El Derecho norteamericano consagra la supremacía jerárquica de la Constitución. El juez Marshall expresó:

> Los poderes del legislativo son definidos y limitados, y para que tales límites no se confundan u olviden se ha escrito la Constitución.

Actualmente es indudable que el concepto de Constitución ya no se refiere a un régimen sino a una norma, a la cual han de sujetarse todos los poderes del Estado.

---

[21] M. García Pelayo, *Escritos políticos y sociales*, Madrid, 1989, p. 43.
[22] Álvarez Conde, op. cit., p. 148.
[23] De Otto, op. cit, p. 13.

2. La Constitución como norma suprema

La doctrina constitucional diferencia entre normas de creación y aplicación de normas.

En el plano de la creación hay que distinguir entre órganos que crean las normas (legislación) y normas superiores a que han de sujetarse (Constitución).

El concepto de Constitución como norma suprema presupone una determinada estructura del ordenamiento. Esto significa que la Constitución se presenta como el conjunto de normas a las cuales está sujeta la creación de normas por los órganos superiores del Estado. Es la norma básica o fundamental de la pirámide del ordenamiento.

La norma suprema se establece mediante la promulgación de un texto escrito.

La Constitución como norma supone que el cumplimiento de sus preceptos es obligatorio y que su infracción es antijurídica.

El concepto de Constitución se construye a partir de la jerarquía entre normas.

La diferencia entre las normas constitucionales y las demás normas jurídicas es que las primeras tienen superioridad respecto de la legislación y de toda creación normativa y respecto de todos los actos de aplicación de ésta.

La Constitución como norma suprema fue una creación jurisprudencial norteamericana en la sentencia del juez Marshall en 1803 en el caso Marbury contra Madison. En la sentencia de Marshall se planteó la cuestión de si una ley votada por el Congreso y contraria a la Constitución podría continuar siendo aplicada. El juez Marshall proclamó la superioridad jerárquica de la Constitución:

> O la Constitución es superior a todo acto legislativo no conforme con ella, o el poder legislativo puede modificar la Constitución con una ley ordinaria.

Esta tesis dio origen al control constitucional de las leyes.

Sin embargo, en Europa se siguió manteniendo la supremacía de la ley. Expresa Enrique Álvarez Conde:[24]

> La elaboración científica del concepto normativo de Constitución es debida, en buena medida, a la dogmática alemana del siglo XIX, a partir de la cual se inicia el proceso de juridificación de todo el Derecho Público, predicándose el carácter normativo de los contenidos orgánicos de la Constitución.

Todos y cada uno de los preceptos constitucionales tienen el carácter de norma jurídica, lo que implica que no hay normas constitucionales carentes de eficacia jurídica. Hay normas directamente aplicables, como las relativas a los derechos fundamentales o las normas organizativas de los poderes públicos; en cambio, hay otras que tienen remisión normativa, o poseen carácter programático, pero siguen siendo normas jurídicas.

---

[24] Álvarez Conde, op. cit., p. 154.

La doctrina ha reconocido el carácter abierto de las normas constitucionales. García de Enterría[25] sostiene:

> El carácter normativo de la Constitución vincula inmediatamente a la totalidad de los jueces y Tribunales del sistema y no sólo al Tribunal Constitucional, y esa vinculación directa incluye las siguientes necesarias aplicaciones de la norma suprema, que ha de entenderse que se incluyen entre las funciones preceptivas a que les obligan los principios de sometimiento "al imperio de la Ley" (artículo 117, 1 de la Constitución) y *iura novit curia*.

Aplicando estos conceptos es indudable que la Constitución colombiana de 1991 es la norma que en el ordenamiento jurídico del país ocupa la posición de norma suprema. El carácter supremo de la Constitución de Colombia deriva de que se supone la existencia de una norma fundamental, como expresó Hans Kelsen. Si existe esa norma fundamental, se entiende lo preceptuado por el artículo 4 de la Constitución, que dice:

> La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

Así mismo, la supremacía de la Constitución está afirmada por la existencia de la jurisdicción constitucional y, en concreto, de la Corte Constitucional colombiana, que tiene competencia para declarar inexequibles o invalidar leyes que contraríen los preceptos constitucionales. Es indudable que no podría existir jurisdicción constitucional si la Constitución colombiana no fuera norma suprema.

La supremacía de la Constitución cede en varias situaciones:

a) por la existencia del Derecho Internacional, que debe ser acatado en virtud de lo dispuesto por el artículo 9 de la Constitución;
b) según el artículo 150 de la Carta, que en su numeral 16 dice que corresponde al Congreso mediante leyes:

> Aprobar o improbar los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados;

c) por los artículos 93 y 94 de la Constitución que dicen:

> Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

---

[25] Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 66-67.

> Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos;

d) en virtud del artículo 214 de la Carta, no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. Además, en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.

En la Constitución se distinguen normas de organización y procedimiento y normas de contenido —también se denominan *parte orgánica* y *parte dogmática*—. Sin embargo, como la Constitución es norma suprema, todos sus preceptos predeterminan positiva o negativamente el contenido de las normas y actos de los poderes que la Constitución organiza.

3. La Constitución y el sistema de fuentes del Derecho

Uno de los problemas de los ordenamientos en los que la Constitución tiene el carácter de norma jurídica es si resulta o no aplicable por los órganos llamados a aplicar el ordenamiento, o sea los jueces (eficacia directa). Es decir, si la Constitución en sí misma es fuente del Derecho o si constituye sólo un mandato dirigido al legislador y que afectará únicamente la actividad de los órganos del Estado en la medida en que se haya incorporado a las leyes (eficacia indirecta).

El problema de la Constitución como fuente sólo se presenta en los ordenamientos que aceptan que la Constitución es norma jurídica suprema.

El sistema de eficacia directa de la Constitución significa, según Ignacio de Otto,[26] lo siguiente:

> […] que los jueces, y en general todos los llamados a aplicar el derecho, habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión, igual que cualquier otra norma, con las siguientes consecuencias: a) dado que la Constitución es norma superior, habrán de examinar con ella todas las leyes y cualesquiera normas para comprobar si son o no conformes con la norma constitucional; b) habrán de aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solución del litigio o, en general, para configurar de un modo u otro una situación jurídica; c) habrán de interpretar todo el ordenamiento conforme a la Constitución. En otras palabras, si la Constitución tiene eficacia directa no será sólo norma sobre normas, sino norma aplicable; no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más.

La eficacia directa de la Constitución significa que se aplica junto a la ley o incluso frente a ella. Cualquier juez puede aplicar la Constitución junto a la ley para interpretar ésta o para completarla. Asimismo, los derechos que la Constitución reconoce son directamente aplicables por el juez, aunque no se encuentren regulados por la ley. La eficacia directa de la Constitución implica reconocer su posición jerárquica como norma suprema.

---

[26] De Otto, op. cit., p. 76.

La Constitución Política de Colombia de 1991 (CP) optó por atribuir a sus normas eficacia directa. Este principio se encuentra contenido en el artículo 4, que dice lo siguiente:

> La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

La eficacia directa de la Constitución supone que el juez o el operador jurídico ha de verificar si la norma es o no constitucional, por cuanto puede aplicar la excepción de inconstitucionalidad. Así mismo, la eficacia directa de la norma constitucional conlleva el que se puede pedir la declaratoria de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional. La eficacia directa de la Constitución implica reconocerle efecto derogatorio. Por tanto, la Constitución de 1991 tiene efecto derogatorio de todas las disposiciones que contradigan lo dispuesto en la Constitución, aun las normas constitucionales anteriores (CP, artículo 380).

Igualmente, un principio general reconocido en la doctrina constitucional es el de la interpretación de las normas conforme a la Constitución.[27] Por tanto, en caso de existir varias posibilidades de interpretación de la norma, se debe aceptar la que sea conforme a la Constitución y rechazar la que sea contraria a ésta.

La consecuencia del principio anterior es que la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico vincula a todos los jueces y tribunales, los que interpretarán y aplicarán las leyes según las normas, principios y valores constitucionales, conforme a la interpretación de éstos que resulte de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional. La supremacía de la Constitución y el principio de la seguridad jurídica implican la uniformidad de la jurisprudencia a la cual debe propender la Corte Constitucional. Además, es necesario que los jueces interpreten la Constitución en la forma como lo ha establecido la Corte Constitucional en sus sentencias.

V. Regulación constitucional de las fuentes

La Constitución afecta al sistema de fuentes de un ordenamiento por cuanto regula el proceso de creación jurídica.

1. Regulación de las fuentes en el Código Civil

La regulación de las fuentes empezó en el Código Civil, como derecho común, y en los demás códigos. Esto era consecuencia de la supremacía de la ley dentro del concepto liberal del Estado de Derecho.

---

[27] Marco Gerardo Monroy Cabra, *La interpretación constitucional*, Librería del Profesional, Bogotá, 2002.

El Código Civil colombiano contiene un título preliminar que regula la ley, normas sobre interpretación de la ley, efectos de la ley en el tiempo (ley 153 de 1887) y efectos de la ley en el espacio (artículos 18 a 22). Además, conforme a los artículos 4, 5, 6, 7, 8 y 13 de la ley 153 de 1887, se establecen algunos principios: a) la costumbre, "siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva" (artículo 13 de la ley 153 de 1887); b) cuando no haya ley aplicable al caso controvertido, "se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional, y las reglas generales de derecho" (artículo 8 de la ley 153 de 1887); c) la Constitución "es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente" (artículo 9 de la ley 153 de 1887); d) hay que tener en cuenta "la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes" (artículo 5 de la ley 153 de 1887).

La entrada en vigencia de la Constitución de 1991 no dispuso la derogación de estos principios contenidos en el Código Civil, sino la coexistencia de distintas regulaciones de fuentes, una de rango constitucional y otra de rango legal. La doble regulación legal y constitucional de las fuentes no conlleva ningún problema siempre y cuando se acepte que el sistema legal de fuentes sólo es válido si no contradice lo dispuesto en la Constitución.

Por ejemplo, el término *ley* que utiliza el Código Civil hay que entender que comprende la Constitución. La costumbre, prevista en el Código Civil y no prevista en la Constitución, es válida siempre que no contraríe la Constitución.

La norma sobre el valor de la jurisprudencia —"Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable" (artículo 10 de la ley 153 de 1887)— hay que entenderla con la interpretación constitucional de esta norma. En efecto, la Corte declaró inconstitucional la doctrina legal más probable. Además, esta norma hay que interpretarla sin perjuicio del valor de las sentencias de la Corte Constitucional de cosa juzgada constitucional (artículo 243 de la Carta) y teniendo en cuenta el valor del precedente, conforme lo ha interpretado la Corte Constitucional en la sentencia C-836 de 2001, a que se hará referencia posteriormente.

La fuente de los principios generales de Derecho hay que interpretarla conforme a los principios fundamentales constitucionales consagrados en el título 1 de la Constitución Política de 1991.

Por último, las normas sobre efectos de la ley en el tiempo y en el espacio deben ser interpretadas conforme a los principios y normas constitucionales sobre irretroactividad, legalidad, favorabilidad, etc.

En conclusión: el sistema legal de fuentes contenido no sólo en el Código Civil, sino también en los diferentes códigos respecto a las distintas materias, es plenamente válido siempre que no contraríe los valores, principios y normas constitucionales.

2. Regulación constitucional de las fuentes del Derecho

A. Valores, principios y reglas constitucionales

La Corte Constitucional, en la sentencia C-479 de 1992, le dio carácter vinculante al Preámbulo de la Constitución. Dice al respecto:

> El Preámbulo de la Constitución incorpora, mucho más allá de un simple mandato específico, los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico; los principios que inspiraron al Constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; la motivación política de toda la normatividad; los valores que esa Constitución aspira a realizar y que trascienden la pura literalidad de sus artículos. El Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas.

Por tanto, todas las normas de la Constitución, incluido el Preámbulo, son vinculantes tanto para los servidores públicos como para los particulares. En la Constitución hay que distinguir *principios, valores* y *reglas* constitucionales.

Expresa Ronald Dworkin[28] que el ordenamiento jurídico no se agota en estándares que funcionan como reglas, sino que en él es posible encontrar otros que operan como "principios, directrices políticas y otros tipos de pautas", a los cuales llamó genéricamente *principios.* Estos tipos de estándares jurídicos, o bien proponen objetivos que han de ser alcanzados, o bien contienen exigencias de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

La diferencia entre principios y reglas es para Dworkin una diferencia lógica. Las reglas son aplicables "a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una regla están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión".[29] En cambio, los principios "no establecen consecuencias jurídicas que sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas", puesto que ellos sólo enuncian razones pero no exigen decisiones particulares.

La doctrina ha distinguido entre valores, principios y reglas constitucionales y ha formulado, con base en precisiones de concepto, una teoría sobre la existencia de un sistema de jerarquía normativa dentro de los textos constitucionales.

Los *valores* son considerados como normas abstractas y de tipo abierto que orientan la producción e interpretación de las demás normas, y en tal virtud fijan criterios de contenido para otras normas y por tanto prevalecen sobre los principios y sobre las reglas. Para otra parte de la doctrina, los valores son normas que, al igual que los principios, determinan el contenido de otras normas, y sólo se diferencian de éstos por su menor eficacia directa, aplicándose estrictamente en el momento de la interpre-

---

[28] Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1995, p. 72.

[29] Ibídem.

tación. Los valores están formulados como cláusulas generales que determinan los criterios interpretativos del resto del ordenamiento.[30]

Los *principios* son normas que condicionan las demás normas, pero su grado de concreción y eficacia es mayor, al tener por sí mismos carácter normativo. Por tanto, los valores son más abstractos y abiertos que los principios.

En cuanto a las *reglas*, según Luciano Parejo, son disposiciones jurídicas en las que se "define, en forma general y abstracta, un supuesto de hecho y se determina la consecuencia o consecuencias jurídicas que se derivan de la realización del mismo; una disposición, pues, derechamente construida para regular u ordenar de forma directa la vida humana, la realidad social".

Afirma este autor:[31]

> La diferenciaciones que se establecen entre reglas, principios y valores pueden reconducirse a la noción de grado de concreción de la norma, bajo la idea, en todo caso, de que la distinción principal es la que media entre reglas, de un lado, y valores y principios, de otro (lo que supone que estos últimos tipos tienen en común no ser disposiciones de aplicación directa, sino consistir en normas de normas). La distinción entre valores y principios resulta ser, así, más bien de grado: los primeros son las normas más abstractas y más abiertas; los segundos tienen un contenido ciertamente indeterminado pero más preciso o concreto.

Sobre la distinción entre reglas y principios expresa Alexy:[32]

> […] las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva; es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto pueden ser llamadas "*mandatos definitivos*". Su forma de aplicación característica es la subsunción. En cambio, los principios son mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no sólo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de los principios.

---

[30] Luciano Parejo Alfonso, "Constitución y valores del ordenamiento", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García Enterría*, t. I, Civitas, Madrid, 1991, p. 122 y ss.

[31] Luciano Parejo Alfonso, "Valores superiores", en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, t. 1, Civitas, Madrid, 2001, p. 38.

[32] Robert Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 75.

Según Alexy, la diferencia entre valores y principios se encuentra en que los primeros tienen un carácter axiológico y los segundos lo tienen deontológico. Los principios expresan un *deber ser* y se manifiestan a través de mandatos, prohibiciones, permisiones o derechos. Expresa este autor:[33]

> Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* lo debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente lo debido.

Por tanto, siguiendo a la doctrina, puede decirse que las normas que expresan valores predominan sobre las que consagran principios o reglas, y las que señalan principios prevalecen sobre las simples reglas. Los valores representan, como ha dicho la Corte Constitucional, "el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico". Los principios constitucionales, "a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional".[34]

Cuando se presentan antinomias constitucionales hay que tratar de armonizar los principios o las normas en conflicto, como lo reconoció la Corte Constitucional.[35] Cuando surgen conflictos entre principios se debe acudir a la ponderación para lograr su armonización.

Refiriéndonos a la Constitución colombiana, el Preámbulo reconoce valores como la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, la libertad, la paz, la democracia participativa, la unidad nacional, etc.

El título 1 consagra los *principios fundamentales* como las bases de la organización política, los fines esenciales del Estado, la misión de las autoridades constituidas, el concepto de soberanía, la primacía de los derechos inalienables de las personas, etc. Esta distinción ha sido establecida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.[36]

---

[33] Ibídem, p. 80.

[34] Sentencia C-546 de 1992.

[35] Sentencia C-1287 de 2001, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. En esta sentencia se declararon exequibles las expresiones "primero civil" contenidas en los artículos 283 del decreto 2700 de 1991, 431 y 495 de la ley 522 de 1999 y 267 y 337 de la ley 600 de 2000, en el entendido de que, para su eficacia o aplicabilidad, el alcance de la excepción al deber de declarar que consagran debe extenderse, en relación con los parientes adoptivos, hasta el cuarto grado de parentesco civil.

[36] Sentencia C-1287 Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Asimismo, pueden consultarse las sentencias T-406 de 1992, C-546 de 1992, T-079 de 1995, C-445 de 1999, C-690 de 1996 y C-126 de 1998.

B. Regulación constitucional de la ley

Hay que tener en cuenta que la regulación constitucional de las fuentes guarda relación con la forma de Estado y con la forma de gobierno, por cuanto la Constitución determina la estructura territorial del ordenamiento —centralismo, federalismo, autonomía, descentralización—, lo cual incide en la normatividad. Por ejemplo, si se reconocen las autonomías, como sucede en España, se les otorga poder normativo. Pero puede ocurrir también que los particulares tengan poderes normativos, como sucede con los convenios colectivos.

En el derecho colombiano, la Constitución Política dice en su artículo 1:

> Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales.

La Constitución, como se ha expresado, contiene principios, valores, normas constitucionales, y regula el procedimiento de formación de la ley, así como regula las distintas clases de leyes. Esto conlleva el establecimiento de un sistema de fuentes de contenido constitucional.

La doctrina constitucional y la jurisprudencia, como también se ha indicado, no sólo establecen la diferencia entre valores, principios y reglas constitucionales, sino también su jerarquía intraconstitucional.[37]

El capítulo 3 de la Constitución (artículos 150 a 170) regula todo lo relativo a las leyes. El procedimiento de formación de la ley es regulado constitucionalmente en los artículos 154 a 170.

Si bien la Constitución no habla de clasificación de las leyes, se puede hacer la siguiente tipificación:

1. *Leyes orgánicas.* El artículo 151 de la Constitución dice que mediante leyes orgánicas se regula el ejercicio de la actividad legislativa. Estas leyes establecen los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales.
2. *Leyes estatutarias* (CP, artículo 152). Mediante éstas el Congreso regula las siguientes materias: a) derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; b) administración de justicia; c) organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales; d) instituciones y mecanismos de participación ciudadana; e) estados de excepción.
3. *Leyes interpretativas* (artículo 150, num. 1).

---

[37] Dworkin, op. cit., p. 72; Luciano Parejo Alfonso, op. cit., pp. 122 y ss.; Norberto Bobbio, *Teoría general del Derecho*, Temis, Bogotá, 1994, p. 183; Alexy, op. cit.; Hans Petyer Schneider, *Democracia y Constitución*, CEC, Madrid, 1991, p. 48.

4. *Leyes que expiden códigos* (artículo 150, num. 2).
5. *Ley que aprueba el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas* (artículo 150, num. 3).
6. *Ley sobre división general del territorio* (artículo 150, num. 4).
7. *Ley sobre la estructura de la administración nacional* (artículo 150, num. 7).
8. *Ley sobre normas de inspección y vigilancia* (artículo 150, num. 8).
9. *Ley que concede autorizaciones especiales* (artículo 150, num. 9).
10. *Ley que otorga facultades extraordinarias al Presidente* (artículo 150, num. 10).
11. *Leyes sobre rentas nacionales, gastos de la administración y contribuciones fiscales* (artículo 150, nums. 11 y 12).
12. *Ley sobre moneda y pesas y medidas* (artículo 150, num. 3).
13. *Leyes sobre tratados públicos* (artículo 150, num. 16).
14. *Leyes de honores* (artículo 150, num. 15).
15. *Leyes sobre contratos* (artículo 150, num. 14).
16. *Leyes sobre amnistías o indultos políticos* (artículo 150, num. 17).
17. *Leyes sobre apropiación o adjudicación y recuperación de tierras baldías* (artículo 150, num. 18).
18. *Leyes sobre crédito público, comercio exterior, régimen de aduanas, actividad financiera, bursátil y aseguradora, régimen salarial y prestacional de empleados públicos, miembros del Congreso, fuerza pública y trabajadores oficiales* (artículo 150, num. 19). Se trata de leyes marco expedidas con base en el artículo 150, numeral 19, de la Carta y por medio de las cuales se dictan normas generales y se señalan los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno en las materias antes mencionadas.
19. *Leyes sobre intervención económica* (artículo 150, num. 21).
20. *Leyes sobre el Banco de la República* (artículo 150, num. 22).
21. *Leyes sobre ejercicio de funciones públicas y prestación de servicios públicos* (artículo 150, num. 23).
22. *Leyes sobre propiedad industrial, patentes y marcas, propiedad intelectual* (artículo 150, num. 24).
23. *Ley sobre unificación de policía de tránsito en todo el territorio* (artículo 150, num. 25).
24. *Ley sobre variación de la actual residencia de los poderes nacionales* (artículo 150, num. 6).
25. *Ley que confiere atribuciones especiales a asambleas departamentales* (artículo 150, num. 5).
26. *Ley sobre estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional* (artículo 150 *in fine*).
27. Otras leyes.

VI. Jerarquía normativa

Ya se ha expresado que el Preámbulo de la Constitución tiene valor normativo, que los valores prevalecen sobre los principios y éstos sobre las reglas constitucionales. No obstante, hay que dejar en claro que valores, principios y reglas vinculan a los poderes públicos y son origen inmediato de derechos y de obligaciones, no meros principios programáticos. Sin embargo, además de la jerarquía anterior puede existir otra, de acuerdo con los textos constitucionales.

Ya se ha advertido que la Constitución es norma suprema y norma delimitadora del sistema de fuentes del Derecho. Esto plantea el problema de si existe algún límite a esta supremacía constitucional.

Es el problema de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, que en Europa también se plantea entre el Derecho Comunitario y el Derecho Interno.

Los límites, según la Constitución Política de 1991, son los siguientes:

a) El artículo 93 de la Constitución dice: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".
b) El artículo 94 de la Carta señala: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos".
c) El artículo 214 de la Constitución establece que en los estados de excepción no se podrán suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales. Además, agrega que: "En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario".
d) El artículo 101 de la Constitución expresa: "Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, sólo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República".

Lo anterior constituye lo que la doctrina y la jurisprudencia constitucional colombiana denominan *bloque de constitucionalidad*. Éste está formado por el Preámbulo de la Constitución de 1991, el articulado de dicha Constitución, los tratados que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en estados de excepción, las normas convencionales y consuetudinarias sobre Derecho Internacional Humanitario y los tratados de límites.[38]

---

[38] Sentencias C-582 de 1999, C-567 de 2000, T-568 de 1999, C-191 de 1998, C-423 de 1995, C-225 de 1995 y C-467 de 1997; Louis Favoreu y otros, *El bloque de constitucionalidad*, Universidad de Sevilla, Cuadernos Civitas, 1991; Francisco Rubio Llorente, "Bloque de constitucionalidad", en *Revis-*

Además, podría agregarse el artículo 150 de la Constitución, que permite suscribir tratados con entidades de Derecho Internacional relativas a la integración:

> Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.

Esto implica que, en virtud del concepto de supranacionalidad y de limitación de la soberanía en beneficio de la integración, se pueden otorgar facultades normativas y judiciales a órganos supranacionales. La Constitución establece como uno de sus principios fundamentales el apoyo a la integración. El artículo 9° dice:

> De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.

Tanto en el bloque de constitucionalidad como en los tratados de integración hay que señalar que el artículo 9° expresa:

> Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios de derecho internacional aceptados por Colombia.

El principio *Pacta sunt servanda* y la prevalencia del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno están previstos en los artículos 26 y 27 de la Convención sobre Derecho de los Tratados de 1969, de la cual Colombia es un Estado parte.

No es ésta la oportunidad de analizar las concepciones monista y dualista. Sin embargo, resulta indudable que los tratados son fuente de Derecho. La Constitución Política de 1991 no establece expresamente la prevalencia del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, excepto en materia de tratados sobre derechos humanos que prohíben su limitación en estados de excepción, las normas sobre Derecho Internacional Humanitario, los tratados de límites, los tratados de integración. Sin embargo, el tratado y la ley son sujetos de control de constitucionalidad, lo cual supone su subordinación a la Constitución.

Los tratados son fuente supeditada a la Constitución por cuanto hay control constitucional previo a la manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado. El artículo 241 de la Constitución Política establece que la Corte Constitucional tiene competencia para:

> [...] 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán

---

ta Española de Derecho Constitucional, nº 9, número 27, septiembre-diciembre 1989; Monroy Cabra, *La interpretación…*, op. cit., pp. 149 y ss.

> ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

VII. Las fuentes de Derecho y su jerarquía según jurisprudencia de la Corte Constitucional

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que la Constitución y las sentencias de la Corte Constitucional que la interpretan constituyen fuente de Derecho. También ha reconocido la jurisprudencia que la Constitución es la fuente suprema de Derecho.

Igualmente, la Corte ha declarado que todas las normas de la Constitución, incluido el Preámbulo, tienen fuerza obligatoria.[39] Además, como se ha expresado, la Corte reconoce que la misma Constitución distingue entre valores, principios y reglas constitucionales.[40] El artículo 230 de la Constitución dice:

> Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha encargado de precisar este artículo. Sus principales interpretaciones respecto de las fuentes de Derecho y su jerarquía son las siguientes:

a) La Corte afirmó que, al decir el artículo 230 de la Carta que los jueces sólo están sometidos a la ley, incluye desde luego a la Constitución como norma de normas según el artículo 4 de la Constitución. Además, que esta norma no tuvo por finalidad excluir la costumbre. (Sentencia C-486 de 1993. MP Eduardo Cifuentes Munoz). Por tanto, el artículo 230 de la Constitución incluye como fuentes del Derecho a la Constitución, la ley y la costumbre supletoria. La Corte dice: "De ahí que la palabra 'ley' que emplea el primer inciso del artículo 230 de la CP necesariamente designe 'ordenamiento jurídico'. En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones 'Marco Jurídico' (Preámbulo) y 'orden jurídico' (artículo 16)".
b) En sentencia C-224 de 1994, la Corte declaró exequible el artículo 13 de la ley 153 de 1887, que dice: "La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho a falta de legislación positiva", y consideró la moral cristiana como moral social.
c) El artículo 21 del decreto 2067 de 1991 dispuso: "Las sentencias que profiere la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y

---

[39] Monroy Cabra, *La interpretación…*, op. cit.

[40] Un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional puede consultarse en la obra de Manuel José Cepeda, *Derecho Constitucional Jurisprudencial*, Bogotá, 2001.

son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares". La Corte Constitucional, en sentencia C-113 de 1993, declaró inconstitucionales los incisos 2 y 4 del artículo 21 del citado decreto 2067, por cuanto el efecto obligatorio *erga omnes* sólo se predica de la revisión abstracta de constitucionalidad (artículo 241, num. 4 de la CP).

d) El artículo 23 del decreto 2067 de 1991 estableció: "La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia". Mediante sentencia C-131 de 1993 la Corte Constitucional declaró inexequible la expresión *obligatorio*, pero afirmó que la Corte es la encargada constitucionalmente de fijar los efectos de las sentencias. Agregó que la obligatoriedad de los fallos se debe tratar según la doctrina de la cosa juzgada constitucional. En cuanto a las sentencias de tutela, el artículo 36 del decreto 2591 de 1991 sólo produce efectos en el caso concreto.

e) En sentencia C-083 de 1995 la Corte, al estudiar la exequibilidad del artículo 8 de la ley 153 de 1887, distinguió entre jurisprudencia constitucional y doctrina constitucional. La doctrina constitucional es la misma Constitución y es obligatoria si hay vacío legal, una vez aplicada la analogía como mecanismo de integración de las lagunas de la ley. La doctrina constitucional es, además, interpretativa en casos dudosos. Es decir, la doctrina constitucional, cuando es mecanismo de integración, es obligatoria. La doctrina constitucional interpretativa y la jurisprudencia son fuentes auxiliares de Derecho.

f) El artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (ley 270 de 1996) expresa: "Sólo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República tiene carácter obligatorio general". La Corte Constitucional, en sentencia C-037 de 1996, declaró inconstitucional las expresiones "sólo" y "el Congreso de la República", por lo cual actualmente tanto la Corte Constitucional como el Congreso interpretan por vía obligatoria la ley. En cuanto a los efectos de las sentencias de la Corte, dijo que las sentencias de tutela tienen efecto *interpartes*, pero la doctrina constitucional que define el alcance de los derechos constitucionales debe ser seguida por los jueces en virtud del principio de igualdad en la aplicación del Derecho. Si los jueces se separan de la doctrina constitucional deben indicarlo expresamente, so pena de infringir el principio de igualdad.

g) La Corte Constitucional, en sentencia SU-47 de 1999, distinguió, en cuanto al respeto del precedente, entre *decisum*, la parte resolutiva que es obligatoria, de los *dicta*, que son argumentaciones que no inciden definitivamente en la decisión y que no son obligatorias, y la *ratio decidendi*, el principio esencial que es el fundamento de la decisión. Lo que obliga como precedente según la Corte es únicamente la *ratio decidendi*.

h) En providencia ICC-235 de 27 de febrero de 2001 la Corte Constitucional creó el efecto *interpares*, que consiste en aplicar la misma decisión en materia de tutela a casos similares. El fundamento de esta tesis es que la Corte tiene competencia para fijar los efectos de sus decisiones.[41]

i) La Corte Constitucional, en sentencia C-836 de 2001, declaró exequible en forma condicionada el artículo 4 de la ley 169 de 1896, que dice: "Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores". La Corte declaró exequible esta norma "siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquélla, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente Sentencia".

La Corte establece:

> La sujeción del juez al ordenamiento jurídico le impone el deber de tratar explícitamente casos iguales de la misma manera, y los casos diferentes de manera distinta, y caracteriza su función dentro del Estado social de derecho como creador de principios jurídicos que permitan que el derecho responda adecuadamente a las necesidades sociales.

Admite que puede cambiarse el precedente por error judicial, o porque no exista claridad en el precedente, o porque la jurisprudencia que exista en determinado aspecto sea contradictoria o imprecisa. En estos casos compete a la Corte Suprema unificar y precisar su propia jurisprudencia. Expresa la Corte:

> […] la fuerza normativa de la doctrina probable proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una continua confrontación y adecuación a la realidad social y; (3) del deber de los jueces respecto de a) la igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de la buena fe que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propias actos.

La Corte reitera que la obligatoriedad del precedente hace relación a la *ratio decidendi* que es el principio base de la decisión.

En la aclaración de voto de los magistrados Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy Cabra se refieren argumentos adicionales para el respeto y fuerza del precedente. Se hace relación al acercamiento de las familias jurídicas respecto al valor del precedente, al valor del precedente como fuente formal de Derecho en la Consti-

[41] Diego Eduardo López Medina, *El Derecho de los jueces*, Legis, 2000.

tución de 1991, conforme a la evolución jurisprudencial constitucional, a la integración de un ordenamiento jurídico donde la Constitución es norma de normas, y al equilibrio que debe existir entre la evolución del Derecho y la consistencia jurídica.

j) Mediante sentencia de 26 de enero de 2000, la Corte declaró inexequible el artículo 240 de la ley 4 de 1913. Asimismo, declaró inexequibles las expresiones "expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria" y " ni a la doctrina legal más probable", contenidas en el artículo 12 de la ley 153 de 1887. Igualmente, salvo las expresiones anteriores, resolvió "declarar exequible el artículo 12 de la Ley 143 de 1887, bajo el entendido de no vincular al juez cuando falla de conformidad con los principios superiores que emanan de la Constitución y que no puede desconocer la doctrina constitucional integradora, en los términos de esta sentencia". Por tanto, la doctrina legal más probable no tiene hoy base constitucional en Colombia. Respecto a la excepción de ilegalidad, o sea, la facultad de inaplicar actos administrativos contrarios a las normas superiores, se reserva a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En esta sentencia se establece una jerarquía normativa que emana de la Constitución. El orden que consagra es el siguiente:

a) La Constitución, que es norma de normas según el artículo 4 de la Constitución, reforzada por el control constitucional adscrito a la Corte Constitucional (artículo 241 de la Carta) y el numeral 3 del artículo 237 referente a la competencia del Consejo de Estado para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuyo conocimiento no corresponda a la Corte Constitucional.
b) La primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5) y de los derechos de los niños (artículo 44).
c) Los deberes y facultades que, según el artículo 189 de la Constitución, le corresponden al Presidente frente a la ley.
d) Los reglamentos autónomos que emanan de la Constitución y que tienen rango especial (artículos 355 inciso 2, 268 inciso 1, 246, 235 numeral 6, 237 numeral 6 y 241 numeral II de la Constitución).
e) La Constitución consagra una jerarquía entre las distintas clases de leyes. En efecto, existen leyes estatutarias, orgánicas, marco y ordinarias, respecto de las cuales existe cierta relación de subordinación.
f) Respecto de la competencia normativa de las autoridades territoriales, dentro del marco de la autonomía que establece la Constitución, las atribuciones que corresponden a los departamentos y municipios deben ejercerse de conformidad no sólo con las disposiciones de la Carta, sino también con las de la ley.
g) La Corte establece: "Dentro de la amplia gama de los actos administrativos de contenido normativo, que incluye las varias categorías de decretos, reso-

luciones, reglamentos, órdenes, etc., la Constitución no prevé explícitamente una relación de supremacía, aunque ella podría deducirse, de conformidad con un criterio orgánico, por la jerarquía de las autoridades que las profieran, ésta sí señalada por la Constitución; o de conformidad con un criterio material, atendiendo a su contenido, para indicar que aquellas normas que desarrollan o implementan otras, o las refieren a situaciones particulares, se someten a las que pretenden desarrollar. De igual manera, la Carta omite indicar el orden de prelación entre los actos administrativos emanados de la Administración y los proferidos por los entes autónomos e independientes". Dice que la jerarquía pone de presente la unidad del orden jurídico y su armonía y coherencia, y de éste se deduce la excepción de ilegalidad.

h) La doctrina como fuente de Derecho ha cobrado importancia por cuanto es sustento de numerosas decisiones judiciales. La Corte ha dicho que la doctrina constitucional es la misma Constitución. Lo que la Corte ha declarado inconstitucional es la existencia de la "doctrina legal más probable" (C-037/00).

i) En cuanto a los principios generales de Derecho, hay que distinguirlos de los principios constitucionales. Los principios constitucionalizados están contenidos en el título 1 de la Constitución (artículos 1 a 10), pero los principios generales no constitucionalizados conservan su carácter de fuente de Derecho en ausencia de ley, de costumbre y de analogía. Como dice M. Aragón Reyes: "La única diferencia apreciable entre los principios generales constitucionales y los demás principios generales del Derecho sería de índole cuantitativa: el Derecho constitucional, por la materia política que regula y por el carácter notablemente genérico (y también sintético) de sus normas, es más fuertemente principialista que cualquier otro sector del ordenamiento. Es decir, en él operarán, inevitablemente, en mayor medida que en otros Derechos, los principios generales".[42]

   La constitucionalización de los principios generales "más fundamentales" trae como consecuencia que cualesquiera otros principios no positivizados hayan de estar de acuerdo con aquéllos. Los principios constitucionales estatuidos en la Constitución no sólo tienen eficacia interpretativa, sino también eficacia directa.

j) Por tanto, los principios generales de Derecho no consagrados en la Constitución son fuente auxiliar de Derecho y también fuente interpretativa de todo el ordenamiento jurídico.

---

[42] Manuel Aragón Reyes, "Principios constitucionales", en Aragón Reyes (ed.), *Temas básicos…*, op. cit., p. 38.

VIII. Conclusiones

Del anterior análisis se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. La Constitución y las sentencias de la Corte Constitucional que la interpretan son verdaderas fuentes de Derecho. El artículo 4 de la Constitución dice que la Constitución es norma de normas. Además, agrega que, en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.
2. La Constitución establece una jerarquía entre valores, principios y reglas constitucionales. Sin embargo, todas las normas de la Constitución, incluido el Preámbulo, tienen fuerza jurídica obligatoria.
3. Los jueces están obligados a seguir el precedente jurisprudencial y cuando no lo acaten deben, por razones de igualdad, señalar las razones que los llevan a separarse de él.
4. Además de la Constitución y las sentencias de la Corte Constitucional, son fuentes la ley, en sus diferentes categorías, y la costumbre supletoria.

Respecto a la analogía, la equidad y los principios generales de Derecho, en principio constituyen *"fuentes auxiliares de la actividad judicial"*, como lo dice el artículo 230 de la Carta. Sin embargo, hay que tener en cuenta si los principios generales están constitucionalizados, en cuyo caso son fuente directa de aplicación. Así mismo, hay que considerar que el precedente debe ser respetado y aplicado por los jueces conforme lo ha declarado la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En cuanto a la doctrina como fuente auxiliar de Derecho, cobra cada vez mayor importancia, dado que constituye el soporte de las decisiones judiciales. Si se trata de doctrina constitucional es la misma Constitución y por ende es verdadera fuente de Derecho.

5. Las fuentes de Derecho deben interpretarse y especialmente el artículo 230 de la Constitución, conforme a la interpretación dada por la Corte Constitucional en diferentes sentencias y en el contexto de los valores y principios del Estado Social de Derecho consagrados en la Constitución de 1991.

Mariano Azuela Güitrón (México) *

La Suprema Corte de Justicia de México, genuino tribunal constitucional **

Introducción

La presencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en un Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y de las Salas Constitucionales de América Latina se encuentra plenamente justificada, ya que por sus características actuales responde de modo genuino a lo que es un tribunal constitucional, como en este breve trabajo se demostrará.

Es importante advertir que, por mucho tiempo y por condiciones peculiares, esa Corte Suprema se concentró de modo predominante en funciones de tribunal de casación o de legalidad, pero gradualmente y de manera cada vez más clara esa responsabilidad se ha delegado a otros órganos jurisdiccionales, los Tribunales Colegiados de Circuito, lo que le ha permitido concentrar la mayor parte de sus actividades en la decisión de conflictos exclusivos de los tribunales constitucionales.

De la observación de los tribunales constitucionales puede advertirse que sus notas esenciales radican en el origen, las competencias con que cuentan y las consecuencias del control que ejercen.

En cuanto al origen, dos razones los justifican. Una de ellas es que con el establecimiento de estos tribunales se marca la supremacía y el valor normativo de la Constitución frente a las leyes. La otra consiste en resolver jurisdiccionalmente el reparto competencial propio de los países con organizaciones complejas, como son

---

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de México.

** El presente trabajo fue presentado por el autor en ocasión del IX Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y de las Salas Constitucionales de América Latina, realizado por la Fundación Konrad Adenauer, la Universidad Federal de Santa Catarina y el Supremo Tribunal Federal de Brasil en Florianópolis del 2 al 6 de junio de 2002.

los Estados federales. De ello deriva que el tribunal constitucional se convierte en el intérprete supremo de la Constitución.

En cuanto a su competencia, estos tribunales deben conocer, con base en la Constitución, del control de las leyes, en abstracto y con motivo de actos concretos de aplicación, así como de los conflictos entre órganos de poder.

Por lo que toca a las consecuencias del control, se toma como base el principio de que nada debe estar por encima de la Constitución; todo aquello que se le contraponga debe ser anulado o restituido. De ahí que, si el objeto de control es una ley, una decisión que la considere contraria a la Constitución tendrá efectos generales; si, en cambio, se trata de un acto administrativo, una resolución similar producirá una restitución o una reparación.

Conforme a ese marco de referencia, ¿se puede sostener que en México la Suprema Corte de Justicia de la Nación es un tribunal constitucional?

I. La Suprema Corte de Justicia en México fue predominantemente un tribunal de casación

La Revolución Mexicana de la que procede el México actual refleja sus ideales en la Constitución de 1917, que surge del Congreso Constituyente de 1916. En su seno, una de las discusiones versó sobre el control político y el control jurídico. Uno de los diputados, Hilario Medina, que llegaría a convertirse en ministro y presidente de la Suprema Corte, explicaba que al Senado debían quedarle las cuestiones meramente políticas y a la Corte las materias netamente constitucionales. “La Corte es la que debe decir la última palabra en cuestiones constitucionales”, sostenía. El artículo 105 del texto original de la Constitución de 1917, establecía: “Corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los Poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados; así como de aquéllas en que la Federación fuese parte”.

Por otro lado, el artículo 103 de la propia Norma Suprema disponía: “Corresponde conocer a los Tribunales de la Federación de las controversias que se susciten: a) por leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales; b) por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados; c) por leyes o actos de las autoridades de los Estados que invadan la esfera de la autoridad federal”. Esta disposición se vincula al juicio de amparo que permitía al gobernado acudir a los tribunales federales en demanda de amparo por violación a sus garantías o por invasión de esferas. No obstante esas prevenciones, que debían haber servido de sustento a la actuación de la Suprema Corte como tribunal constitucional, en la realidad ello ocurrió de manera muy limitada. En cuanto a controversias constitucionales entre poderes, entre 1917 y 1994 sólo hubo 49, y sólo en una de ellas se dio una resolución de importancia, en el año de 1932, cuando al resolverse la controversia 2/1932 entre la Federación y el Estado de Oaxaca se determinó que corresponde a la

primera la jurisdicción sobre las ruinas y monumentos arqueológicos descubiertos y por descubrir en el territorio de la República.

Por lo que se refiere al juicio de amparo, las decisiones sobre constitucionalidad se limitaron a los asuntos relacionados con actos de autoridades administrativas y, en casos muy limitados, a leyes de esa naturaleza. La labor fundamental de la Suprema Corte se dirigió a resolver problemas en los que se planteaba una violación indirecta de la Constitución, específicamente de los artículos 14 y 16, que consagran las garantías de audiencia y debido proceso legal, el primero, y de legalidad, el segundo.

Resoluciones dictadas por tribunales superiores de justicia, administrativos y de trabajo se combatían porque no se había oído, se habían violado las normas esenciales del procedimiento, se habían aplicado indebidamente las leyes o no se habían fundado y motivado. Es fácil comprender, en consecuencia, que la Suprema Corte se concentrara en la solución de estos conflictos y recibiera un volumen de asuntos desproporcionado respecto a su capacidad de resolución, lo que produjo un rezago abrumador que fue planteado como problema en diversas reformas a las normas constitucionales y legales que regulaban los procedimientos respectivos.

Ello explica que las tesis de jurisprudencia sobre constitucionalidad de leyes hayan sido escasas. Mientras cuatro días a la semana la Corte sesionaba en las salas Penal, Administrativa, Civil y Laboral para resolver asuntos en su mayoría de amparo-legalidad, actuando básicamente como tribunal de casación, sólo un día se reunía el Pleno y su función se concentraba en asuntos administrativos y conflictos competenciales. Como excepción se veía algún problema de constitucionalidad. El Pleno de la Suprema Corte tenía bajo su responsabilidad la administración de la propia Corte, la de los Tribunales de Circuito y la de los Juzgados de Distrito, lo que cumplía a través de la Comisión de Gobierno y Administración, integrada por el presidente y dos ministros, así como por todos los ministros, entre quienes se distribuía la inspección de esos órganos jurisdiccionales a los que debían visitar, al menos, una vez por año.

II. De tribunal de casación a tribunal constitucional en germen

Durante el sexenio 1982-1988 se dio un paso de gran trascendencia en la transformación de la Suprema Corte en tribunal constitucional. En el último año en que entraron en vigor reformas constitucionales y legales en materia de administración de justicia, se emitió una estampilla postal conmemorativa en la que aparece la leyenda "SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL". En el centro se observa una estatua de Manuel Crescencio Rejón, jurista que junto con Mariano Otero creó el juicio de amparo mexicano.

Las reformas mencionadas pretendieron introducir mecanismos que permitieran a la Suprema Corte concentrarse en las cuestiones estrictamente constitucionales, encomendando a los Tribunales Colegiados de Circuito el estudio de los problemas de legalidad. Se otorgó al Pleno de la Corte la facultad de establecer Tribunales de Cir-

cuito y Juzgados de Distrito mediante acuerdos generales, lo que permitió equilibrar dinámicamente el volumen de asuntos que ingresaba y el de órganos necesarios para resolverlos dentro de los plazos legales establecidos. El avance se reflejó principalmente en la disminución del rezago, pero, en cuanto a la transformación real de la Suprema Corte en tribunal constitucional, los adelantos fueron limitados. El predominio de un partido político en los poderes Legislativos y Ejecutivos federales y locales, así como también en los municipios, hacía difícil que se propusieran cuestiones de importancia y trascendencia constitucional. Contribuía a ello la ausencia de una legislación reglamentaria del artículo 105 de la Constitución, relativo a controversias constitucionales.

III. De tribunal constitucional en germen a genuino tribunal constitucional

Reformas constitucionales y legales de 1994, 1996 y 1999, complementadas por hechos de naturaleza política, desembocaron en una Suprema Corte de Justicia, cabeza del Poder Judicial de la federación y auténtico tribunal constitucional. Los hechos políticos consistieron, esencialmente, en la participación efectiva de distintos partidos políticos en el gobierno de México en sus tres niveles: federal, estatal y municipal; en la independencia de los órganos encargados de vigilar la limpieza en los procesos electorales, en especial el Instituto Federal Electoral; y en juzgar sobre el apego de los actos y resoluciones en esa materia a la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, a saber, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la federación. Además, con un claro significado político, debe destacarse la transformación constitucional de la Suprema Corte, que produjo como efecto inmediato que los ministros que la componían y que tenían calidad de inamovibles quedaran jubilados en los términos previstos en un artículo transitorio de la reforma constitucional. Este hecho se complementó con la modificación en la forma de designación de los nuevos ministros, por el Senado de la República, que por esa única ocasión tendría que hacerlo seleccionando once personas de una lista de dieciocho, propuestas por el Presidente de la República. Es fácil inferir que se buscó presentar a la Suprema Corte como un órgano independiente desde su origen, integrado rigurosamente por el señalado cuerpo legislativo y desvinculado de cualquier vicio o defecto de que hubieran sido acusados sus antecesores.

Desde el punto de vista jurídico quedó integrado el marco constitucional de organización y funcionamiento del sistema nacional de impartición de justicia. El Poder Judicial federal, los Poderes Judiciales de los estados, los Tribunales de lo Contencioso Administrativo federales y locales, el Tribunal Agrario y los Tribunales Laborales constituyen sus piezas fundamentales. Dentro de ese esquema, de suyo muy complejo, importa destacar, para los fines de este trabajo, a la Suprema Corte de Justicia, cuyo fortalecimiento es patente. En la exposición de motivos del Decreto de Reformas Constitucionales de 1994 se puso de relieve su naturaleza de tribunal constitucional:

> Al constituirse nuestra Suprema Corte en un auténtico tribunal constitucional, deberá mantenerse actualizada para garantizar que la interpretación constitucional sea armónica con las condiciones culturales, sociales y económicas al momento de su aplicación.

Esto se dijo al justificar la forma escalonada en que debían hacerse las sustituciones de los ministros. En otra parte se expresó:

> Adicionalmente a las reformas constitucionales de carácter orgánico y estructural descritas en el apartado anterior, la iniciativa propone llevar a cabo una profunda modificación de competencias de la Suprema Corte de Justicia, para otorgarle, de manera amplia y definitiva, el carácter de tribunal constitucional.

El texto explica claramente los aspectos generales y los efectos de sus resoluciones, en los siguientes términos:

> Mediante las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación en agosto de 1987, se estableció que el Pleno y las Salas de la Suprema Corte conocerían, por vía de recurso, de aquellas sentencias de amparo dictadas en juicios en que se hubiere impugnado la constitucionalidad de una norma de carácter general o establecido la interpretación directa de un precepto de la Constitución. A la luz del derecho comparado y de los criterios en la materia, tal reasignación no bastó para otorgarle a la Suprema Corte de Justicia el carácter de un auténtico tribunal constitucional.
>
> Es aconsejable incorporar a nuestro orden jurídico los valores y funciones característicos del Estado constitucional de nuestros días. De aprobarse la propuesta sometida a su consideración, los mexicanos contaremos en el futuro con un sistema de control de constitucionalidad con dos vías, semejante al que con talento y visión enormes diseñó en 1847 don Mariano Otero y fue recogido en el Acta de Reformas de mayo de ese año.
>
> La iniciativa propone mantener plenamente vigente el Juicio de Amparo, fortaleciéndolo con algunas precisiones que se mencionarán más adelante en este texto. Este proceso es eficaz para el control cotidiano de los actos del poder publico y accionable a partir de los agravios que las personas sufran en sus vidas, papeles, posesiones o derechos. De igual modo, propone conservar íntegramente la fórmula Otero, con lo que las resoluciones de amparo seguirán teniendo efectos solo respecto de las personas que hubieren promovido el juicio. Hoy se propone que, adicionalmente, los órganos federales, estatales y municipales, o algunos de ellos, puedan promover las acciones necesarias para que la Suprema Corte de Justicia resuelva, con efectos generales, sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas impugnadas.
>
> La posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de normas con efectos generales será una de las más importantes innovaciones que nuestro orden jurídico haya tenido a lo largo de su historia. En adelante, el solo hecho de que una norma de carácter general sea contraria a la Constitución puede conllevar su anulación, prevaleciendo la Constitución sobre la totalidad de las actos del Poder Público. La supremacía constitucional es una garantía de todo Estado democrático, puesto que al prevalecer las normas constitucionales sobre las establecidas por los órganos legislativos o ejecutivos, federal o locales, se nutrirá una auténtica cultura constitucional que permite la vida nacional.

En la propia exposición de motivos se hace referencia al fortalecimiento de las controversias constitucionales y a la creación de una nueva vía de defensa de la supremacía constitucional: la acción de inconstitucionalidad, lo que permite reafirmar la idea de la naturaleza de la Suprema Corte. Se expone en la parte relativa:

> El otorgamiento de estas nuevas atribuciones reconoce el verdadero carácter que la Suprema Corte de Justicia tiene en nuestro orden jurídico: el de ser un órgano de carácter constitucional. Es decir, un órgano que vigila que la Federación, los estados y los municipios actúen de conformidad con lo previsto por nuestra Constitución.

Por otra parte, en la reforma de que se trata, si bien se redujo el número de ministros de veintiséis a once, se le quitaron a la Suprema Corte las cargas administrativas del resto del Poder Judicial de la federación, por medio del Consejo de la Judicatura Federal, el cual, desde que entró en vigor la reforma, se ocupa exclusivamente de ello. El Presidente de la Suprema Corte preside también ese órgano constituido por siete miembros.

En el año 1996 la participación efectiva pluripartidista en la toma de decisiones gubernamentales propició una nueva reforma constitucional que, en el aspecto que se examina, enriqueció las características de tribunal constitucional de la Suprema Corte de Justicia, al ampliar su competencia al examen de la constitucionalidad de leyes en materia electoral, cuando se promoviera una acción de inconstitucionalidad por los partidos políticos reconocidos, a través de sus legítimos representantes.

En 1999, después de observar el funcionamiento de la reforma de 1994 y de haber advertido ciertos peligros, se introdujeron nuevos cambios, pero en ellos nuevamente se hizo hincapié en la necesidad de fortalecer a la Suprema Corte como tribunal constitucional. Esta idea se expresó tanto en la exposición de motivos del proyecto, como en los dictámenes de las Cámaras de Senadores y Diputados, como se advierte de las siguientes transcripciones de la exposición de motivos:

> Con objeto de fortalecer a la Suprema Corte en su carácter de tribunal constitucional, se somete a consideración de esa Soberanía la reforma del párrafo sexto del artículo 94, a fin de ampliar la facultad con que cuenta el Pleno para expedir acuerdos generales y, con base en ello, remitir a los tribunales colegiados de circuito todos aquellos asuntos en los cuales hubiera establecido jurisprudencia, no revistan interés o trascendencia o, en general, la propia Corte estime innecesaria su intervención.
>
> […] si bien es cierto que la Suprema Corte continuará, en principio, conociendo de todos los recursos de revisión que se promuevan en contra de sentencias de los jueces de distrito en que se haya analizado la constitucionalidad de normas generales, también lo es que la propia Corte podrán rechazar el conocimiento de aquellos casos en los cuales no es necesaria la fijación de un criterio de importancia o trascendencia para el orden jurídico nacional. […]
>
> Dentro de la evolución de la Suprema Corte es inconsistente que el máximo tribunal constitucional del país deba dedicar enormes esfuerzos a dictar resoluciones sobre numerosos asuntos en los que ya ha realizado un análisis profundo y emitido la resolución correspondiente, en detrimento de aquellos otros que revisten una verdadera importancia y que requieren ser resueltos con prontitud. […]
>
> Por otra parte, con el mismo espíritu se somete a su alta consideración la reforma a la fracción IX del artículo 107 constitucional. En este caso, se trata de que la Suprema Corte de Justicia conozca de la revisión en amparo directo únicamente cuando las resoluciones pronunciadas por los tribunales colegiados decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución, cuya resolución entrañe, a juicio de la propia Corte, la fijación de un criterio

de importancia y trascendencia. Nuevamente se trata de una reforma encaminada a lograr que la Suprema Corte pueda encargarse de los asuntos que por su relevancia requieren la intervención del máximo órgano jurisdiccional del país.

En cuanto a los peligros, se tomó especialmente en cuenta el relativo a la tendencia del Consejo de la Judicatura Federal de actuar al margen e incluso en contra de la Suprema Corte, con la consecuencia inminente del debilitamiento por fractura interna del Poder Judicial de la federación, que enfrentaba el riesgo de convertirse en un "monstruo de dos cabezas". Para evitarlo se introdujeron dos reformas importantes al respecto: transformar al Consejo de la Judicatura en órgano de administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte, y otorgar al Pleno de ésta la facultad de designar a los tres consejeros reservados a los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito. El ejercicio de ese poder se depositó en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito.

Como puede observarse, el largo proceso iniciado en 1950, cuando para atacar el problema del rezago se crearon una Sala Auxiliar de la Suprema Corte y los Tribunales Colegiados de Circuito, llegó a su culminación con una fórmula que permite a la Suprema Corte regular su propia capacidad de trabajo conforme a dos criterios: uno de carácter cuantitativo, a saber, impedir la acumulación de cargas que ocasionen rezago y lentitud en la administración de justicia, y otro de naturaleza cualitativa, consistente en concentrar sus acciones en los asuntos de importancia y trascendencia para el orden jurídico nacional, en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad.

Debe añadirse que el sistema incluye la facultad de la Suprema Corte de atraer cualquier asunto del que corresponda conocer a los Tribunales Colegiados de Circuito, cuando considere que reúne los atributos especificados. Asimismo, la experiencia de siete años revela que, además de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, los asuntos de que conoce la Suprema Corte predominantemente son los amparos en revisión, directos o indirectos, en los que se plantean problemas estrictamente constitucionales: impugnaciones a una ley por contradecir la Constitución o cuestiones de interpretación directa de un precepto de la propia Carta Fundamental.

En controversias constitucionales y en acciones de inconstitucionalidad, las determinaciones de la Suprema Corte pueden, con ciertas condiciones, anular la ley o el ordenamiento de carácter general combatido, expulsándolos del sistema jurídico nacional.

En los recursos de revisión en amparo rige el principio de relatividad de las sentencias —también conocido en México como "fórmula Otero", por su autor—, consistente en que la sentencia sólo se ocupará de individuos particulares, limitándose a "ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que lo motivare". Sin embargo, este

principio se encuentra atenuado por dos reglas. La primera es la que establece la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Suprema Corte para todos los órganos jurisdiccionales de la República; la segunda determina que, cuando exista jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de una ley, deberá suplirse la deficiencia de la queja. Se sigue de ello que una sentencia que otorga el amparo a un quejoso determinado por considerarse inconstitucional la ley que combatió o la aplicada en el acto jurisdiccional reclamado, sólo lo favorece a él. No obstante, si ese criterio llega a sustentarse jurisprudencialmente, tendrá que aplicarse a todas las personas que se encuentren en situación semejante y que acudan a algún medio de defensa ante órganos jurisdiccionales, aunque no lleguen a formular un concepto de violación o agravio en ese sentido.

La competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación comprende, además, la resolución de conflictos competenciales, recursos de reclamación, decisión de contradicciones de tesis, incidentes de inejecución de sentencias, inconformidades y quejas.

1. Conflictos competenciales

Conforme al sistema judicial federal establecido en la Constitución y complementado por el Pleno de la Suprema Corte, en ejercicio de las atribuciones otorgadas por ésta, los Tribunales Colegiados de Circuito distribuidos en todas las entidades federativas, de acuerdo con el volumen de asuntos originados en cada una de ellas, resultan competentes para conocer, fundamentalmente, de amparos directos en contra de resoluciones jurisdiccionales por violación de los artículos 14 y 16 constitucionales. Según se ha explicado, éstos integran asuntos de “amparo legalidad” o “amparo casación” y de amparos en revisión en contra de sentencias dictadas por los jueces de Distrito en la audiencia constitucional, y debe determinarse si se vulneró la Constitución por los actos reclamados.

Resulta lógico que puedan surgir cuestiones competenciales por diferentes motivos. Conforme a este sistema, deben ser resueltas por un órgano superior, que no puede ser otro que la Suprema Corte de Justicia, que lo realiza a través de sus Salas, de conformidad con lo dispuesto por los acuerdos generales dictados por el Pleno. Se trata de una materia que, si bien no es estrictamente constitucional, indirectamente puede interpretarse que sí lo es, pues en el sistema mexicano, gracias a la existencia de esos Tribunales, la Suprema Corte se ha podido concentrar en los asuntos de naturaleza constitucional, con el costo de que, cuando entre ellos se da uno de esos conflictos, debe ser ella la que los resuelva.

2. Reclamaciones

La posibilidad de defenderse de un auto de trámite del Presidente de la Suprema Corte, de los presidentes de Sala o de los ministros instructores obliga a establecer un

medio de defensa ante el órgano colegiado respectivo. Como la materia de los asuntos de la Suprema Corte es de carácter constitucional, este tipo de decisiones tienen indirectamente esa misma naturaleza, pues de la resolución dependerá que se corrija o no la determinación tomada en el auto combatido, lo que permitirá que en los asuntos procedentes se examine y resuelva la cuestión constitucional controvertida.

3. Contradicciones

La multiplicación de Tribunales Colegiados de Circuito y la posibilidad de que resuelvan asuntos en los que se planteen problemas jurídicos similares da lugar a que se produzcan contradicciones de criterios que, por seguridad jurídica, deben ser resueltos por un órgano superior. Lo mismo sucede cuando las Salas de la Suprema Corte entran en contradicción. Las propias Salas, tratándose de contradicciones entre Tribunales y el Pleno de la Suprema Corte, deben definir, con carácter obligatorio, la tesis que debe prevalecer como jurisprudencia. Situación análoga se presenta cuando se produce una contradicción en cuanto a la interpretación directa de un precepto constitucional entre la Suprema Corte, al examinar asuntos sobre constitucionalidad de leyes electorales, y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la federación, al examinar la constitucionalidad de actos o resoluciones en materia electoral. En estos casos el Pleno de la Suprema Corte deberá definir el criterio que prevalecerá y que tendrá carácter obligatorio.

En el ejercicio de estas atribuciones, la Suprema Corte actúa como genuino tribunal constitucional, pues en algunos casos determina criterios relacionados con la constitucionalidad de las leyes y de ordenamientos de carácter general, y en otros, si bien fijará criterios relativos a la interpretación de esas normas, estará velando por el respeto a los artículos 14 y 16 de la Constitución, por cuanto éstos señalan las reglas de interpretación que deberán aplicarse en el dictado de las sentencias, según la naturaleza del asunto, y exigen la aplicación correcta de las disposiciones jurídicas.

4. Incidentes de inejecución de sentencias y repetición del acto reclamado e inconformidades

En el artículo 107, fracción XVI, de la Constitución, se faculta a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a separar de inmediato de su cargo, y a consignarlo ante el juez de Distrito que corresponda, a la autoridad que no cumpla con una sentencia de amparo o incurra en repetición del acto reclamado. Disposiciones similares existen en relación con las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad. Tratándose de inconformidades se presenta una situación semejante. En los casos en que se demuestre que se da el incumplimiento o la repetición, el Pleno de la Suprema Corte decidirá, en los términos precisados. Cumplirá así también con una responsabilidad de naturaleza constitucional, por cuanto el artículo 17 de la Constitución esta-

blece, como garantía individual, la efectividad de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales.

5. Quejas

Cuando se pretenda que una sentencia de la Suprema Corte se cumplió incorrectamente, ya sea por defecto o por exceso, corresponderá en última instancia al propio órgano decidir si así ocurrió y, en su caso, ordenar que se subsane la irregularidad. También en esta hipótesis se estará velando por el acatamiento del artículo 17 de la Constitución, en cuanto a la garantía descrita.

En el desempeño de sus trascendentales funciones, la Suprema Corte de Justicia tiene la misión de salvaguardar el respeto a la Constitución, en forma íntegra, cuidando, desde luego, el de los principios básicos que en ella se reconocen: supremacía constitucional (artículo 133), soberanía popular (artículo 39), gobierno democrático y representativo, federalismo, estados libres y soberanos (artículo 40), división de Poderes (artículo 49), autonomía municipal (artículo 115) y garantías individuales (artículos 1° a 29 y 32, fracción IV).

La descripción hecha en los párrafos precedentes permite justificar plenamente el título de este trabajo: "La Suprema Corte de Justicia de México, genuino tribunal constitucional".

IV. Dos sentencias históricas ilustrativas

A partir de enero de 1995, cuando se dieron los pasos fundamentales para transformar la Suprema Corte en tribunal constitucional, se ha resuelto un gran número de asuntos, sustentándose criterios jurisprudenciales que gradualmente han ido integrando lo que podría calificarse como interpretación jurisdiccional del tribunal constitucional en las materias de su competencia, con lo que se ha enriquecido el orden jurídico nacional previsto en la Constitución y en las leyes.

Del mismo modo, se han fijado criterios relativos a los marcos a los que la Suprema Corte se encuentra sujeta en el desempeño de su trabajo. Al respecto conviene recalcar que ese tribunal supremo ha tenido especial cuidado de cumplir con su deber constitucional de exigir que toda autoridad se someta al orden constitucional, pero respaldando sus determinaciones en su celosa preocupación por ser la primera en acatar ese principio.

Como tribunal constitucional que cumple con esa elevada misión, la Corte tiene como límite regulador de su actuación su carácter colegiado, lo que se proyecta en la necesidad de apoyar sus decisiones en sólidas argumentaciones respaldadas por las mayorías requeridas para considerar que un asunto se ha decidido. Tratándose de acciones de inconstitucionalidad y de controversias constitucionales, para que se declare la invalidez de una disposición de carácter general se requiere un mínimo de ocho votos. De no alcanzarse este número, se desestimará la acción y se ordenará el archivo del expediente.

Dos sentencias pronunciadas en el presente año 2002, en asuntos especialmente debatidos, resultan claros ejemplos de la forma como la Suprema Corte de Justicia de México hace frente a sus compromisos de tribunal constitucional genuino. En la primera, pronunciada en el mes de enero, se resolvió una acción de inconstitucionalidad relacionada con la cuestión del aborto. En la segunda, dictada a fines de abril, se examinaron cuestiones referentes al sistema constitucional mexicano en materia de energía eléctrica. Aproximarse a esas decisiones ilustra sobre el desempeño del tribunal constitucional mexicano.

1. Sentencia de 29 y 30 de enero de 2002, en materia de aborto

El 18 de agosto del año 2000, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó un decreto por el que se reformaron y adicionaron los artículos 332 a 334 del Código Penal y 131 bis del Código de Procedimientos Penales de esa entidad. El 25 de septiembre siguiente, una minoría de 33% de ese cuerpo legislativo promovió ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación una acción de inconstitucionalidad en contra de la fracción III del artículo 339 del citado código sustantivo y del artículo 131 bis del código adjetivo también mencionado. En el primero, en esencia, se establecía que no se impondría sanción a quienes hubieran incurrido en el delito de aborto si se habían cumplido los requisitos especificados en el precepto en relación con el denominado aborto eugenésico, o sea, cuando a juicio de dos médicos especialistas existiera razón suficiente para diagnosticar que el producto de la concepción presenta "alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo", y siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada.

Después de haberse tramitado el juicio y haberse oído por escrito y verbalmente a las partes legitimadas y también a todos los que quisieron expresar su parecer, se formuló el proyecto de sentencia que fue discutido con la mayor amplitud durante quince sesiones privadas y dos públicas; el caso se resolvió en estas últimas. Las expectativas se vinculaban a la decisión de la Suprema Corte sobre si el aborto era aceptable o condenable. Ninguna respuesta se dio al respecto, en virtud de que se precisó que los únicos puntos que debían resolverse eran de naturaleza estrictamente jurídica y se circunscribían al examen de la constitucionalidad de las disposiciones combatidas.

Por lo que toca al artículo 334, fracción III, del Código Penal del Distrito Federal, por mayoría de siete votos contra cuatro se resolvió que era constitucional. El argumento principal, en síntesis, fue que no vulneró el artículo 16 de la Constitución, puesto que la autoridad legislativa emitió una norma en materia penal, para lo cual se encontraba facultada, y la justificó en un problema de salud pública, derivado de la muerte de mujeres embarazadas por la práctica de abortos ilegales. A la Suprema Corte correspondió examinar exclusivamente en ese punto si se cumplió formalmente con ese requisito. Se dijo, además, que no se vulneró el principio de certeza en mate-

ria penal, establecido en el artículo 14 de la Constitución, en cuanto a que "en los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata", puesto que la disposición legal combatida resulta ajena a ese principio, dado que en ella sólo se determina una situación en la que no deberá imponerse una pena.

En cuanto a los cuestionamientos relativos a la violación a las garantías de igualdad y de respeto a la vida, se procedió a examinar si la Constitución mexicana protege la vida en general y, de modo específico, la vida del producto de la concepción; ambas interrogantes se respondieron afirmativamente. Al respecto se acudió al estudio relacionado de diversos artículos de la Carta fundamental, en especial el 4° y el 123, que en diferentes partes hacen referencia expresa a la protección de la vida del producto de la concepción. En la sentencia se afirmó categóricamente que la Constitución protege la vida, "ya que es derecho supremo del ser humano, sin el cual no cabe la existencia y el disfrute de los demás derechos". Estas consideraciones se fortalecieron con la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los Códigos Penal Federal, el del Distrito Federal, el Civil Federal y el del Distrito Federal, que implícitamente reconocen y protegen la vida del ser concebido. Las razones esgrimidas en este tema fueron respaldadas por nueve ministros, lo que permitió redactar una tesis de jurisprudencia.

Finalmente, se concluyó en el sentido apuntado de considerar constitucional el precepto por estimar que la disposición impugnada no autoriza la privación de la vida sino que sólo establece una excusa absolutoria que impide la aplicación de la pena en los casos previstos por ella y con la condición de que se hayan cumplido escrupulosamente todos los requisitos señalados. Asimismo, se consideró que no se violaba la garantía de igualdad, puesto que, al no autorizarse la privación de la vida, no se establecía una discriminación del producto de la concepción con alteraciones genéticas o congénitas.

Por lo que se refiere al artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, seis ministros consideraron que era inconstitucional. Al no reunirse el requisito de votación especial de ocho para declarar la invalidez de la norma, la acción se desestimó y se ordenó el archivo del expediente en ese aspecto. Esto ocasionó que la Suprema Corte no se pronunciara sobre el tema debatido.

Como es lógico suponer, se formularon diferentes votos concurrentes y disidentes, en los que cada ministro, individualmente o junto con otros, expuso su propia visión sobre los temas discutidos.

De la síntesis expuesta se advierten varias conclusiones sobre el sistema que regula la acción de inconstitucionalidad, de acuerdo con la interpretación de la Suprema Corte, a saber: a) El estudio que debe realizarse tiene que tener siempre carácter jurídico constitucional, evitando entrar al examen de cuestiones relacionadas con el tema debatido que pertenezcan al dominio de otras disciplinas. b) Cuando la Constitución no resuelve expresamente el punto discutido, debe acudirse a su interpretación

sistemática, examinando los preceptos que se refieran a él, así como los antecedentes de su aprobación en el Constituyente o en el Poder Reformador. c) Interpretación similar debe hacerse del contenido de las normas combatidas. d) Para reconocer la validez de éstas se requiere simple mayoría; en cambio, para nulificarlas se necesita la mayoría especial de ocho votos como mínimo. e) De no reunirse esa mayoría especial, no habrá pronunciamiento de la Suprema Corte, con lo que prevalecerá la presunción de constitucionalidad de que gozan las leyes, sobre la base de que ello debe ser preocupación fundamental del cuerpo legislativo al aprobarlas. f) Los criterios establecidos se reflejan en tesis, las cuales tendrán calidad de jurisprudencia si corresponden a consideraciones apoyadas por, cuando menos, ocho ministros. g) En todos los casos, y en especial cuando por la aplicación de una regla técnica se haya desestimado la acción, podrán formularse votos particulares que expresen las razones que esgrimieron los miembros del Pleno de la Suprema Corte y que sirvan de orientación sobre la decisión tomada.

2. Sentencia de 25 de abril de 2002, en materia de energía eléctrica

El 24 de mayo de 2001 se publicó en el Diario Oficial de la Federación un decreto del Ejecutivo federal en el que se reformaban y adicionaban diversas disposiciones del reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica. En esencia, se trató de sustentar jurídicamente la política del Presidente de la República, ampliamente difundida, de otorgar mayor participación a los particulares en la generación de energía eléctrica. En concreto, en los artículos que interesan, se amplió el volumen de excedentes que podrían vender los autoabastecedores y cogeneradores para el servicio público de energía eléctrica.

El 4 de julio del mismo año, la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, en representación de éste, promovió controversia constitucional en contra del Poder Ejecutivo respecto de los preceptos en que se establecía el aumento de excedentes que los permisionarios de autoabastecimiento y de cogeneración de energía eléctrica podrían vender para el servicio público. Después de haberse tramitado el juicio y una vez formulado y discutido ampliamente el proyecto de resolución, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia resolvió declarar la invalidez de los preceptos impugnados, por mayoría de ocho votos. No obstante haberse cumplido el requisito técnico de mayoría especial que se ha comentado, se dio la peculiaridad de que quienes votaron en ese sentido no coincidieron en sus razones. Cuatro ministros aceptaron dos tipos de consideraciones, una ministra sólo dio su apoyo a uno de ellos y los tres restantes coincidieron en la conclusión, con base en argumentos diversos que expresaron en un voto concurrente. Tres ministros consideraron que los preceptos impugnados eran constitucionales y así lo expresaron en el voto conjunto disidente que formularon.

La sentencia se engrosó con los razonamientos de la mayoría de quienes coincidieron con la declaración de invalidez. En primer lugar, se hizo un estudio sobre las características de las controversias constitucionales, la función que corresponde a la

Suprema Corte al estudiar asuntos de esa naturaleza y las reglas técnicas que debe cumplir al pronunciar la sentencia correspondiente.

En cuanto al primer punto, se destacó que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, en su parte orgánica, el sistema de competencias al que deberán ceñirse la federación, los estados, los municipios y el Distrito Federal, y en la parte dogmática prevé las garantías que deben ser respetadas, sin distinción, por las autoridades de los órdenes jurídicos anteriores. Se precisó, asimismo, que el orden jurídico constitucional tiende a preservar la regularidad del ejercicio de las funciones de las autoridades dentro del marco de sus atribuciones, sin nunca rebasar los principios rectores previstos en la Constitución federal, ya sea en perjuicio de los gobernadores, por violación de garantías individuales o bien afectando la esfera de competencia que corresponde a las autoridades de otro orden jurídico.

Por lo que toca a la función que corresponde a la Suprema Corte, se realizó un estudio sobre el avance producido en la interpretación de los preceptos que la regulan. Se concluyó que el criterio hoy reconocido mayoritariamente por el Pleno admite que en la controversia constitucional puedan examinarse todo tipo de violaciones a la Constitución federal, y que ello incluye, de manera relevante, el bienestar de la propia persona humana sujeta al imperio de los entes u órganos de poder. Al respecto se reprodujeron las tesis siguientes:

> Tesis P/J 98/99.
>
> CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUTORIZA EL EXAMEN DE TODO TIPO DE VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Los Poderes Constituyente y Reformador han establecido diversos medios de control de la regularidad constitucional referidos a los órdenes jurídicos federal, estatal y municipal, y del Distrito Federal, entre los que se encuentran las controversias constitucionales, previstas en el artículo 105, fracción I, de la Carta Magna, cuya resolución se ha encomendado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su carácter de Tribunal Constitucional. La finalidad primordial de la reforma constitucional, vigente a partir de mil novecientos noventa y cinco, de fortalecer el federalismo y garantizar la supremacía de la Constitución, consistente en que la actuación de las autoridades se ajuste a lo establecido en aquélla, lleva a apartarse de las tesis que ha venido sosteniendo este Tribunal Pleno, en las que se soslaya el análisis, en controversias constitucionales, de conceptos de invalidez que no guarden una relación directa e inmediata con preceptos o formalidades previstos en la Constitución Federal, porque si el control constitucional busca dar unidad y cohesión a los órdenes jurídicos descritos, en las relaciones de las entidades u órganos de poder que las conforman, tal situación justifica que una vez que se ha consagrado un medio de control para dirimir conflictos entre dichos entes, dejar de analizar ciertas argumentaciones sólo por sus características formales o su relación mediata o inmediata con la Norma Fundamental produciría, en numerosos casos, su ineficacia, impidiendo salvaguardar la armonía y el ejercicio pleno de libertades y atribuciones, por lo que resultaría contrario al propósito señalado, así como al fortalecimiento del federalismo, cerrar la procedencia del citado medio de control por tales interpretaciones técnicas, lo que implícitamente podría autorizar arbitrariedades, máxime que por la naturaleza total que tiene el orden constitucional, en cuanto tiende a establecer y proteger todo el sistema de un Estado de derecho, su defensa debe ser también integral,

independientemente de que pueda tratarse de la parte orgánica o la dogmática de la Norma Suprema, dado que no es posible parcializar este importante control.

Tesis P/J 101/99.

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FINALIDAD DEL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN INCLUYE TAMBIÉN DE MANERA RELEVANTE EL BIENESTAR DE LA PERSONA HUMANA SUJETA AL IMPERIO DE LOS ENTES U ÓRGANOS DE PODER. El análisis sistemático del contenido de los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos revela que, si bien las controversias constitucionales se instituyeron como un medio de defensa entre poderes y órganos de poder, entre sus fines incluye también de manera relevante el bienestar de la persona humana que se encuentra bajo el imperio de aquéllos. En efecto, el título primero consagra las garantías individuales que constituyen una protección a los gobernados contra actos arbitrarios de las autoridades, especialmente las previstas en los artículos 14 y 16, que garantizan el debido proceso y el ajuste del actuar estatal a la competencia establecida en las leyes. Por su parte, los artículos 39, 40, 41 y 49 reconocen los principios de soberanía popular, forma de estado federal, representativo y democrático, así como la división de poderes, fórmulas que persiguen evitar la concentración del poder en entes que no sirvan y dimanen directamente del pueblo, al instituirse precisamente para su beneficio. Por su parte, los numerales 115 y 116 consagran el funcionamiento y las prerrogativas del Municipio Libre como base de la división territorial y organización política y administrativa de los Estados, regulando el marco de sus relaciones jurídicas y políticas. Con base en este esquema, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe salvaguardar, siempre se encuentra latente e implícito el pueblo y sus integrantes, por constituir el sentido y razón de ser de las partes orgánica y dogmática de la Constitución, lo que justifica ampliamente que los mecanismos de control constitucional que previene, entre ellos las controversias constitucionales, deben servir para salvaguardar el respeto pleno del orden primario, sin que pueda admitirse ninguna limitación que pudiera dar lugar a arbitrariedades que, en esencia, irían en contra del pueblo soberano.

Se concluyó, sobre el tema estudiado, que la pretensión de los medios de control constitucional es la salvaguarda del orden primario o total, a través de la función interpretativa de decisión sobre si un acto de autoridad está o no apegado a la norma fundamental, pues las hipótesis de control contempladas en la Carta Magna permiten que los actos de autoridad, provenientes tanto de la federación como de las entidades que la componen, puedan ser anulados por una determinación de uno de los órganos del Poder Judicial federal, en este caso la Suprema Corte, en ejercicio de una función de orden constitucional.

De lo expuesto se sigue que la función de la Suprema Corte de Justicia, al resolver controversias constitucionales, consiste en salvaguardar el orden constitucional infiriendo de ello sus posibilidades y limitaciones. En cuanto a las primeras, puede examinar con la mayor amplitud si las normas o actos combatidos violan la Constitución, en cualquiera de sus disposiciones, lo que permite, a través de los artículos 14 y 16 de esa Carta Fundamental, garantizar el respeto de todo el orden jurídico nacional, pues es factible que por violación de una norma jurídica federal o local y de cualquier rango se vulneren las disposiciones constitucionales citadas.

En relación con sus limitaciones, no le corresponde a la Suprema Corte arrogarse atribuciones que atañen al Poder Reformador de la Constitución, como tampoco al Poder Legislativo, a los estados o a los municipios. Se señaló categóricamente que, ante un precepto constitucional claro, la Suprema Corte debe acatarlo, pues si obrara de modo distinto estaría introduciendo un mecanismo contrario al Estado de Derecho, a saber: que el órgano encargado de salvaguardar la supremacía de la Constitución fuera el que la violentara, colocándose por encima de ella y suplantando al Poder Reformador de la Constitución.

El último punto que se precisó en este examen previo fue el de las reglas que debe cumplir la Suprema Corte al resolver controversias constitucionales. De los artículos 39 y 40 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución surge que la Corte debe corregir los errores que advierta en la cita de los preceptos invocados, examinar, en su conjunto, los razonamientos de las partes a fin de resolver la cuestión efectivamente planteada y suplir la queja deficiente con máxima amplitud.

Al entrar al examen de los puntos controvertidos relativos a la inconstitucionalidad de los artículos 126, párrafos segundo y tercero, y 135, fracción II, en sus tres últimos párrafos, del reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, precisó que ello se realizaría supliendo la deficiencia de la demanda y de la contestación, a fin de determinar si tales preceptos violaron el artículo 89, fracción I, de la Constitución, que faculta al Presidente de la República a proveer en la esfera administrativa a la exacta aplicación de la ley, por infringir los preceptos relativos al autoabastecimiento y cogeneración de energía eléctrica de la ley que se pretendía reglamentar, interpretados a la luz de las normas constitucionales que establecen el marco supremo que rige todo lo relacionado con la energía eléctrica.

El estudio de ese marco constitucional se efectuó, por tanto, atendiendo al contenido y a los antecedentes de los artículos 25, 27, párrafo sexto, última parte, y 28, párrafos cuarto y quinto, de la Constitución federal. Se arribó a la conclusión medular de que la energía eléctrica es un área estratégica para la economía nacional, por lo que corresponde al Gobierno federal la propiedad y el control de los organismos que se establezcan para operarla. Así mismo, se concluyó que el texto constitucional establece claramente que corresponde en forma exclusiva a la nación generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer de energía eléctrica que tenga por objeto la prestación del servicio público, que en esa materia no se otorgarán concesiones a los particulares y que la nación aprovechará los bienes y recursos naturales que se requieran para esos fines. Se aclaró que las disposiciones constitucionales no prohíben que los particulares puedan generar energía eléctrica para su consumo, pero sí la prestación del servicio público de energía eléctrica y la realización con ese fin de las operaciones especificadas.

En el mismo orden de ideas se concluyó que los preceptos reglamentarios debían invalidarse, puesto que iban más allá de la ley. En efecto, en ellos se establecía la posibilidad de que los autoabastecedores y cogeneradores vendieran sus excedentes

de producción de energía eléctrica para la prestación del servicio público en montos desproporcionados a la naturaleza de los permisos que tenían, puesto que, debiendo ser los excedentes cantidades razonablemente menores a lo producido para autoconsumo, con los referidos aumentos quedaban convertidos predominantemente en generadores de energía eléctrica para el servicio público, cosa que vedaba la Constitución. Se puso de relieve que no era del caso examinar lo que debía entenderse por *servicio público*, toda vez que se encontraba aceptado que la controversia se refería expresamente a "excedentes de energía eléctrica para el servicio público". La Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica establece, en los preceptos que pretendieron reglamentarse, que la Secretaría de Energía otorgaría permisos de autoabastecimiento o de cogeneración de "energía eléctrica destinada a la satisfacción de necesidades propias de personas físicas y morales", en el primer caso, o cuando "la electricidad generada se [destinara] a la satisfacción de las necesidades de establecimientos asociados a la cogeneración", en el segundo.

En los preceptos reglamentarios combatidos se disponía, para ese tipo de productores de energía eléctrica, un sistema que les permitía producirla en un volumen que predominantemente los convertía en generadores de energía eléctrica para el servicio público. Al desnaturalizarlos, iba más allá de lo establecido en la ley que se pretendía reglamentar, interpretada conforme al marco constitucional vigente.

En considerando posterior se hizo el cotejo directo de las disposiciones reglamentarias impugnadas con los preceptos de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. Se fortaleció así la conclusión anterior, lo que condujo a declarar la invalidez de aquéllas con efectos generales.

Al margen de lo decidido, se expresó que la Suprema Corte advertía que podrían darse necesidades de carácter económico o político que, desde esas perspectivas, cuestionaran la última parte del párrafo sexto del artículo 27 de la Constitución y de las otras normas que con él se vinculan, pero es claro que la decisión al respecto resulta ajena a las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y corresponde, con toda claridad, al órgano previsto en el artículo 135 de la misma Carta Fundamental, al que podría acudirse con la iniciativa correspondiente que demostrara la necesidad referida.

Del resumen expuesto se desprenden conclusiones sobre el sistema que regula las controversias constitucionales, de manera semejante a como la sentencia comentada en el punto anterior permitió destacar las referidas al sistema de las acciones de inconstitucionalidad. Las conclusiones sobre las controversias son las siguientes: a) La Comisión Permanente del Congreso de la Unión puede plantear una controversia constitucional, en representación de ese cuerpo legislativo. b) Es factible que, existiendo mayoría de por lo menos ocho votos, en el sentido de declarar la inconstitucionalidad de las normas combatidas, aunque sea por razones diversas, se establezca esa conclusión con carácter general. c) En ese supuesto, la parte considerativa de la sentencia contendrá las razones de quienes tuvieron la mayoría dentro de los ocho votos.

Sin embargo, las argumentaciones respectivas, por no contar con el apoyo del mínimo especificado, no tendrán calidad de jurisprudencia y ni siquiera podrán dar lugar a una tesis aislada, pues su apoyo corresponderá a una minoría frente a los tres votos disidentes y los cuatro concurrentes. De ahí que sobre ellas no proceda, jurídicamente, establecer conclusiones sobre lo decidido por la Suprema Corte. d) El Presidente de la República no puede ejercer su facultad reglamentaria apartándose de la ley que busca reglamentar, ni mucho menos de la Constitución. Si lo hace y se promueve la controversia constitucional, deberá declararse la invalidez de las normas reglamentarias en caso de que así lo decidan al menos ocho ministros, aunque lleguen a ello por caminos diversos.

Rupert Scholz (Alemania) *

Alemania: cincuenta años de Corte Constitucional Federal **

I. Conceptos básicos

1. Órgano constitucional y tribunal supremo

El 7 de septiembre de 2001 la Corte Constitucional Federal *(Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) festejó sus cincuenta años de vida —una celebración que amerita un primer balance de una historia de éxito pocas veces vista—. La Corte Constitucional Federal, como órgano consagrado por la Constitución alemana (*Grundgesetz*) y reglamentado mediante Ley de Organización de la Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, BVerfGG) del 12 de marzo de 1951 (*Boletín Oficial*, I, p. 243), es una de las creaciones más logradas del orden constitucional alemán. La Corte encarna, tanto en la retrospectiva histórica como en el análisis del Derecho Comparado, una institución difícil de igualar y que se ha convertido en una de las bases fundamentales de la primera democracia estable y del primer Estado de Derecho consolidado en suelo alemán. En ese sentido debe coincidirse con J. Isensee cuando afirma que "la Corte Constitucional Federal es el nuevo *præceptor germaniae*".[1] La jurisprudencia de la Corte es uno de las grandes logros intelectuales del país[2] y en ese sentido el organismo es guardián genuino de la Constitución. Posee una enorme

---

* Doctor en Derecho y catedrático de Teoría Constitucional y Administrativa, Derecho Administrativo y Financiero en la Universidad de Munich. Entre 1981 y 1988 fue Ministro de Justicia y Relaciones con el Estado nacional del *Land* Berlín y entre 1988 y 1989 Ministro de Defensa; desde 1990 es miembro del Parlamento alemán.

** El artículo es una traducción, realizada por Renate G. Hoffmann, de "Fünfzig Jahre Bundesverfassungsgericht", publicado en *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 37-38/2001, pp. 6-15.

[1] J. Isensee, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland*, en B. Wieser y A. Stolz (eds.), *Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Viena, 2000, p. 15.

[2] Cf. ibídem, p. 18.

autoridad que trasciende ampliamente el plano jurídico. Por su posición y su estructura, la Corte es un tribunal (cf. artículo 92 de la Constitución), pero por sobre todo es un órgano constitucional originario, según lo determina el artículo 1 (1) de la ley que le dio origen y según lo ha subrayado el propio organismo.[3]

Como guardián de la Constitución es su función primordial velar por el cumplimiento y la preservación del orden constitucional por los restantes poderes públicos, en particular en lo referente a la legislación. De hecho, el papel de la Corte trasciende su función de control. Los constituyentes de 1949 dedicaron su mayor empeño a consagrar los principios fundamentales, abriendo o reservando de este modo la concreción del articulado constitucional tanto a su posterior desarrollo como al análisis interpretativo con amplio margen. La Corte Constitucional asumió precisamente ese mandato de concretar la interpretación constitucional, y muchas veces también el de impulsar cambios de las disposiciones constitucionales, apoyándose en sus conclusiones. Unos 130.000 procedimientos y más de 100 tomos compendiados en la Colección Oficial de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, con unas 40.000 páginas, son apenas un reflejo apabullante y externamente visible de su tarea. Hoy no es posible practicar el derecho constitucional alemán, y mucho menos comprenderlo plenamente, sin recurrir en forma permanente a la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal. En virtud de su destacada autoridad, el tribunal se ha convertido en un genuino factor de la conducción política del Estado. Veremos más adelante cómo esa condición puede generar también ciertas dudas básicas.

2. Orígenes y antecedentes

No cabe duda de que la Corte Constitucional es una institución nueva en el sistema constitucional alemán. Por otro lado, existen raíces y antecedentes en la historia del Derecho Constitucional que allanaron el camino hacia una institución como lo es el actual tribunal de constitucionalidad y que permiten interpretar su institucionalización como culminación histórica de una democracia estable. Desde el punto de vista del Derecho Comparado y de la historia del Derecho, debemos distinguir ante todo entre una jurisdicción de constitucionalidad formal e institucionalmente independiente —el caso de la actual Corte Constitucional alemana— y otra establecida en el marco de las jurisdicciones generales (jurisdicción constitucional implícita). Son ejemplos de este último sistema la Suprema Corte de los Estados Unidos y también el Tribunal Federal Suizo. La evolución del derecho alemán, en cambio, tendió tempranamente hacia una jurisdicción constitucional formalmente independiente cuyos pri-

---

[3] Cf. Memoria del 27.06.1952 sobre la posición de la Corte Constitucional Federal (BVerfG), en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts (JöR)*, 6 (1957), p. 144 y ss. y 198 y ss; cf. además la sentencia de la Corte Constitucional Federal (*Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, BVerfGE) 6, 300 (304), así como el artículo 19 de los Estatutos de la Corte Constitucional (GeschOBVerfG).

meros antecedentes se remontan a la jurisprudencia del Supremo Tribunal del Reich (*Reichskammergericht*).[4]

La Constitución de 1849, sancionada en la iglesia de San Pablo, en Fráncfort, constituyó un hito en la historia de los tribunales de constitucionalidad, dado que asignaba al entonces Tribunal Supremo (*Reichsgericht*) la función de dirimir las disputas formales de constitucionalidad, tales como litigios entre diferentes órganos del Estado, litigios entre el Estado nacional y sus partes y recursos de amparo interpuestos por los ciudadanos. En la Confederación Germánica se registran después de 1815 varios intentos de establecer una jurisdicción constitucional en los diferentes estados que la conformaban. La Constitución alemana de 1871, en cambio, no conoció algo asimilable. En la Alemania del *Kaiser*, la jurisdicción constitucional estaba depositada en la Segunda Cámara legislativa, el *Bundesrat*. La Constitución de Weimar de 1919, por su parte, creó por primera vez a nivel del *Reich* una Alta Corte de Justicia (*Staatsgerichtshof*), la cual representaba una nueva instancia judicial que debía entender fundamentalmente en litigios federales. Sin embargo, esta Alta Corte de la República de Weimar no puede ser calificada de genuino tribunal de constitucionalidad. Este paso sólo se concretó con la Corte Constitucional Federal tal cual la consagra la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) de 1949. Cien años después de que la Constitución de 1849 previera el *Reichsgericht*, el legislador alemán se expresó a favor de una instancia de constitucionalidad completa que no sólo debía dirimir los litigios que se presentaban en la organización del Estado (jurisdicción constitucional en sentido estricto) sino también asumir en particular la defensa de los derechos constitucionales del ciudadano (recursos de amparo). En ese sentido, la Corte Constitucional Federal es la culminación de un proceso histórico que reconoce su primer antecedente en Alemania en la Constitución de 1849, si bien en esa oportunidad no pudo materializarse.

3. Organización de la Corte Constitucional Federal y tipos de procedimiento

Según el artículo 49 de la Ley Fundamental, "la Corte Constitucional Federal se integra por jueces y otros miembros". Éstos "serán elegidos por mitades por el *Bundestag* y el *Bundesrat*". El actual procedimiento electoral del Parlamento (*Bundestag*) prevé una votación indirecta a través de una comisión electoral de ese cuerpo (BVerfGG, artículo 6). La Segunda Cámara (*Bundesrat)*, en cambio, vota a los jueces en sesión plenaria en el recinto (BVerfGG, artículo 7). Para ambas modalidades se requiere una mayoría de dos tercios —una condición que ha demostrado ser muy eficaz—.[5] Si bien hubo casos en los que la confrontación de las opiniones políticas

---

[4] Cf. U. Scheuner, "Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert", en C. Starck (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, tomo 1, Tubinga, 1976, pp. 1 y ss.

[5] Respecto del nombramiento de los jueces, cf., por ejemplo, K. Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, Munich, 1997, pp. 36 y ss.

dificultó que se coincidiera en determinadas personalidades para integrar la Corte Constitucional Federal, siempre se llegó a soluciones de compromiso, en general razonables y convincentes, con lo que se contribuyó a la objetividad de la jurisprudencia de constitucionalidad.

Según el artículo 2 de la Ley de Organización de la Corte Constitucional Federal, ésta se compone de dos Salas integradas por ocho jueces cada una. Los jueces son elegidos por el término de doce años. La actual legislación no prevé la posibilidad de una reelección. En atención a que ambas Salas son autárquicas, la Corte constituye lo que se llama un "tribunal gemelo". Aplicando la habitual "regla blanda", las competencias, divididas por Salas (cf. BVerfGG, artículo 14), abarcan por un lado los derechos fundamentales y el recurso de amparo (Sala Primera) y, por el otro, todo aquello referido a litigios planteados dentro de la organización del Estado (Sala Segunda).[6] Las dos Salas sólo están relacionadas por la posibilidad (limitada) de tomar decisiones plenarias y por una presidencia común que rota periódicamente entre ambos cuerpos. La Corte Constitucional Federal funciona con total independencia de los restantes órganos constitucionales del Estado Federal, cuenta con los mismos derechos que éstos y es plenamente autárquica. Sus fallos son de acatamiento obligatorio para los tres poderes del Estado, en los que las decisiones de la Corte también poseen fuerza legal objetiva (BVerfGG, artículo 31).

La Corte Constitucional Federal dispone del control constitucional irrestricto ante todos los demás poderes del Estado, es decir, tanto respecto del Poder Legislativo como del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial. La Constitución y la Ley de Organización de la Corte Constitucional Federal enumeran las competencias de la Corte, sin que exista una competencia *in toto* para "litigios de constitucionalidad". En particular, la Corte conoce en todo lo referido al control de normas (abstractas y concretas) (Constitución, artículo 93 [1] nº 1, 100), y entiende en litigios surgidos entre diferentes órganos del Estado (Constitución, artículo 93 [1] nº 2), controversias entre el Estado federal y los *Länder* (Constitución, artículo 93 [1] nº 2 a, 3, 4) y recursos de amparo interpuestos por los ciudadanos (Constitución, artículo 93 [1] nº 4 a, 4 b); en el juicio político al Presidente de la República (artículo 61, Constitución) y a los jueces (Constitución, artículo 98 [2]), en recursos de queja sobre control de las elecciones (Constitución, artículo 41), así como en procedimientos sobre privación de los derechos fundamentales (Constitución, artículo 1) e inconstitucionalidad de los partidos políticos (Constitución, artículo 21 [2]).[7]

---

[6] Cf. ibídem, pp. 36 y ss.

[7] Cf. ibídem (n. 5), pp. 72 y ss.

II. Lineamientos básicos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal

1. Conceptos generales

En los cincuenta años de su existencia, y basándose en las competencias antes enumeradas, la Corte Constitucional Federal ha desplegado una jurisprudencia extraordinariamente frondosa y de amplio alcance que abarca, determina e influye hoy todos los ámbitos de la vida constitucional material, además de avanzar progresivamente sobre el orden jurídico simple y subconstitucional, al que ha ido caracterizando y en parte definiendo o, cuando menos, dotando de una serie de directivas político-jurídicas. Esta última tendencia ha generado crecientes críticas, las cuales serán abordadas más adelante, que en esencia plantean si la Corte Constitucional es (sólo) guardiana de la Constitución o se interpreta y puede ser interpretada como legisladora sustituta (de hecho).

La Corte Constitucional Federal definió a la Constitución alemana como "un orden sujeto a valores que interpreta la defensa de la libertad y de la dignidad humana como finalidad suprema de todo derecho; la imagen de hombre de la Ley Fundamental no es la de un individuo autosuficiente sino la de una personalidad que vive en una comunidad con la que está obligada de múltiples maneras".[8] Este orden, así definido, limita todo poder público: "La Ley Fundamental no ha constituido un poder público virtualmente omnipresente sino limitado la finalidad del Estado material a la preservación del bien común basado en la libertad y la justicia social".[9] En consecuencia, son también valores constitucionales "la seguridad del Estado como poder constitucional de paz y de orden y la seguridad de la población que él deberá garantizar, asimilables, además, a otros valores irrenunciables en su condición de justificación última y genuina del Estado como institución".[10] La Corte Constitucional Federal deduce su propia identidad a partir de esta interpretación cuando señala que "corresponde a una jurisprudencia constitucional desarrollar las diversas funciones de una norma constitucional, en particular de un derecho fundamental. Deberá darse prioridad a aquella interpretación que mejor despliegue la eficacia jurídica de la norma respectiva".[11]

Sustancial y metodológicamente, esta interpretación de la Constitución y del rol de la propia Corte obtiene su actualización a partir de los pronunciamientos sumamente abarcadores, y en parte extraordinariamente detallados, que hoy no sólo determinan el orden constitucional sino el sistema jurídico en su totalidad. Debe señalarse

---

[8] BVerfGE 12, 45 (51); 28,175 (189); 37, 57 (65).
[9] BVerfGE 42, 312 (332).
[10] BVerfGE 49, 24 (56 y s.).
[11] BVerGE 6,55 (72); 32, 54 (71); 39, 1 (38); 49, 154 (167).

que la Corte Constitucional Federal siempre hizo hincapié en los principios fundamentales del orden democrático, que son los principios de democracia, Estado de Derecho y bienestar social, además de la organización federal del Estado. Por otra parte, caracteriza a la Ley Fundamental un criterio amplio respecto a la normativa social, por cuanto ha privilegiado un criterio normativo por demás estricto cuando se trata de preservar las garantías esenciales.

Debe destacarse que la clave del éxito de este orden constitucional radica precisamente en la acertada combinación entre un criterio político abierto y la enumeración de normas constitucionales estrictas. Es evidente que esta realidad impone a la Corte Constitucional un elevado grado de responsabilidad y hasta le exige una cierta autolimitación. Si se analiza lo actuado por la Corte en relación con el criterio abierto adoptado por la Constitución en relación con el orden social, se aprecia que, en general, el alto tribunal lo ha respetado. En particular, cabe citar su pronunciamiento referido al orden económico del país, en el que concluye que la Ley Fundamental es políticamente "neutral" o abierta en lo que se refiere al orden económico.[12] En otros casos, de preceptos constitucionales muy generales la Corte ha deducido sistemas normativos enteros que incluso ha dotado de un relativo grado de autonomía propia. Cabe citar el campo del derecho de los medios, en particular la Ley de Radiodifusión (cf. Constitución, artículo 512).[13] Encontramos otros ejemplos en la Ley sobre Financiamiento de los Partidos Políticos (cf. Constitución, artículo 21 [1] 4),[14] en medida creciente en el derecho fiscal, en la Ley de Asilo Político, en la coparticipación financiera que regula las relaciones fiscales entre la nación y las provincias,[15] etc. Es evidente que en algunos de estos casos se trata de directivas que avanzan masivamente sobre las leyes simples, lo que ha valido más de una crítica justificada a lo actuado por el tribunal de constitucionalidad.[16]

Por otro lado, y esto es mucho más significativo, la Corte ha actuado siempre con máxima consecuencia y severidad cuando se ha tratado de preservar o defender la vigencia de los valores fundamentales. Ello se constata tanto en sus fallos relativos a los derechos fundamentales o a la vigencia del Estado de Derecho como en los pronunciamientos referidos a la preservación de la unidad alemana y al mandato de reunificación establecido en su momento por la Ley Fundamental. Con su fallo del 31 de julio de 1973 sobre el "Tratado Básico" entre Alemania Federal y la RDA, la Corte ratificó la continuidad de la unidad alemana y descartó la posibilidad de reconocer su

---

[12] Cf. BVerfGE 4,7 (17 y s.); 12, 341 (347); 14, 263 (275); 50, 290 (337).

[13] Cf. al respecto D. Dörr, "Der Einfluss der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts auf das Medienrecht", en *Verwaltungsarchiv (VerwArch)*, 92 (2001), pp. 149 y ss., con ejemplos.

[14] Cf. la sentencia citada en n. 54.

[15] Sobre el sistema de compensación fiscal entre los *Länder*, cf. en particular BVerfGE 1, 117 y ss., 72, 330 y ss.; 79, 311 y s.;86, 148 y ss.; 92, 91 y ss.; 93, 319 y ss., 95, 250 y ss.; 101, 158 y ss.

[16] Véase también III y los ejemplos allí citados.

división, y por ende a la RDA, de pleno derecho. Fue esta jurisprudencia la que mantuvo abierta la puerta que permitió recuperar la unidad alemana en 1990.[17]

2. Los derechos fundamentales y el Estado social de Derecho

La defensa de las garantías constitucionales es el eje de la jurisprudencia del tribunal de constitucionalidad. En todos sus fallos, la Corte interpreta que los derechos fundamentales no sólo son derechos subjetivos del ciudadano frente al poder público, sino valores objetivos, específicamente judiciables. En la sentencia dictada en el caso Lüth, el 15 de enero de 1958,[18] la Constitución define los derechos fundamentales en sentido más amplio, como un sistema de valores cerrado que debe regir y definir todo el sistema jurídico.[19] Es de esta afirmación que derivan lógicas y necesarias responsabilidades judiciales de la propia instancia de constitucionalidad. La Corte no sólo interpretó, concretó y en algunos casos perfeccionó las garantías consagradas en la Constitución; también definió al conjunto de derechos fundamentales como sistema de valores y garantías en sí mismo. La referencia más importante es el fallo Elfes, del 16 de enero de 1957, que define el derecho a "desarrollar libremente la personalidad", consagrado por el artículo 2 (1) de la Constitución como libertad principal o "libertad general de acción", amparando así todas las libertades, estén enumeradas o no en la Constitución, en el catálogo de derechos constitucionales fundamentales.[20] Esta jurisprudencia niveló casi por completo cualquier diferencia entre garantías constitucionales y derechos simples, lo que en alguna ocasión ha determinado pronunciamientos singularmente curiosos de la Corte, como por ejemplo, cuando debió entender si la libertad de cabalgar (libremente) en el bosque era una libertad constitucionalmente garantizada o no.[21] No es muy probable que este tipo de causas sean una interpretación adecuada del espíritu que animó en su momento al cuerpo constituyente.[22]

De cualquier modo, esta jurisprudencia en permanente evolución es un dato innegable de la realidad constitucional y política del país. Posiblemente ningún otro país en el mundo cuente en su realidad constitucional con una jurisprudencia en materia de derechos fundamentales siquiera asimilable. Ella abarca desbordes aislados, pero también desarrollos realmente importantes. En este último sentido debe mencio-

---

[17] Cf. BVerfGE 36, 1 y ss.

[18] Cf. BVerfGE 7, 195 y ss.

[19] Cf. además BVerfGE 5, 85 (204 y ss.); 21, 362 y ss.; 39, 1 y ss., 49, 89 y ss., 68, 193 y ss.; 97, 125 y ss.; 99, 185 y ss.

[20] Cf. BVerfGE 6, 32 y ss.; cf. además BVerfGE 8, 274 (328); 12, 341 (347); 54, 143 (144); 80, 137 (152); 90,145 (171).

[21] Cf. BVerfGE 80, 137 y ss.

[22] Cf. W. Brohm, "Die Funktion des BVerfG - Oligarchie in der Demokratie?", en *Neue Juristische Wochenzeitschrift (NJW)*, nº 1, 2001, pp. 4 y s.; R. Scholz, "Karlsruhe im Zwielicht", en J. Burmeister, (ed.), *Verfassungsstaatlichkeit, Festschrift für Klaus Stern*, Múnich, 1997, pp. 1214 y s.

narse el "derecho general al libre desarrollo de la personalidad",[23] deducido de los artículos 1 (1) y 2 (1) de la Constitución, y en este contexto el derecho de la autodeterminación en materia informativa.[24] Asimismo, la teoría de la eficacia "indirecta" de los derechos fundamentales frente a terceros sustentada por la Corte[25] concreta el valor básico inherente a los derechos fundamentales en sentido estricto y sin caer en los peligrosos vados de una teoría de la eficacia "directa" de los derechos fundamentales frente a terceros como la que viene sosteniendo la Corte Federal de Trabajo (BAG).[26] Finalmente, y en este mismo contexto, cabe mencionar la llamada "teoría de la sustancialidad" (*Wesentlichkeitstheorie*) de la Corte que estableció la protección de los derechos fundamentales como mandato prioritario del legislador parlamentario, reservándole así al Poder Legislativo decisiones constitucionalmente relevantes, en una clara delimitación atributiva sobre todo respecto del Ejecutivo.[27]

Precisamente esta puntualización, que constituye la "teoría de la sustancialidad", determina la jurisdicción de la Corte Constitucional. Con poder de convicción y criterio estricto, la Corte ha definido el principio del Estado de Derecho como uno de los principios constitucionales más importantes. La República Federal de Alemania es definida como una colectividad constituida sobre la base del Estado de derecho y, por lo tanto, es una colectividad comprometida tanto con los principios de la justicia material como de la seguridad jurídica y con el amparo de los derechos cívicos.[28]

Mucha más cautela y moderación observó la Corte en relación con sus pronunciamientos respecto del otro principio constitutivo del Estado que consagra la Constitución vinculado estrechamente al Estado de derecho ("Estado social de derecho", arts. 28 [1] y 1, Constitución). El reconocimiento de un "principio social del Estado" autárquico no es otra cosa que la lógica y estricta aplicación de ese criterio. La afirmación del Estado social (Estado de bienestar) ha sido interpretada por la Corte Constitucional Federal, acertadamente, como responsabilidad fundamental y a la vez habilitación del Estado para garantizar la seguridad social, un orden social justo y justicia social en sentido amplio.[29] Sin embargo, en esta definición (en última instancia tauto-

---

[23] BVerfGE 35, 202 (220 y s.); 54, 148 (154); 60, 329 (339); 72, 155 (170); 95, 220 (241); 101, 361 (380 y ss.).

[24] Cf. BVerfGE 65, 1 y ss.

[25] Cf. BVerfGE 7, 198 (205) y s.); 42, 143 (148); 52, 131, (165 y s); 60, 234 (239); 98, 365 (395).

[26] Cf. en particular sentencia de la Corte Federal de Trabajo (*Bundesarbeitsgerichts-Entscheidung*, BAGE) 1, 185 y ss.

[27] Cf. en especial BVerfGE 49, 89 (126); 61, 260 (275), 80, 124 (132); 84, 212 (226); 88, 103 (116); 95, 267 (307); 98, 218 (251).

[28] Cf., por ejemplo, BVerfGE 2, 380 (403); 7, 89 (92 y s); 17, 306 (313 y s.); 20, 323 (331); 30, 392 (403); 63, 215 (223); 65, 171 (174 y s.).

[29] Cf. BVerfGE 1, 97 (106); 5, 85 (198); 72, 180 (204); 33, 303 (330 y ss.) 50, 57 (108); 100, 271 (284).

lógica) del principio social del Estado, queda subsumido todo lo expuesto con relación al carácter amplio de los artículos de la Ley Fundamental dedicados a la definición del orden social.

En efecto: un sistema constitucional abierto en su normativa sociopolítica debe permanecer abierto a la implementación de un Estado de bienestar, pero debe presuponer también que éste adopte su forma concreta y actual a partir de las leyes simples. Nada está más comprometido con la situación sociopolítica concreta y las demandas sociales específicas que el mandato de hacer realidad el Estado social. Una Constitución no podrá nunca desarrollar ella misma y en forma directa una "realidad social" ni diseñarla en forma definitiva.[30] Haber comprendido esta realidad es probablemente uno de los mayores méritos de la Ley Fundamental alemana, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal en general ha hecho justicia a ese espíritu de la Carta Magna. Sin duda, en la jurisprudencia más reciente podrían detectarse ciertos indicios de un posible (?) viraje. Algunas sentencias del tribunal relacionadas con el sistema de seguridad social o el derecho fiscal [31] permitirían esa interpretación. Más específicamente, las decisiones más recientes respecto del seguro de cuidados permanentes del 3 de abril de 2001 [32] parecerían ser los primeros indicios de una tendencia a "dinamizar el principio del Estado social" desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional".[33]

3. Democracia y régimen parlamentario

La Constitución dice que Alemania es un Estado federal regido según los principios de la democracia representativa y parlamentaria con intervención de los partidos políticos en la formación de la voluntad popular (arts. 20 [1], 21 y 38). La jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal ha permitido concretar estos principios, no siempre fáciles de operacionalizar sin incurrir en contradicciones, con absoluto respeto por el espíritu amplio de la Constitución y las características de su sistema político. "La voluntad popular es la base de toda organización de Estado".[34] La frase peca de obvia, como aquella otra según la cual "habrá de distinguirse entre la voluntad popular y la voluntad pública ejercida a través de los órganos constitucionales".[35] La Corte

---

[30] Cf. R. Scholz, *Sozialstaat zwischen Wachstums und Rezessionsgesellschaft*, Karlsruhe, 1981, pp. 24 y ss. Principio del Estado social como "objetivo permanente".

[31] Cf. en particular BVerfGE 93, 121 y ss, 94, 241 y ss; 99, 216 y ss; 99, 246 y ss; 99, 268 y ss; 99, 273 y ss.

[32] Cf. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2002, pp. 1707 y ss., 1709 y ss.; "BverfG", en *NJW* (1999), pp. 557 y ss.

[33] Cf. el comentario titulado en estos términos de V. Zastrow, en *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 4.4.2001.

[34] BVerfGE 1, 14 (41).

[35] BVerfGE 20, 56 (98 y s.)

constata acertadamente: "En el Estado de derecho libre y democrático, la actuación del pueblo como órgano del Estado —no importa en qué forma y con qué efecto se produzca— queda circunscrita por las normas constitucionales".[36]

El instrumento más contundente por medio del cual se expresa la voluntad democrática y la legitimación del poder público es el voto. Así lo ratificó y fundamentó la Corte en múltiples pronunciamientos. En particular, la Corte ha auscultado prácticamente todas las facetas del carácter igualitario del voto",[37] al que definió como un derecho fundamental del ciudadano (desestimando así el derecho a votar de los extranjeros).[38] La Corte Constitucional Federal también ratificó la constitucionalidad del sistema electoral vigente basado en el "voto proporcional personalizado", aunque no entendió que fuera el único admisible.[39] La Corte hizo otro aporte fundamental a la estabilidad de la democracia constitucional al ratificar la cláusula que establece que un partido político debe obtener el cinco por ciento de los votos para ingresar al Parlamento. Su fallo ha prevenido hasta la fecha toda forma de excesiva atomización de los partidos políticos.[40]

El Parlamento (*Bundestag*) es el órgano central de la democracia. "Le cabe al Poder Legislativo la función constitucional de fijar las normas. El Parlamento cuenta con la legitimación democrática para hacerlo".[41] "Es el órgano de creación, supervisión y revocación política", pero no es el "órgano que ejerce el control jurídico ordinario" sobre el Gobierno Federal".[42] Con esta afirmación la Corte conjuga de manera igualmente explícita y ponderada el principio democrático con el principio de la división de poderes. A partir del contexto de ambos principios resulta el régimen parlamentario consagrado por la Constitución alemana de 1949, que sin duda ha demostrado una extraordinaria eficacia y se ha convertido en la principal base de apoyo para la primera democracia estable en la historia alemana.[43]

La democracia alemana responde al principio de la representatividad y consagra en su Constitución la participación de los partidos políticos en la formación de la voluntad popular (artículo 21).[44] Es una consecuencia por definición de la sociedad pluralista moderna y su concreta dependencia de organizaciones y procedimientos para la formación de la voluntad política, tanto en el nivel público como en el de las

---

[36] BVerfGE 8, 104 (115 y s.)

[37] Cf., por ejemplo, BVerfGE 1, 14 (32 y ss.); 1, 208 (242), 6, 84 (90 y s.) 11, 266 (272); 12, 10 (22 y ss.); 40, 296 (317); 57, 43 (56); 69, 92 (105 y s.) 82, 322 (337 y ss.); 89, 335 (349 y ss.), 95, 335 (349 y ss.); 95, 408 (417).

[38] Cf. BVerfGE 83, 37 y ss.

[39] Cf. BVerfGE 1, 208 y ss., 6, 84 y ss.; 11, 35 y ss.; 13, 127 y ss.; 95, 335 y ss.

[40] Cf. BVerfGE 1, 208 (256 y ss.); 4, 142 (143); 6, 84 y ss.; 82, 322 (337 y ss.), 95, 335 (349 y ss.).

[41] BVerfGE 68, 1 (72).

[42] Ibídem.

[43] Cf. también BVerfGE 67, 100 (129 y s.); 68, 1 (109).

[44] Cf., por ejemplo, BVerfGE 4, 144 (149); 91, 262 (267); 91, 276 (284 y s.).

organizaciones intermedias. La jurisprudencia de la Corte, pronunciándose sobre el carácter concreto del artículo 21 de la Constitución, ha contribuido de manera fundamental a la actual noción, función y posición de los partidos políticos. Éstos "no forman parte de los órganos supremos del Estado" y "son agrupaciones de libre constitución situadas en la esfera social y política".[45] A partir de esta definición, los partidos quedan convocados a participar en la formación de la voluntad política y son "instituciones con rango constitucional".[46] Aplicando este mismo criterio, los bloques parlamentarios son formas de organización de los partidos políticos en el Parlamento,[47] y del mismo modo queda garantizado el derecho a la oposición.[48]

A partir de la redacción de los artículos 21 y 38 se hace evidente que la Constitución acepta que la democracia partidaria puede ingresar en un "campo de tensiones" con la democracia representativa;[49] la propia Corte ha tenido siempre sumo cuidado en preservar el necesario equilibro ante situaciones concretas de conflicto. Cabe mencionar la garantía de los derechos parlamentarios de los diputados, entre los que se incluyen los de extracción independiente,[50] y la limitación de una excesiva disciplina partidaria para los bloques parlamentarios (mandato independiente,[51] dieta garantizada,[52] etc.). La Corte también se abocó en profundidad al tema del financiamiento de los partidos políticos, aunque no siempre logró una resolución feliz de estas cuestiones. Al margen de algunas deducciones excesivamente concretas a partir de las disposiciones del artículo 21 (1), aparecen como particularmente problemáticos ciertos bruscos virajes de 180 grados que se observan en la jurisprudencia de la Corte sobre este tema.[53] Estos virajes poco han contribuido a aumentar la confianza de los ciudadanos en los partidos políticos y en sus métodos de financiamiento, siempre aptos para despertar suspicacias.

Toda la estructura del sistema de gobierno representativo y democrático de Alemania, incluida la participación de los partidos políticos planteada a nivel constitucional, es fruto fundamentalmente de las lecciones que el Consejo Parlamentario, convocado como órgano constituyente después de la Segunda Guerra Mundial, extrajo del fracaso de la democracia de Weimar. En tal sentido no cabe duda de que los objetivos y las ideas de los constituyentes se han visto plenamente realizados con ayuda de la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional Federal. Expresión de este espíritu

---

[45] BVerfGE 20, 56 (100 y s.).

[46] BVerfGE 2,1 (73); cf. además BVerfGE 5,85 (133); 20, 56 (100); 66 107 (114).

[47] Cf. BVerfGE 2, 143 (160 y ss.), 20, 56 (104); 43, 142 (147); 84, 304 (324).

[48] Cf. BVerfGE 2, 143 (170 y s.); 10, 4 (16 y s); 44, 308 (321); 70, 324 (363).

[49] Cf. BVerfGE 2, 1 (72 y s.); 41, 399 (416).

[50] Cf. BVerfGE 80, 188 y ss.

[51] Cf. BVerfGE 10, 4 (14); 11, 266 (273); 95, 335 (349 y ss.).

[52] Cf. BVerfGE 40, 296 y ss.

[53] Cf. concretamente BVerfGE 6, 273 y ss; 20, 56 y ss; 24, 300 y ss; 73 1 y ss; 85, 264 y ss; 99, 69 y ss.

de la Corte es la clara acentuación de una democracia "combativa", a la que proveyó de los necesarios mecanismos de defensa y preservación de sus métodos y organizaciones ante el embate de tendencias anticonstitucionales.[54] En primer lugar cabe mencionar las disposiciones del artículo 21 (2) de la Constitución, que declara inconstitucionales los partidos "que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania". Sobre la constitucionalidad de un partido decide la Corte Constitucional Federal. Sentaron precedentes dos sentencias de la década de los cincuenta que derivaron en la prohibición del *Sozialistische Reichspartei* (SRP)[55] y el *Kommunistische Partei Deutschlands* (KPD).[56] Habrá que esperar para ver qué decisión tomará la Corte respecto del pedido de prohibición del partido neonazi NPD. En ese mismo contexto cabe citar el fallo de la Corte Constitucional Federal basado en el artículo 33 (5) de la Constitución, en el que entiende que los funcionarios públicos y quienes se postulen a ocupar cargos públicos deben fidelidad a la Constitución.[57]

4. El federalismo

La jurisprudencia constitucional también concretó y fundamentó el principio del federalismo consagrado en la Constitución alemana. Sin duda, puede afirmarse que en buena medida la imagen predominante de Estado federal "unitario y cooperativo" fue especificada y actualizada por la jurisprudencia de la Corte. En sus decisiones, la Corte parte inicialmente de una "estructura federal inestable" que, si bien declara inalterable el principio federal en sí, "no les garantiza a los *Länder* […] su existencia ni su territorialidad contra injerencias y alteraciones desde el poder federal".[58] La competencia del Estado federal (*Bund*) para reorganizar el territorio federal está regulada por el artículo 29 de la Constitución, pero la organización de las competencias dentro de él, que plantea una presunción general en favor de los *Länder* (GG, arts. 30, 70, 83),[59] es sensible y requiere la elaboración de formas más concretas.

A pesar de que la Corte Constitucional Federal ha subrayado siempre que los *Länder* son los depositarios primarios de las competencias, sus fallos contribuyeron a construir la primacía fáctica que ostenta hoy el Estado federal, al menos en lo que se refiere a las competencias legislativas. Esta primacía deriva de una jurisprudencia que, en el campo de la legislación concurrente y de la legislación marco, como se

---

[54] Cf. BVerfGE 28, 36 y ss; 40, 287 (291).
[55] Cf. BVerfGE 2, 1 y ss.
[56] Cf. BVerfGE 5, 85 y ss.
[57] Cf. BVerfGE 39, 334 y ss.
[58] BVerfGE 5, 34 (38).
[59] Cf., por ejemplo, BVerfGE 26, 246 (254).

expresa en la Constitución, concedió al Estado federal la posibilidad de aplicar las disposiciones del artículo 72 (2) referidas a la creación de condiciones de vida equivalentes o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica del país, según su propia apreciación.[60] Por lógica consecuencia, en la realidad política las disposiciones consagradas en el artículo 72 (2) se transformaron en simple nulidad,[61] situación ésta que tampoco se vio modificada sustancialmente por el intento de precisar el contenido del artículo 72 (2) de la Constitución[62] en el marco de la reforma constitucional que siguió a la reunificación del país.[63] Sin duda, una sociedad de masas, dotada de elevada movilidad, difícilmente se resignaría a soportar diferencias normativas verdaderamente gravitantes entre un estado provincial y otro. Sin perjuicio de esta realidad, el principio federal requiere un mínimo de diversidad y espíritu competitivo entre las partes que conforman el todo, incluso en beneficio de los propios ciudadanos y de la sociedad misma.

Por otro lado, la Corte ha fortalecido la posición de los *Länder* —quizás con una intención compensatoria— en aquellos aspectos que admiten la intervención de éstos en la legislación federal a través de la Segunda Cámara. A pesar de que la Constitución concibió la aprobación de leyes por la Segunda Cámara para casos de excepción, en la realidad constitucional esto se ha convertido en práctica corriente. Ha contribuido a ello la jurisprudencia de la Corte, en tanto no limita la aprobación del *Bundesrat* a ciertas normativas, como las referidas a la organización de la administración pública o normas procesales (Constitución, arts. 84 y 85), que fundamentan la necesidad de contar con la aprobación de la Segunda Cámara para tener fuerza de ley. La Corte ha hecho extensiva la necesidad de contar con la aprobación de la Segunda Cámara a todas las normas de fondo.[64] Existen razones atendibles que permiten dudar de que esta jurisprudencia refleje acertadamente el espíritu de la Constitución.[65]

Gracias en buena medida a la jurisprudencia de la Corte, el *Bundesrat* está dotado hoy de un importante poder político en el campo legislativo que probablemente

---

[60] Cf. BVerfGE 2, 213 (224 y s.); 4, 115 (127); 10, 234 (245); 33, 224 (229).

[61] Respecto de la crítica, cf. R. Scholz, "Ausschliessliche und konkurrierende Gesetzgebungskompetenz von Bund und Ländern in der Rechtsprechung des BverfG", en C. Starck, o cit. (n. 4), t. 2, pp. 259 y ss.

[62] Cf. "Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission gemäss Beschluss des Deutschen Bundestages und Beschluss des Bundesrates" (Informe de la Comisión Constitucional Conjunta según resolución del Bundestag y resolución del Bundesrat), en *Zur Sache, Themen parlamentarischer Beratung*, 5/93, pp. 65 y s.

[63] Cf. R. Scholz, "Zehn Jahre Verfassungseinheit", en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBL)*, 115, 2000, pp. 1380 y s.

[64] Cf. BVerfGE 8, 274 (294 y s.): 24, 184 (195); 55, 274 (319 y ss.).

[65] Cf. también R. Herzog, *Strukturmängel der Verfassung?*, Stuttgart, 2000, pp. 106 y ss.; D. Grimm, "Das Grundgesetz nach fünfzig Jahren - Versuch einer staatsrechtlichen Würdigung", en Bundesministerium des Innern (ed.), *Bewährung und Herausforderung. Die Verfassung vor der Zukunft*, Berlín, 1999, pp. 53 y ss.

nunca imaginaron los constituyentes de 1949. La situación creada plantea, desde la perspectiva del principio federal, algunas preguntas importantes con relación al futuro. Una de estas dudas es si el fortalecimiento del conjunto de los *Länder* representados en el *Bundesrat*, que al mismo tiempo significa un fortalecimiento de los ejecutivos estaduales (gobiernos provinciales), por ser los que integran la Segunda Cámara, se ajusta a los principios del federalismo basado en la diversidad de cada uno de los *Länder* (no del conjunto) y su respectiva estructura democrática interna.

Estas tendencias visibles en la evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal permiten afirmar que en cierto modo el tribunal estableció nuevos parámetros en la relación ente el Estado federal y los *Länder* y que a todas luces partió (también) del concepto de división de poderes vertical entre el Estado federal y los estados federados que lo integran. Esta misma tendencia sigue presente en los tantos pronunciamientos de la Corte que obligan al Estado federal y a sus partes a demostrar una especial consideración y cooperación recíprocas. Al respecto nada se desprende de la Constitución misma. Acertadamente la Corte Constitucional Federal elevó el principio de fidelidad federal a la categoría de principio constitucional accesorio, que tiene carácter obligatorio y modificador en el ámbito de todas las competencias del Estado Federal y los *Länder,* como así también de los *Länder* entre ellos.[66]

III. ¿Guardián de la Constitución o legislador sustituto?

El panorama trazado hasta aquí sobre evolución y tendencias básicas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal permite, como una primera conclusión, reiterar que hemos asistido a una historia de éxito. La Corte se ha convertido en el verdadero guardián de la Constitución en Alemania. Es un garante de la democracia basada en el Estado de derecho y el bienestar social de nuestro país y de nuestro orden constitucional. Celebramos esta circunstancia, elogio que merece hacerse extensivo a los constituyentes de 1949. No obstante, tampoco pueden ignorarse las serias críticas que la Corte ha merecido en ciertas situaciones, sobre todo en relación con una tendencia que se observa más recientemente. Se le atribuye cierta inclinación por constituirse en una suerte de "legislador sustituto"; en otras palabras, se le reprocha a la Corte extralimitarse en el papel de guardián de la Constitución que le fue conferido.

Sin duda, en ciertos casos los límites entre el control de la constitucionalidad de las normas, por un lado, y el dictado de normas jurídicas, por el otro, pueden ser muy fluidos.[67] Sin embargo, es innegable que existe una notoria tendencia de la Corte Constitucional Federal no sólo a controlar al Poder Legislativo respecto a la conformidad constitucional de sus leyes, sino a impartir directivas respecto de la calidad de

---

[66] Cf. en particular BVerfGE I, 299 (315), 9, 268 (277); 12, 205 (249 y ss.); 41, 291 (308 y ss); 42, 103 (117 y ss); 81, 310 (337); 95 250 (266).

[67] Cf. R. Scholz, op. cit. (n. 22), pp. 1207 y s.

las normas jurídicas simples. Dicho de otro modo: existe cuando menos una tendencia de hecho a asumir el papel de legislador sustituto. Este mismo proceso se manifiesta también en la relación con los diferentes fueros cuyas competencias la Constitución tuvo el tino de separar claramente de las competencias de la Corte Constitucional Federal. En lo que se refiere al control judicial de los diferentes fueros, la Corte ha caído ocasionalmente —por cierto, más seguido en los últimos tiempos— en la tentación de transformarse en una suerte de "superinstancia de revisión".

Estas tendencias determinaron un creciente número de críticas en los últimos años. Aun cuando en ciertos casos se observa que estas tendencias se magnifican, manifestaciones como las siguientes deberían invitar a la reflexión o al menos ser escuchadas con atención: "¿El ocaso de los dioses? ¿Quién protege a la Constitución de sus guardianes?",[68] "¿La Corte Constitucional Federal devenida en Comisión de asistencia social?",[69] "La Corte Constitucional Federal: ¿guardián o reformador de la Constitución?",[70] "La función de la Corte Constitucional Federal: ¿oligarquía en la democracia?",[71] "La Corte Constitucional Federal, ¿guardián de la democracia o legislador sustituto?".[72] Tampoco podemos atribuir a la casualidad el que destacados ex magistrados de la Corte se hayan pronunciado muy claramente en ese sentido. Así por ejemplo, K. Hesse afirma: "jurisprudencia constitucional significa administrar derecho y no una suerte de superlegislación o algo así".[73] E. W. Böckenförde advierte: "no le asiste a la Corte Constitucional Federal la iniciativa legislativa ni se encuentra habilitada para ejercer un control permanente del accionar legislativo",[74] y agrega que la Corte Constitucional Federal no puede arrogarse la atribución de ser una suerte de "preceptor autoritario" o "preceptor tutelar" del Parlamento.[75] Coincidentemente, P. Kirchhof recuerda que jurisdicción constitucional significa juzgar y no dictar leyes";[76] más adelante este autor agrega: "El mandato constitucional indica al legislador como primer intérprete de la Constitución, la jurisprudencia [sólo] lo es en segunda instancia".[77]

---

[68] B. Grossfeld, "Götterdämmerung?", en *NJW*, 1995, p. 1719 y ss.

[69] J. Isensee, *Am Ende der Demokratie oder am Anfang?*, Berlín, 1995, p. 48.

[70] C. Walter, en *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, 125 (2000), pp. 517 y ss.

[71] W. Brehm, op. cit. (n. 22), pp. 1 y ss.

[72] R. Scholz, "Das Bundesverfassungsgericht: Hüter der Verfassung oder Ersatzgesetzgeber?", en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 16/99, pp. 3 y ss.; cf. ídem, op. cit. (n. 22), pp. 1201 y ss.

[73] K. Hesse, "Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel", en *Juristenzeitung (JZ)*, 1995, p. 267.

[74] "Minderheitsvotum" (voto en minoría), en BVerfGE 93, 149 (151).

[75] "Minderheitsvotum" (voto en minoría), en BVerfGE 93, 152.

[76] Cf. P. Kirchhof, "Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung", en P. Badura y R. Scholz (eds.), *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, Simposio con motivo del 70º aniversario de P. Lerche, Múnich, 1998, p. 5.

[77] Ibídem, p. 16.

Las decisiones de la Corte que generan este tipo de criticas son múltiples y abarcan las más diversas áreas del Derecho. Comprenden al Derecho Civil y al Derecho Penal, pero también se internan en el Derecho Fiscal y en el campo social. Debe alegarse en favor de la Corte Constitucional Federal, no obstante, que los límites entre el control constitucional y la función política no siempre son unívocos y que también el Poder Legislativo ocasionalmente le ha asignado a la Corte Constitucional Federal, al menos fácticamente, el papel de "legislador sustituto" por obra de sus propias falencias u omisiones. Pensemos tan solo en la reforma de la ley sobre aborto luego de la reunificación alemana, una norma que el propio Parlamento no estuvo en condiciones de resolver dentro de la legalidad constitucional. Tuvo que socorrerlo la Corte Constitucional Federal con un fallo que desde lo inmanente sin duda se interna en una "legislación sustituta", pero que, con idéntica convicción, puede aducir que sólo el fallo estaba en condiciones de aportar la necesaria solución y pacificación.[78] Una situación análoga se aprecia en el caso de los pronunciamientos de la Corte Constitucional Federal en relación con operaciones *out of area* de las Fuerzas Armadas alemanas, que permitieron sustraer el tema a la disputa política diaria, otorgando al gobierno alemán la necesaria maniobrabilidad política respecto de su responsabilidad dentro de la Alianza del Atlántico Norte. No existe ningún artículo en la Constitución alemana que pueda servir de base para su pronunciamiento del 12 de julio de 1994,[79] en el que se establece que las operaciones concretas de las Fuerzas Armadas *out of area* requieren de aprobación expresa del Parlamento.[80] Sin embargo, fue este pronunciamiento legiferante de la Corte el que contribuyó a pacificar el debate y a generar aceptación en torno a este tipo de operaciones de la Fuerzas Armadas alemanas en el exterior. En esta misma línea se inscribe el fallo de la Corte respecto del Tratado de Maastricht del 12 de octubre de 1993, que le ha conferido un fundamento constitucional concreto sobre el cual edificar el proceso de la unidad europea y proyectar principios básicos de una política alemana para Europa.[81]

La actual relación entre Poder Legislativo y jurisdiccionalidad constitucional es de gran sensibilidad política y jurídica con relación al principio de la división del poderes en un Estado de derecho. La existencia del Estado de derecho democrático, basado en la división de poderes, depende del funcionamiento de ambos poderes públicos, llamados a cumplir con su mandato de legislar y de administrar justicia constitucional, respectivamente, sobre una base de igualdad y responsabilidad recíproca. Cada uno de órganos constitucionales debe respetar y observar el mandato del

---

[78] Cf. BVerfGE 88, 203 y ss.

[79] Cf. BVerfGE 90, 286 (345 y ss.)

[80] Cf. G. Roellecke, "Bewaffnete Auslandseinsätze - Krieg. Aussenpolitik oder Innenpolitik?", en *Der Staat*, 34 (1995), p. 423 y ss.

[81] Cf. BVerfGE 89m 155 y ss.

otro. Legislar es mandato exclusivo del Poder Legislativo; aplicar el derecho es mandato exclusivo del Poder Judicial y en él se inscribe la actuación de la Corte Constitucional. Si fuera cierto que en los últimos tiempos se ha producido un corrimiento, sobre todo en el ámbito de la jurisprudencia constitucional, que la ha desplazado en dirección a una actuación más política y legiferante, será preciso reflexionar sobre lo actuado y proceder a una rápida corrección de tal tendencia.

El Estado de derecho que consagró la Constitución alemana no es un Estado emanado de la jurisprudencia. Por el contrario, en él cabe igual responsabilidad al Poder Judicial que al Poder Legislativo. Cualquier desajuste deberá ser subsanado, y tanto el Poder Legislativo como la jurisdicción constitucional deben proveer al restablecimiento del justo equilibrio. La actuación extremadamente exitosa de la Corte en los cinco últimos decenios demuestra que el cuerpo es capaz de corregir posibles desvíos. Puede entonces confiarse en que en las décadas venideras la Corte Constitucional seguirá siendo el guardián irrenunciable de la Constitución y que corregirá rápidamente las tendencias en su jurisprudencia que puntualmente así lo requieran.

Abreviaturas utilizadas en el texto

BVerfG. *Bundesverfassungsgericht* (Corte Constitucional Federal).

BVerfGG. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (Ley de Organización de la Corte Constitucional Federal).

BVerfGE. *Bundesverfassungsgerichts-Entscheidung* (sentencia de la Corte Constitucional Federal).

GeschOBVerfG. *Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts* (estatutos de la Corte Constitucional Federal).

BAGE. *Bundesarbeitsgerichts-Entscheidung* (sentencia de la Corte Federal de Trabajo).

Miguel Ángel Ciuro Caldani (Argentina) *

Bases para el Derecho Constitucional Comparado latinoamericano

I. Introducción: el Derecho Constitucional Comparado latinoamericano, sus bases reales y las perspectivas jusfilosóficas para su estudio

1. El Derecho Constitucional Comparado, como todo despliegue comparativo del Derecho, puede enriquecerse con la comprensión de las *bases reales*, tanto "naturales" como "culturales", de los países cuya comparación constitucional se considera.[1] Por otra parte, resulta más interesante si se lo trata desde la perspectiva tridimen-

---

* Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; investigador del CONICET (Argentina).

[1] En profundidad la diferenciación entre *naturaleza* y *cultura* es discutible, pero en el nivel científico-jurídico puede resultar de interés. Véanse, por ejemplo: Giuseppe de Vergottini, *Derecho Constitucional Comparado*, trad. Pablo Lucas Verdú, 2ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1985; Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, 1ª ed., Alianza Universidad, Madrid, 1984; F. Belaunde y otros (coords.), *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Dykinson, Madrid, 1992; *Constitucional Bibliography, Bibliografía Constitucional, Base de Datos Políticos de las Américas*, http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/biblio.html (5-8-2002); *Biblioteca Jurídica Virtual, Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/otrasrev/ (5-8-2002). Sobre Derecho Constitucional Iberoamericano, en especial acerca de los Congresos Iberoamericanos de Derecho Constitucional, pueden verse distintos sitios según http://google.yahoo.com/bin/query?p=Derecho+Constitucional+Iberoamericano&hc=0&hs=0 (24-8-2002). Asimismo, *Publicaciones do CIEDLA*, http://www.adenauer.com.br/HTML/Textos-p/Li-Publa-CIEDLA.htm (en especial el *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano* [27-8-2002]); y el sitio de la Fundación Konrad Adenauer, http://www.kas-ciedla.org.ar/publi/anuario_der.htm.

En cuanto al Derecho Comparado, véase, por ejemplo, nuestro estudio "Filosofía y método del Derecho Comparado", en *La Ley*, t. 1989-C, pp. 1080 y ss. Puede consultarse, además, el panorama general en Konrad Zweigert y Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, trad. Tony Weir, 3ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1998; René David y Camille Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10ª ed., Dalloz, París, 1992.

sional *sociológica*, *normológica* y *axiológica*, sobre todo desde los despliegues de la *teoría trialista del mundo jurídico*.[2]

Cada Filosofía del Derecho brinda diversas posibilidades al Derecho Comparado. Es notorio que la construcción del objeto de la ciencia jurídica posee importancia decisiva en lo que se ha de comparar.[3] La teoría trialista del mundo jurídico construye el objeto de la ciencia del Derecho incluyendo repartos de "potencia" e "impotencia" (lo que favorece o perjudica al ser y la vida), captados (descritos e integrados) por normas, y valorados, los repartos y las normas, por la justicia. Esto significa que inscribe el objeto jurídico, también en el despliegue comparativo, en la complejidad relevante de la *vida humana*. En el trialismo, comparar Derechos significa al fin *comparar vida*. Creemos que ningún régimen puede ser comprendido ni comparado sino atendiendo, como pretendería desde su tridimensionalismo François Gény, a lo "dado" y a lo "construido".[4]

La expresión *América Latina*, empleada sobre todo por impulso de la cultura francesa, ha adquirido consagración por el uso generalizado y posee relevancia para señalar la diferencia de nuestra región respecto de la cultura angloamericana. Como creemos que en diversos aspectos los fundamentos de nuestra zona son específicamente *ibéricos*[5] y que vale no ignorar las diferencias respectivas, a veces preferimos la expresión *América Ibérica*.[6] Sin embargo, con el concepto *América Latina* pueden afirmarse relaciones relevantes, por ejemplo, con Haití y el Canadá de cultura francesa, y éste es el espacio al que nos referimos en general en el presente caso.[7]

2. Como partes de la "constitución material", las bases reales naturales y culturales condicionan no sólo la elaboración sino el funcionamiento de toda normatividad

---

[2] Acerca del tridimensionalismo y el trialismo pueden verse, por ejemplo, Werner Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., 5ª reimp., Depalma, Buenos Aires, 1987; Miguel Ángel Ciuro Caldani, *Derecho y política*, Depalma, Buenos Aires, 1976; *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1982-84; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000. También, en especial proximidad con nuestro tema, véase Germán J. Bidart Campos, *Filosofía del Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1969.

[3] En general, es mucho lo que la Filosofía del Derecho puede aportar al Derecho Comparado y al Derecho Constitucional Comparado. También es mucho lo que éstos pueden brindar al desarrollo de la Filosofía. En aplicaciones como ésta se puede apreciar mejor el interés de los resultados de cada despliegue jusfilosófico.

[4] F. Gény, *Science et technique en Droit Privé Positif*, Sirey, París.

[5] Pueden verse nuestras "Notas para la comprensión jusfilosófica de América Latina", en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, nº 12, pp. 29 y ss.

[6] O, por supuesto, rumano.

[7] En cuanto a las diversas expresiones para denominar a la región, pueden verse, por ejemplo *Textos de Gustavo Bueno, España y América*, Centauro, La Habana, 2001, http://www.filosofia.org/aut/gbm/2001eya.htm (31-8-2002); *PUCE*, http://www.puce.edu.ec/Postgrados/interamericanos/programa_ee_1.htm (31-8-2002).

constitucional.[8] Los factores de poder se forman en gran medida en relación con esos despliegues naturales y culturales. Si se atiende a que la "constitución" es de cierto modo, desde la referencia etimológica, una manera de organizar el "estar en pie" en común, se aprecia que la constitución material y las bases naturales y culturales en especial poseen gran significación.[9]

En nuestro caso, la normatividad constitucional latinoamericana surge de manera principal de *raíces occidentales* con *rasgos específicos* y de otros aportes *no occidentales* menos influyentes, todos los cuales a su vez se expresan en su funcionamiento.

Varios países latinoamericanos parecen encontrarse en vías de al menos una relativa "des-integración" porque la constitución material de la zona, en la que se encuentran esas bases reales, impulsa en dicho sentido. En la *globalización-marginación* material que abarca el planeta, la realidad de América Latina impulsa a la exclusión.[10] En cambio, el desenvolvimiento más profundo del Derecho Constitucional Comparado puede contribuir al reconocimiento de los caminos para la *universalización*, respetuosa de las particularidades.

3. El *Estado de Derecho* en sentido amplio, que no sólo se somete al Derecho legal sino que resulta satisfactorio desde las distintas perspectivas del mundo jurídico, es una aspiración que en Latinoamérica tiene a menudo muy difícil realización porque la bloquean las bases reales, sobre todo culturales. El frecuente fracaso en tal sentido es una de las expresiones de mayor contradicción del espacio mundial actual. Hay grandes zonas del planeta que desean tener Estado de Derecho y lo realizan y otras que no lo quieren; Latinoamérica lo desea, pero no puede lograrlo.

---

[8] Cabe recordar Fernando Lassalle, *¿Qué es una constitución?*, trad. W. Roces, Siglo Veinte, Buenos Aires, 1957. A qué es una constitución se refiere el número 1 de la *Revista Argentina de Derecho Constitucional*. Puede consultarse Peter Haberle, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, trad. Emilio Mikunda, Tecnos, http://www.csj.gob.sv/cultura3/Nueva%20carpeta/libros_03.htm (24-8-2002).

[9] En cuanto a la etimología de la palabra *constitución* puede verse, por ejemplo, Joan Corominas, *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, Gredos, Madrid, pp. 420 y ss.

[10] Acerca de la globalización/marginación pueden verse, por ejemplo, nuestro artículo "Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración", en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, nº 24, pp. 41-56; Rolando Franco, "Globalización, democracia y equidad. ¿Qué pasa hoy en América Latina?", en *Contribuciones*, 3/2000, pp. 49 y ss.; Raúl Bernal-Meza, "Los procesos de globalización: perspectivas y riesgos para América Latina", en "*Contribuciones*, 3/1998, pp. 117 y ss.; Sonia L. Scotti y Domingo García, "América Latina: globalización y crecimiento económico", en *Propuestas*, año III, n° 6, pp. 25 y ss.; Orieta Caponi y Miguel Ángel Díaz Ferrer, "La globalización neoliberal y su 'modelo de ingobernabilidad' como factor adverso al desarrollo económico en América Latina: el caso Venezuela", en *Mundo Nuevo*, año XXII, nos 3-4, pp. 35 y ss.; Aldo Rebelo, "El Brasil y la América Latina frente a una economía globalizada", en *Mundo Nuevo*, año XX, nos 2-3, pp. 51 y ss., http://www.ub.es/hvirt/program/afrobibl.htm.

4. A nuestro parecer, pese a que los fenómenos de dominación son notorios y a que tal vez pueda decirse que América Latina ibérica es un área *bajo enorme presión*, tal vez sea éste uno de los espacios de los que más depende la "integración" universalizadora, en lo *temporal*, *espacial* y *material*, del mundo actual.[11]

5. Estimamos que no es sin razón que las expresiones más originales de la teoría jurídica de nuestra región han sido al menos relativamente *tridimensionalistas*: para comprender su situación, el hombre de la zona necesita atender a la realidad social, las normas y los valores. No es sin motivo que esas manifestaciones suelen ser "embotelladas" por el predominio de jusfilosofías más satisfactorias para los intereses de algunos países centrales.

6. La construcción tridimensional del objeto jurídico favoreció el desenvolvimiento de la *teoría de las respuestas jurídicas* y sus *contactos*, atendiendo a la dinámica de la "plusmodelación" y la "minusmodelación" y a las relaciones de coexistencia de respuestas independientes, aislamiento, dominación, integración y desintegración.[12] La "plusmodelación" y la "minusmodelación" pueden referirse a los aspectos fácticos y conceptuales o sólo a uno de éstos. Los diferentes tipos de vinculación se concretan en distintas maneras de calificar las realidades, establecer los alcances de los problemas, admitir o no el fraude, reenviar las soluciones y rechazar las respuestas extrañas. En esos términos, es viable comprender que las unidades que se vinculan en el Derecho Constitucional Comparado pueden desenvolver dinámicas de diversos alcances en cuanto a "plusmodelación" y "minusmodelación" y guardar, entre sí o respecto de otras, esos diferentes tipos de relación, con los distintos modos de problematización.

Las bases naturales y culturales de la relación de Latinoamérica ibérica con los espacios centrales de Occidente tienden a generar una dinámica al menos de "minusmodelación" fáctica de las respuestas locales, con "plusmodelación" de las de los países hegemónicos, es decir, cierto *vaciamiento* de la constitucionalidad latinoamericana en una relación de *dominación* de los países centrales sobre nuestra zona. De este modo, las calificaciones, los alcances de los problemas, las posibilidades de fraude, las opciones acerca del reenvío y las posibilidades de rechazo se resuelven en detrimento de nuestra región.

7. Dada la *tridimensionalidad* general de la cultura, también es posible una construcción *trialista del mundo científico*. En ella cabe incluir actos de conocimiento, captados por juicios y valorados por la verdad.[13] Los actos de conocimiento son

---

[11] Cabe consultar nuestro estudio *El Derecho universal*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

[12] Es posible ver nuestros *Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas*, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976, esp. pp. 59 y ss.

[13] Pueden verse al respecto nuestras "Meditaciones acerca de la ciencia jurídica", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional de Rosario, n°s 2-3, pp. 89 y ss.

asimismo, de cierto modo, adjudicaciones de potencia e impotencia. En la ciencia jurídica se trata de verdad acerca del fenómeno jurídico y, en última instancia, respecto de la justicia. El "acto comparativo jurídico", que en sí es diverso de la mera yuxtaposición de información respecto del Derecho extranjero, a veces denominada *Derecho Comparado*, es un fenómeno científico y, de cierta manera, adjudica potencia e impotencia.

El desarrollo del Derecho Constitucional Comparado latinoamericano como actividad científica es una manera de repartir potencia e impotencia, una senda que permite adjudicar potencia a los pueblos de la región, mejorar jurídicamente sus condiciones de vida.

El acto comparativo, en nuestro caso en el campo constitucional latinoamericano, puede realizarse para *juzgar y preferir* o para *comprender e integrar*. A nuestro parecer, como es posible apreciar la gradualidad cultural de las relaciones entre los Derechos, el Derecho Constitucional Comparado latinoamericano ayuda a comprender e integrar más intensamente a los pueblos de la región. Estimamos que es un deber con América Latina.

El Derecho Comparado suele encontrar *límites* emergentes de la "naturaleza de las cosas"; por ejemplo, por la dificultad del acceso a la información, por la limitación del interés, por los bloqueos para la comprensión de lo diverso, por las restricciones políticas y económicas, etc. Dado que nuestras perspectivas científicas se refieren de manera a menudo excesiva a los países occidentales centrales, el Derecho Constitucional Comparado latinoamericano enfrenta a veces obstáculos relevantes en cuanto al interés en los pueblos de la región. Por eso, su consideración adquiere particular importancia.

Para nuestra región, el estudio de las bases del Derecho Constitucional y en general del fenómeno jurídico posee importancia vital. Sin embargo, el "análisis de la realidad" básica del Derecho y la comprensión de las vías de "síntesis" desarrolladas, en nuestro tiempo excesivamente económicas, suelen no recibir la atención que merecen.

II. Las bases reales del Derecho Constitucional Comparado latinoamericano[14]

8. Las *bases geográficas* de Occidente están sobre todo en la relativa continuidad territorial europea, de modo que, sin desconocer la importancia del elemento "palestino", puede decirse que nuestra cultura se ha desenvuelto primero en dos espa-

[14] Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de España, Centro de Información de la Cooperación Española, http://www.cifaeci.org.co/marca_01.htm (31-8-2002).

cios peninsulares mediterráneos y luego sobre todo en la Europa del Centro y el Oeste. La historia haría, de cierto modo, de gran parte de la América del Norte una continuidad del espacio europeo.

Por su parte, las bases geográficas de Latinoamérica y la historia precolombina evidencian en América Central y América del Sur unidades que fueron fracturadas en diversos grados por la presencia europea y norteamericana. Pese a la continuidad geográfica del Brasil, Paraguay, Uruguay y Argentina, los conflictos entre Portugal, España y Gran Bretaña motivaron la existencia de países diferentes. La notoria unidad centroamericana ha sido despedazada principalmente por la influencia estadounidense.

Aunque se trata de una opción construida por la voluntad de los cartógrafos, vale tener en cuenta que tradicionalmente se ubica al Norte, en el que está el Occidente "central", en la parte superior y al Sur, donde está gran parte de Latinoamérica, en la parte inferior de los mapas.

Latinoamérica es una región de inmensos *recursos naturales* codiciados desde los comienzos del contacto euroamericano por los países centrales de Occidente. En ciertos momentos la codicia del petróleo ha marcado la historia de varios países de la región. Hoy es también grande la tensión en relación con las disponibilidades de agua potable y de la purificación del aire.[15]

En tanto varios países centrales europeos viven procesos de reducción demográfica, Latinoamérica posee importantes índices de crecimiento que prometen cierta expansión de las posibilidades de la región.[16]

9. En lo *económico-social*, la cultura occidental ha sido en general escenario de una frecuente tensión entre el *feudalismo* y el *capitalismo*, hoy claramente resuelta a favor del primero, pero esa situación de conflicto tiene destacada presencia en Latinoamérica.[17] Si bien la comprensión de la vida occidental reclama la consideración del gran despliegue que han tenido el uso del *carbón*, el *acero, la electricidad* y el *átomo* y la fabricación y el empleo de *máquinas* que cada vez más sustituyen al hombre e incluso adquieren caracteres robóticos, esos rasgos no están presentes en la América Latina como en el Occidente de vanguardia.[18]

---

[15] Puede verse *Bienvenidas y bienvenidos a Biodiversidad en América*, http://www.biodiversidadla.org/ (31-8-2002).

[16] En cuanto al panorama demográfico puede verse, por ejemplo, UNFPA, http://www.unfpa.org/swp/2001/espanol/ (26-8-2002).

[17] Respecto a los datos de la economía de América Ibérica puede verse, por ejemplo, Lanic, http://lanic.utexas.edu/la/region/statistics/ (22-8-2002).

[18] En cuanto a la relación entre la constitución y la economía, es posible consultar, por ejemplo Alberto Ricardo Dalla Via, *Derecho Constitucional Económico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999 (acerca del Derecho Constitucional Económico Comparado, pp. 71 y ss.).

Sin desconocer, por ejemplo, el relativo desarrollo de la industria brasileña o las posibilidades que parece ir logrando México, en general los países latinoamericanos están lejos de la capacidad industrial del Occidente central. En general predominan las explotaciones agrícolas, ganaderas y mineras y cierto desenvolvimiento comercial. Los términos del intercambio sufren reiterados deterioros. Las actividades de servicios ocupan a veces lugares desproporcionados. Pese a contar con una naturaleza muy rica y con una población calificada o calificable, Latinoamérica tiene frecuentes carencias de capitales, que la colocan en situación de dependencia respecto de los países capitalistas. En el espacio mundial promovido por la cultura Occidental central se mueven, a veces sin control, capitales financieros que golpean con fuerza a las débiles economías de nuestra región.

El aprovechamiento intensivo de los recursos naturales europeos contrasta con el relativo desaprovechamiento de muchos recursos latinoamericanos. En algunos casos hay cierta ocupación "parasitaria" de los territorios.[19] Ciertos sectores de la población latinoamericana pertenecen al Occidente del *consumo*, pero la región no está en condiciones de *producir* y *distribuir* en concordancia. En la debilidad de las estructuras de la región han encontrado oportunidad importantes fenómenos de *tráfico* de drogas, de armas e incluso de niños, cuyos diversos episodios de represión suelen evidenciar la mediatización de la zona por países centrales.

Aunque el Occidente central se desenvuelve en cauces no siempre exclusivos de economía liberal y durante varias décadas se confió, también en Latinoamérica, en el papel de la intervención del Estado en la economía, el seguimiento, a veces impuesto, del modelo liberal se expande en diversos grados en nuestra región.[20] Graves procesos de desestabilización suelen acompañarlo.

La "deuda externa", que suele mezclar acreedores legítimos con otros emergentes del avasallamiento de la región, es en diversos casos uno de los eslabones de la cadena que restringe las posibilidades reales de Latinoamérica.

10. Occidente ha tenido un gran proceso de urbanización burgués con relaciones a menudo difíciles con la vida rural. Las grandes ciudades de América Latina son *diversamente burguesas* y las vinculaciones con la vida rural son demasiado tensas, como lo evidencian por contraste los barrios sumamente carenciados de las "villas miseria". Correspondiendo al menos a las apariencias de los grandes modelos de Francia e Inglaterra, en algunos casos las grandes ciudades, a menudo exclusivamente las

---

[19] Puede verse nuestro artículo "Una Argentina 'parasitaria' entre la feudalización y la colonización", en *Investigación y Docencia*, nº 34, pp. 59-65.

[20] Cabe consultar Georges Couffignal, "El papel del Estado en un mundo globalizado: el caso de América latina", en *Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe*, vol. 13, n° 1, pp. 9 y ss.

capitales, viven a espaldas del interior. Algunas capitales latinoamericanas sueñan con ser París o Londres, no las cabezas institucionales de sus territorios. Sin adherir, obviamente, a lo que creemos es de cierto modo una "leyenda antiargentina", tal vez análoga a la "leyenda antiibérica", aunque de distinto origen, cabe recordar que de Buenos Aires se ha llegado a decir que es la capital de un imperio que nunca existió.[21]

Occidente ha sido escenario de grandes *luchas de clases* que hoy parecen haberse atenuado, pero en Latinoamérica no han sido tan marcadas como en algunos países centrales y en cambio todavía subsisten, más como fenómenos de sujeción que como expresiones de rebelión. En general existen enormes diferencias de clases y los pocos países que alcanzaron a tener una clase media importante parecen encaminados a perderla.

11. Si bien no cabe desconocer que el hombre occidental ha sido en gran medida "migrante", en diversos países ha logrado *élites* fuertemente comprometidas con los destinos locales que han obtenido muy buenos *resultados*. En Latinoamérica los grados de arraigo de la población y de eficiencia de las élites son diversos, pero casi siempre insuficientes. La diversidad abarca, por ejemplo, a la élite "imperial" brasileña, que no promueve procesos suficientes de participación popular en la riqueza, pero sabe defender el espacio nacional contra las amenazas externas; a la élite argentina, tal vez más participativa, pero fuertemente desarraigada y dócil a los dictados externos; y las élites de los países más pobres, no participativas y "entreguistas".[22]

Las realidades y las expectativas latinoamericanas de emigración son a veces muy marcadas, en muchos casos por escasez de posibilidades de trabajo. En el caso de las élites privilegiadas argentinas son asombrosas. Ya en tiempos de abundancia, con las inmensas riquezas del territorio se construyeron palacios deslumbrantes de estilo europeo, que luego a menudo no eran ocupados porque sus propietarios vivían gran parte del tiempo derrochando su dinero en París. Hoy las complejidades de los trámites para hacer efectiva la "doble nacionalidad" con países europeos no desaniman a futuros emigrantes que afrontan en otros lugares actividades socialmente muy inferiores a las que les brinda el país en el que incluso a menudo se beneficiaron con la educación gratuita en todas las instancias.

---

[21] Es posible ver, por ejemplo, los pareceres, de distinto nivel, a nuestro criterio tal vez demasiado críticos, de Malraux y Vargas Vila en *Misteriosa Buenos Aires* (quinta parte), *La Diagonal Norte*, http://www.almargen.com.ar/sitio/seccion/turismo/baires5/ (21-8-2002); Banco de la República, Biblioteca Luis Ángel Arango, Bogotá (B. C.), http://www.banrep.gov.co/blaavirtual/boleti5/bol14/resena16.htm (21-8-2002).

[22] Es significativo que la Constitución de la República Federativa indica como primer fundamento del Estado Democrático de Derecho la soberanía y como primer criterio de las relaciones internacionales la independencia nacional (artículos 1 y 4 de la *Constituição da República Federativa do Brasil*, San Pablo, Saraiva, 22ª ed., 1999, pp. 3).

Amplias zonas de América han formado un continente de la esperanza, pero a veces el cálculo del éxito parece haber producido condiciones de arraigo muy débiles.

12. Como ya señalamos, en el proceso de *globalizacion/marginación* que los países occidentales centrales, sobre todo en la vertiente anglosajona, expanden por el mundo, ellos suelen resultar ampliamente incluidos en la globalización, en tanto los países latinoamericanos resultan escindidos por la diversidad de sectores y en gran medida marginales.

En el Occidente central se ha desenvuelto el exitoso y benéfico proceso de *integración* de la Unión Europea, y América Latina viene participando total o parcialmente en diversos esfuerzos en tal sentido. A menudo los resultados de estos esfuerzos resultan demasiado dependientes de la voluntad de la potencia hegemónica mundial. Los graves obstáculos que encuentra el Mercosur, donde hay más posibilidades para la amplitud de las perspectivas vitales, y la tentación para entrar en el riesgoso comercialismo del ALCA, son expresiones de las dificultades latinoamericanas.

13. La *cultura* de *Europa*, ámbito básico de la cultura "occidental", ha surgido en parte de la influencia de su gran riqueza de costas marítimas, en relación con la cual se desenvolvió un equilibrio entre el *mar* y la *tierra*. El mar Mediterráneo, relativamente acogedor, fue durante largo tiempo escenario central de la vida occidental; a su presencia se agregó la del mar del Norte y la del océano Atlántico. Penínsulas e islas se sucedieron en papeles hegemónicos.[23] El equilibrio entre el mar y la tierra ha contribuido a la especial *dinámica* y a la *audacia* de la cultura occidental.[24]

Asimismo, en el escenario europeo se hallan el canal de la Mancha, importantes ríos navegables y cadenas montañosas que muchas veces separan sin aislar. Hay *diversos espacios comunicados*: las Islas Británicas, el ámbito ibérico, Francia, Alemania, Italia y el Este. Es más: suele señalarse que Europa es una parte relativamente "peninsular" del gran bloque euroasiático.

Las influencias culturales básicas de Occidente provienen de la antigua Grecia, Roma, el judeocristianismo y los germanos.

Grecia brindó el sentido *prometeico* del origen del hombre vinculado al pecado triunfante, la vocación de sabiduría de la *filosofía*, que además abre caminos a la ciencia y a la técnica, y las referencias antropocéntricas y tensas de su *arte* y de su ensayo de *gobierno democrático*. En el mundo griego se desenvolvieron los conflictos entre lo apolíneo y lo dionisíaco y las ansias creadoras que expresa la leyenda del fenicio Pigmalión.

---

[23] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, trad. José Gaos, 2ª ed., Alianza Universidad, Madrid, 1982, pp. 168-9. Lo expuesto no debe llevar a desconocer las conexiones asiáticas y africanas, presentes en mucho en el mundo antiguo.

[24] Es posible que el clima relativamente benigno haya sido otro de los factores que contribuyeron a la formación de las raíces occidentales.

Roma aportó de manera principal el gran despliegue de su *Derecho Privado*, apoyado en la *propiedad privada* y en la *libertad de contratación*, que de cierto modo el Estado debía respetar; la descollante aptitud para la *administración* imperial; el latín, de gran influencia como una *lengua común* básica y el gran *espacio* geográfico en que pudieron expandirse la herencia antigua y en especial la religión "universal" del cristianismo.

El *judeocristianismo* brindó la enorme magnitud de la fe en el Dios grandioso de los judíos, *persona*, *creador*, *omnisciente*, *omnipotente* y *omnipresente*, que no podía ser representado, pero se encarnó en un Hombre y resucitó, y la diferenciación relativa del Reino de Dios y este mundo. Pese a los temores evidenciados por la actitud adánica, el Dios judeocristiano es el modelo de *enorme grandeza* del hombre occidental. Cuando casi toda la cultura antigua se derrumbó, con la caída de Roma en poder de los "bárbaros", el judeocristianismo institucionalizado en la Iglesia Católica fue el "recipiente" en que sobrevivieron las otras raíces occidentales.

Los *germanos* proveyeron el sentido de la *libertad individual* integrada en lo *social* y cierto desarrollo de la comunidad de bienes.[25]

En la "posmodernidad" vienen realizándose, con alcances destacados, la vocación de pecado eficaz de Prometeo; la sed de saber de la Filosofía griega; la organización democrática de Atenas; el sentido privatista y de administración eficaz y el empleo de una lengua común heredados de Roma; la aspiración creadora, la diferenciación "personal" de la naturaleza, los anhelos de omnisciencia, omnipotencia y omnipresencia —"real" y virtual— y el vencimiento de la muerte, expresados por el Dios judeocristiano, e incluso en cierto nivel la conciencia social ecológica referible a la propiedad común de los germanos.

De cierto modo, esos *rasgos generales* de Occidente están también presentes en la cultura que los países ibéricos "injertaron" en América y en la caracterización actual de la región. Sin embargo, el área peninsular y la latinoamericana poseen rasgos específicos de alta significación.

En la Península Ibérica hay una presencia *árabe islámica*, de la religión de los "creyentes" que se "entregan a Dios". Aunque fue combatida con dureza, no pudo ser extirpada y de cierto modo también ha pasado a la América hispánica y portuguesa.[26]

---

[25] Cabe consultar, por ejemplo, *Las invasiones y los reinos germánicos. Los germanos antes de las invasiones*, http://clio.rediris.es/fichas/mede_gai_1.htm (20-8-2002).

[26] Cabe consultar, por ejemplo, Teresa M. Estevez Brasa, *Derecho Civil musulmán*, Depalma, Buenos Aires, 1981. Sobre la presencia islámica en la historia de España puede verse la bibliografía obrante en Clásicos Tavera, Serie III, Historia de España, http://www.tavera.com/tavera/contenidos/areas/bibliotecas/clasicos/CT017.htm (8-8-2002); *Historia de España*, http://www.almendron.com/historia/historia.htm (8-8-2002); *Principal Historia Medieval, La Invasión Árabe de España*, http://www.almendron.com/historia/medieval/invasion_arabe/ia.htm (10-8-2002); *La Página Definitiva, Historia, Histeria de España, El armazón de un país imbricado en múltiples culturas*, http://

Dos de las "Europas" del Oeste se proyectaron en dos "Américas": una *anglofrancesa* y otra *ibérica*, ésta, a su vez, con diferencias hispánicas y portuguesas.[27] América Ibérica es diversa de la Europa de más allá de los Pirineos y el Cantábrico, también de la América anglofrancesa. Sin desconocer las diversidades regionales que se dan en todos los países, y que suele hablarse incluso, no sin fundamentos, de diversas "Españas" y también de distintos "Portugales", creemos que puede reconocerse una relativa *homogeneidad ibérica*, sobre todo proyectada en el "Nuevo Continente".[28] La España que hoy se debate en el problema vasco generó en cambio un protagonismo para nosotros relativamente indiferenciado de los vascos españoles.

Para comprender las bases culturales de Latinoamérica hay que tener en cuenta también a la presencia *indígena* y *africana*, diversamente presente en diferentes lugares de la región. Figuras de la talla de José Vasconcelos y Víctor Raúl Haya de la Torre prefirieron referirse a una realidad "Indoamericana".[29] La cultura africana y la ibérica se vincularon en un gran fenómeno sincrético que caracteriza a varias regiones de Latinoamérica.[30]

La cultura quizás con más precisión "latinoindoamericana" es una *vertiente especial* dentro de la cultura occidental, referida en mucho a un momento *anterior* a la

---

www.lapaginadefinitiva.com/historia/histeria/40.htm (8-8-2002); *La Reconquista Española*, http://usuarios.advance.com.ar/pfernando/DocsIglMed/Reconquista_esp.html (10-8-2002). En cuanto a la polémica acerca del carácter "invasor" o "revolucionario" de la presencia del islam en España, es posible consultar Ignacio Olagüe, *Los árabes jamás invadieron España*, http://www.unimercados.com/usuarios/olag%C3%BCe/indice.htm (8-8-2002); es célebre la diversidad de opiniones entre Américo Castro y Claudio Sánchez Albornoz (*Razón Española, La Reconquista de España*, http://galeon.hispavista.com/razonespanola/r107-rec.htm [10-8-2002]). Acerca de la relación entre cristianos, árabes y judíos cabe ver, por ejemplo, *Judíos españoles en la Edad Media*, http://home.earthlink.net/~frankalva/judia.htm (8-8-2002).

[27] Puede verse nuestro estudio "El marqués de Pombal, Portugal, Brasil y el Mercosur", en *Derecho de la Integración*, nº 4, pp. 113 y ss.

[28] Tal vez sea relevante considerar que, pese a la no marginable disconformidad portuguesa, durante cierto tiempo del período colonial España y Portugal estuvieron unidas en una misma monarquía. Asimismo, vale recordar que en el período precolombino las regiones de "expansión interna" de Iberoamérica fueron diversas y a menudo más amplias que los espacios estatales actuales.

[29] Es posible ver, por ejemplo, *Iconos hispánicos, Víctor Raúl Haya de la Torre (1895-1979)*, http://www.analitica.com/va/hispanica/iconos/6411832.asp (20-8-2002). En cuanto a las cuestiones indígenas en América Latina pueden verse, por ejemplo, *Lanic, Pueblos Indígenas*, http://lanic.utexas.edu/la/region/indigenous/indexesp.html (31-8-2002); *Análisis Internacional.com*, sábado 31 de agosto de 2002, "Bolivia en la marcha hacia una constituyente", http://www.analisisinternacional.com/analisis/boliviana.html (31-8-2002). Acerca de la raíz africana, *Bibliografía Afroamérica*, http://www.ub.es/hvirt/program/afrobibl.htm (31-8-2002), *Revista GaleríasNet, Arte y Cultura, Afroamérica; la ruta del esclavo*, http://www.galeriasnet.com.mx/revista/arteycultura/afroamerica.html (31-8-2002).

[30] Cabe consultar, por ejemplo, *Ciudad Futura*, http://www.ciudadfutura.com/mitologia/afrocubana1.htm (20-8-2002).

"posmodernidad" central actual, a veces incluso "premoderno" aunque, como hemos de señalar, esto acontece con distinta intensidad según se trate del sector más "ibérico tradicional" o "angloafrancesado". En su difícil vinculación con los países del Occidente central, Latinoamérica parece forzada a ser de cierto modo "posmoderna" cuando quizás nunca ha sido del todo "moderna".

14. La cultura occidental actual se desenvuelve en una relación con frecuencia tensa entre el *mercado* y la *economía*, en general predominantes, y los *derechos humanos* y la *democracia*. Como hemos indicado, en Latinoamérica las posibilidades económicas son limitadas, a veces muy bajas y a veces críticas, y los derechos humanos y la democracia son mucho más declamados que realizados. Para nuestra región, el logro de la realización de los derechos humanos y la democracia es particularmente significativo y difícil.

15. La cultura occidental es en general judeocristiana, pero presenta vertientes *religiosas* diferentes: el *catolicismo* apostólico y "romano", con su sentido universal, fuertemente institucional y relativamente medieval "precapitalista", y las orientaciones reformadas del *luteranismo*, con su compromiso "nacional" entre la medievalidad y la modernidad, afín a un capitalismo moderado; el *calvinismo*, con su cristianismo tan acorde con el capitalismo, y el *anglicanismo*, testimonio del predominio del Estado sobre la Iglesia, también compatibilizado con el despliegue capitalista.[31] Más allá de los conflictos contra la Iglesia Católica y de ciertas influencias de las creencias indígenas y africanas, el "inconsciente colectivo" de nuestra zona latinoamericana está fuertemente impregnado de catolicismo, incluso en los sectores "angloafrancesados".

El poder de la economía y la vocación por los derechos humanos y la democracia hacen que hoy de cierto modo predominen, a menudo de manera conflictiva, los elementos básicos romanos e incluso, en cierta medida, de democracia griega de la cultura occidental, con debilitamiento de la religiosidad judeocristiana, que es una de las raíces más asimiladas en nuestra región. Tal vez el prestigio de la Iglesia se haya incrementado, por ejemplo en relación con el siglo XIX, pero el sentido católico de la vida está en cuestión.

16. Las diferencias en el seno de Occidente se constituyen también desde la *Filosofía*, con las influencias que tuvieron en la cultura anglosajona *Occam*, en la francesa *Descartes* y en la alemana *Leibniz* y *Hegel*.

Oponiéndose a la síntesis de razón y fe de Santo Tomás de Aquino, Occam abrió senderos a las ciencias naturales y al sentido práctico de la vida anglosajona al afirmar que a Dios se lo conoce por la fe y al mundo por la experiencia; Descartes dio a la cultura francesa el apego a la razón pensada, y Leibniz y Hegel promovieron que la

---

[31] Puede consultarse Max Weber, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. Luis Legaz Lacambra, 2ª ed., Barcelona, Península, 1973.

cultura alemana se valiera de una razón más abstracta. En el extremo ibérico europeo la vocación filosófica ha sido relativamente menor y en cierto modo se ha expresado en una brillante *literatura*. En alguna medida puede decirse algo semejante respecto de América Latina.[32]

En el Occidente "central" se ha desenvuelto con cierta frecuencia un *subjetivismo* filosófico y cultural en general, que Latinoamérica sólo ha recibido parcialmente.

17. Occidente ha alcanzado niveles *científicos y tecnológicos* sorprendentes, expresados en gran medida en un enorme caudal de "propiedad inmaterial" que consagra su primacía en el planeta, incluso respecto de Latinoamérica. Uno de los eslabones de la dependencia de nuestra zona es la necesidad de esos recursos, que no alcanza a generar de manera suficiente.

18. El Occidente "central" es una zona de *generación* exportadora de culturas, en tanto, como suele ocurrir en los ámbitos dominados, América Latina suele ser un espacio de "recepción" de modelos diversos, en el que a menudo se toman simultáneamente ejemplos diversos y discordantes, en algunos casos "asimilados" y en otros antes o después "rechazados".[33]

Uno de los países más receptores de modelos extranjeros, que ha pagado al fin el costo de su "rechazo" por la realidad social, es la Argentina. Este país tomó, por ejemplo, los paradigmas del Derecho Constitucional norteamericano, el Derecho Administrativo de estilo francés y el Derecho Civil galo y recibió, a su vez, grandes movimientos migratorios de España e Italia. Las derechas y las izquierdas ideológicas se han referido permanentemente a modelos extranjeros. En la última década del siglo XX el país fue llevado a un modelo capitalista indiscriminado. La realidad evidencia que el costo ha sido demasiado alto.

19. La América Latina ha heredado una diferenciación cultural conflictiva, que suelen poseer las áreas dominadas, entre lo originario y lo dominante. En nuestro caso, se trata de la diversidad del sector "ibérico tradicional" a veces reforzado, verbi-

---

[32] Véase José Luis Gómez Martínez, "Literatura y filosofía en Iberoamérica: lo ensayístico en la literatura", en *Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe*, vol. 8, n° 2, pp. 89 y ss., esp. pp. 93 y ss. También pueden reconocerse las ideas filosóficas influyentes en la región a través de las bases de las ideas políticas (es posible ver, por ejemplo, nuestro artículo "Notas básicas para un curso de comprensión jusfilosófica de los partidos políticos argentinos", en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, nº 9, pp. 15 y ss.; cabe recordar, por ejemplo, Luis Recasens Siches, *En torno al subsuelo filosófico de las ideas políticas*, Madrid, Reus, 1928; Gustavo Radbruch, *Filosofía del Derecho*, 3ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, pp. 81 y ss.

[33] Es posible tener en cuenta nuestros artículos "Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero", en *Revista de Direito Civil*, nº 8, pp. 73 y ss.; "Originalidad y recepción en el Derecho", en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, nº 9, pp. 33 y ss. Puede verse Tulio Halperin Donghi, "En busca de la especificidad del pensamiento político hispanoamericano", en *Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe*, vol. 8, nº 1, pp. 5 y ss.

gracia, por ingredientes itálicos meridionales, que es más católico medieval, comunitario y paternalista y muestra entre sus grandes expresiones básicas a Felipe II, y el sector *angloafrancesado* y con proyecciones estadounidenses, con ocultas influencias calvinistas, individualista y abstencionista, entre cuyas figuras más representativas se encuentra Carlos III.[34] Como estas particularidades culturales se refieren a distintos momentos de la historia de Occidente, los sectores "angloafrancesados", más afines a un momento posterior, suelen invocar a su favor la idea de "progreso".

Entre los episodios que expresan el conflicto entre lo quizás "indoibérico tradicional" y lo angloafrancesado está la *expulsión de los jesuitas* por obra de José I de Portugal y Carlos III de España. Uno de los mayores defensores del modelo norteamericano y europeo, el presidente argentino Domingo F. Sarmiento, subtituló a su libro *Facundo "Civilización y barbarie"* y es esa dicotomía la que suele emplear el sector "angloafrancesado" para justificar su frecuente dominación sobre el "ibérico tradicional". Un año después de la entrada en vigor del Código Civil de modelo francés, que Sarmiento hizo aprobar a "libro cerrado", apareció el lamento del sector "ibérico tradicional" en la primera parte de *Martín Fierro*.

Aunque en el plano teórico el constitucionalismo originario estadounidense se ha centrado más en la legitimación de los gobernantes y el europeo —y de cierto modo el latinoamericano— atienden más a las garantías de los derechos fundamentales, en el de los ideales populares la referencia personalista al "líder" es una de las características básicas de la concepción política "ibérica tradicional", fuertemente cuestionada por el sector "angloafrancesado".

Latinoamérica es una región muy *contradictoria* en el espacio y el tiempo. Las diversidades son todavía mayores porque exhibe en gran medida la *invertebración* individualista que se ha señalado en España. El compromiso social suele ser muy limitado.

20. No es posible comprender a Latinoamérica sin tener en cuenta la dignificante y tensa preocupación, quizás sobre todo española, por las cuestiones de *justicia*, presente de manera tan relevante en los fundadores de la Escuela Española del Derecho Internacional e incluso en la obra cumbre de Miguel de Cervantes Saavedra.[35] A nuestro parecer, entre los títulos que permiten sostener que el Manco de Lepanto es el más representativo de los literatos de lengua española está el haber sido quien comprendió mejor que nadie la tensión entre los sueños de Don Quijote y el realismo de Sancho Panza. La cultura anglosajona, que mucho hizo por la libertad en su propio

---

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

[35] Puede verse nuestro artículo "Notas para una comprensión jusfilosófica del Quijote", en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, nº 9, pp. 19 y ss.

seno, se desentendió y se desentiende en gran medida del destino de los pueblos sometidos. Sin embargo, en Latinoamérica es mucho más es lo que se dice que lo que se quiere y se logra realizar en cuanto a lo que se proclama justo.

La creencia en la *fuerza "milagrosa" de las normas* para cambiar la realidad y el empleo de *fuentes "espectáculo"* que se dictan para no cumplirlas son males muy graves de la conciencia jurídica latinoamericana. El *acceso real* a la administración de justicia es para muchos muy difícil. Las condiciones de *seguridad pública* suelen ser precarias.[36] Aunque al menos ha existido una importante conciencia de "justicia social" e incluso de *seguridad social*, los retrocesos en la materia en algunos países como la Argentina son notorios.[37]

21. En gran medida por la alianza entre la burguesía y los reyes, enfrentada a las fuerzas externas del Papado y el Imperio y a los poderes internos de los otros señores feudales, se desarrolló en varias regiones europeas el *Estado moderno*, pensado en referencia al poder, su soberanía y su monopolio respectivamente por Maquiavelo, Bodin y Hobbes. Ese Estado fue transformado luego según las ideas liberales de Locke y de Montesquieu, el impulso democrático de Rousseau y la vocación nacional de Fichte y se extendió en diversos grados en el Occidente central.

Si bien en la Península Ibérica se formaron al fin dos importantes Estados modernos, en realidad uno ha soportado guerras civiles muy prolongadas y sangrientas y el otro ha vivido en gran medida dependiendo de Gran Bretaña. Los Estados latinoamericanos suelen tener rasgos *prehobbesianos*, de *dispersión* del poder o al menos de *concentración* ajena a los cauces señalados por el liberalismo; a menudo la democracia ha sido sustituida por dictaduras, muchas veces dirigidas por militares y sacerdotes.[38] Los desacuerdos sectoriales llevan a estados de "guerra civil" a veces abiertos y en otros casos latentes que promueven la vocación de monopolizar el poder. La insuficiencia de la estatalidad democrática en la región suele manifestarse en frecuentes *crisis de gobernabilidad*, en la debilidad de los *partidos políticos* e incluso en un sistema *presidencialista* a menudo radicalizado.[39]

---

[36] Es posible consultar, por ejemplo, Peter Waldmann, "Inseguridad jurídica, pluralismo normativo y anomia social en América Latina", en *Contribuciones*, 4/1998, pp. 159 y ss.

[37] Cabe consultar, por ejemplo, Carmelo Mesa Lago, "Desafíos actuales de la seguridad social en América Latina", en *Contribuciones*, 1/1997, pp. 31 y ss.

[38] Puede verse Joseph Hodara, "¿Democracia en América Latina?", en *Mundo Nuevo*, año XX, n° 4, pp. 49 y ss.; Ana María Mustapic, "El papel del congreso en América latina", en *Contribuciones*, 4/1997, pp. 59 y ss.; también *EIAL, Liberalisation and Democracy in Latin America*, Geoffrey Hawthorn, http://www.tau.ac.il/eial/current/hawthorn.html (31-8-2002).

[39] Puede ver, por ejemplo, Jorge Castro, "Crisis y gobernabilidad: perspectivas para las reformas de segunda generación", en *Contribuciones*, 4/2000, pp. 7 y ss.; Marcelo Leiras, "Instituciones de gobierno, partidos y representación política en las democracias de América Latina", en *Contribuciones*, n° 1/2002, pp. 9 y ss.; Gutenberg Martínez O., "Los partidos políticos en la lucha por la confianza. Problemas de representación y participación en América Latina y el resto del mundo", en *Contribuciones*, 1/2000, pp. 7 y ss.

En relativa relación con las ideas sansimonianas, es posible indicar que los países occidentales centrales han alcanzado la etapa positiva en que se desenvuelve la "administración de las cosas" por los propios productores, en tanto Latinoamérica oscila entre períodos *"teológicos"* de gobierno *sacerdotal* y *militar* o *"metafísicos"* de gobierno por charlatanes *legistas*.[40]

Pese a que el desarrollo de la economía suele promover climas de más libertad, con frecuencia el despliegue de la economía capitalista globalizada en nuestra región, donde es un modelo "recibido", agudiza las tensiones generales entre *economía* y *democracia*, en detrimento de ésta. A veces se advierten incluso tensiones entre "modernización" y democracia.[41]

Como hemos señalado, en muchos casos las élites han sido fácilmente tentadas por la *corrupción* al servicio de intereses extraños, aunque el fenómeno en general suele abarcar a otros sectores de la población.[42]

22. Europa Occidental es el campo donde se formó la *comunidad internacional*, que ha abarcado el planeta y ha buscado una importante expresión institucional en la Organización de las Naciones Unidas. La comunidad internacional latinoamericana tiene rasgos específicos, emergentes de una fracturada unidad hispánica e incluso de una común referencia ibérica.

Es posible que por impulso de los países dominantes de Occidente se esté formando en nuestros días un *Estado planetario*, en etapa "hobbesiana" de cierto monopolio del poder en manos del "gobierno", encabezado por los Estados Unidos de América y en general la Organización del Tratado del Atlántico Norte, que en lo económico se vale en mucho de la Organización Mundial del Comercio. En ese Estado planetario, los países latinoamericanos resultan marginales y en gran medida dominados, a veces reducidos al papel de meras administraciones "pro-vinciales".

23. La primera *constitución formal* exitosa del mundo, dictada en los *Estados Unidos de América*, fue un resultado de los requerimientos históricos de ese país, cuyo ejemplo se difundió, con diferentes sentidos de autenticidad o imitación, en los otros países del centro y de la periferia latinoamericana de Occidente, pero la constitucionalidad en nuestra región está muy lejos de tener la solidez norteamericana.

En cuanto a la *jerarquía* de la fuentes formales, en el marco occidental se ha ido desenvolviendo una tendencia a abrir los sistemas jurídicos, sobre todo si están en

---

[40] Es posible ver, por ejemplo, Saint-Simon, *Catecismo político de los industriales*, trad. Luis David de los Arcos, 2ª. ed., BIF, Buenos Aires, Aguilar, 1964. Cabe tener en cuenta, por ejemplo, Edgardo Buscaglia, "Desarrollo económico y reformas judiciales en América Latina", en *Contribuciones*, 3/1997, pp. 75 y ss.

[41] Véase Gloria Mendicoa y Claudia Krompotic, "La agenda del gobierno local. ¿Cómo compatibilizar modernización y democracia?", en *Propuestas*, año II, n° 3, pp. 107 y ss.

[42] Puede ver, por ejemplo, Rosendo Fraga, "El fenómeno de la corrupción", en *Contribuciones*, 1/1998, pp. 181 y ss., esp. pp. 188 y ss.; el número 4/1995 es monográfico acerca de la corrupción.

situación de debilidad, elevando el nivel de los tratados internacionales, pero esa elevación tiene diversidades que en Latinoamérica se manifiestan, por ejemplo, en el fuerte resguardo interno de Brasil y la gran apertura de Argentina. En el campo fáctico, las fuentes internacionales, incluso los contratos de la "deuda externa" suelen prevalecer, en diferentes grados, sobre las propias constituciones formales.

24. El Occidente central ha logrado expresiones civilistas profundas de su propia historia, como el *Código Napoleón*, el *Código Civil alemán*, y el *Código Civil italiano*. En Latinoamérica hay diversas subfamilias, más orientadas, según las circunstancias, por las ideas de Andrés Bello, Augusto Teixeira de Freitas, Dalmacio Vélez Sarsfield, Rui Barbosa y Clóvis Bevilácqua.[43] En general, esos grandes monumentos europeos, sobre todo el del país galo, han recibido seguimientos relativamente calificados, pero impotentes para poner en marcha regímenes de solidez parangonable con la de los países de origen.

En relación con los grandes sectores de la cultura latinoamericana, Andrés Bello representa una tendencia más respetuosa de lo "ibérico tradicional", en tanto Dalmacio Vélez Sarsfield expresa una orientación más "angloafrancesada". Un modelo de pensamiento latinoamericano con clara aspiración culturalista de atención a la propia circunstancia es el del Código Civil recientemente sancionado en el Brasil, que entrará a regir en enero de 2003.[44]

25. Creemos que toda construcción constitucional y todo estudio comparativo del Derecho Constitucional en el marco latinoamericano ha de tener en cuenta estas bases. No hacerlo significa el riesgo de multiplicar las edificaciones que al fin resultan inviables.

A nuestro parecer, uno de los ejemplos más claros de construcción constitucional sin suficiente sustento real es la reforma de la Carta Magna argentina de 1994, cuyos objetivos, en ciertos aspectos de vanguardia en el terreno de los ideales, han tropezado nada menos que con un gran derrumbe de las instituciones.

---

[43] Es posible consultar, por ejemplo, *Andrés Bello (1781-1865)*, http://www.geocities.com/Athens/9505/andresbello.html#chile (24-8-2002); *Cronología de Andrés Bello*, http://www.acadnachistoria.org/vida-Bello/Bello.htm (24-8-2002); *La Semana Jurídica, Lexis Nexis Chile, Andrés Bello, un sabio discutido y atacado*, Óscar Ignacio Olavaría Aqueveque, http://www.lasemanajuridica.cl/LaSemanaJuridica/1026/article-9965.html (24-8-2002); *Site do Académico de Direito, Grandes Juristas, Augusto Teixeira de Freitas*, http://www.sadireito.com/juristas/augusto.htm (24-8-2002). Puede verse *Assessoria de Imprensa, Homenagem ao velho Código, O Liberal*, http://www.ufpa.br/imprensa/clipping%2014%2005%202002.htm#Homenagem%20ao%20velho%20Código (21-8-2002).

[44] Puede ver, por ejemplo, Miguel Reale, "Visão Geral do Novo Código Civil", en *Novo Código Civil Brasileiro*, 2ª ed., San Pablo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. IX y ss.; Judith Martins-Costa y Gerson Luiz Carlos Branco, *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, San Pablo, Saraiva, 2002.

III. Las bases jusfilosóficas trialistas del Derecho Constitucional Comparado latinoamericano

26. Como hemos señalado, a nuestro parecer, las diversas perspectivas de la teoría trialista enriquecen las posibilidades del Derecho Constitucional Comparado. Si bien en el planteo jusfilosófico el orden de las dimensiones es socio-normo-axiológico, en los estudios científicos y prácticos conviene por lo general el despliegue normo-socio-axiológico.

La comparación trialista puede dar, en términos de relativa igualdad o diferencia de las constituciones formales y materiales, *resultados* sociológicos de "equiponderancia" y "diponderancia", normológicos de "equipolencia" y "dipolencia", y valorativos de "equivalencia" y "divalencia". Por ejemplo, los fenómenos de recepción suelen presentar normatividades "equipolentes" sobre realidades sociales donde reina la "diponderancia" y la "divalencia".

1. El mundo jurídico en general

A. Dimensión sociológica

27. En la perspectiva jurístico-sociológica, el Derecho Constitucional Comparado puede valerse de la referida categoría de *reparto*, fenómeno en el que se realiza el valor "conducción", y de la categoría de *distribución*, adjudicación originada, en cambio, por la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar, en la que se satisface el valor "espontaneidad". Aunque hay espacios constitucionales de reparto, es mucho lo que en el campo constitucional se debe a distribuciones. En América Latina los cauces de la utopía suelen abusar de las posibilidades repartidoras.

Debajo de las presentaciones normativas importa establecer, en concreto, quiénes reparten (son repartidores, es decir conducen); quiénes se benefician y se perjudican (son recipiendarios); en qué consisten los beneficios y los perjuicios (cuáles son las "potencias" y las "impotencias", en qué se favorece o perjudica al ser y en especial a la vida); cómo se llega a establecer el reparto (cómo se desarrolla su forma) y cuáles son los móviles de los repartidores, las razones que alegan y las razones sociales (atribuidas por la sociedad cuando considera que el reparto es valioso). Con frecuencia debajo de las presentaciones normativas existe una Latinoamérica sujeta a graves impotencias.

Los repartos pueden ser *autoritarios*, realizadores del valor poder, o *autónomos*, satisfactorios respecto del valor cooperación. El Derecho Constitucional latinoamericano suele contener mucho más poder que el que expresan las normas.

28. El *orden* de los repartos (régimen) puede surgir del *plan de gobierno en marcha*, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y realiza el valor previsibilidad, y de la *ejemplaridad* que se produce según la marcha del modelo y el seguimiento sobre cauces de razonabilidad y satisface el valor solidaridad. Una constitución es en definitiva la expresión de un

plan de gobierno, en el que los supremos repartidores se indican en la parte orgánica y los criterios supremos de reparto se muestran en la parte dogmática. El plan puede tener diferentes tipos de relaciones con la ejemplaridad, pero siempre debe apoyarse en ella.

El Derecho Constitucional procura dar las claves de la *razonabilidad* de un régimen. La historia del Derecho Constitucional latinoamericano contiene, sobre todo en el siglo XIX, múltiples expresiones de insuficiente razonabilidad social. El régimen realiza el valor homónimo orden y el Derecho Constitucional pretende ser la base de éste.

El cambio de los supremos repartidores y de los criterios supremos de reparto es una *revolución*; si sólo varían los supremos repartidores se produce un *"golpe de Estado"* y cuando únicamente cambian los criterios supremos de reparto hay *evolución*. El desorden de los repartos es la anarquía, en la que se realiza el "disvalor" arbitrariedad. Para la supervivencia de la constitución los cambios han de ser evolutivos. La historia de los golpes de Estado disfrazados de revoluciones, que reclamaron los "derechos" de éstas cuando al fin no lograron ninguna evolución, es en América Latina muy abundante. La región es con frecuencia anárquica y arbitraria.

Los repartos y su orden pueden tropezar con *límites necesarios* surgidos de la naturaleza de las cosas, sean físicos, psíquicos, políticos, económicos, etc. La comprensión jurístico-sociológica cabal de una Constitución y de su comparación exige advertir que los repartos y el orden constitucionales pueden tropezar con esos *límites necesarios*. En América Latina los obstáculos del Derecho Constitucional han sido demasiado frecuentes. Las constituciones de la región son a menudo inviables; sin embargo, sólo el porvenir puede mostrar si un límite es en definitiva invencible. América Latina necesita *estrategias jurídicas* exitosas y muchas batallas perdidas no significan que se haya perdido la guerra.

B. Dimensión normológica

29. Un tema de gran relevancia para definir los alcances de la comparación es la noción de *norma*. A diferencia del esfuerzo de aislamiento normativista, el trialismo propone una noción de norma que la relaciona profundamente con los hechos y las perspectivas de valor. En la construcción trialista la norma es la captación lógica neutral de un reparto proyectado, indicando con la "captación" que la norma describe e integra la realidad del reparto en que nace, y con la "neutralidad", que se construye desde el punto de vista de un tercero, para que se incluya la importante referencia al cumplimiento, que los protagonistas no pueden asegurar. Una norma puede ser *fiel* si describe con acierto el contenido de la voluntad de los autores, *exacta* cuando esa voluntad se cumple, y *adecuada* si los conceptos sirven a la voluntad de los autores. En nuestra región es relevante atender, sobre todo, a la problemática de la exactitud de las normas constitucionales, ya que a menudo se establecen normas que no se cumplen.

Como hemos señalado, la expansión ideológica hace que las normas constitucionales tengan muchas más semejanzas en el nivel lógico que en la realidad, al punto que países con realidades no democráticas y escasamente respetuosas de los derechos humanos pueden incluso poseer normas constitucionales más avanzadas que aquellos en que esas exigencias se cumplen en los hechos.

Según el tiempo futuro o pasado de los casos contemplados en sus antecedentes, las normas pueden ser *generales* o *individuales*. Las normas "generales", más abstractas, realizan el valor predecibilidad; las normas "individuales", más concretas, satisfacen el valor inmediación.

El grado de abstracción o concreción de las normatividades constitucionales merece especial atención, sobre todo porque, en parte para darles más capacidad de responder a las necesidades del cambio histórico, suele recurrirse al uso de principios o de normas indeterminadas y también porque, a veces con el propósito de asegurar ciertas soluciones, se les da demasiada concreción.

30. El trialismo muestra que, aunque a menudo la problemática de las *fuentes reales* de las normas se desvía recurriendo a causas divinas o a la razón, esas fuentes son los "repartos" mismos, o sea, las adjudicaciones que provienen de la conducta de seres humanos determinables. Cabe reconocer las fuentes reales *materiales*, que son las adjudicaciones, en primer término repartidoras, pero al fin también las distribuciones de influencias humanas difusas (por ejemplo, de la economía), de la naturaleza y el azar y las fuentes reales *formales* en las que los repartidores cuentan (autobiografían) sus repartos

Aunque frecuentemente se considera "constitución" sólo a la formalización, cabe reconocer también la *constitución material*. Incluso es posible tener en cuenta una *constitución axiológica*, que constituye las proyecciones valorativas de un país.

En sus relaciones con la realidad social las fuentes formales pueden elaborarse de maneras más o menos *participativas* y pueden tener más sentidos de *flexibilidad o rigidez*, según la facilidad o dificultad de su modificación, y más *elasticidad o inelasticidad*, conforme a la mayor o menor posibilidad de adaptarse a los cambios sociales. Esta problemática posee especial interés respecto de las constituciones, en las que la participación, la rigidez y la elasticidad suelen ser frecuentes para proteger los contenidos y a la vez adaptarse a las necesidades del cambio histórico.

A veces las fuentes formales son meros *"espectáculos"* que se dictan para complacer al auditorio. En ciertos casos son sólo medios de *propaganda* para lograr que alguna vez se realicen sus ideales. En el campo constitucional los dos tipos de fuentes son muy frecuentes.

31. Para que los repartos proyectados captados en las normas se conviertan, como pretenden, en *repartos realizados*, es necesario que éstas *funcionen* cumpliéndose, en las medidas que resulten pertinentes, tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis. La normatividad constitucional suele contener la clave de los criterios de *reconocimiento* de las

otras normatividades de los países y su interpretación requiere con frecuencia superar las intenciones de lo pensado efectivamente por los autores en la referencia a los *fines* últimos perseguidos. Uno de los grandes temas de debate es el reconocimiento de la propia normatividad constitucional. Incluso se habla de mutación constitucional a través de la interpretación.[45] Como hemos indicado, muchas veces las normatividades constitucionales son *indeterminadas*, para asegurar la adaptación a la diversidad de circunstancias.

Las carencias de normas ("lagunas" del ordenamiento) pueden ser históricas, porque los casos no fueron contemplados, o axiológicas, en razón de que las normas existentes son descartadas porque se las considera "disvaliosas". En el campo constitucional las carencias históricas encuentran especiales posibilidades por el cambio histórico y, aunque muy difíciles de fundamentar, pueden presentarse verdaderas carencias axiológicas. Por el contrario, a veces se salvan las carencias axiológicas en otras normatividades por el recurso a la normatividad constitucional. Quizás el recurso a la constitución permita producir ciertas "carencias axiológicas positivas".

32. El *ordenamiento normativo*, captación lógica neutral de un régimen, es *fiel* cuando refleja el contenido de la voluntad de la comunidad respecto del orden de repartos deseado. El Derecho Constitucional tiene los cauces últimos para la fidelidad del ordenamiento, pero en Latinoamérica ésta suele ser escasa.

Las normas pueden ordenarse *vertical* y *horizontalmente* por vinculaciones de *producción* y de *contenido*. En las relaciones verticales de producción se satisface el valor subordinación y en las verticales de contenido se realiza el valor ilación; en las vinculaciones horizontales de producción se satisface el valor infalibilidad y en las de contenido se realiza el valor concordancia. El conjunto del ordenamiento realiza el valor coherencia. La normatividad constitucional contiene los criterios básicos de la subordinación, la ilación y la coherencia de un ordenamiento. En América Latina los ejemplos de incoherencia no son escasos.

En el campo formal la constitución suele ser el escalón superior del ordenamiento normativo, mas en la realidad se producen a menudo relaciones de inversión de la jerarquía. Un tema de gran interés es el de la relación de la constitución con los tratados internacionales, en el que se muestran distintos grados de "apertura" de los ordenamientos a las relaciones internacionales y hoy a la globalización. En nuestro tiempo hay ciertos fenómenos de penetración de las constituciones por los tratados internacionales. En todo caso es relevante saber cuáles son las normas que tienen "primacía constitutiva" en un ordenamiento. A veces las normas que desarrollan la propiedad privada, principalmente en el Código Civil, son los grandes enclaves "constitutivos" reales de los regímenes. Los ejemplos latinoamericanos son frecuentes.

---

[45] Cabe consultar, por ejemplo, *Biblioteca Jurídica Virtual, El Estado constitucional*, Peter Häberle, http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14 (31-8-2002).

El *origen* del ordenamiento está en la norma hipotética *fundamental*, que básicamente puede remitirse a la obediencia al constituyente histórico. De aquí su honda relación local con el Derecho Constitucional. Sin embargo, en los ordenamientos de América Latina esa norma a veces no se cumple y suele estar transfiriéndose a la obediencia al "constituyente internacional" financiero.

C. Dimensión axiológica

33. La dimensión axiológica, que el fundador del trialismo prefería considerar "dikelógica" (de justicia), plantea la existencia de un complejo de valores que en el Derecho Constitucional suele contener grandes referencias a la justicia, aunque siempre es relevante saber en qué medida este valor se vincula con otros valores como la utilidad, la verdad, la santidad, etc. e incluso con el propio valor "humanidad" (considerando tal al deber ser cabal de nuestro ser). El Derecho Constitucional suele ser el gran ámbito de los valores superiores de una cultura, aunque también puede ser el de las grandes utopías irrealizables. También es importante saber cómo esos valores más altos se viabilizan mediante otros valores como el poder, la cooperación, la previsibilidad, la solidaridad, el orden, la coherencia, etc. En Latinoamérica, las tensiones entre la justicia y la utilidad, y la debilidad en los valores "viabilizadores" son muchas veces notorias.[46]

34. La justicia puede ser pensada desde diversas perspectivas que constituyen *"clases"* de ese valor. El Derecho Constitucional suele ser un enclave donde la justicia espontánea (sin "contraprestación") tiende a equilibrar a la justicia conmutativa (con "contraprestación"), la justicia gubernamental (originada en el todo) se relaciona con la justicia "partial", la justicia integral (referida a todos) se vincula con la justicia sectorial (dirigida a una parte) y la justicia general (orientada al bien común) se relaciona con la justicia particular. Como las exigencias de la justicia general caracterizan al fin al Derecho Público, el Derecho Constitucional resulta un marco de fuerte carácter publicista. En América Latina las referencias a la justicia integral y general suelen ser claudicantes.

Además de la justicia "de partida" importa la justicia "de llegada" y el Derecho Constitucional es un de los ámbitos donde esta referencia es especialmente significativa.[47]

---

[46] Pueden verse nuestros artículos "Principios y valores en el Derecho Constitucional", en Germán J. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez (coords.), *Los valores en la Constitución Argentina*, Ediar, Buenos Aires, 1999, pp. 37-49; "América Latina en la encrucijada del valor", en *Investigación y Docencia*, nº 14, pp. 3 y ss.

[47] Cabe consultar nuestro estudio "Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)", en *El Derecho*, t. 123, pp. 715 y ss.

35. La justicia suele ser pensada con caracteres de *"pantonomía"* (*pan* 'todo'; *nomos* 'ley que gobierna'), dirigidos a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras, que no podemos abarcar porque no somos ni omniscientes ni omnipotentes. En consecuencia nos valemos de *"fraccionamientos"* que la ponen a nuestro alcance y producen *seguridad jurídica*. El Derecho Constitucional suele contener las grandes pautas de construcción de los alcances de la problemática de justicia y de recortes productores de seguridad, para los gobernados pero también al fin para los gobernantes. Es la expresión mayor de la continuidad temporal del régimen. El manejo de la construcción de los alcances de la justicia en América Latina suele ser al menos contradictorio.

Aunque el material estimativo que asignamos a la justicia en el Derecho son las adjudicaciones y no las virtudes y los vicios, no cabe duda de que la *virtud* es un pilar importante para el desenvolvimiento jurídico. Una de las dificultades del Derecho Constitucional latinoamericano es a veces la falta de virtud en gobernantes y gobernados.

36. Si se acepta el *principio supremo* de justicia propuesto por el trialismo, de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir, convertirse en persona, pueden reconocerse criterios de valor para los repartos aislados y para el régimen en su conjunto.

La justicia en cuanto a los repartidores puede apoyarse en el acuerdo de los *interesados* (repartidores autónomos) y en una *superioridad* moral, científica o técnica (repartidores aristocráticos). En general en el Derecho Constitucional suelen prevalecer criterios de legitimación "infraautónoma" (por mayoría), en gran medida jerarquizados por la tradición rousseauniana, en tanto la aristocracia, que puede tener caracteres de sofocracia o de tecnocracia y cuenta entre sus defensores a figuras de la talla de Platón, logra menos adhesión. Las democracias latinoamericanas suelen ser jaqueadas, en cambio, por la "antiautonomía" de la falsificación de la aristocracia y la plutocracia.

Una perspectiva también relevante es la *responsabilidad* de los repartidores, por sus actos e incluso por el régimen. El Derecho Constitucional es la base de los criterios de responsabilidad, sobre todo de la responsabilidad "pública". En América Latina el desarrollo de la responsabilidad suele estar desorientado.

Los recipiendarios pueden ser legitimados por la conducta o la necesidad. En el primer caso cabe hacer mención a sus *méritos*, en el segundo a sus *merecimientos*. Aunque el Derecho Constitucional tradicional se apoyaba en gran medida en los méritos, en los últimos tiempos han avanzado al menos las declamaciones de merecimientos. América Latina es una región de enormes necesidades y de muchos méritos no reconocidos.

Los objetos (potencias e impotencias) que corresponde repartir llevan a consideraciones muy complejas dirigidas a la *vida*, la *propiedad*, la *libertad*, etc. Las claves generales al respecto suelen estar en el Derecho Constitucional. Las potencias reales de la vida constitucional latinoamericana no suelen ser satisfactorias.

Los caminos para llegar a la iniciación de los repartos pueden tener más o menos *audiencia*. En los repartos autoritarios la audiencia significa proceso y en los autónomos constituye negociación. Cuando uno u otra no existen hay respectivamente mera imposición o adhesión. El Derecho Constitucional tiende a establecer grandes cauces procesales y de negociación. Sin embargo, la audiencia en América Latina tiene frecuentes tropiezos.

En general resulta justo que se aleguen razones y es valioso que la sociedad atribuya razones. El Derecho Constitucional suele ser un gran enclave de razones alegadas y de la búsqueda de que haya razones sociales. Los preámbulos de las constituciones son muestras de la pretensión de fundamentación. No obstante, pese a la frecuencia de grandes discursos, los regímenes de América Latina tienen grandes problemas de fundamentación.

37. Un *régimen* puede ser considerado justo cuando es *humanista* y toma a cada individuo como un fin y no como un medio. En otros términos, no ha de ser totalitario. El humanismo puede ser *abstencionista* o *intervencionista*, debiendo superar en el primer caso los riesgos del "totalitarismo" individualista y en el segundo los peligros del totalitarismo en sentido estricto. El Derecho Constitucional más tradicional es abstencionista, en tanto en gran parte del siglo XX ganó despliegues el intervencionismo.

Todo régimen humanista debe respetar al hombre en sus caracteres de *unicidad*, *igualdad* y *comunidad*. Para lograr tales propósitos debe practicar el *liberalismo político* y la *democracia* y ha de atender al despliegue de una *"res publica"* como cosa común. La división de poderes, reclamada por el liberalismo político pero incluso de cierto modo anterior a él, como lo evidencia por ejemplo la Carta Magna, es uno de los logros más históricos de la constitucionalidad. Todo Derecho Constitucional puede ser comprendido según distintos modos de equilibrar los tres despliegues. En América Latina los desarrollos de la igualdad son afectados por fuertes problemas de *discriminación*, los de la *"res publica"* por muchas sendas de evasión.

Un régimen justo ha de *amparar* al individuo contra todas las *amenazas*: de los demás individuos como tales y como régimen, de sí mismo y de "lo demás" (enfermedad, miseria, ignorancia, etc.). Una perspectiva especialmente relevante es la protección de "minorías". El Derecho Constitucional contiene siempre un equilibrio en todos estos frentes. En sus manifestaciones tradicionales puso especial atención en el resguardo contra los demás individuos, en gran medida respecto del gobierno, como lo pretende el liberalismo; en la actualidad brinda también considerable atención al amparo respecto de "lo demás". En este marco puede entenderse el amplio ámbito de los "derechos humanos". En América Latina la protección del individuo suele ser escasa.

2. Las ramas del mundo jurídico

38. Las ramas del mundo jurídico son estudiables en su conjunto en un despliegue de relativo sistema que puede atribuirse a la *Teoría General del Derecho*.[48] El significado de cada rama jurídica se esclarece en la consideración de conjunto. El papel del Derecho Constitucional debe ser comprendido en ese panorama general. Cabe mencionar, por ejemplo, la *constitucionalización* de contenidos que estaban referidos a ramas jurídicas inferiores y, a su vez, la relativa "internacionalización" y "privatización" de los espacios constitucionales al punto que, de cierto modo, los Acuerdos de Marrakech que instituyen la Organización Mundial del Comercio pueden llegar a ser comprendidos como parte de una "constitución" del Estado mundial en formación en etapa hobbesiana.

Al relacionarse el Derecho Constitucional con el Derecho Internacional Público se advierte que éste, nacido en época de la absolutización del poder real, posee cierta carencia de *órganos parlamentarios* y *judiciales* cuya solución ha preocupado sobre todo en el siglo XX y el actual. Tribunales internacionales, a veces de difícil constitución, y órganos que cubren un amplio espectro que va desde la Asamblea General de Naciones Unidas al Parlamento Europeo, el Parlamento Latinoamericano y la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur tienden a avanzar en tal sentido.[49]

En varios aspectos el Derecho Comunitario y el Derecho de la Integración en general ocupan lugares "intermedios" entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional Público.

La subversión del Derecho Administrativo contra el Derecho Constitucional se expresa en la burocracia, que es un mal frecuente de la realidad latinoamericana.

IV. Conclusión

39. Creemos que la consideración constitucional latinoamericana debe atender a las bases reales, naturales y culturales, de la región y ha de tener en cuenta las posibilidades metodológicas de la teoría trialista del mundo jurídico y la teoría de las respuestas jurídicas. Al hacerlo debe aprovechar, además, la comprensión trialista del mundo científico.

El desenvolvimiento del Derecho Constitucional Comparado latinoamericano es un *deber* para con los pueblos de la zona.

---

[48] Es posible ver nuestras "Lecciones de Teoría General del Derecho", en *Investigación y Docencia*, nº 32, pp. 33-76.

[49] Estamos lejos de pensar que la falta de desarrollo de órganos de estilo gubernamental interno en el marco internacional afecte el carácter jurídico del Derecho Internacional Público.

Néstor Pedro Sagüés (Argentina) *

El Congreso como intérprete de la Constitución **

I. Introducción

Nadie niega que el Poder Legislativo puede y debe ser intérprete de la Constitución. Es uno de los operadores constitucionales por excelencia: si le toca dictar leyes, debe hacerlo conforme a las directrices de forma y de contenido que dispone la Constitución; y para eso, obviamente, tiene que interpretarla. No se puede hacer funcionar a la Constitución (ni a ninguna regla jurídica, por lo demás) sin interpretarla.[1] La afirmación *in claris non fit interpretatio* es, al respecto, engañosa; si se pretende efectivizar sin más una norma, no es que no se la esté interpretando: de hecho, se está realizando una interpretación literalista o gramaticalista pura, limitada a las palabras del precepto que se califica como "claro".

De más está decir que el Congreso tiene que interpretar la Constitución no solamente cuando sanciona leyes. También debe hacerlo cuando realiza el largo rosario de actos constitucionales que la Constitución le encomienda; verbigracia, controlar al Poder Ejecutivo y a sus miembros principales, revisar los decretos de necesidad y urgencia emitidos por el Presidente, decretar o no el estado de sitio, aprobar el presupuesto, interpelar a un ministro, etc. Pero es particularmente en su función legiferante (*principalem actus regis*, diría Santo Tomás de Aquino) donde la interpretación cons-

---

* Catedrático titular de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires y Universidad Católica Argentina, donde es director del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional.

** El presente trabajo se inserta en el marco del programa de investigaciones del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

[1] Sobre el obligado papel de la interpretación de la norma, dentro del proceso de funcionamiento de ésta, cf. Werner Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho,* 4ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1973, pp. 251 y ss.

titucional campea. Así, al Congreso le toca desaprobar proyectos de leyes inconstitucionales y derogar las vigentes que padezcan de tal vicio.[2]

Aparte de lo dicho, algunos textos constitucionales confían al Congreso, de modo explícito, atribuciones para interpretar la Constitución. El modo como se plantea esta competencia es variado. Los efectos de esa interpretación constitucional legislativa, también. En otros países, el tema está delineado, más que por la Constitución formal, por el derecho consuetudinario. En algunas naciones, han existido tentativas de erigir esas normas consuetudinarias en el asunto que nos ocupa, pero sin haber logrado éxito en tal proyecto.

Veremos estas diferentes posibilidades.

II. Enunciación constitucional expresa

Conviene detenerse en las múltiples variables existentes:

a. *Declaración genérica de la aptitud interpretativa del Congreso.* La Constitución de Uruguay determina, por ejemplo, que a la Asamblea General le corresponde "interpretar la Constitución, sin perjuicio de la facultad que corresponde a la Suprema Corte de Justicia, de acuerdo con los artículos 256 a 261". Estos últimos disciplinan la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y decretos de los gobiernos departamentales por la Corte.

La Constitución de Paraguay incluye un artículo no del todo claro, el 202 inciso 2, que entre los deberes y atribuciones del Congreso menciona "dictar los códigos y demás leyes, modificarlos y derogarlos, *interpretando esta Constitución*" (la bastardilla es nuestra). La norma, por cierto, es ambigua, ya que por un lado parecería indicar, según el principio *a contrario sensu*, que solamente al sancionar los códigos y las leyes el Congreso debe interpretar la Constitución (tarea que debería realizar, insistimos, cada vez que efectúa el Poder Legislativo un acto constitucional), en tanto que por otro parecería también dejarle al Congreso facultades autónomas para interpretar la Constitución, haya o no proyectos de leyes en trámite.

b. *La interpretación congresional de la Constitución, como exégesis obligatoria.* La constitución de Chile (artículo 63) señala: "Las normas legales que interpreten preceptos constitucionales necesitarán, para su aprobación, modificación o derogación, de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio".

Aquí la Constitución somete la potestad interpretativa constitucional del Congreso a un quórum calificado (por ello, las leyes interpretativas a que aludimos son,

---

[2] Algunas veces el Congreso deroga leyes por considerarlas él mismo, después de su sanción, inconstitucionales, o porque la Corte Suprema las ha reputado inconstitucionales. Sobre el control de constitucionalidad por el Congreso, véase Néstor Pedro Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario*, 3ª ed., t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 206 y ss.

en Chile, reglas "reforzadas"),[3] y después a un control extraorgánico, el del Tribunal Constitucional, que ejerce una revisión de constitucionalidad *preventiva* (esto es, antes que la norma en cuestión entre en vigor) sobre tales leyes interpretativas (artículo 82 inciso 1º).

Puede pensarse aquí que el Congreso chileno, al sancionar una ley interpretativa de la Constitución, en verdad está ejerciendo competencias constituyentes, pero subordinadas al control del Tribunal Constitucional, cuyo dictamen aprobatorio es indispensable para que la ley interpretativa entre en vigor.

Más terminante, la constitución de Bolivia (artículo 234) señala que el Congreso tiene facultad para dictar leyes interpretativas de la Constitución, aprobadas por los dos tercios de votos, y que éstas no pueden ser vetadas por el Presidente de la República. El artículo está, precisamente, en la parte cuarta de la Constitución, destinada al tema "Primacía y reforma de la Constitución", situación que acentúa el perfil constituyente que en este caso tiene el Poder Legislativo. Pero, al revés de Chile, no hay aquí control judicial o del Tribunal Constitucional de tipo preventivo, antes de que el Congreso sancione la ley interpretativa de la Constitución.

Otra constitución entusiastamente "interpretativista" en este tema es la de Ecuador (artículo 130 inciso 4º), cuando alerta que el Congreso puede "reformar la Constitución e interpretarla de manera generalmente obligatoria". Entre las competencias del Tribunal Constitucional no figura de modo expreso la facultad de controlar tales leyes interpretativas (cf. artículo 276).

III. Elaboración consuetudinaria

Varias constituciones latinoamericanas advierten que el Poder Legislativo puede interpretar las leyes que sanciona (verbigracia, Perú, artículo 102, inciso 1º; Honduras, artículo 205, inciso 1º). En algunos casos se especifica que la ley interpretativa de una ley configura la "interpretación auténtica" de la norma interpretada (Nicaragua, artículo 138, inciso 2º; Costa Rica, artículo 121, inciso 1º), aclaración que resulta formalmente cierta, dado que jurídicamente es el mismo "órgano Congreso", en este caso, el que realiza la tarea interpretativa, por más que, por ejemplo, hayan variado los integrantes del Congreso que décadas atrás dictó una ley hoy interpretada.

En algunos países, de esa competencia genérica del Poder Legislativo de interpretar las leyes comunes se ha inferido algo mucho más importante: que el Congreso también podría dictar normas interpretativas (de tipo obligatorio) de la Constitución.[4]

---

[3] Sobre las leyes interpretativas de la constitución, como "leyes reforzadas" (cuando exigen un quórum calificado), nos remitimos a nuestro libro *Teoría de la Constitución*, Astrea, Buenos Aires, 2001, pp. 360-1. Hay otros tipos de leyes reforzadas, como las complementarias, orgánicas, de quórum calificado e innominadas.

[4] Tal es el caso de Honduras, verbigracia a través de los decretos interpretativos del Congreso l60-82, 10-90 y 58-93. Cf. Luis López Guerra y Luis Aguiar (eds.), *Las constituciones de Iberoamérica*,

Para ello se sostiene que la Constitución también es una ley. No obstante, debe alertarse de que no se trata de una ley común, sino de una *súper ley*; y que el Congreso se arrogue competencias constituyentes que la Constitución no le da (cuando, en aquel contexto jurídico, comienza a interpretar la Constitución mediante leyes obligatorias con efectos *erga omnes*) puede importar un desacierto jurídico significativo.

Otro argumento complementario del anterior es que el Congreso representa la voluntad del pueblo y, por ende, siendo el pueblo el titular del poder constituyente, aquél estaría políticamente autorizado para expedirse en nombre de éste.[5] La tesis, pensamos, es incorrecta: que el Congreso represente al pueblo (y dejando de lado el serio y actual problema de la crisis de representatividad de muchos parlamentos) no lo autoriza a desempeñar roles constituyentes, excepto cuando la Constitución explícitamente se los atribuye.

En definitiva, como ha juzgado el Tribunal Constitucional español, a falta de regla constitucional expresa el legislador no puede dictar válidamente normas que impongan a todos el sentido que haya que dar a preceptos constitucionales, porque ello importaría, en definitiva, que un poder constituido se erigiera en poder constituyente.[6]

Cabe preguntarse, no obstante, si en ciertas naciones no se ha gestado ya una regla de derecho consuetudinario constitucional en favor del Congreso, habilitante de su función interpretativa vinculante *erga omnes,* por más que el texto constitucional formal no le confiera esos papeles. Ello importaría una suerte de *interpretación constitucional mutativa por adición,* que sumaría —por la vía de la costumbre constitucional— a la Constitución algo que ella originalmente no dijo.[7]

El asunto deriva aquí al espinoso e impreciso tema de la formación y aparición del derecho consuetudinario constitucional. Casi nunca es patente el momento concreto a partir del cual una infracción a la Constitución, si se multiplica y no es corregida por los custodios de la supremacía constitucional, pasa de ser incumplimiento o violación de la Constitución (en nuestro caso, el ejercicio por el Parlamento de tareas

---

Unión Iberoamericana de Colegios de Abogados e Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Madrid, 2001, pp. 735-6, y también Perú, cuyo Congreso ha sancionado varias normas al respecto. Cf. Marcos Edgar Carpio, "¿Interpretación auténtica de la Constitución?", en *Revista Bibliotecal* (Colegio de Abogados de Lima), año 1, nº 1, julio 2000, pp. 257 y ss. Agradezco especialmente al autor el material que me ha proporcionado para la elaboración de este trabajo.

[5] Véase Alfredo Quispe Correa, "Los intérpretes de la Constitución", en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, nº 2, 2000, cit. por Carpio, ob. cit., pp. 257-8.

[6] Sentencia 76-83, consid. 6º. Cf. Carpio, ob. cit., p. 262, con cita del trabajo de Santiago Muñoz Machado, "La intepretación de la Constitución, la armonización legislativa y otras cuestiones", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 9, 1983, pp. 132-143.

[7] Respecto de la interpretación constitucional mutativa por adición, véase Néstor Pedro Sagüés, *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 59 y ss.

de intérprete vinculante de la Constitución) a norma de derecho consuetudinario constitucional derogatoria, ampliatoria o reductora de uno o más artículos de la Constitución formal.

A diferencia del derecho formal, el informal (consuetudinario) no tiene instantes precisos de entrada en vigor. Como el derecho consuetudinario no tiene "sanción" ni "promulgación" explícitas, pocos podrían marcar con certeza el día en que una práctica constitucional, o un acto inconstitucional reiterado (en el caso que analizamos, la detentación por el Congreso de la facultad de interpretar a la Constitución de modo vinculante para los demás poderes), se transforman en regla de costumbre constitucional aceptada así, como derecho (y no como mero hecho), por los operadores de la Constitución.

El asunto se complica más todavía en el marco del derecho informal constitucional, donde es frecuente que ciertos hechos o actos generen reglas para o meta constitucionales, complementarias de la constitución formal, y ocasionalmente opuestas a ella, sin necesidad de que transcurra mucho tiempo (Werner Goldschmidt llamaba a esto "derecho repentino").[8]

En otros casos, el Congreso ha intentado, sin lograrlo, dictar normas interpretativas de la Constitución, aunque ésta no tenga disposición alguna que lo autorice a sancionar normas interpretativas siquiera de leyes. Tal fue la situación en Argentina, en los años noventa, cuando ante la discusión acerca del quórum necesario para dictar una ley declarativa de la necesidad de reformar la Constitución (el debate giraba sobre si ese quórum se exigía sobre el número de total de legisladores que integra cada Cámara del Congreso o sobre los miembros efectivamente en ejercicio, o únicamente sobre los presentes en la reunión), hubo un proyecto de ley declarativa, en el sentido de que bastaba exigir el quórum calificado demandado por la Constitución (artículo 30), teniendo en cuenta solamente el número de legisladores presentes en el recinto. El proyecto de ley no se concretó, porque el problema político que explicaba la discusión fue resuelto de otro modo: los partidos mayoritarios llegaron a un acuerdo sobre el tema, con lo que hubo quórum teniendo en cuenta el total de los legisladores de cada Sala del Congreso.[9]

IV. Evaluación

a. Cuando la Constitución confiere sin más al Congreso la potestad de interpretarla de modo vinculante para los demás poderes, indirectamente le está confirien-

---

[8] Sobre la costumbre constitucional y el derecho repentino derivamos al lector a nuestra *Teoría de la Constitución,* ob. cit., pp. 400 y ss.

[9] En cuanto el proyecto de ley presentado en Argentina por los diputados Durañona y Vedia, Alsogaray, Manny y Aguado, cf. Raúl Alfonsín, *Democracia y consenso*, Corregidor, Buenos Aires, 1996, p. 300; Alfonsín critica fuertemente tal iniciativa.

do potestades constituyentes sobre la constitución misma, ya que la "interpretación" importa, de algún modo, *desenvolver, completar o desarrollar* el texto constitucional, cosa que en muchos casos significa materialmente *agregarle* algo, o escoger, entre varias opciones interpretativas de un artículo constitucional, una de ellas. Por ello, es frecuente que esa competencia deba ejercitarse a través de leyes con quórum calificado, superior al necesario para dictar las leyes comunes.

Esa competencia puede estar subordinada a la revisión de otro órgano, como es el caso chileno (admisión previa de la norma interpretativa del Congreso por el Tribunal Constitucional). En tal supuesto, la aptitud constituyente del Congreso está explícitamente condicionada al control del Tribunal Constitucional. En el caso uruguayo, al indicar la Constitución que las atribuciones del Poder Legislativo en este asunto lo son sin perjuicio de las competencias de la Corte Suprema (que es órgano de control de constitucionalidad), también podría conjeturarse que esta última cuenta con poderes para controlar la ley interpretativa de la Constitución elaborada por el Congreso.

Cuando la Constitución atribuye la facultad de interpretar la Constitución con carácter vinculante al Congreso, sin mencionar expresa o indirectamente un hipotético control del Tribunal Constitucional o de otro órgano de la magistratura constitucional, cabe la duda de si éstos pueden revisar por sí el acto constituyente del Congreso. No debe olvidarse, por ejemplo, que un genuino Tribunal Constitucional es por su naturaleza el intérprete final de la Constitución y de las interpretaciones que se hagan sobre ésta, pero tampoco puede ignorarse que, si el Congreso tiene atribuciones interpretativas vinculantes de la Constitución, él es, en cierta medida, poder constituyente en tal área.

En caso de acusarse al Congreso de haber realizado una interpretación inconstitucional —vale decir, deformante, adulteradora o alteradora de la Constitución—, la cuestión podría tal vez resolverse así: un Congreso con atribuciones constitucionales para interpretar con efectos vinculantes a la Constitución está habilitado, constitucionalmente entonces, para desplegar la Constitución, adaptar su hermenéutica a nuevas circunstancias, aclarar sus imprecisiones o ambigüedades, disipar sus incoherencias y hasta cubrir sus lagunas.[10] Esto importa reconocerle materialmente al Parlamento roles constituyentes y programar para él la atribución de realizar una interpretación *secundum* y *praeter constitutionem.* Pero no estaría facultado el Poder Legislativo para realizar exégesis *contra constitutionem,* ya que ello importaría atacar o sustituir a la Constitución, en vez de desarrollarla. Y si esto ocurriera de modo manifiestamente nítido, palmario e incuestionable, el Tribunal Constitucional (o el que ejerza el control de constitucionalidad en el país del caso) podría reputar inconstitucional la ley interpretativa de la Constitución, conforme los trámites procesales del caso y el modo

[10] Sobre las posibilidades de la interpretación constitucional y sus roles creativos, nos remitimos a nuestro trabajo *La interpretación judicial de la Constitución,* ob. cit., pp. 34 y ss.

en que pueda invalidar leyes inconstitucionales, salvo que alguna regla de aquélla impidiera esa revisión.

Habría que advertir, no obstante, que si un texto constitucional permite al Poder Legislativo interpretar la Constitución mediante un procedimiento legiferante idéntico al de la reforma por el Congreso de la misma Constitución, de hecho está equiparando "interpretación" congresional a "enmienda" o reforma, asimismo congresional, de la Constitución. En tal hipótesis, cuando la "interpretación" y "reforma" realizadas por el Parlamento cuentan según la Constitución con el mismo régimen procesal de instrumentación, el Congreso estaría habilitado, vía interpretación o reforma, a cambiar el documento constitucional.

Naturalmente, toda ley interpretativa de la Constitución gozará de presunción de constitucionalidad, como cualquier ley que sancione el Congreso, y hasta —puede conjeturarse— de una especial y fuerte presunción de constitucionalidad, cuando se la ha sancionado con un quórum calificado.

Conviene aclarar, asimismo, que debe distinguirse entre una ley interpretativa en abstracto de la Constitución, sancionada por el Congreso, de otra ley que, con la excusa de interpretar la Constitución, de hecho es una "ley sustitutiva de una sentencia". Esto ocurriría si el Congreso, ante un caso litigioso ante los tribunales o a punto de serlo, dictara una ley destinada, de hecho, a resolver específicamente ese pleito. En tal supuesto, si el Poder Legislativo estuviera interfiriendo en la gestión del Poder Judicial o del órgano de la magistratura constitucional pertinente, y pretendiera sustituir la decisión de ellos mediante la "ley intepretativa", ésta podría ser declarada inconstitucional, precismente por atentar contra el principio de división de los poderes.[11] Más que una "ley interpretativa", sería en verdad una "ley sentencia" disfrazada de norma interpretativa de la Constitución.

b. El problema es más nebuloso en los supuestos en los cuales el Congreso ha asumido el rol de intérprete vinculante de la Constitución, sin normas formales expresas de ella que estatuyan tal función, o valiéndose de artículos constitucionales diseñados para otros fines (como son los que hablan de su papel de intérprete de leyes comunes). Primero, deberá ponerse en claro si hay ya una regla de derecho constitucional consuetudinario sobre el punto, que consienta y habilite tal comportamiento del Poder Legislativo, o si simplemente existe una regla de derecho informal en gestación, todavía no consumada como costumbre constitucional.

De confirmarse la presencia de un derecho consuetudinario constitucional sobre el tema, será bueno respetarlo, todo ello sin perjuicio de la eventual revisión de cons-

---

[11] Cf. sobre este interesante tema Adriana Gardino Carli, *Il legislatore interprete. Problemi attuali in tema di interpretazione autentica delle leggi*, Dott. A. Giuffré, Milán, 1997, pp. 96 y ss. La autora se refiere en verdad a las leyes interpretativas de leyes comunes, pero sus consideraciones pueden extenderse, en términos amplios, a las leyes interpretativas de la Constitución.

titucionalidad de la ley interpretativa por los órganos de control de constitucionalidad, en los casos ya mencionados de interpretaciones notoriamente *contra constitutionem*.

De todos modos, no puede negarse que una regla de derecho constitucional consuetudinario puede revertirse, ya sea por una reforma constitucional expresa, ya por el propio comportamiento de los operadores de la Constitución (los poderes del Estado y los órganos extrapoder, en particular). La suerte final de un proceso de modificación de una costumbre constitucional por otra diferente no es fácil de predecir: es un conflicto que se dirime en la dimensión fáctica o existencial del derecho constitucional. Casi siempre, serán el o los operadores que cuenten con más fuerza política los que en definitiva triunfarán, y ello es una cuestión de hecho que varía de país en país.[12] No puede enunciarse, aquí, una regla general que disipe la incógnita del sujeto victorioso.

[12] En Estados Unidos, por ejemplo, se ha observado que la Corte Suprema de Justicia ha contado a menudo con mayor representatividad política que el mismo Congreso (cf. Carl Friedrich, *El hombre y el gobierno*, trad. J. A. González Casanova, Madrid, 1968, p. 336). Si el Poder Judicial supera en prestigio político al Poder Legislativo, es probable que aquél triunfe en la reversión de una costumbre constitucional que beneficiase al Parlamento.

Norbert Lösing (Alemania) *

La justicia constitucional en Paraguay** y Uruguay

Los sistemas de jurisdicción constitucional o el Derecho Procesal Constitucional han sido objeto de profundos estudios en los últimos años en América Latina.[1] Estos estudios han acompañado un desarrollo importante de dicha jurisdicción y ofrecen una visión del desempeño y la evolución de los distintos sistemas de control de la Constitución. Tribunales Constitucionales dentro y fuera del Poder Judicial, Salas Constitucionales, Cortes Supremas, Consejos de Estado han aparecido y desaparecido en las Constituciones latinoamericanas. Hasta la fecha parece imposible afirmar cuál de los sistemas es el más exitoso. Lo que sí puede afirmarse es que la protección efectiva de los derechos fundamentales no depende únicamente del diseño del sistema de jurisdicción constitucional, aunque éste puede tener una influencia importante, como parecen sugerir las reacciones de la justicia constitucional en tiempos de crisis. El presente ensayo analiza brevemente los sistemas —hasta ahora poco conocidos en Europa— en los dos "países pequeños" del Mercosur.

I. La justicia constitucional en Paraguay

De acuerdo con Gustavo Becker,[2] durante mucho tiempo fue imposible hablar de Paraguay como un Estado de Derecho o una democracia. Empero, esta situación

---

* Doctor en derecho por la Universidad de Bonn, abogado en el estudio Sieper & Lösing en Lüneburg, Alemania.

** Traducción de Marcela Anzola Gil (Bogotá).

[1] Ver, por ejemplo, A. R. Brewer-Carías, *Ètudes de droit comparé*, Bruselas, 2001; D. García Belaunde, *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, 2001; F. Eguiguren Praeli, *Los tribunales constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa*, Buenos Aires, 2000; J. Colombo Campbell, *Justicia constitucional: el conflicto constitucional y sus formas de solución*, Talca, 2000; E. Rey Cantor, *Derecho procesal constitucional, derecho constitucional procesal, derechos humanos procesales*, Bogotá, 2001; H. Fix Zamudio, *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, 2002, N. Lösing, *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Madrid, 2002.

[2] G. Becker: "Breves reflexiones sobre el acuerdo y sentencia N° 208 de la Sala Constitucional Paraguaya", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1996*, Medellín, 1996, pp. 565 s.

comenzó a cambiar lentamente desde 1989, luego del golpe militar en contra del dictador Stroessner. A partir de ese momento se inició un proceso de democratización que condujo a la promulgación de la Constitución de 1992 y permitió instaurar en 1993, luego de las primeras elecciones democráticas desde la independencia, en 1811, el primer gobierno civil en más de cincuenta años.[3] La justicia también fue sometida a un proceso de cambio que, sin embargo, se retardó debido a que muchos cargos judiciales se habían renovado hasta 1996. Hasta diciembre de 1995 se encontraban ocupados un 60% de los cargos judiciales, y aproximadamente el 90% de esos nombramientos se habían llevado a cabo recientemente. Por tanto, la Sala Constitucional prevista en la Constitución de 1991 sólo pudo iniciar sus actividades en 1995.

1. Desarrollo histórico de la jurisdicción constitucional en Paraguay

Paraguay tiene una larga tradición de regímenes autoritarios. José Gaspar Rodríguez de Francia fue designado en 1816 jefe de Estado vitalicio y permaneció en el cargo hasta su muerte en 1840. Luego de un corto periodo de agitaciones y conflictos en el país, en 1844 fue elegido en el cargo Carlos Antonio López, y designado presidente vitalicio en 1857. Al estilo de una monarquía, eligió a su hijo, Francisco Solano López, para que en 1862 le sucediera en la presidencia. Durante su mandato tuvo lugar la guerra de la Triple Alianza, contra Brasil, Argentina y Uruguay, que se libró entre 1865 y 1870 y tuvo consecuencias catastróficas para el Paraguay. De una población de 450.000 habitantes, cerca de 230.000 perdieron la vida, casi la totalidad de la población masculina. Desde 1874 hasta 1904, el general Bernardino Caballero (Partido Colorado) controló el tejemaneje del país. Los liberales, apoyados por Argentina, gobernaron desde 1904 hasta 1936. Tras los siguientes 18 años, en que se sucedieron diferentes militares en el poder, el general Alfredo Stroessner, con el apoyo de los agrupamientos individuales del Partido Colorado, tomó el poder en 1954 y permaneció en él hasta que fue derrocado por el golpe de 1989.

Con estos presupuestos, es claro que no se pudo desarrollar una justicia independiente en el Paraguay. Al menos en el plano constitucional, los comienzos de una jurisdicción fueron muy tardíos: datan de agosto de 1967. En ese momento, gracias a las disposiciones del artículo 200 de la Constitución entonces vigente,[4] la jurisdicción

---

[3] Sobre el desarrollo constitucional del Paraguay véase A. Schoeller-Schletter, "Die Verfassung Paraguays von 1992 und ihre Vorläufer", en *VRÜ* 30, 1997, pp. 225 ss.

[4] Artículo 200 de la Constitución de 1967: "La Corte Suprema de Justicia tendrá facultad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución, en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a ese caso. El procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Corte Suprema de Justicia, y por excepción en cualquier instancia, y se elevarán sus antecedentes a dicha Corte. El incidente no suspenderá el juicio, que proseguirá hasta el estado de sentencia".

constitucional fue adoptada con rango constitucional en el ordenamiento. El citado artículo estaría en vigor hasta la reforma de 1992 y serviría como modelo para la reglamentación en la Constitución de ese año. De acuerdo con éste, la Corte Suprema estaba facultada para declarar la inconstitucionalidad de las normas en casos concretos y sólo con efectos interpartes; en consecuencia, podía dejarlas sin aplicación en el caso concreto. El artículo 200 de la Constitución de 1967 preveía, además, la consulta judicial (control de constitucionalidad por excepción), que igualmente se previó en la Constitución de 1992.

La falta de independencia de la justicia condujo en la práctica a la irrelevancia de la jurisdicción constitucional. Antes de 1967, todo lo que el sistema legal establecía al respecto estaba reglamentado en el artículo 44 de la Ley Orgánica de los Tribunales (nº 325, de 1918). De acuerdo con éste, se podía interponer un recurso ante el Superior Tribunal de Justicia[5] en contra de la sentencias definitivas del Tribunal de apelaciones, siempre y cuando en la respectiva controversia se argumentara la inconstitucionalidad de una acuerdo, una ley, una ordenanza o un decreto. El Superior Tribunal de Justicia efectuaba el control de las normas y podía declarar la nulidad de la sentencia impugnada.[6] Pero ese control excluía expresamente la interpretación y aplicación de los códigos Civil, Penal y Comercial, así como de las normas procesales de carácter general. En último término, no existía un sistema de control constitucional.

El primer paso decisivo se dio con la Constitución de 1992, en la cual, aún de manera vacilante, se creó una jurisdicción constitucional especializada. Habría que esperar hasta 1995 para que la recién creada Sala Constitucional de la Corte Suprema pudiera iniciar sus actividades y romper a través de su jurisprudencia algunas de las ataduras que le habían impuesto los constituyentes.

2. *Estructura y organización de la Corte Suprema de Justicia y de la Sala Constitucional*

De conformidad con el artículo 247 de la Constitución de 1992, el Poder Judicial es el guardián de la Constitución. Éste se encuentra sujeto a la Norma Suprema, la interpreta y procura su validez. De acuerdo con esa disposición, al Poder Judicial le corresponde la administración de la justicia, la cual será ejercida por la Corte Suprema y los tribunales y juzgados que establezcan la Constitución y la ley.[7] El artículo

---

[5] Nombre de los tribunales de última instancia en la organización jurisdiccional de ese entonces.

[6] D. Mendonca y J. C. Mendonca Bonnet: "La justicia constitucional en Paraguay", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 1997, p. 293.

[7] Artículo 247 de la Constitución de 1992 ("De la función y de la composición"):
"El Poder Judicial es el custodio de esta Constitución. La interpreta, la cumple y la hace cumplir. La administración de justicia está a cargo del Poder Judicial, ejercido por la Corte Suprema de Justicia, por los tribunales y por los juzgados, en la forma que establezcan esta Constitución y la ley".

132 de la Constitución de 1992 encarga a la Suprema Corte el control de la constitucionalidad de las normas y de las decisiones judiciales.[8] Esta disposición se repite en el artículo 259 inciso 5.[9] Los controles le corresponden concretamente a la Sala Constitucional de la Corte, de conformidad con las disposiciones de los artículos 258 [10] y 260 [11] de la Constitución, que establecen que a una de las salas de la Corte Suprema se le confiará la jurisdicción constitucional.

La organización de la Corte se encuentra reglamentada en la Constitución y en la ley nº 609/95 de 23 de junio de 1995, Ley que Organiza la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ). La Corte Suprema está compuesta de nueve miembros, que son elegidos por el Senado con la aprobación del Presidente de la República de una lista propuesta por el Consejo de la Magistratura (artículo 264 inciso 1 de la Constitución de 1992).[12] Son requisitos para integrar la Corte Suprema de Justicia: tener nacionalidad paraguaya natural, haber cumplido treinta y cinco años, poseer título universitario de Doctor en Derecho y gozar de notoria honorabilidad, y haber ejercido efectivamente durante el término de diez años, cuando menos, la profesión, la magistratura judicial o la cátedra universitaria en materia jurídica, conjunta, separada o sucesivamente (artículo 258 de la Constitución de 1992).

---

[8] Artículo 132 de la Constitución de 1992 ("De la inconstitucionalidad"):
"La Corte Suprema de Justicia tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales, en la forma y con los alcances establecidos en esta Constitución y en la ley".

[9] Artículo 259 de la Constitución de 1992 ("De los deberes y de las atribuciones"):
"Son deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: […]
"5. conocer y resolver sobre inconstitucionalidad; […]".

[10] Artículo 258 de la Constitución de 1992 ("De la integración y de los requisitos"):
"La Corte Suprema de Justicia estará integrada por nueve miembros. Se organizarán en salas, una de las cuales será constitucional, […]".

[11] Artículo 260 de la Constitución de 1992 ("De los deberes y de las atribuciones de la Sala Constitucional"):
"Son deberes y atribuciones de la Sala Constitucional:
"1. conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto, y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a este caso, y
"2. decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución.
"El procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de la excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte".

[12] Artículo 264 de la Constitución de 1992 ("De los deberes y de la atribuciones"):
"Son deberes y atribuciones del Consejo de la Magistratura:
"1. proponer las ternas de candidatos para integrar la Corte Suprema de Justicia, previa selección basada en la idoneidad, con consideración de méritos y aptitudes, y elevarlas a la Cámara de Senadores para que los designe, con acuerdo del Poder Ejecutivo; […]".

La Sala Constitucional está constituida por tres miembros con el rango de magistrado de la Corte Suprema (artículo 1 de la LOCSJ). De conformidad con el artículo 152 de la Constitución de 1992 y 8 de las disposiciones transitorias de la Constitución, en concordancia con el artículo 19 de la LOCSJ, el periodo de los magistrados de la Corte Suprema, así como el de los restantes magistrados, es de cinco años. Si son confirmados dos veces en el cargo, serán inamovibles. Esto es, la inamovilidad comienza a partir de la segunda confirmación en el cargo, o sea, luego de haber ejercido por diez años la actividad de magistrado de la Corte Suprema.[13]

Los magistrados de la Corte Suprema sólo pueden ser destituidos previa acusación que eleve la Cámara de Representantes ante el Senado (artículos 225 y 261 de la Constitución de 1992). Al cumplir los setenta y cinco años de edad serán separados del cargo (artículo 261). Durante el ejercicio del cargo, los magistrados gozan de inmunidad especial: no pueden ser acusados o interrogados judicialmente por las opiniones emitidas en el ejercicio de sus funciones ni pueden ser detenidos o arrestados sino en caso de flagrante delito que merezca una sanción penal. En ese caso se aplican reglas especiales para la custodia (artículo 255 de la Constitución de 1992).

De conformidad con la Ley que Organiza la Corte Suprema de Justicia, ésta tiene un presidente y un primer y segundo vicepresidentes (artículo 5 de la LOCSJ). La Corte Suprema decide sobre la conformación de sus salas (Constitucional, Civil, Comercial y Penal) en sesión plenaria, la cual se lleva a cabo una vez al año, en febrero. En esa sesión plenaria la Corte elige al presidente en votación secreta con los votos de por lo menos cinco de sus miembros. Así mismo, elige al primer y segundo vicepresidentes de entre sus miembros de una de las dos salas a las que no pertenezca el presidente (artículo 8 de la LOCSJ). El presidente y los vicepresidentes presiden las salas a las que pertenecen. Su periodo es de un año. Pueden volver a ser elegidos para el mismo cargo sólo después de que haya transcurrido otro periodo (artículo 9 de la LOCSJ).

3. Funciones y competencias de la Corte Suprema y de la Sala Constitucional en el ámbito de la jurisdicción constitucional

En la Constitución se prevén cuatro diferentes procesos para la realización de los derechos constitucionales y las libertades fundamentales: la *acción de inconstitucionalidad* y los recursos de *hábeas corpus*, *amparo* y *hábeas data*. La acción de inconstitucionalidad y el recurso de hábeas corpus (este último no exclusivamente) son de competencia de la Corte Suprema (artículo 259 incisos 4 y 5 de la Constitución de 1992). El recurso de hábeas data, por añadidura, es de competencia de los jueces de

[13] Mendonca y Mendonca Bonnet, op. cit., p. 295.

primera instancia (artículo 133 de la Constitución de 1992). El recurso de amparo, por el contrario, es de competencia exclusiva de los tribunales de primera instancia (artículo 566 del Código de Procedimiento Civil paraguayo). A pesar de que el recurso de hábeas data requiere aún de una reglamentación legal, la jurisprudencia hasta ahora ha determinado que la competencia recae en los tribunales de primera instancia. En todo caso, se trata de un proceso gratuito y sumario (en el sentido de que su presentación no comporta tasas ni costos). Tampoco existen formalidades legales para la presentación del recurso. Los órganos competentes en cada caso deben ordenar la cesación inmediata del acto jurídico que ocasiona la violación.

El artículo 132 de la Constitución de 1992 establece de manera general que la Corte Suprema está "facultada para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales, en la forma y con los alcances establecidos en esta Constitución y en la ley". El control de constitucionalidad sigue por tanto el modelo del control concentrado a través de un órgano jurisdiccional superior. Éste corresponde de manera especial a la Sala Constitucional y se trata, por tanto, también de un control constitucional especializado. La Sala Constitucional, sin embargo, de conformidad con el artículo 16 de la LOCSJ, a solicitud de un magistrado de la Corte Suprema, puede decidir que un determinado asunto sea manejado en Sala Plena, cuando por su importancia ello parezca razonable. De esa forma, la competencia de la Sala Constitucional para conocer de los procesos de control de las normas puede extenderse a la totalidad de la Corte.

A. El control de constitucionalidad

Con una formulación similar a la del artículo 132 de la Constitución de 1992 y en concordancia con las competencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema, contempladas en el artículo 260 de la Carta, el artículo 11 literal *a* de la LOCSJ cita las "leyes y otras normas". Para la reglamentación del control de las normas, la Ley de Procedimiento Civil (las cuestiones procedimentales más importantes en materia de control constitucional se encuentran reglamentadas en la ley nº 1337/88) establece una diferencia entre leyes, reglamentos, decretos, ordenanzas municipales, resoluciones y otros actos administrativos (artículo 550).

Existen dos vías legales diferentes para la impugnación de las normas inconstitucionales: la *acción de inconstitucionalidad* y la *excepción de inconstitucionalidad*. Para cada una de esas vías el ordenamiento procesal establece un procedimiento especial. La Constitución paraguaya prevé un control abstracto de las normas. Tanto la acción de inconstitucionalidad como la excepción de inconstitucionalidad pueden ser interpuestas en una controversia concreta. La excepción procede en un proceso judicial en curso.

a. La acción de inconstitucionalidad

Con la acción de inconstitucionalidad pueden ser impugnadas las normas antes citadas. La interposición de la acción no tiene efectos suspensivos, a menos que la Sala Constitucional determine otra cosa o cuando sea impugnada una sentencia definitiva cuya motivación se apoye en una norma inconstitucional. Si se trata de un acto jurídico del Poder Legislativo, Ejecutivo o Judicial, la Sala Constitucional deberá informar al Procurador General.[14] La sentencia resultante, en la medida en que la demanda lo permita, deberá ordenar a la persona o autoridad responsable la no aplicación de la norma cuestionada a quien haya resultado favorecido con la declaratoria de inconstitucionalidad. Si se trata de una sentencia judicial, la demanda de inconstitucionalidad resuelta positivamente tendrá que declarar la nulidad de la sentencia impugnada y disponer que el asunto sea remitido al tribunal que la haya dictado, para que vuelva a decidir al respecto. Esta vía se encuentra reglamentada en los artículos 550 a 564 de la Ley de Procedimiento Civil.

b. La excepción de inconstitucionalidad

La excepción de inconstitucionalidad debe ser elevada por el demandado o el contrademandado en la contestación de la demanda o de la contrademanda, cuando opine que la demanda se apoya en una norma inconstitucional. Ésta podrá ser elevada también por el demandante o el contrademandate, cuando considere que la contestación de la demanda o de la contrademanda se basa en una norma inconstitucional. Una vez elevada la excepción, el juez deberá poner el escrito a disposición de las otras partes y del Procurador General, para que éstos se pronuncien sobre la excepción. Luego de haber recibido los pronunciamientos o cuando haya vencido el plazo para responder, el juez enviará las actas a la Sala Constitucional para la revisión posterior, sin suspender el proceso principal. Si la Sala admite la excepción, declarará la inconstitucionalidad de la norma cuestionada y su inaplicabilidad al caso concreto. La posibilidad de la excepción de inconstitucionalidad puede existir también en segunda y tercera instancia en lo que respecta a la motivación del recurso o su contestación. Estos asuntos se encuentran reglamentados detalladamente en los artículos 538 a 549 de la ya citada Ley de Procedimiento Civil.

El efecto de las sentencias, tanto para la acción de inconstitucionalidad como para la excepción de inconstitucionalidad, se restringe al caso en concreto (artículo 260, inciso 1, de la Constitución de 1992 y artículo 555 de la Ley de Procedimiento Civil paraguaya). Ellas tienen básicamente efectos interpartes —sin perjuicio de la

[14] Ibídem, p. 298.

función orientadora que puede tener una sentencia de la Corte Suprema—. En la sentencia se puede declarar la nulidad de las sentencias judiciales (definitivas o interlocutorias) o la inaplicabilidad de las leyes u otras normas (artículo 260 de la Constitución de 1992, artículo 555 de la Ley de Procedimiento Civil).

Sin embargo, existen recientes sentencias en las que, con apoyo en el artículo 137 de la Constitución de 1992 sobre la supremacía de la Constitución, se ha declarado la nulidad general de las leyes y otras decisiones del Parlamento.[15] El citado artículo determina que todas las disposiciones o actos jurídicos de las autoridades, que vayan en contra de la Constitución carecen de validez. Esa jurisprudencia representa un punto de inflexión en la jurisdicción constitucional paraguaya.

El tema del efecto de las sentencias en el caso de la acción de inconstitucionalidad fue sumamente discutido en la reforma constitucional de 1992.[16] Del estudio de los textos constitucionales se evidencia que quienes estaban a favor simplemente de un efecto limitado de la sentencia (sólo interpartes) se impusieron desde un principio. El artículo 134 del proyecto, que preveía una acción general de inconstitucionalidad y efectos *erga omnes* para la correspondiente sentencia,[17] no fue adoptado en la Consti-

---

[15] Artículo 137 de la Constitución de 1992 ("De la supremacía de la Constitución"):

"La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

"Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley.

"Esta Constitución no perderá su vigencia ni dejará de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella dispone.

"Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución".

[16] Véase por ejemplo, A. Tellechea Solis, "Constitución y Poder Judicial", en G. Becker y W. R. Lüers (eds.), *Desafío y realidad del Estado de Derecho en Paraguay*, Asunción, 1994, pp. 122 ss.

[17] Artículo 134 del proyecto de Constitución ("Acción general de inconstitucionalidad"):

"La Corte Suprema de Justicia tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas municipales, resoluciones u otras disposiciones de alcance general, que infrinjan en su aplicación disposiciones de la Constitución. El procedimiento puede ser iniciado por cualquier persona ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, vía acción General de Inconstitucionalidad, siendo de aplicación lo previsto en el Artículo 215, inciso 2.

"El fallo que declare la inconstitucionalidad de una ley o de una disposición de aplicación general debe establecer los alcances de la misma.

"Queda vigente la ley o disposición en la parte no afectada por la declaración de inconstitucionalidad.

"La sentencia tiene efectos generales y valor de cosa juzgada desde el día siguiente al de su publicación oficial".

El proyecto fue editado en CIDSEP, Serie Investigaciones: *Hacia una Constitución Democrática para el Paraguay. Proyecto y Fundamentos*, t. I y II, Asunción, 1992.

tución de 1992. En lugar de éste se eligió otra formulación para el artículo 132, que dejaba abierta la cuestión del efecto de las sentencias.[18] De acuerdo con éste, le corresponde a la Corte Suprema determinar en la Constitución y en la ley la forma y el alcance de la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas legales y de las sentencias judiciales.

El artículo 260 de la Constitución de 1992 prevé simplemente un efecto interpartes. El artículo 137 de la Constitución de 1992 reitera que toda actuación o disposición del poder estatal es nula si contraviene las disposiciones de la Constitución. Sin embargo, en la Constitución no se prevé ningún procedimiento que establezca que esta nulidad tiene efectos vinculantes de carácter general.

A dos de sus decisiones,[19] tras analizar esta cuestión, la Corte Suprema les ha imputado efectos *erga omnes* invocando el artículo 137 de la Constitución de 1992, en contra del tenor del artículo 260 de la misma Carta. De acuerdo con estas sentencias, las decisiones de la Sala Constitucional siguen teniendo simplemente efectos interpartes, mientras que en el caso de las controversias, que por su importancia se someten a la Sala Plena, las decisiones tienen efectos *erga omnes*.

Este paso ha sido discutido dentro de la misma Corte Suprema. Especialmente discutible es la segunda de las sentencias, en la que se declaró la inconstitucionalidad y la nulidad del decreto nº 117 de 18 de agosto de 1998 del presidente Raúl Cubas, mediante el cual se indultó a Lino César Oviedo[20] y a José Bóbeda. Esa sentencia llevó a una confrontación entre el Ejecutivo, de una parte, y la mayoría del Legislativo y del Poder Judicial, de la otra, y constituyó por tanto la prueba de fuego para la joven democracia paraguaya. El presidente se rehusó a cumplir la sentencia y también dejó vencer el plazo de 72 horas fijado por la Corte Suprema para que encarcelara nuevamente a los indultados. A raíz de esto se inició en el Parlamento un proceso para destituir al presidente de la República.

Luego del asesinato del vicepresidente Argaña, el 23 de marzo de 1999, se ahondó el conflicto entre el Ejecutivo y la mayoría del Legislativo y hubo graves disturbios políticos en el país. Numerosos ciudadanos hicieron demostraciones ese mismo día ante el Parlamento y exigieron la destitución del presidente y la persecución penal

---

[18] Artículo 132 de la Constitución de 1992 ("De la inconstitucionalidad"):

"La Corte Suprema de Justicia tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales, en la forma y con los alcances establecidos en esta Constitución y en la ley".

[19] Sentencia n° 183, del 1° de julio de 1994. Ver al respecto L. Lezcano Claude, "Los efectos de las sentencias constitucionales sobre los poderes del Estado", en *La Ley, Revista Jurídica Paraguaya*, año 19, n° 4, octubre-diciembre de 1996, pp. 693 ss.; sentencia n° 415 de 2 de diciembre de 1998.

[20] Lino Oviedo fue culpado de haber llevado a cabo un intento de golpe de Estado en contra del ex presidente Wasmosy y fue condenado a seis años de cárcel. Uno de sus seguidores, Raúl Cubas, ganó las siguiente elecciones presidenciales y una de sus primeras actuaciones en el cargo fue la expedición del controvertido decreto.

del general Oviedo, a quien se responsabilizó del asesinato. El 24 de marzo el Congreso ordenó la apertura del proceso de destitución en contra del presidente y elevó la solicitud al Senado, que se pronunció el mismo día. El 25 de marzo comenzó el proceso ante el Senado, con la ausencia de tres representantes que tenían que desempeñar el rol de acusadores y de los abogados del presidente. Luego de la audiencia de acusación, se fijó otra el 27 de marzo, para que los abogados del presidente presentaran el escrito de defensa.

Entre tanto, las demostraciones en contra del presidente llevaron a una escalada de violencia. El 26 de marzo fueron baleados ocho manifestantes. Los responsables pertenecían al círculo de seguidores de Oviedo. En la sesión del 27 de marzo, luego de un minuto de silencio y de la lectura del escrito de defensa, se fijó una nueva fecha para el lunes 29 de marzo, a efectos de continuar con el proceso. Sin embargo, esa sesión no se llevó a cabo debido a que Raúl Cubas renunció al día siguiente. El general Oviedo ya había abandonado el país. La joven democracia paraguaya superó una prueba de fuego gracias a la actitud valerosa de los magistrados de la Corte Suprema, la mayoría de los miembros del Parlamento, la fracción democrática de los militares, la comunidad internacional, especialmente de los Estados del Mercosur, y, ante todo, de la población paraguaya.[21]

De acuerdo con la jurisprudencia, la nulidad tiene efectos *ex tunc*, mientras que los efectos de la inaplicabilidad son *ex nunc*. El artículo 260 inciso 2 de la Constitución de 1992 prevé que la Sala Constitucional puede examinar la constitucionalidad de las sentencias interlocutorias y definitivas. Esto ha sido entendido en el Paraguay en el sentido de que, en el caso de la excepción de inconstitucionalidad, la Sala Constitucional no sólo declara la inaplicabilidad de la correspondiente ley para el caso concreto, sino que también deroga la sentencia que se apoya en esa ley. Hasta ahora no existe ningún procedimiento especial para la impugnación de las sentencias inconstitucionales.

B. Conflictos de competencia

El artículo 259 inciso 9 de la Constitución de 1992, en concordancia con el artículo 3 literal *h* de la LOCSJ, reglamenta la competencia de la Corte Suprema en pleno para resolver determinadas controversias entre los órganos. De acuerdo con éste, dentro de los deberes y atribuciones de la Corte Suprema se encuentra el conocimiento de los conflictos de competencia entre el Ejecutivo nacional y los gobiernos departamentales, así como entre éstos y los municipios. La solución de otros conflictos de competencia no se ha previsto en la Constitución

---

[21] Ampliamente, sobre el desarrollo relatado en Paraguay en 1999: G. Becker, "Paraguay: Los avatares del proceso democrático en el fin de siglo", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1999*, Buenos Aires, 1999, pp. 255 ss.

C. El recurso de hábeas corpus

En el Paraguay, la competencia para conocer del recurso de hábeas corpus se encuentra repartida, de conformidad con el artículo 259 inciso 4 y el artículo 133 de la Constitución de 1992, entre los tribunales de primera instancia y la Corte Suprema. Este recurso puede ser interpuesto por el agraviado mismo o por un tercero, sin que se requiera la existencia de un poder, por cualquier vía posible y ante cualquier juez de primera instancia en el circuito judicial competente o ante la Corte Suprema (siempre y cuando la actuación atacada provenga de una alta autoridad o de un órgano constitucional). Es un proceso sumario gratuito y también puede ser iniciado de oficio. El recurso de hábeas corpus puede tener carácter preventivo, reparador o correctivo (genérico).

En caso del hábeas corpus con carácter preventivo, cualquier persona, ante la amenaza inminente de ser privada de su libertad en forma ilegal, puede solicitar la investigación de la legalidad de las circunstancias que considera amenazan su libertad, así como que se prohíban judicialmente las citadas restricciones.

En el caso del hábeas corpus de carácter reparador, cualquier persona que haya sido privada ilegalmente de la libertad puede solicitar el examen de las circunstancias de su detención. Dentro de las veinticuatro horas siguientes a la solicitud, el juez debe ordenar la presentación del detenido ante el tribunal y un informe del agente policial o del funcionario del servicio de seguridad privada que efectuó la detención. Si no se cumple esa orden, el juez se trasladará al lugar donde se encuentra el detenido, realizará allí el proceso y dispondrá su libertad inmediata, como si en realidad se hubiera dado la exhibición y se hubiera presentado el informe. Si no existe un motivo legal para la detención, el juez dispondrá la liberación inmediata. Si existe una orden escrita de autoridad judicial, el juez enviará la documentación a la persona que dispuso la detención.

La tercera variante es el hábeas corpus de carácter genérico. En este caso se puede solicitar la corrección de las circunstancias de la restricción de la libertad que no se encuentren contempladas en los dos casos anteriores, o aquellas que amenacen la seguridad personal del agraviado. Este recurso también puede ser interpuesto cuando el agraviado haya sido detenido legalmente pero haya sufrido maltrato físico o mental. Los detalles se encuentran regulados en una ley especial.

D. El recurso de amparo

El recurso de amparo es en Paraguay, así como ocurrió en sus orígenes en otros ordenamientos latinoamericanos, sencillamente un proceso sumario para garantizar provisionalmente la protección jurídica. Se encuentra reglamentado en el artículo 134 de la Constitución de 1992 y en el Código Civil. Cualquier persona cuyos derechos consagrados en la ley o en la Constitución o cuyos derechos fundamentales se vean violados o amenazados por una actuación u omisión abiertamente ilegal del poder

público o de una persona en particular, y que en vista de la urgencia del caso no pueda emplear la vía legal ordinaria, está legitimada para presentar un recurso de amparo ante el juez competente.

El proceso es sumario y gratuito. El juez, de conformidad con el artículo 134 de la Constitución de 1992, está facultado y obligado a proteger el derecho o el derecho fundamental y restablecer la situación jurídica que fue infringida por la acción ilegal. En todo caso, a manera de complemento, se deberá promover un proceso ordinario, ya que el amparo sólo tiene un carácter preventivo. Cuando se trata de asuntos relacionados con las elecciones o las organizaciones políticas es competente la justicia electoral. El recurso de amparo no puede interponerse en contra de autos y decisiones de los tribunales ni tampoco para la revisión de los procesos legislativos (formación, sanción y promulgación de las leyes). También aquí los detalles se encuentran reglamentados en la ley correspondiente.

E. El recurso de hábeas data

El recurso de hábeas data fue previsto en el artículo 135 de la Constitución de 1992.[22] Esa disposición garantiza a toda persona el acceso a las informaciones y datos sobre sí misma o sobre su patrimonio que se encuentren en registros oficiales o privados de público acceso. Así mismo, toda persona está legitimada para conocer el empleo o los fines de esas informaciones y datos, así como para solicitar ante el juez competente, en caso de error o cuando se viole un derecho de la persona, su actualización, corrección o destrucción. El recurso de hábeas data todavía no se encuentra reglamentado legalmente. Hasta ahora se le han aplicado los procedimientos previstos para el recurso de amparo. Por tanto, también son competentes para conocer de este proceso los jueces de primera instancia.

4. Conclusiones

La democracia en Paraguay es aún muy joven y, en correspondencia, también la jurisdicción constitucional es nueva en ese país. La Constitución de 1992 representa sencillamente un primer paso hacia el establecimiento de una jurisdicción constitucional especializada. La Sala Constitucional, compuesta únicamente por tres magistrados, tiene sólo dos competencias: conocer de las acciones de inconstitucionalidad con efectos interpartes y revisar la constitucionalidad de las sentencias en el marco de

---

[22] Artículo 135 de la Constitución de 1992 ("Del hábeas data"):

"Toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos".

las excepciones de inconstitucionalidad. Todos los demás procesos para la protección de la Constitución son reserva de los tribunales ordinarios o bien de la Corte Suprema en pleno.

Esto resulta insatisfactorio en la medida en que no se ha previsto ningún tipo de queja constitucional ante la Sala Constitucional. Un ámbito decisivo, la revisión del contenido de los principios del debido proceso, ha sido sustraído del control de esta Sala. Por ese motivo, a la Sala Constitucional le queda muy poco espacio para ser la real guardiana de la Constitución. Para que pueda desempeñar esa función se debería revisar tanto la conformación de la Sala como la asignación de competencias.[23] Hasta ahora es la Corte Suprema en pleno la que debe velar por la conservación de la Constitución. Esto ocurrió de manera contundente en 1998, cuando los magistrados, a pesar de las evidentes amenazas del general Lino Oviedo,[24] declararon la inconstitucionalidad del decreto 117 de 18 de agosto de 1998 (el indulto de Oviedo y Bóbeda), aun cuando ello se logró con una escasa mayoría de cinco a cuatro votos.

II. La Justicia Constitucional en el Uruguay

Entre 1810 y 1819 se desplegó en la entonces Provincia Oriental (hoy Uruguay) una revolución iniciada por José Artigas en contra de la ciudades de Montevideo y Buenos Aires, dominadas por los españoles, que llevaría finalmente a la independencia del Uruguay. En una asamblea en 1811 se celebró el Pacto Social de la Provincia Oriental, en el que Artigas fue elegido jefe. Gobernó por consiguiente durante nueve años, con amplios poderes sobre los territorios de la Provincia Oriental, mientras que en la propia ciudad de Montevideo entró en vigencia la Constitución de Cádiz de 1812.[25] En 1815 Montevideo fue conquistada por las tropas de Artigas. Las luchas por la independencia durarían, sin embargo, hasta el año 1819, debido a la invasión portuguesa, ya que Artigas perdió el poder y la Provincia Oriental fue sometida a un régimen de ocupación.[26] En 1822 fue proclamada la Constitución portuguesa por el Congreso Cisplatino, que había sido convocado en Montevideo. Con la independencia de Brasil, la Provincia Oriental pasó a formar parte de ese país y a partir del 9 de mayo de 1824 rigió en ella la Constitución brasileña. Ésta rigió, al menos en el papel,

---

[23] Sobre las competencias véase O. Paciello, "Corte Suprema de Justicia de Paraguay", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional 1998*, Madrid, 1998, pp. 299 ss.

[24] Oviedo amenazó con "corrientes de sangre" y les exigió a los jueces renuncias antes del 31 de diciembre de 1998, porque de lo contrario serían "enterrados". Véase al respecto Becker, "Paraguay…", op. cit., p. 306.

[25] G. Gallinal, "La Constitución Española de 1812 en Montevideo", en *Revista del Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay*, t. 1, pp. 117 y 529. La Constitución de Cádiz fue publicada el 24 de septiembre de 1812 en Montevideo y el 27 de septiembre fue proclamada oficialmente.

[26] La invasión portuguesa comenzó a finales de 1816; Montevideo fue ocupada el 18 de enero de 1817 y las últimas tropas de Artigas se tuvieron que rendir en marzo de 1920.

hasta la reconquista del Uruguay por un pequeño grupo que el 19 de abril de 1825 llegó desde Buenos Aires y luchó con éxito contra la ocupación brasileña. Montevideo, sin embargo, permaneció hasta 1828 en manos de los brasileños.

El 25 de agosto de 1825, una asamblea de representantes del pueblo de los territorios ya liberados declaró la independencia de la Provincia Oriental respecto de Portugal y Brasil y su integración a las Provincias Unidas del Río de la Plata. El gobierno de las Provincias Unidas del Río de la Plata le declaró la guerra al Brasil y en agosto de 1828 ambos celebraron un tratado de paz. En el marco de ese acuerdo, para el cual el Reino Unido había servido como intermediario, se acordó también la independencia de la Provincia Oriental respecto de las Provincias Unidas del Río de la Plata. En los artículos 1 y 2 del tratado de paz provisional suscrito el 27 de agosto de 1828 se determinó, por tanto, la "absoluta" independencia del nuevo Estado.

Uruguay experimentó en su historia temprana numerosos conflictos armados entre dos grupos políticos, los *colorados* y los *blancos*, y una dictadura militar entre 1973 y 1984 que se cuenta entre las más crueles de Latinoamérica.[27]

1. Desarrollo histórico de la jurisdicción constitucional en el Uruguay

La primera Constitución de la república independiente se remonta a 1830. Ésta no preveía ningún tipo de control constitucional por vía judicial, a pesar de que algunos jueces, invocando los principios generales (la supremacía de la Constitución), realizaban ya en ese entonces un control difuso.[28] La doctrina constitucional en Uruguay sobre este tema estaba dividida. Una opinión consideraba improcedente el control constitucional por vía judicial (en el marco del control difuso), por cuanto la interpretación de la Constitución, de conformidad con el artículo 152 de la Carta de 1830, le competía de manera exclusiva al Congreso. Otra opinión sostenía la procedencia del control constitucional difuso e invocaba para tal efecto la supremacía de la Constitución y la responsabilidad de los jueces en la protección de los derechos fundamentales establecida en el artículo 116 de la Constitución de 1830.[29]

El control constitucional difuso fue aplicado por primera vez por un tribunal extraordinario en 1848. Especial atención merecen dos casos en 1874 (en éstos el juez declaró inconstitucional una ley sobre indemnizaciones por daños causados en guerra) y uno en 1875 (en este caso un juez de comercio consideró inconstitucional una ley y no aplicó la ley interpretativa expedida de urgencia por el Legislativo porque

---

[27] Con relación a la población, de acuerdo con algunas evaluaciones, el número de presos políticos durante la dictadura militar era el más alto en todo el mundo.

[28] E. G. Esteva Gallicchio, "La justicia constitucional en Uruguay", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional 1997*, Madrid, 1997, p. 357.

[29] E. G. Esteva Gallicchio, "La jurisdicción constitucional en el Uruguay", en García Belaunde y Fernández Segado (eds.): *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997, p. 901.

también la consideró inconstitucional),[30] que condujeron en realidad a un conflicto entre el Legislativo y el órgano jurisdiccional, en el que este último finalmente se impuso.

Los diferentes proyectos de reforma, en 1903 y 1908, para concentrar el control difuso de las normas en la Corte Suprema fracasaron. Las Constituciones de 1919[31] y 1932 tampoco contemplaban ningún tipo de reglamentación sobre el control constitucional por vía judicial. Pero sí hubo un progreso en materia de protección de los derechos fundamentales individuales: la Constitución de 1919, en el artículo 156, elevó a rango constitucional[32] el recurso de hábeas corpus, que se encontraba reglamentado desde 1878 en el artículo 158 del Código Civil uruguayo.

En 1933 el presidente Gabriel Terra dio un golpe de Estado. Disolvió el Parlamento y el Consejo Nacional de Administración, y convocó una asamblea constituyente que preparó la Constitución de 1934. Esta Constitución contempló en el artículo 232, por primera vez en Uruguay, una reglamentación del control constitucional por vía judicial.[33] En una controversia jurídica en curso, a solicitud de una de las partes o de oficio, se podía llevar a cabo una consulta judicial a efectos de revisar la constitucionalidad de la norma acusada. Para la revisión era competente la Corte Suprema. La decisión tenía efecto sólo para el caso concreto. El procedimiento debía ser reglamentado de conformidad con el artículo 235 de la Constitución de 1934 en una ley reglamentaria, la cual, sin embargo, jamás fue expedida. En una decisión de 17 de abril de 1936 la Corte Suprema declaró la posibilidad de realizar el proceso de consulta aun sin la existencia de la correspondiente ley.[34] En 1936 y 1938 se reformó la Constitución sin que se dieran modificaciones en el ámbito de la jurisdicción constitucional.

A pesar de las reformas, la Constitución de 1934 no contó jamás con verdadera aceptación del pueblo.[35] Otros intentos de reforma —en 1940, 1941 y 1942— fracasaron. El 21 de febrero de 1942 el presidente, general Alfredo Baldomir, disolvió el Parlamento. El 28 de mayo de 1942 fue adoptada una nueva Constitución, en

---

[30] Sobre los fallos véase Esteva Gallicchio, "La jurisdicción…", op. cit., p. 902.

[31] Esta Constitución entró en vigencia el 1º de marzo de 1919.

[32] Artículo 156 de la Constitución de 1919: "En caso de prisión indebida, la persona aprehendida o cualquier ciudadano podrá interponer ante el Juez competente el recurso de hábeas corpus, a fin de que la autoridad aprehensora explique y justifique de inmediato el motivo legal de la aprehensión, estándose a los que decida el Juez indicado".

[33] Ver al respecto H. Gros Espiell, *Esquema de la Evolución Constitucional del Uruguay*, Montevideo 1986, p. 117.

[34] Esteva Gallicchio, "La jurisdicción…", op. cit., p. 903.

[35] Gros Espiell, op. cit., p. 127.

cuya redacción participaron casi todos los sectores políticos.[36] En este contexto, es digno de mencionar el nuevo inciso 20 del artículo 75 de la Constitución de 1942, de acuerdo con el cual la interpretación de la Carta le competía a la Asamblea General (Parlamento), sin perjuicio de las competencias de la Corte Suprema contempladas en los artículos 229 a 232, que podía decidir además sobre la constitucionalidad de las leyes con efectos para el caso en concreto, en la medida en que se le sometiera la correspondiente solicitud en un proceso en curso.[37]

La Constitución de 1952, que entró en vigencia el 1 de marzo del mismo año, fue la primera en contemplar una modificación en el ámbito de la jurisdicción constitucional. Además del control de las leyes, la Corte Suprema también podía realizar en adelante el control de los decretos de los gobiernos departamentales, en la medida en que éstos tuvieran carácter de ley en su territorio. Así mismo, ahora se le podía elevar una solicitud para que realizara el control de las normas sin que se requiriera un proceso en curso. El solicitante simplemente debía argumentar y demostrar que la ley cuestionada lo lesionaba directamente en sus "intereses legítimos". La decisión, sin embargo, tenía sólo efecto interpartes. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que no dependía de la jurisdicción sino del Ejecutivo, podía solicitar de oficio la revisión de la constitucionalidad de los actos administrativos ante la Corte Suprema.[38]

La décima Constitución del Uruguay, expedida en 1967, adoptó en el ámbito de la jurisdicción constitucional las reglas de la Carta de 1952. El 10 de julio de 1969 finalmente fue expedida la ley reglamentaria del procedimiento para el control constitucional concentrado con efectos interpartes. Con el golpe de Estado de 1973, la Constitución de 1967 fue dejada sin efecto por los militares, y sólo recobró su vigencia en marzo de 1985, luego de la elección de un gobierno civil. Desde entonces ha sido reformada en 1989, 1994 y 1997.[39] En 1989 entró en vigor el nuevo Código General del Proceso, que en sus artículos 508 a 523 reglamenta el procedimiento para el control constitucional. Éste derogó la ley reglamentaria 13.747 de 10 de julio de 1969.

El recurso de amparo, conocido en toda Latinoamérica, se remonta en el Uruguay a 1917, casi paralelamente a la Constitución mexicana de Querétaro, en un proyecto de Horacio Jiménez de Aréchaga.[40] Años después se preparó otro proyecto para

---

[36] Un partido, el Partido Nacional Herrerista, no participó en los debates para la expedición de la Constitución.

[37] De este modo se mencionó en forma expresa en la Constitución simplemente el "derecho de interpretación" del legislador, sin que llevara a un cambio de sistema en el control constitucional. En otros ámbitos la Constitución de 1942 tampoco trajo modificaciones dignas de mencionar con relación a la Constitución de 1934.

[38] Esteva Gallicchio, "La jurisdicción…", op. cit., p. 904.

[39] Sobre la reforma de 1997 véase C. M. Ayala Corao, "La Reforma Constitucional de Uruguay", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1998*, Buenos Aires, 1998, pp. 577 ss.

[40] Esteva Gallicchio, "La jurisdicción…", op. cit., pp. 919 s.

la Constitución de 1967, a manera de complemento del hábeas corpus, que tenía por objeto la protección de los demás derechos fundamentales (con excepción de la libertad). Cuando se puso en vigencia nuevamente la Constitución de 1967, mediante el decreto constitucional 19 de 15 de agosto de 1984, el recurso de amparo fue acogido en las disposiciones transitorias, que debían ser retiradas posteriormente de la Constitución. El recurso de amparo no se encuentra reglamentado expresamente en la Constitución de 1967, vigente en la actualidad. La doctrina constitucional uruguaya lo deriva de los artículos 7 [41] y 72 [42] de la reforma constitucional de 1997. Su fundamento jurídico de manera expresa se encuentra en la ley 16.011 de 19 de diciembre de 1988.

2. Estructura y organización de la Corte Suprema

En el Uruguay, las competencias en el marco de la jurisdicción constitucional se encuentran divididas. El control de las normas compete exclusivamente a la Corte Suprema, mientras que la protección de los derechos fundamentales individuales a través del amparo y el hábeas corpus se garantizan ante los respectivos tribunales especializados de primera instancia. Los recursos que se prevén en estos casos se reducen a la apelación ante los respectivos tribunales de apelaciones. No se encuentra abierta la posibilidad de acudir a la Corte Suprema. En este contexto se puede hablar en Uruguay de un sistema en parte concentrado y con una jurisdicción constitucional no especializada, que toma algunos elementos del control constitucional difuso norteamericano, donde esta competencia para el *judicial review* la tiene sólo la Corte Suprema a través de decisiones con efectos interpartes.[43]

La Corte Suprema, de conformidad con el artículo 234 de la Constitución de 1997, está compuesta por cinco jueces,[44] quienes, como se prevé en los artículos 85 numeral 18[45] y 236 [46]de la Constitución de 1997, son elegidos por una mayoría de dos

---

[41] Artículo 7 de la Constitución de 1997: "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 establecieron por razones de interés general".

[42] Artículo 72 de la Constitución de 1997: "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".

[43] En forma similar M. M. Serra Rad, *Procesos y recursos constitucionales*, Buenos Aires, 1992, p. 550.

[44] Artículo 234 de la Constitución de 1997: "La Suprema Corte de Justicia se compondrá de cinco miembros".

[45] Artículo 85 de la Constitución de 1997: "A la Asamblea General le compete: […]

"18. Elegir, en reunión de ambas Cámaras, los miembros de la Suprema Corte de Justicia, de la Corte Electoral, del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y del Tribunal de Cuentas, con sujeción a lo dispuesto en las Secciones respectivas".

[46] Artículo 236 de la Constitución de 1997: "Los miembros de la Suprema Corte de Justicia serán designados por la Asamblea General por dos tercios de votos del total de sus componentes. La designa-

tercios de los miembros de ambas Cámaras del Parlamento. El periodo en el cargo es de diez años. La reelección es posible, de conformidad con el artículo 237[47] de la Constitución de 1997, sólo hasta cinco años después de haberse separado del cargo. Si un cargo queda libre, deberá ser provisto dentro de los 90 días siguientes. Si en el Parlamento no se alcanzan las mayorías necesarias para la elección de un juez, se designará al juez más antiguo de los tribunales de apelaciones (artículo 236 de la Constitución de 1997). Los jueces, de conformidad con el artículo 235[48] de la Constitución de 1997, deben haber cumplido cuarenta años de edad, poseer la ciudadanía natural en ejercicio o legal con diez años de ejercicio y veinticinco años de residencia en el país, y ser abogados con diez años de antigüedad o haber ejercido en esa calidad la judicatura o el ministerio público o fiscal por espacio de ocho años. No pueden ejercer ninguna otra actividad remunerada (con excepción de la docencia universitaria) o ejercer un cargo honorario permanente. La presidencia de la Corte se cambia cada año, el 1º de febrero, siguiendo la línea del tiempo de servicios de los jueces (artículo 53 de la Ley Orgánica de la Judicatura [LOJ]). El presidente de la Corte Suprema es *primus inter pares*. Representa a la Corte hacía fuera y puede tomar parte en las sesiones del Parlamento cuando se trate de asuntos relacionados con la justicia. Puede opinar sobre estos asuntos, pero sin derecho a votar.[49] Además, puede proponer al Parlamento proyectos de reforma en materias relacionadas con la justicia.

---

ción deberá efectuarse dentro de los noventa días de producida la vacancia, a cuyo fin la Asamblea General será convocada especialmente. Vencido dicho término sin que se haya realizado la designación, quedará automáticamente designado como miembro de la Suprema Corte de Justicia el miembro de los Tribunales de Apelaciones con mayor antigüedad en tal cargo y a igualdad de antigüedad en tal cargo por el que tenga más años en el ejercicio de la Judicatura o del Ministerio Público o Fiscal. En los casos de vacancia y mientras éstas no sean provistas, y en los de recusación, excusación o impedimento, para el cumplimiento de su función jurisdiccional, la Suprema Corte de Justicia se integrará de oficio en la forma que establezca la ley".

[47] Artículo 237 de la Constitución de 1997: "Los miembros de la Suprema Corte de Justicia durarán diez años en sus cargos sin perjuicio de lo que dispone el artículo 250 y no podrán ser reelectos sin que medien cinco años entre su cese y la reelección".

[48] Artículo 235 de la Constitución de 1997: "Para ser miembro de la Suprema Corte de Justicia se requiere:

"1.Cuarenta años cumplidos de edad.

"2.Ciudadanía natural en ejercicio, o legal con diez años de ejercicio y veinticinco años de residencia en el país.

"3.Ser abogado con diez años de antigüedad o haber ejercido con esa calidad la Judicatura o el Ministerio Público o Fiscal por espacio de ocho años".

[49] Artículo 240 de la Constitución de 1997: "En el ejercicio de sus funciones, se comunicará directamente con los otros Poderes del Estado, y su Presidente estará facultado para concurrir a las comisiones parlamentarias, para que con voz y sin voto participe de sus deliberaciones cuando traten de asuntos que interesen a la Administración de Justicia, pudiendo promover en ellas el andamiento de proyectos de reforma judicial y de los Códigos de Procedimientos".

La Corte decide siempre en sala plena. No se ha previsto la conformación de salas o cámaras. Los jueces disponen de un aparato administrativo suficiente y pueden delegar en éste todas las funciones administrativas. Ello ha permitido que los jueces se puedan concentrar en su verdadera actividad, la jurisdiccional, cosa que desgraciadamente no ocurre en todos los tribunales de Latinoamérica. En efecto, en varios países se emplea cada vez más la mitad del tiempo laboral en asuntos administrativos. Las reformas en ese campo parecen difíciles, ya que a las actividades administrativas por lo general se encuentra vinculada la posibilidad de tomar decisiones en materia de personal, que muchos jueces sólo delegan con disgusto.

De conformidad con el artículo 55 numeral 6 de la LOJ, la Corte se da su propio reglamento.

3. Funciones y competencias de la Suprema Corte

Las funciones y competencias de la Suprema Corte de Justicia uruguaya se encuentran reglamentadas en el plano constitucional en los artículos 239[50] y 256 ss. de la Constitución de 1997. Como se ha mencionado, la protección de los derechos fundamentales individuales a través del hábeas corpus y el recurso de amparo se han confiado a los jueces inferiores.

---

[50] Artículo 239 de la Constitución de 1997: "A la Suprema Corte de Justicia corresponde:
"1. Juzgar a todos los infractores de la Constitución, sin excepción alguna; sobre delitos contra Derecho de Gentes y causas de Almirantazgo; en las Cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados; conocer en las causas de los diplomáticos acreditados en la República, en los casos previstos por el Derecho Internacional. Para los asuntos enunciados y para todo otro en que se atribuye a la Suprema Corte jurisdicción originaria, será la ley la que disponga sobre las instancias que haya de haber en los juicios, que de cualquier modo serán públicos y tendrán su sentencia definitiva motivada con referencias expresas a la ley que se aplique.
"2. Ejercer la superintendencia directiva, correctiva, consultiva y económica sobre los Tribunales, Juzgados y demás dependencias del Poder Judicial.
"3. Formular los proyectos de presupuestos del Poder Judicial, y remitirlos en su oportunidad al Poder Ejecutivo para que éste los incorpore a los proyectos de presupuestos respectivos, acompañados de las modificaciones que estime pertinentes.
"4. Con aprobación de la Cámara de Senadores o en su receso con la de la Comisión Permanente, nombrar a los ciudadanos que han de componer los Tribunales de Apelaciones, ciñendo su designación a los siguientes requisitos:
"Al voto conforme de tres de sus miembros, para candidatos que pertenezcan a la Judicatura o al Ministerio Público, y
"al voto conforme de cuatro, para candidatos que no tengan las calidades del párrafo anterior".
"5. Nombrar a los Jueces Letrados de todos los grados y denominaciones, necesitándose, en cada caso, la mayoría absoluta del total de componentes de la Suprema Corte.
"Estos nombramientos tendrán carácter de definitivos desde el momento en que se produzcan, cuando recaigan sobre ciudadanos que ya pertenecían, con antigüedad de dos años, a la Judicatura, al Ministerio Público y Fiscal o a la Justicia de Paz, en destinos que deban ser desempeñados por abogados. Si los mismos funcionarios tuviesen menor antigüedad en sus respectivos

A. El control constitucional

En el ámbito de la jurisdicción constitucional, el control constitucional corresponde exclusivamente a la Corte Suprema, de conformidad con el artículo 256 ss. de la Constitución de 1997. Según el artículo 256,[51] una ley puede ser declarada inconstitucional por motivos formales o materiales. El artículo 260[52] de la Constitución de 1997 complementa esto con los decretos de los gobiernos departamentales. A la Corte Suprema, de acuerdo con el artículo 257[53] de la Constitución de 1997, le corresponde la competencia exclusiva para establecer la inconstitucionalidad. A pesar de esa concentración en el cuerpo jurisdiccional de más alto rango, las decisiones tienen efectos sólo para el caso en concreto, como lo determina el artículo 259 de la Constitución de 1997.

La opinión predominante en la doctrina constitucional en Uruguay[54] sostiene que un tribunal constitucional cuyas decisiones tuvieran efectos *erga omnes* estaría adoptando el papel de un legislador.[55] La justicia en realidad tiene que vigilar el sistema legal y debe aplicar las leyes a casos individuales o dejar de aplicarlas en la medida en que se determine su inconstitucionalidad en el caso concreto, pero no es su función modificar el ordenamiento legal (por ejemplo, mediante la declaratoria de

---

cargos, serán considerados con carácter de Jueces Letrados interinos, por un período de dos años, a contar desde la fecha de nombramiento, y por el mismo tiempo tendrán ese carácter los ciudadanos que recién ingresen a la Magistratura.

”Durante el período de interinato, la Suprema Corte podrá remover en cualquier momento al Juez Letrado interino, por mayoría absoluta del total de sus miembros. Vencido el término del interinato, el nombramiento se considerará confirmado de pleno derecho.

”6. Nombrar a los Defensores de Oficio permanentes y a los Jueces de Paz por mayoría absoluta del total de componentes de la Suprema Corte de Justicia.

”7. Nombrar, promover y destituir por sí, mediante el voto conforme de cuatro de sus componentes, los empleados del Poder Judicial, conforme a lo dispuesto en los artículos 58 a 66, en lo que corresponda.

”8. Cumplir los demás cometidos que le señale la ley”.

[51] Artículo 256 de la Constitución: “Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido, de acuerdo con lo que se establece en los artículos siguientes”.

[52] Artículo 260 de la Constitución de 1997: “Los decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción podrán también ser declarados inconstitucionales, con sujeción a lo establecido en los artículos anteriores”.

[53] Artículo 257 de la Constitución de 1997: “A la Suprema Corte de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia, y deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas”.

[54] Ver especialmente A. Gelsi Bidart, “Repaso de interrogantes, hoy, sobre temas de control constitucional. El caso de Uruguay”, en V. Bazán (ed.), *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, 1996, pp. 347 s.

[55] De manera general sobre esta cuestión véase G. J. Bidart Campos y W. F. Carnota, *Derecho Constitucional Comparado*, t. I, Buenos Aires, 1998, pp. 136 ss.

nulidad y la derogatoria de la norma). El artículo 522 del Código General del Proceso (CGP) prevé el envío de una comunicación al Legislativo o a los gobiernos departamentales cuando una ley o un decreto se declaren inconstitucionales y, en consecuencia, se inapliquen a un caso concreto.[56] Al legislador se le da de este modo la posibilidad de derogar o modificar la correspondiente norma. Sin embargo, no tiene la obligación de hacerlo.

A pesar de estas considerables restricciones, el control de las normas se puede catalogar como efectivo.[57] El procedimiento mismo se encuentra reglamentado en el Código General del Proceso, en los artículos 508 y ss. En la Constitución y en el CGP[58] existen tres vías para dar inicio al control de las normas. La acción puede ser interpuesta de manera directa (por vía de acción) ante la Corte Suprema por toda persona que mediante una ley se vea lesionada directa, personal e inminentemente en su legítima posición jurídica; puede ser interpuesta en un proceso concreto (vía excepción) por una de las partes, en la medida en que la ley cuestionada sea aplicable al caso concreto; o puede ser iniciada de oficio por el juez o el tribunal en una controversia jurídica concreta, en la medida en que la ley sea aplicable al caso concreto. La acción puede ser interpuesta también por el Tribunal Administrativo. La Corte Suprema, al ocuparse de un caso, puede revisar directamente la constitucionalidad de la norma a aplicar. En esta hipótesis no se requiere ninguna solicitud. Si el control de la norma se da por esta vía directa, no tiene efecto suspensivo. Si el control se inicia, por el contrario, en un proceso concreto o por vía de oficio, tendrá efecto suspensivo.[59]

---

[56] Artículo 522 CGP: "Comunicación al Poder Legislativo y al Gobierno Departamental correspondiente. Toda sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley será comunicada al Poder Legislativo o al Gobierno Departamental correspondiente cuando se tratare de la inconstitucionalidad de un decreto que tenga fuerza de ley en su jurisdicción".

[57] Esteva Gallicchio, "La jurisdicción…", op. cit., p. 918.

[58] Artículo 509 CGP: "Titulares de la solicitud. La declaración de inconstitucionalidad y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquélla podrán ser solicitadas.

"1. Por todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo.

"2. De oficio, por el tribunal que entendiere en cualquier procedimiento jurisdiccional.

"La Suprema Corte de Justicia, en los asuntos que se tramiten ante ellas, se pronunciará en la sentencia sobre la cuestión de inconstitucionalidad".

Artículo 510 CGP: "Acción o excepción. Cuando la declaración de inconstitucionalidad se solicitare por las personas a que se refiere el numeral 1° del artículo anterior podrá ser promovida:

"1. Por vía de acción, cuando no existiere procedimiento jurisdiccional pendiente. En este caso, deberá interponerse directamente ante la Suprema Corte de Justicia.

"2. Por vía de excepción o defensa, que deberá oponerse ante el tribunal que estuviere conociendo en dicho procedimiento".

[59] Artículo 514 CGP: "Suspensión de los procedimientos. Acogido por el tribunal el planteo de la inconstitucionalidad por vía de excepción o defensa planteada de oficio, se suspenderán los procedimientos y se elevarán las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia".

La solicitud debe presentarse por escrito y contener, además de una detallada presentación de las disposiciones que se presumen inconstitucionales y de los artículos de la Constitución violados, una justificación de por qué se debe declarar la violación de la Constitución.[60] Si la solicitud es admitida, se inician los plazos relativamente cortos para aportar pruebas, rendir conceptos y eventualmente realizar una audiencia, y dictar sentencia.[61] El proceso puede ser concluido en cualquier momento por la

---

[60] Artículo 512 CGP: "Requisitos del petitorio. La solicitud de declaración de inconstitucionalidad deberá formularse por escrito, indicándose, con toda precisión y claridad, los preceptos que se reputen inconstitucionales y el principio o norma constitucional que se vulnera o en qué consiste la inconstitucionalidad en razón de la forma. La petición indicará todas las disposiciones o principios constitucionales que se consideren violados, quedando prohibido el planteamiento sucesivo de cuestiones de inconstitucionalidad".

[61] Artículo 516 CGP: "Trámite de petitorio por vía de excepción o defensa.

"516.1 Admitida la solicitud de declaración de inconstitucionalidad y recibidos los autos con la petición, cuando fuere promovida por vía de excepción o defensa (numeral 2° del artículo 510), la Corte la sustanciará con un traslado simultáneo a las demás partes, por el término de diez días. Luego será oído el Fiscal de Corte, quien deberá expedirse dentro del término de veinte días.

"516.2 Una vez que se haya expedido el Fiscal de Corte, se citará a las partes para sentencia, pasándose los autos para su estudio. El Fiscal de Corte y los abogados de las partes podrán informar in voce, si lo solicitaren dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto que dispone el pase a estudio.

"516.3 Si la alegación de inconstitucionalidad fuera de carácter formal o dependiera de cuestiones de hecho, la Corte, para aclararlas, podrá disponer las diligencias para mejor proveer que considere oportunas y podrá recibir la prueba que hubieren ofrecido las partes, dentro del término de quince días.

"516.4 Lo dispuesto en el ordinal precedente, así como lo establecido en el artículo 517, será de aplicación sin perjuicio del procedimiento indicado en el artículo 519".

Artículo 517 CGP: "Trámite del petitorio por vía de acción.

"517.1 Cuando la declaración de inconstitucionalidad fuere interpuesta por vía de acción, se sustanciará con un traslado a las partes a quienes afectare la ley o la norma con fuerza de ley y al Fiscal de Corte, quienes deberán expedirse en el término común de veinte días.

"Si la persona fuera indeterminada, se procederá conforme a lo dispuesto por el artículo 127.2 y .3.

"517.2 Evacuado el traslado correspondiente, si se hubiera ofrecido prueba, se señalará para su producción un término de quince días comunes e improrrogables. Vencido que sea el término de prueba, la Secretaría de la Suprema Corte agregará las que se hubieren producido sin necesidad de mandato y se conferirá ulterior traslado a las partes y al fiscal de Corte, por el término común de diez días.

"517.3 Presentados los alegatos, se citará para sentencia pasándose los autos a estudio, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 516.2".

Artículo 518 CGP: "Interposición de oficio.

"518.1 Cuando la solicitud de declaración de inconstitucionalidad se interpusiere de oficio, deberá ser fundada y se sustanciará con un traslado a las partes por el término común de diez días y seguirá al Fiscal de Corte, en los términos establecidos en el artículo 516.1.

"518.2 Evacuados los traslados, se observará, en lo demás, el procedimiento indicado en el artículo 516.2 y .3".

Corte Suprema cuando se establece que abiertamente la solicitud se interpuso con la finalidad de demorar el proceso inicial, o cuando sobre ese asunto existe ya jurisprudencia de la Corte Suprema y ésta declara que mantendrá su anterior criterio.[62] Si la solicitud se interpuso con el objeto de demorar el proceso inicial, la Corte Suprema puede condenar al pago de una multa. El abogado de la parte solicitante pierde el derecho a percibir honorarios.[63] La sentencia de la Corte Suprema tiene, como se ha mencionado, sólo efecto interpartes.[64]

B. La solución de conflictos de competencia entre el Ejecutivo y los gobiernos departamentales

De conformidad con el artículo 313, inciso 3,[65] de la Constitución de 1997, la Corte Suprema decide en todos los casos de controversia entre el Ejecutivo nacional y

---

[62] Artículo 519 CGP: "Resolución anticipada. En cualquier estado de los procedimientos y con prescindencia de la situación en que se encontrare el trámite respectivo, la Suprema Corte de Justicia podrá resolver la cuestión, acreditado que fuere uno de los siguientes extremos:

"1° Que el petitorio hubiere sido formulado por alguna de las partes con la notoria finalidad de retardar o dilatar innecesariamente la secuela principal sobre el fondo del asunto;

"2° Que existiere jurisprudencia en el caso planteado y se declarare por ese órgano judicial que mantendrá su anterior criterio".

[63] Artículo 523 CGP: "Gastos procesales. Cuando se rechazare la pretensión de inconstitucionalidad y ella hubiera sido formulada por parte interesada, serán de cargo del promotor todas las costas, al que se impondrán también los costos cuando hubiere mérito para ello, acuerdo con el artículo 688 del Código Civil. Se considerará especialmente que existe malicia temeraria cuando del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad resultare en forma manifiesta que el propósito ha sido entorpecer o retardar los procedimientos respectivos. En este último caso, el letrado que lo hubiere patrocinado no tendrá derecho a percibir honorarios".

[64] Artículo 259 de la Constitución de 1997: "El fallo de la Suprema Corte de Justicia se referirá exclusivamente al caso concreto y sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado".

Artículo 521 CGP: "Efectos del fallo. La declaración de inconstitucionalidad hace inaplicable la norma legal afectada por ella, en los procedimientos en que se haya pronunciado.

"Si hubiere sido solicitada por vía de acción o principal, la sentencia tendrá eficacia para impedir la aplicación de las normas declaradas inconstitucionales contra quien hubiere promovido la declaración y obtenido la sentencia, pudiendo hacerla valer como excepción en cualquier procedimiento jurisdiccional, inclusive el anulatorio ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo".

[65] Artículo 313 de la Constitución de 1997: "El Tribunal entenderá, además, en las contiendas de competencia fundadas en la legislación y en las diferencias que se susciten entre el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, y, también, en las contiendas o diferencias entre uno y otro de estos órganos.

"También entenderá en las contiendas o diferencias que se produzcan entre los miembros de las Juntas Departamentales, Directorios o Consejos de los Entes Autónomos o Servicios Descentralizados, siempre que no hayan podido ser resueltas por el procedimiento normal de la formación de la voluntad del órgano.

"De toda contienda fundada en la Constitución entenderá la Suprema Corte de Justicia".

los gobiernos departamentales, en caso de que las controversias sean de naturaleza constitucional. Además, la Corte Suprema es competente siempre y cuando se argumente la violación de los derechos de autonomía de los departamentos (artículo 283 de la Constitución de 1997). El procedimiento no se encuentra reglamentado ni en la Constitución ni en la ley. La solicitud pueden elevarla sólo los órganos interesados. La Corte Suprema otorgó efectos *erga omnes* a su decisión en un caso de violación de la autonomía mediante una ley.[66]

C. El recurso de hábeas corpus

El recurso de hábeas corpus en Uruguay es de competencia de los jueces penales de primera instancia. Se protege, en una generosa interpretación del artículo 17 de la Constitución de 1997, el derecho a la vida, la integridad corporal y la libertad. No existe reglamentación legal alguna del procedimiento. El recurso de hábeas corpus puede ser interpuesto por cualquier persona y en la práctica los jueces deciden muy rápidamente la correspondiente solicitud. En contra de la decisión de los jueces es posible la apelación. No están previstos la revisión ni un recurso posterior ante la Corte Suprema. En opinión de Eduardo G. Esteva Gallicchio, el proceso hoy en día brinda indiscutiblemente una protección jurídica efectiva.[67]

D. El recurso de amparo

El recurso de amparo se encuentra reglamentado en la ley 16.011 y mediante él se protegen los derechos constitucionales que no son abarcados por el hábeas corpus. Se excluyen del amparo, sin embargo, las sentencias y las resoluciones judiciales, las decisiones del tribunal electoral, las leyes y los decretos. Los derechos que pueden ser objeto del amparo también pueden ser protegidos por esta vía cuando se trata de perjuicios ocasionados por terceros (particulares). El recurso debe ser interpuesto ante el tribunal de primera instancia de la jurisdicción a que corresponde el asunto. No es posible la apelación. Tampoco aquí se encuentra abierta la vía a la Suprema Corte.

El recurso de amparo es subsidiario y sólo tiene lugar cuando no existe otro medio adecuado. La efectividad de la protección jurídica mediante el amparo es discutible, ya que, en opinión de algunos juristas uruguayos, el asunto de la existencia de

---

[66] Esteva Gallicchio, “La justicia…”, op. cit., p. 376.
[67] Esteva Gallicchio, “La jurisdicción…”, op. cit., p. 924.

otro medio adecuado en parte ha sido interpretado[68] muy generosamente por los tribunales, aun cuando esa problemática ha perdido significado en los últimos años.[69]

4. Conclusiones

Desde la pura perspectiva de la técnica legislativa, la reglamentación de la jurisdicción constitucional en Uruguay parece ser insatisfactoria. La restricción de los efectos de las decisiones de la Corte Suprema a los casos concretos representa un innecesario recorte de los "efectos de limpieza" de la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, este déficit se amortigua mediante el efecto fáctico de precedentes de las decisiones para los tribunales inferiores, y por el hecho de que Uruguay es un país pequeño, que se puede "abarcar con una mirada".[70] Sus problemas parecen menos agudos que los del Paraguay, y su democracia, a pesar de las terribles experiencias durante la última dictadura militar, más estable.

La estructuración de los recursos de hábeas corpus y amparo también parece en principio insuficiente. En este ámbito, la creación de un recurso ante la Suprema Corte seguramente serviría para garantizar la unificación de la jurisprudencia. Al contrario de lo que ocurre en otros países latinoamericanos, los procedimientos modernamente estructurados (en especial el principio de la oralidad en el procedimiento civil) han repercutido aquí muy positivamente. Debido a esto, el amparo y el hábeas corpus son recursos efectivos.

Respecto de la estructura y composición de la Corte Suprema, las disposiciones existentes son buenas. Mediante el procedimiento de elección, el largo periodo en el cargo y la prohibición de la reelección directa, se garantiza la independencia e imparcialidad de los adecuadamente remunerados jueces.

---

[68] Así por ejemplo, ibídem, p. 925.

[69] Ampliamente sobre el amparo en Uruguay, véase A. Gelsi Bidart, "Proceso de Amparo en la Ley de Uruguay", en *XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Santa Fe de Bogotá, 1996, pp. 111 ss; H. Cassinelli Muñoz, "Fundamentos y alcances constitucionales de la acción de amparo", en *La acción de amparo*, Montevideo, 1989, pp. 24 ss.; E. Véscovi, "Principales perfiles del amparo en el derecho uruguayo", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, nº 4, 1986, pp. 183-492.

[70] Sobre la actual jurisprudencia véase E. G. Esteva Gallicchio, "Jurisprudencia más relevante establecida por la Corte Suprema de Justicia de Uruguay (años 1997-1999)"; en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 3, Madrid, 1999, pp. 271 ss.

II. Derecho Procesal Constitucional

- *Juan Colombo Campbell (Chile)*
  Funciones del Derecho Procesal Constitucional

- *Gilbert Armijo Sancho (Costa Rica)*
  La legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad: el interés difuso

- *Saul Dighero Herrera (Guatemala)*
  El control de la constitucionalidad de las leyes en Guatemala

- *Rafael Luciano Pichardo y José E. Hernández Machado (República Dominicana)*
  La evolución del Derecho Procesal Constitucional a través de los órganos judiciales de la República Dominicana

Juan Colombo Campbell (Chile) *

Funciones del Derecho Procesal Constitucional

I. El Derecho Procesal Constitucional

1. Concepto

El Derecho Procesal Constitucional es aquella rama del Derecho Público que establece las normas procesales orgánicas y funcionales necesarias para dar eficacia real a la normativa constitucional, cuando surja un conflicto entre un acto de la autoridad o de un particular y sus disposiciones.

Comprende la organización y atribuciones de los Tribunales Constitucionales y la forma en que éstos ejercen su jurisdicción al resolver conflictos constitucionales por medio del proceso y con efectos permanentes.

Néstor Pedro Sagües, uno de los grandes precursores de esta disciplina, afirma en su obra *Derecho Procesal Constitucional* que esta rama del derecho "es principalmente, el derecho de la jurisdicción constitucional, y tiene dos áreas claves: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales". Y recuerda una expresión de Calamandrei, en el sentido de que todas las declaraciones constitucionales son fútiles si no existen remedios jurídicos procesales que aseguren su funcionamiento real.

Por lo tanto, corresponde al Derecho Procesal Constitucional la función de aportar al sistema jurídico nacional los elementos orgánicos y funcionales necesarios y apropiados para que un conflicto constitucional pueda ser determinado por medio de una decisión jurisdiccional, lográndose así la plena vigencia de la supremacía constitucional.

La obra de Hans Kelsen *Las garantías de la jurisdicción constitucional*, escrita en 1928, constituye, en opinión de Carlos Mesía, "el inicio de las formulaciones teóricas del derecho procesal constitucional". A partir de entonces esta disciplina surge

---

* Presidente del Tribunal Constitucional de Chile.

con fuerza, y se independiza decididamente del Derecho Constitucional cuando, en 1955, Mauro Cappelletti publica en Italia su monografía intitulada *Jurisdicción constitucional de la libertad*. Esta obra, en opinión de Héctor Fix-Zamudio, fue aceptada por un sector mayoritario de ambos continentes —Europa y América— y corresponde en su desarrollo al conjunto de instituciones procesales tutelares de los derechos consagrados constitucionalmente. El trabajo de Cappelletti se complementará, más tarde, con su estudio sobre *El control de constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, publicado en Milán en 1968.

Al entrar en funcionamiento Tribunales Constitucionales en la mayor parte de las naciones jurídicamente organizadas, se produce un veloz progreso en el desarrollo del Derecho Procesal Constitucional, el que en las últimas décadas comienza a enseñarse como disciplina autónoma. En 1982, la Universidad de Belgrano inauguró un curso de posgrado sobre el Derecho Procesal Constitucional, experiencia que se repitió en la Universidad de Chile y en otras universidades latinoamericanas.

En concordancia con las ideas expresadas, Luigi Ferrajoli ha calificado su establecimiento como la conquista más importante del derecho contemporáneo para el logro de la protección jurisdiccional de la dignidad de las personas y de los derechos fundamentales frente a la ley, los que no podrían sobrevivir si carecen de una tutela eficaz a través del proceso.

Personalmente, estimo que es correcta la denominación *Derecho Procesal Constitucional*, puesto que su contenido se refiere a la competencia jurisdiccional constitucional y al proceso que debe seguirse para decidir sobre las garantías y no a preceptos constitucionales que se encuadran en el marco de la Constitución en forma estática.

El Derecho Procesal Constitucional comprende el desarrollo de las siguientes áreas temáticas:

a. el conflicto constitucional y sus formas de solución;
b. el Derecho Procesal Constitucional orgánico, y
c. el Derecho Procesal Constitucional funcional.

En el ámbito descrito, pertenecen al Derecho Procesal Constitucional trascendentes materias del quehacer jurídico, entre las que cabe destacar: la supremacía constitucional; la Justicia Constitucional; los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes, decretos y otros actos públicos; y el amparo efectivo de las garantías que la Constitución asegura a las personas.

En síntesis, esta rama del Derecho está destinada a proporcionar al país normas eficaces para la protección jurisdiccional de su Constitución.

Las funciones que cumple el Derecho Procesal Constitucional están contenidas y surgen de los elementos de la definición que pasamos a considerar y que pueden resumirse así:

a. Incorpora al Derecho normas destinadas a proporcionar una protección efectiva de la Constitución por medio del proceso jurisdiccional.

En otros términos, cuando surgen conflictos constitucionales y la norma básica queda indefensa, corresponde al Derecho Procesal Constitucional poner a su disposición las herramientas procesales adecuadas que le permitan recuperar su vigencia real. Siendo así, la solución del conflicto constitucional es el primer gran tema que corresponde a esta rama del Derecho Procesal.

El Derecho Constitucional analiza la Constitución, sus normas y valores, desde un punto de vista más estático. Pero, cuando su preceptiva es violentada y surge un conflicto de intereses de relevancia constitucional que debe ser resuelto, éste escapa del ámbito del Derecho Constitucional, que carece *per se* del poder indispensable para restablecer la supremacía de la Constitución. Ésta sólo puede obtenerse por medio de una sentencia jurisdiccional. De este modo, cuando el sistema crea tribunales constitucionales con competencia para dar solución al conflicto constitucional, se ingresa, a través del proceso, al ámbito del Derecho Procesal, que pone a disposición de los afectados por la infracción constitucional un tribunal competente e idóneo y las normas funcionales necesarias para tramitarlo y decidirlo en un debido proceso.

Como sostiene Allan Brewer-Carías, el juez constitucional, al proteger la Constitución, siempre tiene un deber adicional al juez ordinario: debe defender la Constitución y, en especial, los valores que en un momento dado estuvieron en la base de su creación, con miras a "mantenerla viva".

b. El Derecho Procesal Constitucional se pone en movimiento cuando surge el conflicto constitucional, el cual se produce, como más adelante se verá, cuando la autoridad o los particulares infringen la Constitución, lo que impulsa el ejercicio de su jurisdicción, salvo en los casos en que se exija que dicha violación sea denunciada por un sujeto legitimado al Tribunal Constitucional competente.

La forma que contempla el Derecho Procesal Constitucional para resolver dichos conflictos es el proceso jurisdiccional, en el cual un tribunal con jurisdicción y competencia aplicará e interpretará la norma constitucional, en el caso concreto, decidiendo con su mérito. O sea, aplica la Constitución directamente como norma decisioria litis.

c. El sistema procesal, destinado a dar protección a la Constitución, puede contemplar uno o más Tribunales Constitucionales competentes o dárselos a todos los del sistema común.

El ordenamiento en cada país establecerá el tipo de control jurisdiccional de constitucionalidad que estime más adecuado. Si considera mejor el concentrado, deberá entregarle competencia a un Tribunal Constitucional, a una Sala Constitucional de la Corte Suprema o a un sistema de tribunales con competencia compartida.

En cualquier evento, ello implica ampliar el radio de la jurisdicción a la solución de los conflictos constitucionales.

d. El conflicto se traspasará, para su decisión, al sistema de Tribunales Constitucionales a través de una acción, cuyos titulares deben ser precisados y legi-

timados; se establecerá un procedimiento al cual deberá someterse el proceso, el que terminará con la sentencia decisoria, cuyos efectos siempre serán trascendentes, en especial cuando declare la inconstitucionalidad de leyes o decretos.

Analizada su definición, cabe destacar, a continuación, que esta disciplina surge con fuerza e independencia cuando se crean en Europa los Tribunales Constitucionales, a los que se les otorga jurisdicción y competencia exclusiva y excluyente para decidir conflictos aplicando directamente, como se dijo, la Constitución como norma decisoria litis.

Kelsen, Calamandrei, Cappelletti, Favoreu, Fix-Zamudio, Couture, Pedro Sagües, Brewer-Carías, Niceto Alcalá Zamora, Rodolfo Pisa, este profesor y otros en Chile, se encuentran entre los que han proclamado y enseñado el área que hoy se denomina *Justicia Constitucional* y que es propia, como toda la Justicia, del Derecho Procesal.

La nueva dimensión de esta disciplina se encuentra estrechamente vinculada a la consagración del sistema del control concentrado de constitucionalidad, toda vez que los países que han elegido el modelo del control difuso no requieren más normas que las procesales que ya tienen. Siendo así, en este último caso, el Derecho Procesal interno, con las adecuaciones necesarias, resulta suficiente para obtener el control jurisdiccional de constitucionalidad.

En cambio, en el sistema concentrado se requiere, por lo menos, una normativa que considere los siguientes aspectos:

1. La ampliación del ámbito de la jurisdicción para incluir en su esfera de poder la solución de los conflictos constitucionales que, por producirse en su mayoría entre poderes públicos, por aplicación del principio de separación de funciones, antes no tenían solución o se autotutelaban.

Esta confrontación entre la necesidad de instaurar un control jurisdiccional de la Constitución y conservar el principio de la separación de poderes fue precisamente lo que llevó a la creación de Tribunales Constitucionales en Europa continental, con la atribución jurisdiccional particular y específica de velar por la constitucionalidad de las leyes, la que no podría atribuirse al orden judicial tradicional, cuya misión, precisamente, es la de aplicar la ley, sin que le sea lícito cuestionarla.

Chile, en la Constitución de 1925, amplió limitadamente el radio de la jurisdicción de los tribunales establecidos, al otorgar a la Corte Suprema la facultad de declarar, en casos concretos y con efectos limitados a las partes del proceso, la inaplicabilidad de una ley por vicio de inconstitucionalidad, y a las Cortes de Apelaciones la facultad de conocer la acción de amparo de garantías personales. Por reforma, en el año 1970 se creó el primer Tribunal Constitucional, que funcionó con facultades insuficientes hasta 1973.

La Constitución vigente, de 1980, lo restableció con nueva composición y atribuciones. Entre sus competencias se destaca la que le otorga el control preventivo de

las leyes orgánicas constitucionales y de las que interpreten algún precepto de la Constitución; la autoridad para invalidar ciertos decretos inconstitucionales; decidir conflictos que se susciten en la convocatoria a plebiscito; declarar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de los partidos políticos, organizaciones o movimientos que atenten contra la Constitución; resolver las inhabilidades de los parlamentarios o ministros de Estado, y, finalmente, participar en el proceso de declaración de inhabilidad del Presidente de la República.

No obstante, mantuvo en la competencia de la Corte Suprema la facultad de declarar inaplicables por inconstitucionales las leyes vigentes, jurisdicción que, en virtud de un proyecto de reforma constitucional pendiente de tramitación, se traspasaría próximamente al Tribunal Constitucional.

2. La creación de un Tribunal Constitucional o su equivalente y el dictado de las normas orgánicas que regulen su organización, atribuciones y funcionamiento.
3. El establecimiento de la acción, sus presupuestos procesales y procedimientos adecuados para operar su competencia a través de un debido proceso jurisdiccional.

2. Principales materias que comprende el Derecho Procesal Constitucional para que cumpla sus funciones

Algunos temas que necesariamente debe recoger el Derecho Procesal Constitucional y que requieren urgente respuesta de los especialistas se precisan a continuación:

a. El control de constitucionalidad de los actos públicos, y si éste debe ser concentrado o difuso, a priori o a posteriori.
b. En caso de optarse por el control concentrado, si éste debe dársele a un Tribunal Constitucional, a Salas Constitucionales en la Corte Suprema o, si se estima mejor, contemplar un control compartido, en el que otros tribunales pueden controlar la constitucionalidad de los actos públicos o privados, como es en Chile el caso actual de los Tribunales Electorales y de las Cortes de Apelaciones, cuando conocen estas últimas del amparo y de la protección de garantías constitucionales.
c. Cuáles deben ser los principios aplicables para lograr una eficiente aplicación e interpretación de la Constitución.
d. Analizar la competencia adicional del Tribunal Constitucional como tribunal de emergencia, para resolver los grandes conflictos políticos, a fin de evitar que se busquen soluciones autotuteladoras.

Los principios informadores orgánicos y la realidad de cada país deben iluminar al constituyente para escoger la mejor forma de Justicia Constitucional.

Precisado lo anterior, paso a referirme a los principales temas que constituyen las funciones básicas que cumple el Derecho Procesal Constitucional. Éstos son la

Justicia Constitucional, que por su importancia será objeto de un capítulo especial de este trabajo, la *supremacía constitucional* y los sistemas para el *control de la constitucionalidad de las leyes y otros actos públicos.* A estos dos últimos nos referiremos a continuación.

La supremacía constitucional es un principio ya universalmente aceptado y reconocido por la mayor parte de las Constituciones del mundo. Su protección, a través de la jurisdicción, constituye un elemento esencial para garantizar su eficacia.

Por el momento, me limitaré a resaltar algunos elementos históricos y conceptuales que tienen especial incidencia procesal.

> O la Constitución es la Ley Suprema, inmutable por medios ordinarios, o está en el nivel de las leyes ordinarias y, como otra, puede ser alterada cuando la legislatura se proponga hacerlo. Si la primera parte de la alternativa es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; si la última parte es exacta, entonces las constituciones escritas son absurdos proyectos por parte del pueblo para limitar un poder ilimitable por su propia naturaleza. Ciertamente, todos los que han sancionado Constituciones escritas, las consideraban como ley fundamental y suprema de la nación y, por consiguiente, la teoría de cada uno de los gobiernos debe ser que una ley de la legislatura que impugna a la Constitución es nula.

Con estas sencillas palabras el ilustre juez de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, John Marshall, exponiendo la opinión de la Corte en el caso Marbury contra Madison, consagraba definitivamente, a comienzos del siglo XIX, el principio de la supremacía constitucional.

Dicho principio, que reconociendo lejanos antecedentes había sido formulado originariamente por sir Edwards Coke, es la más efectiva garantía de la libertad y dignidad del hombre, puesto que impone a los poderes constitucionales la obligación de ceñirse a los límites que la Constitución —como Ley Superior— establece, y a respetar los derechos fundamentales que ella reconoce y asegura a todas las personas.

La idea de la supremacía de la Constitución fue desarrollada por primera vez en 1788 por Alexander Hamilton, cuando al referirse al papel de los jueces como intérpretes de la ley afirmó:

> Una Constitución es de hecho, y así debe ser considerada por los jueces, como una ley fundamental. Si se produce una situación irreconciliable entre la Constitución y la ley, por supuesto, la Constitución debe prevalecer por sobre las leyes. Por consiguiente, ningún acto contrario a la Constitución puede ser válido.

Al indicar claramente las Cartas Fundamentales, como principio básico, que todos los órganos del Estado y los particulares quedan sometidos a la Constitución, se establece la primera gran regla en que se consagra la supremacía aludida, que la hace, en consecuencia, obligatoria para todos ellos.

Al respecto, cabe señalar que quedan comprendidos todos los órganos estatales, de gobierno, legislativos o jurisdiccionales, así como todos los servicios administrativos encargados de la satisfacción de las necesidades públicas y que se encuentran vinculados orgánicamente al Estado.

El solo hecho de que el ordenamiento constitucional haya establecido esta amplia batería de instituciones para el resguardo de la supremacía constitucional y la protección de los particulares, frente a la extendida capacidad del Ejecutivo para administrar el país, es el claro reconocimiento de que el poder del Presidente de la República en esta materia es amplio y requiere variadas instancias y contenciones en resguardo de los derechos de los ciudadanos.

Sin embargo, como es fácil comprender, proclamar que las normas contenidas en la Constitución son las de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico de un Estado no basta para que éstas sean respetadas por los poderes constituidos y obren así como límite de sus atribuciones y eficaz salvaguardia de los derechos del hombre. Siempre subsistiría la posibilidad de que los órganos que ejercen los poderes instituidos sobrepasen las disposiciones de la Carta Fundamental y, extralimitándose en el ejercicio de sus atribuciones, pongan en peligro la institucionalidad misma de la República. La sola declaración de la Supremacía Constitucional resulta, pues, insuficiente.

Siendo así, al hablar de este principio deben incluirse, necesariamente, tanto la protección de las disposiciones escritas en la Constitución, como también, y especialmente, los valores fundamentales que están en su base, los que, por la vía de la decisión jurisdiccional, deben cobrar plena vigencia.

A propósito del tema, recuerdo nuevamente a Cappelletti, quien expresa que la Constitución no debe ser concebida como una simple pauta de carácter político, moral o filosófico, sino como una ley verdadera positiva y obligante con carácter supremo y más permanente que la legislación positiva ordinaria.

Es por ello que García de Enterría concluye que hoy las Constituciones son normas jurídicas efectivas, que prevalecen en el proceso político, en la vida social y económica del país y que sustentan la validez de todo el orden jurídico.

Finalmente, en esta parte quiero coincidir con Brewer-Carías cuando señala que la Justicia Constitucional es fundamentalmente posible, no sólo cuando existe una Constitución, como norma verdaderamente aplicable por los tribunales, sino además, cuando ésta tiene efectiva supremacía sobre el orden jurídico en su conjunto, en el sentido de que prevalece frente a todas las normas, actos y principios de derecho contenidos en un sistema jurídico determinado. Esta supremacía de la Constitución sobre las demás fuentes del derecho y, en particular, sobre los actos del Parlamento, implica que la Constitución es la ley suprema que determina los valores supremos del orden jurídico, y que, desde esa posición de supremacía, puede ser tomada como parámetro para determinar la validez de las demás normas jurídicas del sistema.

Surge así la necesidad de que existan mecanismos, sistemas o procedimientos destinados a preservar, en el orden de la realidad, esa supremacía constitucional establecida en el orden de las normas.

El control de constitucionalidad implica la configuración de un mecanismo de defensa jurisdiccional de un orden constitucional concreto, articulado en una Constitución, que se caracteriza por ser asumido por sujetos ajenos al proceso de producción

normativa, y por recaer, salvo excepciones, sobre normas perfectas y plenamente vigentes, se articula formalmente como la garantía de la primacía de la Constitución sobre las demás normas del ordenamiento jurídico positivo.

Esta labor de integración del Tribunal Constitucional, que no es otra que la síntesis dialéctica entre pluralidad y unidad, la desarrolla al afirmar la supremacía de la Constitución. En este aspecto es ella, como expresión del pueblo —comunidad compuesta de las más diversas tendencias—, la que desarrolla una decisiva función integradora, que se expresa en la consagración de valores que orientan y dan contenido al proceso integrador. Es por ello que el Tribunal Constitucional, como órgano encargado de salvaguardar la supremacía de la Constitución, está protegiendo los principios que significan tal integración.

Teniendo presente que el peligro más grande que puede concebirse para la integridad del orden constitucional es la eventual vigencia de leyes inconstitucionales —dado que éstas, por el carácter general que normalmente tienen, entrañan la posibilidad permanente de violar la Ley Fundamental cada vez que sean aplicadas—, debe buscarse un camino para eliminarlas.

Su aplicación evita la alternativa, siempre atrayente para algunos, de usar la autotutela para resolver un conflicto constitucional. La historia está llena de ejemplos de conflictos entre poderes públicos que se han resuelto por la fuerza, llámese ésta revolución o golpe de Estado.

Los habitantes de la nación lograrán, como consecuencia de lo anterior, el pleno respeto de sus derechos constitucionales sólo cuando cuenten con el proceso como forma de hacer efectiva la supremacía constitucional.

El éxito de la supremacía constitucional tiene pleno sustento en las modernas concepciones planteadas por destacados juristas como Hans Kelsen, Mauro Cappelletti, Piero Calamandrei, Eduardo Couture y Pedro Sagües, que al dar un nuevo enfoque a la eficacia jurisdiccional de las garantías constitucionales a través del proceso, la han configurado con autonomía.

La Constitución se plantea así, definitivamente, como una norma decisoria litis, de aplicación directa para el juez en la solución de todo conflicto constitucional.

En mi país, Chile, desde la década del sesenta se enseñan las bases constitucionales del Derecho Procesal y las acciones y recursos constitucionales destinados a protegerlas. Entre éstos se destacan el amparo personal y la protección de las garantías básicas.

Puede decirse que hoy presenciamos una nueva legitimidad, la legitimidad constitucional.

Concluyo esta parte afirmando que hoy la supremacía constitucional, además de cumplir su función básica, es un derecho de los habitantes de la nación, tanto para lograr que se respete el sistema institucional, como para obtener la tutela jurisdiccional de sus garantías constitucionales.

Esta exposición comprende solamente una análisis básico de la supremacía constitucional, tema extensamente analizado por los estudiosos, al solo efecto de jus-

tificar su inclusión en las áreas temáticas que integran el Derecho Procesal Constitucional.

A continuación, por la importancia que reviste, me referiré a los sistemas para el control de constitucionalidad de las leyes, las que, como es sabido, caen dentro de la esfera de competencia de los Tribunales Constitucionales.

Para lograr la eficacia del principio de la supremacía constitucional, existen dos grandes sistemas de control de constitucionalidad de los actos del Estado y, entre ellos, muy principalmente de los emanados del Poder Legislativo. El primero es el control difuso, que permite a todos los tribunales de un país declarar inconstitucional una ley invocada en un proceso sometido a su conocimiento y, por lo tanto, inaplicarla cuando su contenido es contrario a la Constitución. Es el caso de Estados Unidos, que a partir del famoso proceso Marbury contra Madison, que vuelvo a recordar, decidido por la Corte en 1803, sentó jurisprudencia en el sentido de que todo tribunal debía aplicar la Constitución si era contraria a una ley. Con variantes, siguieron este ejemplo Argentina, Brasil, Colombia, México, Australia, Canadá, Japón, Suecia, Noruega y Dinamarca.

El segundo es el sistema concentrado de Justicia Constitucional, donde el control de constitucionalidad de las leyes y de otros actos del Estado, producido en ejecución directa de la Constitución, le corresponde privativamente a un solo tribunal. Generalmente éste es un Tribunal Constitucional o una Sala Constitucional de la Corte Suprema. Su fundamento radica en la conveniencia de que sea un solo juez el que tenga facultad para interpretar la Constitución y determinar cuándo las leyes u otros actos de autoridad son contrarios a sus disposiciones. Con ello se logra uniformar criterios en este sentido y dar eficacia real al principio de igualdad ante la ley —y, como consecuencia, al de la igual protección en el ejercicio de sus derechos.

Este tema ha sido extensamente desarrollado por la doctrina, por lo cual, al igual que el anterior, me limito a mencionarlo por cuanto forma parte de las funciones que corresponden a la rama del Derecho que estamos analizando.

II. La Justicia Constitucional

La vida, la realidad y el porvenir de las Cartas Constitucionales de nuestra época descansan en la Justicia Constitucional.

MAURO CAPPELLETTI

Louis Favoreu, en su trabajo *Justicia y jueces constitucionales*, afirma que el desarrollo de la Justicia Constitucional es, ciertamente, el acontecimiento más destacado del Derecho Público del siglo XX en Europa y quizás en el mundo, y concluye que hoy no se concibe un sistema constitucional que no reserva un lugar a esta institución. Esto explica que todas las nuevas Constituciones europeas hayan previsto la

existencia de un Tribunal Constitucional, al igual que las de la mayor parte de los países latinoamericanos.

Mi viejo amigo el juez Rafael de Mendizabal, en una conferencia en Sucre sobre la "Naturaleza de la Justicia Constitucional", refería su proceso histórico. Recordaba que ésta nace "en 1803, y consiste en la revisión judicial de las leyes y de los actos de gobierno, como una manifestación más de la función jurisdiccional, al hilo siempre del caso concreto, vivito y coleando, sin abstracción alguna, en manos de todos los jueces, aunque la última palabra fuera dicha por el Supremo". No hay esquizofrenia funcional, ni dos jurisdicciones, la constitucional y la ordinaria, ni dos dimensiones normativas simétricas, ni dos justicias, la constitucional y la material. No hay posibilidad, pues, de tensiones o conflictos. La ley suprema y las demás están unidas indisolublemente en un conjunto que se explica recíprocamente. Esta hazaña fue posible por un cúmulo de factores convergentes, entre los que se cuenta la concepción del *common law* con un alcance trascendente y el contexto en el cual se elabora la Constitución, donde se suscitó la posibilidad, aunque no faltaran las voces discrepantes.

Desde una perspectiva teórica, ya en 1761 había dicho James Otis que todo acto contrario a la Constitución es nulo, y Hamilton, en 1788, desde el concepto de *Constitución limitada,* explicaba:

> [Las limitaciones constitucionales] no pueden ser preservadas en la práctica sino por medio de los Tribunales de Justicia, cuya función ha de consistir en declarar nulos todos los actos contrarios al tenor manifiesto de la Constitución, sin lo cual todo derecho quedaría en nada. Alguna perplejidad puede producir la función de los tribunales para un tal pronunciamiento —anulación de los actos legislativos— por contradecir la Constitución, que parece implicar la superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. No es así. Ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido porque significaría que la representación del pueblo es superior al mismo pueblo. Los tribunales se han diseñado como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura para mantener a ésta dentro de los límites que le están asignados. La interpretación de las leyes es el propio y peculiar ámbito de los tribunales. Una Constitución es en realidad y debe ser contemplada por los jueces como una ley fundamental.

Finalmente, en este preámbulo deseo recordar lo expresado por Silvia Snowiss, la que, al referirse al análisis histórico sobre los orígenes de la Justicia Constitucional de Norteamérica, indicó que ésta ha surgido como un sustituto de la revolución. En efecto, si los ciudadanos tienen derecho a la supremacía constitucional, como pueblo soberano, cualquier violación de la Constitución podría dar lugar a la revocatoria del mandato de los representantes o a su sustitución por otros, en aplicación del derecho de resistencia o revuelta que defendía John Locke. En caso de opresión de los derechos o de abuso o usurpación, la revolución era la solución o la vía de solución de conflictos por el pueblo. Como sustituto de ella, sin embargo, surgió el poder atribuido a los jueces para dirimir los conflictos constitucionales entre los poderes constituidos o entre éstos y el pueblo. Ésta es, precisamente, la tarea del juez constitucional; la Justicia Constitucional queda configurada como la principal garantía.

1. *Uso de la palabra* **Justicia** *para referirse a la actividad que realizan los Tribunales Constitucionales*

La Justicia es un concepto valórico, subjetivo, estudiado y anhelado desde que el hombre convive con sus semejantes, pero pocas veces conseguido. No es éste el momento de entrar a su análisis filosófico —que desde Platón y Aristóteles se ha venido realizando—, pero lo considero una buena oportunidad para plantear una posición procesal en torno a la naturaleza jurídica de la función que realizan los Tribunales Constitucionales al decidir conflictos en materias de su competencia.

Desde el punto de vista científico —y el Derecho, por cierto, tiene tal condición—, no resulta fácil, diría que casi imposible, definir la Justicia incorporándola a una norma, para que a partir de ésta los jueces la apliquen como elemento fundante de su decisión. Muy por el contrario, la justicia es más bien un ideal que debe estar presente e iluminar el arduo camino que recorre el juez en cada proceso jurisdiccional.

En efecto, el término *justicia*, como se ha insinuado, implica un juicio de valor, filosófico, subjetivo y mutable según los tiempos y lugares; en consecuencia, no puede reflejar la esencia de lo que es la jurisdicción, concepto de la ciencia jurídica y, por ende, de validez universal en el derecho procesal constitucional, cuyo ejercicio provoca el efecto de materializar en una decisión humana la petición de justicia.

Demuestra lo aseverado la existencia de diversas posiciones sobre lo que es justo en cada proceso. Para el juez, su sentencia es la expresión de la justa decisión de la litis, criterio que pueden compartir o no los jueces de alzada. Como se sabe, en un ordenamiento procesal pueden llegar a dictarse tres o más sentencias diferentes para resolver un mismo conflicto y, naturalmente, cada sentenciador estimará que hizo justicia.

Esta situación es más grave en la Justicia Constitucional, donde existe sólo una decisión que produce efecto *erga omnes* en materias siempre trascendentes.

Enfocado ahora el concepto de justicia desde el punto de vista de las partes, la que obtiene estimará que la sentencia hizo justicia; el que pierde la verá como injusta. Cualquier persona puede tener opinión frente a la decisión judicial, considerándola justa o injusta. En suma, el término *justicia* no es correspondiente con el de *verdad jurídica* que, emanada de la cosa juzgada, las partes deben acatar y cumplir y los terceros aceptar. En cambio, ni la sentencia ni la cosa juzgada que de ella resulta pueden alterar el juicio valorativo que cada cual tenga con respecto a la justicia de la decisión contenida en la sentencia.

Por las consideraciones expuestas, debe concluirse que la solución de cualquier conflicto se estimará justa o injusta según el interés de quien la pondere. Lo justo para uno puede ser injusto para otro. Lo que fue justo ayer puede no serlo hoy. Lo justo de hoy puede dejar de serlo mañana.

Sin embargo, lo que es invariable y universalmente válido es que, agotados los medios de impugnación, la sentencia queda ejecutoriada, imponiéndose como consecuencia “la justicia del juzgador” en la decisión del conflicto sublite.

En el análisis de la alta función que cumplen los tribunales, se trata de buscar elementos constitutivos del concepto de *jurisdicción*, válidos para todos los tiempos y lugares y que sirvan para explicarla en la constante histórica, en el presente y en el futuro. En este orden de ideas puede afirmarse que, en ejercicio de la función jurisdiccional, lo que los tribunales han hecho, hacen y harán es resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica en el ámbito constitucional, nacional e internacional.

En los más de cuarenta años de ejercicio de mi cátedra de Derecho Procesal en la Universidad de Chile y en los más de veinte dedicados a "la justicia", me he formado la íntima convicción de que los jueces, seres humanos escogidos para ejercer la jurisdicción, lo que hacemos es decidir conflictos de intereses regulados por una normativa y sólo aspiramos a que nuestras decisiones se aproximen lo más posible al concepto ideal de justicia que todo juez lleva y cultiva en su interior.

Como expresión técnica se seguirá empleando el vocablo *justicia* para referirse al ejercicio de la jurisdicción por los tribunales con competencia constitucional, con la prevención de lo antes expuesto.

2. Algunas consideraciones en torno a la Justicia Constitucional

La Carta ordena los atributos de la autoridad, garantiza los derechos básicos de los habitantes del país y crea un sistema de autoprotección de sus normas que es la Justicia Constitucional.

Aunque desde una perspectiva amplia toda justicia es constitucional, como se desprende en Chile de los artículos 73, 74 y 19, numeral 3º, de la Constitución Política, que son comunes a otros textos constitucionales, la doctrina reserva esta denominación para identificar la actividad jurisdiccional destinada a resolver conflictos por medio de un proceso en que la Constitución es aplicada directamente por el sentenciador como norma decisoria litis.

En este contexto conceptual, la Justicia Constitucional se perfila como aquella destinada a dar eficacia al principio de la supremacía constitucional y al cumplimiento efectivo de su preceptiva, incluida principalmente en ella la norma que se refiere a la protección de las garantías personales.

Cappelletti la define como la actuación, por vía jurisdiccional, de la norma constitucional, y agrega que, aunque tiene una vinculación con la política, no la priva de la esencia de la jurisdicción. Esta opinión descarta la teoría de Schmith, que considera a los Tribunales Constitucionales como legisladores negativos.

En el sistema europeo continental, que recogen nuestros países, la concepción del Estado de Derecho está indisolublemente unida al establecimiento de la Constitución como norma fundamental y suprema, cuyo contenido debe prevalecer por sobre toda otra actividad jurídica de los órganos que regula, entre ellas, según muchos, las propias decisiones jurisdiccionales.

Es el sometimiento de todo el sistema normativo estatal al control de constitucionalidad. Ello implica que todos los preceptos o normas que emanan de los órganos del Estado están sometidos al referido control.

A partir de Coke en Inglaterra, de la aplicación del control difuso de constitucionalidad en los Estados Unidos y del control concentrado, que se inicia con Kelsen en Europa y de allí llega a Latinoamérica, las Constituciones han incluido entre sus disposiciones el control preventivo o represivo como un mecanismo eficiente para lograr la eficacia plena del principio de la supremacía constitucional a través del debido proceso.

Como señalan los grandes estudiosos del Derecho Procesal Constitucional ya mencionados en este trabajo, la Constitución, protegida por la jurisdicción, pasa a ser una norma viva, eficaz no sólo en su letra sino en su espíritu, que se refleja en los valores y principios que, escritos o no, surgen de su preceptiva.

Además, su interpretación apegada a reglas propias de hermenéutica y su adaptación a nuevas situaciones configuran una trascendente labor que les está confiada a los jueces constitucionales.

De la misma forma, otorga al Tribunal Constitucional competencia para resguardar el principio de supremacía constitucional y el control constitucional superior de los actos de la administración.

En consecuencia, a la Justicia Constitucional le corresponde intervenir en la decisión de los conflictos de intereses de relevancia jurídica regulada o amparada por la Constitución Política, para así lograr la eficacia real de su preceptiva.

También es misión de la Justicia Constitucional la labor de adaptación de las declaraciones de los derechos fundamentales a la realidad siempre cambiante del país. En este sentido le corresponde la facultad de fijar, a través de sus sentencias, el alcance de sus disposiciones. Ello resulta más trascendente cuando la Carta Fundamental contiene disposiciones redactadas de manera sintética, o vagas, o expresadas en conceptos indeterminados como los de libertad, orden público, democracia, justicia, dignidad, igualdad, función social o interés público.

Como lo sostiene la doctrina y lo confirma la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales, la Constitución no sólo comprende aquello que está expresado formalmente en sus disposiciones, sino la interactividad de los valores que la inspiran y que constituyen las llamadas *bases de la institucionalidad*.

Es por estas razones que la Constitución, entre sus normas, debe necesariamente contener aquellas que permitan la solución de los conflictos generados por su infracción, como única forma de restablecer, por medio de la sentencia, su eficacia real. Es aquí donde emerge y se exalta la figura de su máximo y legítimo guardián: el juez constitucional.

Ahora bien, partiendo del supuesto de que la Constitución es la norma máxima que regula la convivencia social, cabe recordar nuevamente a Favoreu, quien expresa en torno a este tema:

> La consolidación de la Justicia Constitucional ha exacerbado la fuerza normativa de la Constitución. Su exigibilidad jurídica ante jueces y tribunales constituye uno de los presupuestos básicos del Estado democrático. Asimismo, la llamada jurisdificación de la vida política y del conflicto social latente, encuentra en los tribunales constitucionales un instrumento esencial, aunque no exclusivo, de garantía del respeto a la Constitución de los poderes públicos y también de los particulares.

Cabe también destacar, en este orden de ideas, que el Estado, en uso de su potestad soberana, está por sobre todo conflicto común. En efecto, al legislar los previene, al administrar impide que se generen, y al hacer justicia los resuelve. No obstante, del ejercicio de sus potestades públicas reguladas en lo esencial por la Constitución Política, pueden surgir a su vez trascendentes conflictos de intereses entre los poderes públicos o entre la autoridad y los particulares, los que tendrán o no solución jurisdiccional a través del proceso, de acuerdo con el marco de referencia que la propia Constitución les señale, y ello dependerá, fundamentalmente, de si se consagra o no la existencia de Tribunales Constitucionales para decidirlos por la vía del proceso preventivo o represivo.

El sabio jurista Kelsen fue el primero en postular la necesidad de establecerlos con jurisdicción suficiente para resolver los conflictos que en el orden constitucional se produjesen, facultad que, en virtud del principio de separación de poderes públicos, les está vedada a los tribunales normales en el sistema europeo continental. Con ello, afirma, "se garantiza jurisdiccionalmente" la eficacia de la norma suprema.

Cappelletti ha escrito que el fin de la Constitución radica más en la realización de valores que en la ordenación de procedimientos; que esa finalidad yace más en la descripción de grandes programas que en la distribución de poderes. Añade que las Constituciones formulan esos objetivos supremos en términos de principios generales, de valores apenas enunciados y de conceptos no rara vez imprecisos. Pero, concluye ese maestro, las aludidas son ambigüedades gloriosas, cuya sustancia jurídica, en apariencia imperceptible, queda de manifiesto por la sabiduría de un recto Tribunal Constitucional. De esta manera, tales Cortes dotan de sustancia normativa precisa a esas reglas enigmáticas, impidiendo que sean letra muerta; ellas logran, en definitiva, que los valores presentes en los preceptos jurídicos hagan que las Constituciones vivan porque son vividas. Es lo que Baldasarre denomina *el significado de la Constitución de Valores*.

De lo expresado se desprende que, en el ámbito del Derecho Procesal, a la Justicia Constitucional le corresponde intervenir en la decisión de los conflictos de intereses de relevancia jurídica regulados o amparados por la Constitución Política, para así lograr la eficacia real de su preceptiva.

3. Constitución, Justicia Constitucional y Derecho Procesal Constitucional

El juez norteamericano Joseph Caldwell señala que puede decirse que una Constitución es el esfuerzo de un pueblo por dejar escrito su espíritu sustantivo. También se puede decir que la jurisprudencia constitucional es, en gran parte, la búsqueda,

dentro de los límites de las palabras escritas en ella, de un equilibrio entre todas estas fuerzas contrarias, que se necesita en cualquier momento para que un pueblo siga gobernándose.

La Constitución que es constituida a través de la libre autodeterminación del pueblo, que contempla los límites y controla los diversos poderes del Estado, consagra el respeto y potencia los derechos fundamentales, todos principios constitucionales de la democracia moderna, es una Constitución que responde al sistema democrático.

También la Constitución, para que se transforme en norma vinculante, debe contener los mecanismos idóneos y eficaces que la protejan. Esta misión es la encomendada al Derecho Procesal Constitucional.

Como sentenció el juez Marshall, es "la ley suprema y soberana de la Nación" y un acto incompatible con su normativa es nulo, decisión sobre la cual los expertos concluyen que Europa ha vuelto a descubrir la Constitución como una ley suprema, que coloca algunos valores fundamentales de la sociedad fuera del alcance de mayorías parlamentarias ocasionales. De allí que haya sido rejuridificada, en el sentido de que se la considera ahora como una ley fundamental directamente ejecutable por los jueces y aplicable a los individuos. Es aquí donde emerge la concepción de la vinculación directa entre la Constitución y sus mecanismos jurisdiccionales de protección.

Para que exista justicia constitucional se requieren una Constitución y una jurisdicción constitucional que le permita controlar, por la vía del proceso, la vigencia real de su preceptiva. Es por ello que podemos afirmar, con Zarco Luksic, que el tema de la Justicia Constitucional está íntimamente ligado al valor de la norma constitucional. Por otra parte, el valor de la Constitución dentro de la comunidad humana está hoy sólidamente encadenado al sistema democrático.

Es del caso referirse aquí a la vinculación que existe entre la Constitución y sus mecanismos jurisdiccionales de protección, que se incluyen en el Derecho Procesal.

En la actualidad, según la moderna doctrina constitucional, en el concepto de Constitución debe concurrir una multiplicidad de elementos: un elemento formal, un documento legal y especial escrito; un elemento material, orientado hacia un objeto; y un elemento normativo, donde se establecen normas jurídicas que son inmediatamente consecuencia del Poder Constituyente.

El estatus y significado de la Constitución en un Estado moderno que se sujeta a principios democráticos y de Estado de Derecho obliga a construir en su interior los mecanismos destinados a proteger y salvaguardar las normas que se contienen en ella.

Uno de los instrumentos jurídicos por excelencia destinado a la tarea de protección de la normativa constitucional es el que se ejerce a través de la Justicia Constitucional, que tiene como misión principal velar por el respeto del principio de la supremacía constitucional. Sin embargo, su cometido esencial no se limita a resolver la inconstitucionalidad de las normas que son contrarias a la Carta Fundamental, sino que, además, tendrá la fundamental labor de interpretar dicha norma constitucional. Por último, en algunos casos, la Justicia Constitucional tendrá la tarea de conocer y

resolver aquellas cuestiones en que el ciudadano ve violados sus derechos fundamentales o existen conflictos entre poderes.

En este contexto, las funciones del Derecho Procesal Constitucional pueden precisarse en las siguientes:

a. Velar por la aplicación del principio de la supremacía constitucional y de la eficacia de las garantías personales.
b. Solucionar los conflictos constitucionales.
c. Realizar la función integradora de la Justicia Constitucional.
d. Defender la Constitución mediante la labor de intérprete de ésta.
e. Colocar a disposición del Estado los elementos técnicos adecuados para que opere la Carta Fundamental.

Según el profesor Alejandro Silva Bascuñán, existe una serie de normas en la Constitución de Chile que tienen su coronación en el Tribunal Constitucional, desde que éste vela, con la mayor extensión y profundidad, por el efectivo respeto de la jerarquía normativa dispuesta en la Carta.

Destacan en el ámbito del Derecho Procesal Constitucional:

a. Los preceptos constitucionales obligan tanto a sus titulares e integrantes de los órganos del Estado como a toda persona, institución o grupo, y dichos órganos deben someter su acción a la propia Carta y a las normas dictadas conforme a ella (CPR, artículo 6º).
b. No obstante la amplitud de la tarea entregada al presidente de la República, su acción ha de efectuarse en todo momento "de acuerdo con la Constitución y las leyes" (CPR, artículo 24, inciso segundo) y, consecuentemente, puede el primer mandatario ser acusado por la Cámara de Diputados ante el Senado, entre otros casos, cuando "haya infringido abiertamente la Constitución o las leyes" (CPR, artículo 48, numeral 2, letra *a*), y también los ministros de Estado, por la misma razón (CPR, artículo 48, numeral 2, letra *b*).
c. Aunque "la Constitución garantiza el pluralismo político", declara "inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional" (CPR, artículo 19, numeral 15, inciso sexto).
d. Reiterando, ampliando y perfeccionando la facultad otorgada desde 1925 a la Corte Suprema, la Ley Fundamental la faculta para "declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución" (CPR, artículo 80).
e. Confirmando la incorporación al rango constitucional, dispuesta desde 1943, se otorga a la Contraloría General de la República —servida por un funcionario designado por el presidente de la República con acuerdo del Senado e inamovible (CPR, artículos 32, numeral 11 y 87, inciso segundo)—, entre otras atribuciones, la facultad de pronunciarse sobre la juridicidad del ejercicio de la potestad reglamentaria confiada al presidente de la República.

f. Las Fuerzas Armadas "existen para la defensa de la patria, son esenciales para la seguridad nacional y garantizan el orden institucional de la República" (CPR, artículo 90).
g. El Consejo de Seguridad Nacional, órgano de carácter fundamentalmente asesor del presidente de la República en el resguardo de ese valor e integrado por el propio jefe del Estado, por los presidentes del Senado y de la Corte Suprema, por los cuatro comandantes en jefe de los institutos militares y también por el contralor general de la República, está facultado, en los términos expresados, para "hacer presente" al presidente de la República, al Congreso Nacional o al Tribunal Constitucional su opinión frente a algún hecho, acto o materia que, a su juicio, atente gravemente contra las bases de la institucionalidad o pueda comprometer gravemente la seguridad nacional (CPR, artículo 96, letra *b*).

También es útil agregar que los ordenamientos jurídicos constitucionales de las naciones que se inspiran en el Estado democrático de Derecho otorgan al Tribunal Constitucional un rol de guardián de la Constitución. Tal denominación se deriva de la función de protección de los enunciados constitucionales ante el desborde que puede provenir de los demás órganos del Estado —Ejecutivo, Legislativo o Judicial— o de otra potestad que tenga consagración constitucional o jerárquicamente se encuentre subordinada a la Constitución. Sin embargo, debe señalarse que la defensa de la Constitución es una tarea que compete a todos los órganos y autoridades del Estado.

Hay que destacar que el papel que le ha tocado cumplir a la Justicia Constitucional desde sus comienzos ha sido de gran significación en la consolidación del Estado Constitucional de Derecho que se han dado las naciones democráticas.

Hoy, para los jueces, ya sea que tengan un control concentrado o difuso, la Constitución es, indiscutiblemente, una norma decisoria litis.

A lo largo de todo el proceso de configuración de los distintos sistemas de Justicia Constitucional, y muy específicamente los relativos a la creación de Tribunales Constitucionales como órganos encargados de asumir el control de la actividad normativa del Legislativo, se aprecia un hilo conductor que es la aparición de estos órganos en países que están en proceso de creación de un orden constitucional nuevo, que se percibe amenazado por resistencia en contra y necesita afianzarse.

Los Tribunales Constitucionales se establecen en estas situaciones como fórmulas de defensa de ese orden recién nacido que es necesario preservar y garantizar. De hecho, la evidente expansión de estos órganos no puede ocultar la circunstancia de que nunca se han articulado en Estados que no hayan visto seriamente amenazado su orden constitucional y, en cambio, sí se han percibido como una necesidad imperiosa en aquellas situaciones en que ha habido que construir el Estado democrático en un contexto conflictivo.

III. El conflicto constitucional y sus formas de solución

1. Concepto y elementos

El conflicto constitucional se produce cuando una persona o un órgano público, con su acción u omisión, genera como resultado la infracción valórica, formal o sustancial de preceptos o principios contenidos en la Constitución Política.

Siendo así, la existencia del conflicto constitucional implica el quebrantamiento de la Constitución, y su presencia en el mundo jurídico exige accionar los mecanismos previstos por el sistema para restablecer su plena eficacia.

Por lo tanto, resulta hoy indudable que la sentencia dictada en un proceso jurisdiccional es el medio más eficaz con que cuenta el mundo civilizado para resolver los conflictos de esta clase y restablecer, como efecto derivado, la vigencia plena de la Constitución Política.

Mirjan R. Damaska, en su obra *Las caras de la Justicia y el poder del Estado,* muestra los vínculos que existen entre los sistema de administración de justicia y la institución política por excelencia que es el Estado. En palabras del propio Damaska, "lejos de ser la rama del Estado menos peligrosa, la judicial es —quizás con alguna exageración— la única rama del Estado".

Cabe también destacar, en este orden de ideas, que Zagrebelsky entiende que la Justicia Constitucional se encuentra institucionalizada para decidir aquellos casos controvertidos que surgen de su aplicación. En otros términos: para decidir los conflictos constitucionales. Agrega que el Derecho Procesal Constitucional es la suma de los elementos procesales y constitucionales. No existe un *pruis* ni un *posterius*, sino una recíproca implicación.

Rubén Hernández Valle, en su obra *Derecho Procesal Constitucional*, señala que éste estudia los instrumentos de la jurisdicción constitucional, es decir, la magistratura y los procesos constitucionales destinados a solucionar los conflictos constitucionales.

Reitero que fue Kelsen quien primero postuló su solución a través de tribunales establecidos fuera del sistema común. Con ello, afirma, "se garantiza jurisdiccionalmente la eficacia de la norma suprema".

Es por este motivo que en el mundo contemporáneo los conflictos constitucionales, primordialmente los que se generan cuando las partes involucradas son los poderes públicos, deben ser conocidos por un tribunal con competencia especial y exclusiva para resolverlos, que los países civilizados tienen la tarea de establecer. No importa su nombre; lo que importa es que sea independiente, esté dotado de jurisdicción suficiente para imponer sus decisiones a los poderes públicos en conflictos y cumpla su misión de garantizar la eficacia de la Constitución.

En torno a esta premisa, Cappelletti concluye que con el control jurisdiccional de los actos que atenten contra la constitucionalidad se ha consagrado un sistema "de pesos y contrapesos imprescindibles para vencer las tentaciones tanto de un autoritarismo del Ejecutivo cuanto de la ineficacia verbalista de los regímenes asamblearios o partitocráticos".

Por su parte, el profesor Eduardo Aldunate afirma: "Si hoy se concibe la jurisdicción como facultad a ser ejercida para el cumplimiento de la función jurisdiccional, y por ello tiene por objeto agotar el componente jurídico de los conflictos, cabe preguntarse cuál es el específico conflicto que habrá de manejar la jurisdicción constitucional". Básicamente podría responderse que éste se refiere a las pretensiones encontradas de los sujetos políticos sobre la aplicación de la Carta Fundamental. No hay un conflicto de fondo cuya aplicación pase por la aplicación de las normas, sino que, dentro de un sistema constitucional, el conflicto mismo (político, en su caso) se subsume en la pretensión de aplicación de la norma constitucional, en el específico sentido sustentado por quien reclama. Parecería que la especialidad de la función jurídico-constitucional y de su concreción como facultad (la respectiva jurisdicción) va a radicarse en otras características, a saber: la norma a operar, la finalidad de la operación y el producto de la misma".

Volviendo al centro del tema de esta exposición, puede decirse que todo conflicto tiene su origen en la acción u omisión de un sujeto que produce como resultado una infracción al ordenamiento jurídico y, cuando la norma violada es un precepto constitucional, surge el conflicto constitucional, más relevante por su peligrosidad y conflagración, ya que siempre pone en peligro la estabilidad institucional o la protección de las garantías de las personas.

Como conclusión puede decirse que el país que quiere una Constitución que se respete debe contar con una Justicia Constitucional que la ampare cuando es quebrantada.

2. Análisis de una clasificación de los conflictos constitucionales

Precisado lo anterior, debemos señalar que pueden producirse conflictos constitucionales en los siguientes ámbitos.

A. Entre los poderes públicos

Ello ocurrirá cuando, en uso de su potestad pública, un poder invada atribuciones de otro. Por ejemplo, la ley decide materias que son propias de la Constitución; el Ejecutivo dicta reglamentos en materias de reserva legal o cualquiera de ellos ejerza jurisdicción. Las Constituciones, entre ellas la chilena en sus artículos 6º y 7º, consagran plenamente el llamado *principio de legalidad*, que más bien debería llamarse *de constitucionalidad*, que señala que cada poder público debe actuar estrictamente en su órbita de atribuciones.

También se genera este conflicto cuando la autoridad infringe con sus actos la preceptiva constitucional.

Éstos son los conflictos más difíciles de decidir, por lo cual, históricamente, se han definido por mecanismos autotuteladores —guerra civil, golpe de Estado—. Ello ha sido así como una natural consecuencia de la consagración por las Constituciones

políticas del principio clásico de separación de funciones y poderes públicos, que impedía a los tribunales ordinarios inmiscuirse en el conocimiento de conflictos derivados de actos de poder. Todo el contencioso administrativo y la declaración de inconstitucionalidad de las leyes por motivos de forma o fondo se ubican en esta área de conflictos.

Hoy, los Tribunales Constitucionales emergen como los órganos idóneos y racionales para decidirlos, toda vez que, al estar fuera de los poderes públicos, sus decisiones no rompen el equilibrio que la Constitución establece en el ámbito de las funciones de cada poder.

Actualmente, en Europa continental y en América, donde se han establecido Tribunales Constitucionales, puede decirse que la Justicia Constitucional funciona garantizando el imperio de la Constitución a través de la solución, por medio del proceso, de los conflictos constitucionales entre poderes públicos.

B. Conflictos entre el Estado y los particulares

Ellos se producirán cuando el Estado, al usar su autoridad, violente cualquiera de los derechos que a los habitantes de la nación les asegura la Carta Fundamental, o cuando éstos alteren con sus actos la estructura o estabilidad del Estado.

Según el sistema de cada país, en algunos casos la solución será de competencia del Tribunal Constitucional; en otros, de las Salas Constitucionales de la Corte Suprema, y también puede otorgársele a otros tribunales.

C. Conflictos entre particulares

Se producen cuando un sujeto, con su acción u omisión, violenta las garantías constitucionales de otro. Puede decirse que en general tales conductas están sancionadas como delitos y para conocer de ellos tienen competencia los tribunales comunes.

Si la violación constitucional no está tipificada como delito, existen mecanismos residuales de protección que se denominan, en general, *amparos constitucionales*.

Sobre el conflicto constitucional que estoy presentando y tratando de explicar, pueden efectuarse algunas precisiones, a saber:

a. Su existencia es un hecho demostrado históricamente; los hay en el presente y se producirán en el futuro.
b. El empleo de la violencia en su solución hace difícil, por no decir imposible, la convivencia normal y racional entre las personas y los propios Estados. La guerra, ejemplo típico de solución violenta, ha hecho desaparecer países completos.

El uso de la autotutela en la solución de conflictos es la negación misma del Estado de Derecho y tiene consecuencias catastróficas cuando decide conflictos constitucionales.

c. Los Estados y las personas que pueden verse involucrados en estos conflictos deberán tratar de prevenirlos y, una vez que se han producido, lograr su posterior solución por dos órdenes de razones, a saber: por motivos morales o de formación ética o jurídica, o por el temor a la fuerza del adversario.
En consecuencia, para lograr su propia subsistencia, los Estados tienen necesidad de buscar medios que prevengan los conflictos y, si no es posible evitar que se produzcan, solucionarlos a través de un proceso racional y debido que reemplace la violencia.
d. Históricamente, la autotutela de los intereses sólo ha servido para multiplicar los conflictos en vez de solucionarlos con efectos permanentes.
e. Son muchas las personas en nuestro mundo interesadas en buscar un camino pacífico de convivencia. Ello ha generado un interés colectivo en regular la vida en sociedad, lo que viene a constituir la causa directa de la normativa jurídica a través de la Constitución Política y sus mecanismos de eficacia.
f. La Constitución, al privar a las personas del uso de la acción directa autotuteladora, deberá asegurarles la eficacia de la acción procesal, para obtener a través de su impulso la apertura de un proceso en el cual se resuelva su conflicto.

3. Principales características del conflicto constitucional

El conflicto constitucional tiene las siguientes características:

a. El conflicto constitucional es un conflicto nacional que hoy tiene una solución pacífica, que es resuelto por un tercero, el juez, y que puede surgir, como se dijo, entre particulares y el Estado o entre poderes públicos del propio Estado.
b. El conflicto constitucional presupone la existencia de un ordenamiento jurídico contemplado en lo esencial por la Constitución Política, sin el cual no puede haber un conflicto susceptible de ser resuelto jurisdiccionalmente.

Con ello, al ejercer su jurisdicción en uno y otro caso, se garantiza la eficacia del principio de la supremacía constitucional.

c. Puede ser objeto de este conflicto toda violación constitucional susceptible de protección jurisdiccional. Ello incluye al propio Estado, a las personas de derecho público que lo representan, a las personas en general y a las cosas. En este caso, su objeto es determinar si un acto de la autoridad —llámese ley, decreto o sentencia— se ajusta a la Constitución. A este respecto resulta trascendente la facultad que la jurisdicción otorga a los Tribunales Constitucionales para aplicar e interpretar la Constitución, según cuál sea la competencia que use.

Entre estos conflictos se destaca el que se produce entre la Constitución y la ley, cuando al aprobarla el Parlamento infringe en su forma o en su fondo la Constitución. La competencia que se entrega al tribunal para decidirlo dependerá de cada sistema

constitucional. Recordando nuevamente a Kelsen, puede decirse: "la legislación está absolutamente subordinada a la Constitución, como la justicia y la administración lo están a la legislación".

En Chile, siguiendo el modelo francés, la propia Constitución previene los conflictos que podrían presentarse cuando el contenido de una ley orgánica sobrepase el mandato constitucional. En este sentido, ha otorgado competencia preventiva para controlar su constitucionalidad al Tribunal Constitucional, el que puede declararla total o parcialmente inconstitucional, haciéndole perder su eficacia cuando la sentencia declare que contempla preceptos contrarios a la Constitución Política.

d. Los Tribunales Constitucionales deben contar con jurisdicción suficiente para resolver los conflictos propiamente contenciosos e intervenir, a través de la denominada *jurisdicción de certeza*, en el control preventivo de las leyes.

En definitiva, los tribunales pueden resolver estos conflictos sólo cuando la propia Constitución les otorgue competencia.

e. En general, la jurisdicción de los tribunales comunes de países que adoptan el sistema concentrado de control jurisdiccional no alcanza a la posibilidad de solucionar el conflicto constitucional, salvo en aquellos casos en que la propia Constitución lo estipule, como ocurre en Chile, con el reclamo de nacionalidad y con las acciones de amparo —hábeas corpus—, protección de garantías constitucionales e inaplicabilidad de la ley vigente por inconstitucionalidad.
f. El conflicto constitucional puede llegar a conocimiento de los Tribunales Constitucionales por acción de parte legitimada o por control obligatorio de constitucionalidad, como ocurre con las leyes orgánicas constitucionales, en Francia y en Chile.

4. Formas de solución del conflicto constitucional

El Derecho Procesal Constitucional reconoce tres formas de solución de conflictos, a saber: la autotutela, la autocomposición y el proceso. De ellas pueden derivar subclasificaciones, combinaciones y matices. En este trabajo sólo consideraremos sus formas de solución.

El conflicto, y especialmente el constitucional, impide, o al menos dificulta, la convivencia social, motivo por el cual resulta importante, en esta oportunidad, establecer cuáles son sus formas de solución y exponer los efectos que el uso de cada una de ellas produce en el ámbito jurídico.

La doctrina especializada recomienda el uso del proceso como forma de solución del conflicto constitucional. Excepcionalmente el propio sistema puede contemplar mecanismos autocompositivos y debe rechazar enfáticamente el uso de la autotutela.

Para una mejor comprensión de esta parte del trabajo me referiré muy brevemente a las formas de solución de conflictos.

A. Mecanismos de solución de conflictos

a. La autotutela

Es la solución del conflicto por la acción directa de uno de los sujetos involucrados en él. Etimológicamente significa 'defenderse o cuidarse a sí mismo'. Representa la forma más primitiva y arbitraria de solución.

Se denomina también *autodefensa* y, en virtud de ella, cualquiera de los sujetos involucrados en el conflicto acciona para resolverlo por mano propia. Es una forma primitiva, y las más de las veces injusta, de poner término a un conflicto.

Couture, en un acertado concepto, la define como "la reacción directa y personal de quien se hace justicia con manos propias". Representa el imperio de la "ley del más fuerte", en que resulta triunfador no siempre quien tiene efectivamente la razón, sino quien cuenta con los medios coercitivos para imponer su decisión.

La guerra representa el caso más típico de autotutela en la solución de los conflictos internacionales.

b. La autocomposición

Es una forma de solución de conflictos que opera cuando las partes le ponen fin directamente, mediante un acuerdo de voluntades que lo extingue.

Presupone la existencia de un conflicto y su posterior solución por una acción voluntaria de las partes comprometidas.

En el mundo jurídico, si no hay conflictos, la voluntad de las partes se desarrolla en forma natural en el ámbito de las convenciones reguladas por el derecho. Esto es lo que diferencia la convención y los actos jurídicos en general, de la autocomposición, que opera luego del conflicto.

Por la propia naturaleza del conflicto constitucional, no se emplea la autocomposición en su solución, salvo excepciones muy calificadas.

c. El proceso

Se define generalmente como un conjunto de actos procesales unidos por la relación procesal, los cuales, normados por un procedimiento, tienen por objeto la solución de un conflicto de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada.

El proceso es una relación jurídico-procesal compleja que, limitando en su competencia específica, sirve para que las partes y el Tribunal puedan realizar los actos procesales que lo integran.

Es un instrumento de la Justicia Constitucional al que me referiré más adelante, por cuanto forma parte del Derecho Procesal Constitucional funcional.

IV. El Derecho Procesal Constitucional orgánico

Comprende el análisis de la jurisdicción referida a la solución de los conflictos constitucionales; la organización y competencia de los Tribunales Constitucionales, las bases que los sustentan y el estatuto de sus jueces.

1. La jurisdicción constitucional

Es la ampliación del ámbito de la jurisdicción, de manera de incluir en ella la potestad necesaria para la decisión del conflicto constitucional.

La jurisdicción se define como el poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir.

La jurisdicción se extiende a la solución de los conflictos que la Constitución, los tratados o la ley ponen en la esfera de atribuciones de los Tribunales Constitucionales o, por excepción, de los tribunales ordinarios, cuando les atribuye expresamente la facultad de decidirlos, toda vez que sin disposición que así lo señale carecen de competencia.

Favoreu expresa: "Un Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos".

Recuerdo que en Chile, la propia Constitución, previniendo los conflictos que pudiesen presentarse cuando el contenido de una ley orgánica sobrepase el mandato constitucional, ha otorgado competencia preventiva al Tribunal Constitucional para controlar su constitucionalidad (véase III, 3, C, *supra*).

El derecho fundamental a la integridad y primacía de la Constitución y las normas que articulan la jurisdicción constitucional deben interpretarse de manera que potencien al máximo la defensa y cumplimiento de la Constitución. Basta observar que la jurisdicción constitucional tiene una significación esencial para el perfeccionamiento y la vigencia del Estado constitucional de derecho, la división y equilibrio de las ramas del poder público, la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, la división vertical del poder del Estado y el respeto de los derechos fundamentales.

También debe tenerse en cuenta que su competencia permite a los Tribunales Constitucionales desempeñar una función esencial de adaptación de la Constitución y de los textos constitucionales a la realidad nacional, en los casos en que la rigidez de éstos provoque problemas de aplicación de sus normas o de alteración de las garantías en su esencia.

Para cumplir su alta misión, los Tribunales Constitucionales deben contar con jurisdicción suficiente para resolver los conflictos propiamente contenciosos y para intervenir, a través de la *jurisdicción de certeza*, en el control preventivo de las leyes. Con ello, al ejercer su jurisdicción en uno y otro caso garantizan el principio de la supremacía constitucional y logran dar eficacia real a los derechos personales.

La jurisdicción constitucional se presenta así como la garantía básica del Estado constitucional de derecho. El poder público en todas sus manifestaciones —Estado legislador, Estado administrador y Estado juez— debe someter su quehacer a la Constitución. La jurisdicción constitucional asegura que, efectivamente, todos los poderes públicos sujeten sus actos (aquí quedan comprendidos, entre otros, las leyes, las sentencias y los actos administrativos) a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales sea el correcto y legítimo ejercicio de una función constitucional.

En efecto, el tipo normal y habitual de control jurisdiccional de la constitucionalidad existe en todos los regímenes que establecen el principio de supremacía de la Constitución, al que deben conformarse los actos de todos los órganos del Estado y la actividad de los particulares.

Constituciones modernas como las de Italia, Austria, Alemania, Francia, España, Bélgica y Portugal contemplan Cortes Constitucionales como los tribunales idóneos para decidir conflictos constitucionales, a los que otorgan una amplia y suficiente jurisdicción.

En Chile, la Constitución de 1980 restablece al Tribunal Constitucional de 1970, ampliándole el ámbito de la jurisdicción para la solución de los conflictos constitucionales contemplados por su artículo 82. De este modo, ellos serán resueltos a través de un debido proceso, lo que indudablemente significa un gran progreso frente al órgano diseñado previamente, menos completo e insuficiente para el mantenimiento del orden público y la consagración del principio de la supremacía constitucional.

El establecimiento de una Justicia Constitucional se traduce en borrar la sombra siniestra de la autotutela en la solución de los conflictos sometidos al proceso jurisdiccional, la que, de no existir dicho mecanismo, estaría siempre al acecho.

Desde el punto de vista del Derecho Procesal Constitucional, la creación de Tribunales Constitucionales amplía la esfera de la jurisdicción y sus funciones, para incluir en ella la solución de conflictos constitucionales, especialmente los generados por el uso de las funciones legislativa y ejecutiva por los órganos competentes. La primera es la que el juez de la Corte Suprema de Estados Unidos Stephen Breyer denomina *revisión judicial independiente*, expresión que usa para referirse a la autoridad que es dada a los jueces para invalidar leyes sobre la base de que ellas violan disposiciones de una Constitución escrita.

La conversión de la Constitución en una verdadera norma jurídica vinculante para todos los poderes públicos, entre ellos el juez, ha revolucionado y cambiado definitivamente el papel de la Justicia Constitucional, toda vez que ha generado un

vaso comunicante entre los Tribunales Constitucionales y los establecidos por el resto del sistema. Un buen ejemplo de ello es el caso italiano, en que cualquier tribunal puede suspender el conocimiento de un proceso a su cargo si surge en él una cuestión de constitucionalidad, cuya decisión somete a la consideración de la Corte Constitucional.

Se ha dicho que, cuando un Tribunal Constitucional en uso de su jurisdicción declara nula una ley por vicios de inconstitucionalidad, no es sino el portavoz, el instrumento de la Constitución, destinado a protegerla. Es su guardián.

Hoy la doctrina especializada, a partir de Cappelletti, postula que hay consenso en que la función que desarrollan los Tribunales Constitucionales es netamente jurisdiccional. Este planteamiento tiene importancia por cuanto, si se considera que la actuación del Tribunal es propia de un legislador, sus decisiones no vinculan a los jueces, cuya libertad para interpretar la ley se mantiene inalterable. Sólo produce efecto su decisión cuando la ley cuestionada es declarada inconstitucional.

Reitero que en Estados Unidos el control difuso significa que todos los jueces deben aplicar la Constitución por sobre la ley; por lo tanto, en ese modelo no se cuestiona la jurisdicción de los tribunales comunes para conocer de materias constitucionales, pero el asunto resulta importante en los países que tienen control concentrado de constitucionalidad.

Sagües, en su obra *Derecho Procesal Constitucional*, se refiere extensamente al concepto de *jurisdicción*, que proclama como "decisivo" para el Derecho Procesal, y agrega que puede considerarse en sentido amplio o restrictivo, en sentido material y dentro de lo que denomina *doctrina orgánica*. En el primer caso, dice que puede hablarse de jurisdicción judicial, ejecutiva, parlamentaria, militar, y agrega el poder de los jurados.

La postura restrictiva describe un solo tipo de jurisdicción, la judicial, y recuerda el concepto que da Alfredo Di Iorio, quien entiende la jurisdicción "como un poder-deber del Estado, programado para resolver conflictos a través de órganos independientes, mediante la aplicación de una norma general al caso concreto y de las reglas constitucionales pertinentes, decisión que deberá poseer efecto de cosa juzgada material".

Agrega que la doctrina entiende la jurisdicción constitucional, en sentido material, como la actividad estatal encargada de decidir en las cuestiones de materia constitucional, y viene a ser la tutela jurisdiccional destinada a corregir actos inconstitucionales de los órganos del Estado, lo que incluye el control de constitucionalidad de las leyes y otras normas, la solución de los conflictos de competencia y la defensa de los derechos públicos subjetivos constitucionales de los habitantes.

Finalmente, la doctrina orgánica considera que una auténtica jurisdicción constitucional sólo se presenta cuando el conocimiento de las pretensiones fundadas en normas de Derecho Constitucional se atribuyen a órganos jurisdiccionales independientes de la común organización judicial.

Concuerdo con Sagües en que la jurisdicción constitucional no se define por el órgano que la cumplimenta, sino por la materia sobre la cual versa. En otros términos, ella existe con o sin órgano especializado.

Además, como apunta Biscaretti, aun cuando se programe un Tribunal Constitucional "único", algunas funciones jurisdiccionales materialmente constitucionales siguen confiadas a otros órganos del Estado, entre los cuales figuran los tribunales comunes, el Parlamento y órganos administrativos. Éste es, precisamente, el caso del sistema chileno, en que hay un sistema compartido de jurisdicción constitucional.

En cambio, discrepo en cuanto concluye que una versión amplia del vocablo *jurisdicción* se impone, no tanto por sus méritos, sino porque refleja una realidad inocultable.

En mi opinión, enfocado el tema desde el punto de vista del conflicto, debe llegarse necesariamente a concluir que, siendo el proceso jurisdiccional una forma de solución prevista por la Constitución para resolverlo, la función que desarrolla el juez constitucional, quienquiera que éste sea, es necesariamente jurisdiccional, ya que, de lo contrario, no podría decidir con efecto de cosa juzgada.

En torno a este interesante tema, el profesor Lautaro Ríos Álvarez sostiene, con mucha razón, que la jurisdicción constitucional es la potestad decisoria atribuida por la Constitución a uno o más órganos jurisdiccionales, con la precisa misión de resguardar y hacer prevalecer el principio de supremacía de la Constitución en todas o en algunas de sus manifestaciones.

La mayor parte de los tratadistas concuerdan con dicha posición. La idea central que sostienen es que estos órganos siempre resuelven conflictos constitucionales en el marco del ejercicio de una función jurisdiccional. Podemos citar, entre muchos otros, a Favoreu, Cappelletti, Brewer-Carías, Rodolfo Piza, Francisco Rubio Llorente, José Luis Cea, Gastón Gómez Bernales, Francisco Cumplido, Mario Verdugo, Raúl Bertelsen, Humberto Nogueira Alcalá y Teodoro Ribera Neumann.

Cabe concluir, entonces, que la función que desempeñan los Tribunales Constitucionales al resolver conflictos constitucionales es jurisdiccional.

Por lo tanto, planteo como tesis, que la función que ejercen los Tribunales Constitucionales al resolver las materias de su competencia es jurisdiccional. Las teorías del poder neutro y del legislador negativo resultan interesantes e ingeniosas para explicar las atribuciones del tribunal, pero, como ya lo he expresado en mi obra sobre la jurisdicción, cada vez que un tribunal resuelve un conflicto con efecto de cosa juzgada, está ejerciendo jurisdicción.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional, que está fuera de la organización común, tiene una jurisdicción que la Constitución le otorga y que marca la diferencia fundamental entre éste y un Tribunal Supremo: mientras el primero se sitúa necesariamente —y de ahí su nombre— en la cúspide de un edificio jurisdiccional, el segundo se halla fuera de todo aparato jurisdiccional.

Como subraya V. Crisafulli a propósito del Tribunal italiano, éste "no sólo no se incluye en el orden judicial, sino que ni siquiera pertenece a la organización jurisdiccional en el sentido más amplio del término. El Tribunal Constitucional se mantiene ajeno a los poderes estatales conocidos tradicionalmente. Forma un poder independiente cuyo papel consiste en asegurar el respeto a la Constitución en todos los ámbitos". Lo anterior es válido para todos los sistemas estudiados, pues, como también lo ha señalado Kelsen, el órgano encargado de hacer respetar la Constitución no puede asimilarse a uno de los poderes que controla.

En efecto, partiendo de la teoría del conflicto de intereses de relevancia jurídica y de sus formas de solución, corresponde siempre a la Constitución Política determinar cuáles de ellos quedarán sometidos al imperio de la jurisdicción.

El órgano encargado de efectuar el control debe estar dotado de facultades decisorias. Ello significa que las resoluciones o sentencias del órgano contralor producen efectos jurídicos vinculantes para los afectados, los que no pueden actuar al margen de lo decidido por el órgano que realiza el control. Es la concreción de la facultad de las personas afectadas o interesadas de impugnar por sí mismas el precepto o acto inconstitucional.

Sin embargo, y a pesar de la afirmación de su naturaleza jurisdiccional, no es posible negar la existencia de un elemento indubitadamente político en la función del Tribunal Constitucional; pero este elemento no deriva, como se afirma en ocasiones, de la naturaleza de los órganos que designan a los miembros del Tribunal Constitucional, sino que es un elemento conscientemente vinculado al concepto de Justicia Constitucional que deriva del significado de la función que asume el Tribunal. En efecto, la función del Tribunal Constitucional es la defensa del orden constitucional concreto, especifico, que es el articulado en una Constitución también determinada, que en cada caso es la vigente y se llama, precisamente, Constitución Política.

Ahora bien, la Constitución es una norma jurídica con un significado político incuestionable, el cual refleja los principios y valores constitucionales que en ese texto han expresado unas fuerzas políticas concretas que son las que, vinculadas al pueblo, han integrado el Poder Constituyente en un momento histórico concreto y han hecho materialmente la Constitución. En definitiva, la Constitución es un acto normativo cuyo carácter político es especialmente pronunciado. De allí la inexcusable conexión de todo Tribunal Constitucional con esos principios y valores constitucionales específicos cuya primacía debe organizar, ya que en caso contrario su función no tendría sentido. No obstante, todo ello en nada altera la jurisdicción que ejerce.

Este ingrediente de la jurisdicción constitucional lo confirma González Pérez al señalar que ella tiene matices políticos, pese a que siempre asume una problemática jurídica, y por eso es saludable confiarla a un órgano especial. Concluye que la jurisdicción constitucional se perfila como el primero y más importante de los requisitos procesales para conocer en los procesos constitucionales.

A estas alturas, y al término de esta parte del trabajo, concuerdo plenamente con mi estimado amigo Humberto Nogueira, en cuanto a que la jurisdicción constitucional es una de las expresiones de la defensa de la Constitución de tipo institucionalizada y jurídica, que constituye una limitación del poder político con carácter objetivo y de control generalmente solicitado, y que, por tratarse de un control jurídico, es siempre un control interórganos que hace efectiva la supralegalidad como garantía de la supremacía constitucional.

Que el orden sea objetivo significa que existe un orden normativo preexistente, que la valoración del objeto sometido a control está basada en razones jurídicas y que el órgano es independiente, imparcial y calificado.

Que el control sea necesario implica que el órgano controlante debe ejercer el control cuando le sea solicitado, y si del resultado del control resulta la infracción, el órgano que desarrolla el control debe emitir en su fallo la sanción, sea la anulación o la aplicación de la norma o acto controlado, según sea el caso.

Los órganos que ejercen el control jurídico son órganos verificadores de limitaciones preestablecidas, órganos que, como señala Manuel Aragón, "no mandan, sino que sólo frenan". Ello debe ser atemperado en el caso de declaración de inconstitucionalidad por omisión, cuando el Tribunal ordena dar cumplimiento a la norma constitucional.

Así, la jurisdicción constitucional se presenta como el gran primer tema que incluye el Derecho Procesal orgánico para poder cumplir la función que le está reservada.

2. El Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional es el órgano al que la Constitución y sus leyes complementarias otorgan jurisdicción y competencia para resolver los conflictos constitucionales. Debe ser independiente y autónomo.

Hoy no es posible concebir un sistema constitucional eficiente sin un Tribunal Constitucional que proteja la Constitución.

Resulta indudable que el tribunal Constitucional es una materia propia del Derecho Procesal Constitucional.

El sistema procesal orgánico ofrece las alternativas de establecer un Tribunal Constitucional, la Corte Suprema o un sistema de control compartido de constitucionalidad. En el desarrollo de este trabajo ya se han expresado ideas en relación con este punto.

A propósito de su competencia, en la sección V se expresarán sus principales características, que en síntesis son: que debe ser creado por la Constitución, que debe ser absolutamente independiente y no pertenecer a ninguno de los poderes públicos tradicionales, que sus jueces deben ser cuidadosamente escogidos y que sus sentencias producirán el efecto de cosa juzgada.

Este Tribunal, como sostiene García Pelayo, es un regulador de la constitucionalidad de la acción estatal, destinado a dar plena existencia al Estado de derecho y a asegurar la vigencia de la distribución de poderes establecida por la Constitución, ambos componentes inexcusables, en nuestro tiempo, del verdadero *Estado constitucional*.

Para que el mecanismo de control de constitucionalidad opere plenamente, el órgano controlador debe ser distinto del ente que decide los actos sometidos a revisión.

La autonomía del órgano se transforma en un principio informador básico de la justicia constitucional. Vanossi, en su obra *Introducción a los sistemas de control de la constitucionalidad*, afirma que, si hay subordinación, es absolutamente ingenuo pensar que estando sujeto el controlante al controlado pueda ejercer uno sobre otro función de control. Como dijo Loewenstein, "los conejos no son, generalmente, los guardianes más seguros del jardín".

Finalmente, debemos expresar que, por su propia naturaleza, estos Tribunales deben estar fuera del Poder Judicial y con competencia absolutamente diferenciada, para evitar eventuales conflictos de poderes entre ambos sistemas, teniendo siempre en cuenta, como lo sostiene la doctrina, que el Tribunal Constitucional especializado es el intérprete natural y final de la Constitución.

Por último, cabe manifestar y referirse en esta parte a su legitimidad como órganos democráticos, por cuanto, a pesar de que sus jueces no son elegidos por el pueblo, pueden dejar sin efecto leyes aprobadas por sus representantes.

Estimo que esta crítica queda absolutamente superada con lo expresado por Pedro Cruz Villalón en su trabajo "Legitimidade de Justiça Constitucional e princípio da maioria", presentado en el Coloquio del 10º Aniversario del Tribunal Constitucional de Portugal, donde postula que hay una legitimidad objetiva, una de origen y, finalmente, una legitimidad de ejercicio.

> La legitimidad de los Tribunales Constitucionales es, ante todo, pura y simplemente la legitimidad de la propia Constitución. La segunda, es la legitimidad de la minoría frente a la de la mayoría, en cuanto la defensa de los derechos fundamentales que se garantiza a todos los ciudadanos con independencia de la voluntad mayoritaria. Finalmente, la Justicia Constitucional posee la legitimidad de la neutralidad y de la independencia, atributos con que cuentan los Tribunales Constitucionales.

Esta posición es resaltada por Stephen Breyer en el texto de la conferencia que dictó en memoria de L. A. Hart y que denominó "Revisión judicial: la perspectiva de un juez", de 1998, donde refuta las críticas a la falta de legitimación democrática a los jueces constitucionales.

La legitimidad de la Justicia Constitucional, en su esencia, fue compartida por los 17 participantes en el coloquio "Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional", realizado en Lisboa entre el 28 y el 29 de mayo de 1993, conclusiones que compartimos plenamente.

3. La competencia de los Tribunales Constitucionales

A. Concepto y límites

La competencia de un Tribunal Constitucional es la parte de la jurisdicción que se le otorga y que lo habilita para resolver conflictos constitucionales. La Constitución o sus leyes complementarias dan competencia a los Tribunales Constitucionales que existan en el sistema.

El constituyente debe fijar exactamente la esfera de atribuciones que constituyen la competencia del Tribunal y decidir, en el caso del conflicto de las leyes con la Constitución, a quién le corresponde calificar la inconstitucionalidad.

Podemos señalar algunas ideas de utilidad para fijar el límite de la competencia del Tribunal Constitucional.

1. El Tribunal tiene competencia para velar por el cumplimiento de las normas constitucionales sólo en aquellas materias en que expresamente la Constitución o la ley así lo determinen. Por lo tanto, limita su competencia a los actos del poder público que vulneran la supremacía constitucional sólo cuando la propia Constitución así lo indica. Carece de competencia general y residual.

2. Su competencia surge de comparar el acto realizado por la autoridad con las normas previstas por la Constitución Política. Para ello es necesario que un órgano constitucional ejecute un acto cuyo control quede sometido a su jurisdicción.

3. Su competencia limita en lo que se denomina el *mérito* del acto impugnado o controlado. En esta doctrina coinciden la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales de Francia, Alemania, Italia y España y las opiniones de distinguidos constitucionalistas.

El Tribunal no legisla, ni administra, ni califica la bondad de las disposiciones legales o administrativas; sólo debe resolver si se ajustan o no a los preceptos constitucionales. De una parte, debe velar por que la ley o el decreto no vulnere los límites constitucionales; de otra, no puede inmiscuirse en la esencia del ejercicio de las funciones públicas que corresponden al Congreso Nacional, al Presidente de la República o a los tribunales ordinarios de justicia.

En efecto, al resolver, dentro del concepto chiovendano, el Tribunal sustituye la voluntad de los sujetos involucrados en el conflicto resolviendo el asunto sometido a su jurisdicción, y al resolver hace prevalecer su voluntad por sobre la del órgano controlado.

En lo expresado se demuestra la necesidad de contar con reglas claras y precisas de competencia.

En el ejercicio de esta facultad, el legislador se encuentra sujeto al marco que fija la propia Carta Fundamental. El Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar por que la ley efectivamente no vulnere los límites constitucionales.

Tal esfera de autonomía comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan al legislador a adoptar una u otra fórmula norma-

tiva. Sólo cuando el legislador excede su ámbito de competencia, infringiendo los márgenes contemplados en la Carta Fundamental, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido.

El principio que se ha descrito constituye un criterio interpretativo adoptado explícitamente por los más importantes Tribunales Constitucionales del mundo.

En este orden de ideas, el Consejo Constitucional francés ha declarado su incompetencia para emitir pronunciamientos sobre cuestiones de mérito. En efecto, en ocasión de un requerimiento que impugnaba un proyecto de ley que creaba y aumentaba penas, el Consejo galo señaló: "[…] la Constitución no le confiere al Consejo Constitucional un poder general para juzgar y decidir idéntico a aquél del Parlamento. Sólo le entrega competencia para decidir si una ley sometida a su control es consistente o no con la Constitución".

En el caso jurisprudencial descrito, los requirentes fundamentaban la impugnación de la ley sobre penas en el artículo 8º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, según el cual "la ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias […]". En su resolución, el Consejo Constitucional francés afirmó: "Dentro de los márgenes de su misión, no le cabe al Consejo Constitucional reemplazar el juicio del Parlamento por el propio con respecto a la necesidad de las penas impuestas a los delitos […]".

El Tribunal Constitucional español, por su parte, ha señalado: "La Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales aquél puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad".

Explicando dicho espacio de libertad legislativa, el Tribunal hispano añadió: "Como ya dijimos en una de nuestras primeras sentencias (STC 11/1981.FJ7), 'la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo'. El legislador es libre, dentro de los límites que la Constitución establece, para elegir la regulación de tal o cual derecho o institución jurídica que considere más adecuada a sus preferencias políticas. Quien no puede dejarse llevar a este terreno es el Tribunal Constitucional".

En el caso de Italia, por último, el principio de la autonomía legislativa ha sido reconocido expresamente por la normativa que reglamenta las funciones del Tribunal Constitucional. En tal sentido, el artículo 28 de la ley 87 del 11 de marzo de 1953 veda al Tribunal "cualquier valoración de naturaleza política y cualquier control sobre el uso del poder discrecional del Parlamento".

B. Clasificaciones de la competencia jurisdiccional constitucional

1. Atendiendo al tribunal competente para resolver conflictos constitucionales, se clasifica en:

   a. Competencia constitucional en el sistema difuso. Todos los tribunales tienen competencia constitucional.

b. En el sistema concentrado, puede tenerla monopólicamente un Tribunal Constitucional o una Sala Constitucional de la Corte Suprema o su Pleno, o establecerse un control compartido de constitucionalidad.

2. Atendiendo a la materia:

Se clasifica la competencia en materias esenciales y no esenciales.

Tanto Eisenmann como Kelsen y Favoreu establecen que la razón de ser de la justicia constitucional radica en la confrontación de los actos del legislador con la Constitución, lo que consideran su competencia esencial, que no puede faltar. Sin ella, el Tribunal no tiene el carácter de constitucional.

Sin el control de constitucionalidad de las leyes, no se justifica la existencia de un Tribunal Constitucional. El Parlamento debe respetar la Constitución en su forma y fondo, y si la violenta, sus decisiones deben ser declaradas inconstitucionales, con lo cual pierden su mérito público.

A dicha competencia se le pueden agregar otros asuntos contenciosos constitucionales que, por tal motivo, se denominan *no esenciales*.

3. Atendiendo al momento del control, la competencia se clasifica en a priori y en a posteriori o represiva.

Control a priori es el que ejercen los Tribunales Constitucionales antes de que la norma se perfeccione o entre en vigencia.

Se ha sostenido que el control preventivo, que tiene su origen en el sistema francés, no es jurisdiccional, puesto que el conflicto no se ha producido. No obstante, como he sostenido en trabajos anteriores, estamos en presencia de la jurisdicción de certeza, destinada a precaver un conflicto real, lo que constituye motivo suficiente para que los Tribunales Constitucionales, actuando dentro de su competencia, puedan confrontar proyectos de ley con la Constitución, y si observan vicios de inconstitucionalidad, decidir el conflicto entre la Constitución y el proyecto, sentenciando que las normas cuestionadas deben ser eliminadas.

Por lo tanto, la competencia preventiva, en mi opinión, es netamente jurisdiccional.

El control a priori resulta también relevante cuando se trata de pronunciarse sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales, lo que es bastante frecuente en el derecho comparado, sin ser generalmente criticado por la doctrina, ya que el carácter “contractual” de los tratados justifica el control a priori, el cual plantea menos problemas, desde el punto de vista de las relaciones internacionales, que el control a posteriori.

Control a posteriori es un contencioso objetivo que se genera una vez dictada la ley o el acto administrativo cuestionado de inconstitucionalidad. En el derecho comparado es la facultad típica de la Corte Suprema norteamericana y de los Tribunales Constitucionales en Europa y América Latina.

4. Competencia en función de causales. Se clasifica en competencia para declarar la inconstitucionalidad por vicios de forma o de fondo.

Son causales de forma las que se refieren al proceso de la formación del acto controlado, ya sea éste una ley, un tratado o un decreto. Su constitucionalidad o inconstitucionalidad surgirá de comparar las reglas que regulan los trámites de formación de la ley o el decreto con la Constitución.

Son causales de fondo las que surgen de comparar el contenido de la ley u otro acto con las normas constitucionales.

5. Atendiendo a la función que cumple y a la oportunidad en que el Tribunal decide, se clasifica la competencia en preventiva y contenciosa constitucional.

Competencia preventiva, asimilada a la competencia a priori, es aquella que corresponde ejercer al Tribunal Constitucional de oficio, por mandato constitucional y sin que medie acción que la impulse, antes de que se perfeccione el acto controlado.

El problema que se presenta en esta área de competencia es determinar quién califica si la materia de la ley aprobada por el Congreso es sujeto de control o no. Si se consulta parcialmente la ley, puede el Tribunal pronunciarse sobre disposiciones que, estando en la ley, no han sido consultadas; y en caso de que no se consulte, si el Tribunal puede actuar de oficio.

4. Características de la competencia de los Tribunales Constitucionales

La competencia de los Tribunales Constitucionales tiene, como se dijo, un elemento esencial: el control de la constitucionalidad de las leyes. Favoreu señala: "No hay Justicia Constitucional y, por lo tanto, no hay Tribunal Constitucional sin la atribución central que es el control de constitucionalidad de las leyes, es decir, la sumisión de la voluntad del Parlamento al respeto de la regla de derecho, ya se trate de una regla formal o de fondo".

Como características de la competencia jurisdiccional de los Tribunales Constitucionales pueden precisarse las siguientes:

a. Es de origen constitucional; por lo tanto, no puede ser alterada por la ley.
b. Es restringida y sólo se refiere a las materias relativas a los conflictos tipificados por la Constitución Política de cada país y sus leyes complementarias.
c. Es privativa del Tribunal o los Tribunales Constitucionales, órganos del Estado autónomos e independientes de toda otra autoridad o poder en el ejercicio de su competencia, y como tal es improrrogable e indelegable.
d. Es de ejercicio forzado o eventual, según la materia de que se trate. En el caso de Chile, el artículo 3º de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional dispone: "El Tribunal sólo podrá ejercer su jurisdicción a requerimiento de los órganos constitucionales interesados o de las personas que intenten la acción pública, en los términos señalados en el artículo 82 de la Constitución Política".
e. Se rige por el principio de la especialidad y, en el caso de amparos, por las normas que la establecen que están contenidas en la Constitución Política y sus leyes complementarias.

En subsidio, y a falta de normas especiales, a la competencia del Tribunal se le aplican los principios generales contenidos en la legislación común.

f. Su competencia se rige por la regla de la inexcusabilidad, contemplada en Chile por el artículo 73 de la Constitución Política y reiterada por el inciso segundo del artículo 3º de su Ley Orgánica, que expresan: "Reclamada su intervención en forma legal y en asuntos de su competencia, no podrá excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva el asunto sometido a su decisión".
g. La falta de competencia o la incompetencia por falta de jurisdicción deberá ser resuelta por el propio Tribunal. En ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia del Tribunal. Sólo éste, de oficio, podrá conocer y resolver su falta de jurisdicción o competencia. Es lo que establecen la mayor parte de las Constituciones.
h. El ejercicio de la competencia para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes cumple otras funciones conexas: contribuye a la pacificación de la vida política, dando la certidumbre a la oposición de que tiene un medio de hacer respetar, por la mayoría, los límites constitucionales; asegura la regulación y autentificación de los cambios y las alternancias políticas, evitando un "retorno del péndulo" demasiado fuerte, susceptible de romper el equilibrio constitucional, y canalizando la oleada de reformas de la nueva mayoría; y refuerza la cohesión de la sociedad política, como ha sido el caso de los Estados Unidos.
i. Los Tribunales Constitucionales, al aplicar su competencia en materia de interpretación, deben regirse por las reglas que inspiran la hermenéutica constitucional y que son especiales, diferentes de las del derecho privado y ya vastamente conocidas.
j. Las sentencias dictadas dentro de su competencia producen cosa juzgada formal y sustancial, efecto que está reconocido en la mayor parte de las normas que rigen el sistema de justicia constitucional. La legislación chilena así lo consagra en los artículos 83 de la Constitución Política y 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
k. Por último, su competencia permite a los Tribunales Constitucionales desempeñar una función esencial de adaptación de la Constitución y de los textos constitucionales a la realidad nacional en los casos en que la rigidez de éstos provoque problemas de alteración de garantías o conflictos de poder.

5. Principios que informan la competencia de los Tribunales Constitucionales

A propósito de la competencia constitucional, me referiré a los principales principios procesales orgánicos que la informan.

a. *Tribunal preestablecido.* En el caso de Chile, el artículo 19, numeral 3, de la Constitución, recoge el principio universalmente aceptado que señala: "na-

die puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta".

El Tribunal Constitucional se encuentra establecido en el artículo 81, que expresa: "habrá un Tribunal Constitucional integrado por siete miembros […]" y delegó su organización y funcionamiento en la ley nº 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, en nuestro caso se cumple plenamente con esta exigencia.

b. *Principios de jurisdicción y cosa juzgada.* Como ya se ha dicho, es opinión de este viejo profesor que el Tribunal ejerce plena jurisdicción en toda las materias de su competencia.

El citado artículo 83 de la Constitución chilena confirma el efecto de cosa juzgada que producen sus sentencias, como acción y como excepción. Esto último es incluso válido para la Corte Suprema, como lo indica el inciso final del citado artículo, que expresa: "Resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia".

c. *Inexcusabilidad.* El Tribunal legalmente requerido en materia de su competencia debe ejercer su jurisdicción, como se señaló precedentemente al analizar las características, en el apartado 4.f.

d. *Debido proceso.* En el ejercicio de las facultades que le otorga su competencia, el Tribunal debe hacer uso de ella únicamente a través de un debido proceso constitucional.

Constituye un axioma en la justicia constitucional que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado.

e. *Tribunal de única instancia.* Estos tribunales, por su propia competencia, son únicos en la organización constitucional; por lo tanto, las sentencias que dictan no son susceptibles de revisión por tribunal superior. La aplicación de este principio emana de su naturaleza.

f. En lo funcional, en el ejercicio de su competencia, el Tribunal da eficacia a los principios de la bilateralidad, buena fe y publicidad, entre otros.

6. El juez constitucional

Es la persona natural que se desempeña como juez de un Tribunal Constitucional. Debe ser plenamente independiente e inamovible.

En este trabajo hemos reflexionado reiteradamente sobre la importancia que tiene la elección de los jueces constitucionales, ya que en la justicia constitucional corresponde una importante misión al juez experto en derecho. En efecto, los jueces que, en representación del Tribunal, ejercen material y directamente la jurisdicción y que expresan en sentencias su voluntad, que es la del Estado, son, en Chile, todos abogados altamente calificados. Así lo dispone el artículo 81 de nuestra Constitución Política.

Los tribunales de Austria, Alemania, Italia, España y Portugal, entre otros, exigen el título de abogado para ser juez constitucional. Excepción a esta regla es el Tribunal francés. No obstante, históricamente Francia ha designado abogados en la mayor parte de las ocasiones para desempeñarse como jueces del Tribunal Constitucional.

Establecido lo anterior, corresponde recordar que en definitiva son los jueces los que tienen el poder de la jurisdicción, y es por este motivo, como sostiene Couture, que el problema consiste en elegir un hombre a quien ha de asignarse la misión casi divina de juzgar a sus semejantes, sin poder abdicar de sus pasiones, de sus dolores y de sus impulsos humanos. Ser al mismo tiempo juez y hombre constituye un dilema dramático; como decía finalmente el canciller D'Aguesseau, lo prodigioso del juez es que lo puede todo para la justicia y no puede nada para sí mismo.

Esto confirma que al juez constitucional hoy no le es suficiente un simple conocimiento de las nociones del ordenamiento positivo, sino que requiere además, para operar correctamente, instrumentos conceptuales extraídos de la cultura histórica, filosófica, sociológica y económica, sin desdeñar el profundizar y comparar, lo cual le permite acercarse a ordenamientos diferentes del suyo.

Mi distinguido amigo, el juez de la Corte Constitucional de Italia Massimo Vari, piensa que este argumento toca el tema de la preparación y cultura del juez con un enfoque particular, que es el de la formación del juez, problema no sólo cultural sino también institucional, que se refleja en el modo en el que éste incide, con su delicada función, dentro del orden social. La experiencia que hoy vemos en buena parte de Europa y en el resto del mundo —naturalmente, con la salvedad de casos particulares—, nos lleva a advertir, frente a la extrema necesidad de justicia y de tutela de derechos, incluso aquellos integralmente nuevos, una atenuación del rol del legislador en pos de la obra de los jueces, con su función más creativa a través de su jurisprudencia, en la que se expresa, pragmáticamente, una preferencia más por la justicia a favor del particular que por la conservación de reglas abstractas y, al mismo tiempo, también el acercamiento de los grandes sistemas jurídicos de *civil law* y de *common law*.

El rol creciente de la justicia en la sociedad exige que los jueces tengan la posibilidad de ejercitar su extraordinario poder con el respaldo no sólo de la autoridad de poderes constitutivos, sino también de la necesaria autoridad que deriva de la competencia y preparación. Debe tener la capacidad de interpretar las nuevas exigencias sociales, siempre más complejas.

La necesidad de un juez de tener consistencia a través del tiempo es también una fuente de restricciones. La jueza O'Connors ha dicho que las primeras decisiones de un juez crean una huella que las decisiones posteriores deben seguir. Además, el proceso de nominación probablemente asegura que los jueces tienen conciencia, a través de su experiencia previa, de la historia de la nación y su legado cultural. Estos hechos, combinados con la diversidad de opiniones y la longevidad de los períodos, ayudan a disminuir los cambios radicales en la actitud de la Corte frente a problemas constitucionales.

La elección del juez constitucional es ya de por sí un asunto sutil y delicado. Pero además existe un problema de investidura que consiste en saber cuál es el cúmulo de poderes que la sociedad ha de depositar en esos hombres que, sin dejar de ser tales, han de tener el privilegio de decidir incluso la suerte de leyes aprobadas por el Congreso, todo ello con el fin de lograr la efectiva protección de las disposiciones de la Carta Fundamental.

Contemplemos, pues, las dos caras de esta medalla: lo que significa la elección del abogado que se desempeña como juez constitucional y lo que significa investirlo de sus atributos.

Debe precisarse que la independencia es el secreto de su dignidad, pero la autoridad de que se lo reviste es la clave de su eficacia. Según un aforismo clásico, los jueces sin autoridad son fantoches en manos de las partes. Pero, en el sentido opuesto, no es menos cierto que los jueces con excesiva autoridad son déspotas de la justicia.

Este juez debe ser un experto en Derecho, pero, por sobre todo, debe ser prudente y cauteloso; creer en la Constitución como máxima regla de convivencia y poner de sí todo lo que sea necesario para ser un buen juez constitucional.

En la actualidad, el problema agudísimo no consiste ya en encontrar los hombres. Como dice Couture, éstos, al fin y al cabo, andan por la calle y una buena linterna de Diógenes permitirá encontrarlos, tal como Inglaterra los ha podido hallar. Pero después de hallado el juez, es indispensable darle el mando y la autoridad, es decir, los atributos mismos de su investidura y la medida exacta de sus posibilidades materiales de realización. La regulación de que conocer como lo hace y los fundamentos que la ley exige a su decisión colaboran en una buena fórmula.

El problema consiste entonces en hallar el equilibrio entre dos cosas casi sagradas: la libertad y la autoridad; entre el individuo y el poder; entre la Constitución y la ley; entre el conflicto constitucional y el juez llamado a resolverlo.

Para saber lo que vale la justicia constitucional es necesario entonces saber lo que vale el juez constitucional, en su íntima dimensión humana, inmerso en el sistema en que vive. Si el hombre es libre en el mundo que lo rodea, la justicia está salvada; si no lo es, la justicia está irreparablemente perdida. Éste es el abogado que se perfila y requiere como juez constitucional; un abogado independiente del poder contingente, que frente a un conflicto sólo mira la Constitución y el hecho o acto que la violenta.

En este juez especializado deben concurrir una mezcla de valores, conocimiento y ponderación que lo inspiren y conduzcan para que su sentencia, al decidir el conflicto constitucional, se acerque lo más posible a su solución justa y a la conservación de los valores y garantías que el pueblo depositó en la Carta Fundamental al aprobarla.

Recuerdo que hoy hace justicia el juez; antes era el propio Dios o el Rey quienes la monopolizaban.

Cabe preguntarse finalmente: ¿cuál es la misión que desempeña el juez de la Corte Constitucional?

Para perfilar una respuesta adecuada debe considerarse que a éste le corresponde la alta misión de aplicar la Constitución; velar por que se respete su supremacía e interpretarla, con el objeto de que sus disposiciones se adapten a las necesidades de la comunidad y no pierdan vigencia frente a hechos nuevos que afecten al quehacer nacional. Ello lo hará al decidir los conflictos sometidos a su conocimiento, al pronunciarse sobre la constitucionalidad preventiva de las leyes orgánicas y, finalmente, al juzgar las materias que se someten a su competencia en los numerales del artículo 82 y de las que esperamos se le agreguen con la reforma en estudio.

El día en que estos jueces tengan miedo de usar sus atribuciones, ni un solo ciudadano podrá reposar tranquilo. El juez, en su patética condición de hombre, se debe a la justicia; es el secreto de nuestra paz interior. Lo decía con palabras de metal el texto del rey visigodo: "La salud del pueblo es tener derecho, y mantenerlo".

Examinaré cuál es la posición de este juez constitucional enfrentado al cumplimiento de su alta misión:

Debe:

a. Aplicar la Constitución y velar por su supremacía en el ordenamiento jurídico.

Los jueces constitucionales son los garantes de la supremacía de la Constitución. A partir de la Revolución Francesa surge el dogma de la infalibilidad de la ley; a partir del constitucionalismo moderno lo sagrado es la Constitución, y si la ley va contra sus disposiciones debe eliminarse. A ello colaboró en forma importante la labor de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

En la actualidad, los Tribunales Constitucionales que de alguna manera han adoptado el modelo kelseniano plasmado en el Tribunal de Austria, cuya jurisdicción compatibiliza su función con el principio de separación de poderes, tienen por misión el respeto y la eficacia de la Constitución por la autoridad y los habitantes del país. A los abogados nombrados como jueces constitucionales les corresponde la misión directa de plasmar dicho mandato en sentencias.

Puede decirse que las Constituciones modernas, en la medida en que contienen un catálogo de derechos fundamentales, exigen al Estado un eficiente y real cumplimiento que lo inicia el legislador, el que debe implementarla, y concluye con la sentencia en caso de conflicto o violación.

Hoy la Constitución Política no es la "ley del Estado", sino que contempla además los derechos fundamentales de las personas, incluso ante o contra el propio Estado. Es por ello que se requiere de una justicia constitucional y de jueces constitucionales.

Kelsen, justificando la existencia de la jurisdicción constitucional, expresa: "La legislación está absolutamente subordinada a la Constitución, como la justicia ordinaria lo está al derecho y la administración lo está a la legislación".

Eisenmann señala que para mantener la vigencia real de la preceptiva constitucional hay sólo dos opciones: dejar al cuidado del legislador las garantías de

la Constitución o confiar a los jueces la tarea de asegurar su respeto por parte de aquél.

b. Interpretar la Constitución.

El juez constitucional debe estar en condiciones óptimas para interpretarla. Cappelletti resume esta atribución de la esencia de la actuación del juez constitucional al señalar que la misión "de interpretar" resulta irresistiblemente creadora y va mucho más allá de la función tradicional de ser un mero intérprete fiel del tenor literal de la ley.

La interpretación cumple una función esencial de adaptación de la Constitución a hechos no previstos, sobre todo en los casos en que la rigidez de la Constitución se opone a revisiones demasiado frecuentes.

Debe tenerse muy en cuenta que el Tribunal Constitucional es el intérprete oficial y supremo de la Constitución. Ello permite que, por la vía de la hermenéutica, la Constitución perdure y se proyecte, es decir, que no quede anticuada, en la medida en que los conceptos abstractos que contiene pueden ser definidos aplicándolos o adaptándolos a la realidad de cada día.

La doctrina y la jurisprudencia comparada y del propio Tribunal Constitucional han precisado con mucha claridad que la interpretación de la Constitución se rige por principios diferentes de los de la interpretación de la ley en general.

El límite de la interpretación, como señala el Tribunal Español, está en que el Tribunal Constitucional no puede hacer decir a los textos sometidos a su conocimiento lo que no dicen, ya que ello implicaría legislar y no interpretar.

Es por este motivo que el primer límite al intérprete constitucional se encuentra en la propia Constitución, pues su labor no puede encaminarse a la creación de preceptos constitucionales.

Al interpretar la normativa constitucional, la jurisprudencia del Tribunal colabora en la modernización de la preceptiva de orden público básica, adaptando sus disposiciones a situaciones o eventualidades no precisadas ni estrictamente previstas en ella.

Debe tenerse presente que ningún artículo de la Constitución puede interpretarse aisladamente. Toda disposición constitucional debe interpretarse coordinándola con las demás, evitándose así su autodestrucción. Por lo tanto, en la interpretación de la Constitución todo juez debe cuidarse de que no se altere el equilibrio de su conjunto.

c. El juez constitucional, (sustancialmente) de la misma manera pero (cuantitativamente) en mayor medida que el juez común, debe colmar esas lagunas y determinar cómo "concretar" sus conceptos y valores.

d. Esa obra de integración y concreción debe por consiguiente llevarse a efecto necesariamente mediante una "interpretación creadora" inspirada en los "fines" o "valores" constitucionales; será por consiguiente actividad no meramente lógica sino también volitiva o, si se quiere, *teleo-lógica*.

En este entendido, se menciona el principio del efecto *útil*, según el cual, "cuando una disposición es susceptible de dos sentidos, es preferible entenderla en aquel que le permite tener algún efecto antes que en el sentido con el cual no tendría efecto alguno".

Recordemos finalmente que el artículo 19, numeral 26, de la Constitución Política, expresa:

> La Constitución asegura a todas las personas: la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Es en virtud de su labor moderadora e integradora, desarrollada dentro de una comunidad política en constante conflicto, que se justifica y obliga a que la estructura del Tribunal Constitucional esté compuesta por magistrados designados por las tres funciones clásicas del Estado, lo que lo convierte en el único órgano constitucional cuyos integrantes son nombrados en un proceso en el que intervienen los demás órganos constitucionales. Esta particular elección acentúa y refuerza su carácter integrador y la legitimidad y confianza que en él depositan las demás autoridades constitucionales y el pueblo entero. En síntesis, es el juez constitucional el que debe dirimir, con la expresión de su voluntad, las controversias a través de un debido proceso jurisdiccional.

Finalmente, y a modo de resumen, recuerdo las características que según Favoreu debe tener un juez constitucional, que son tres: es un juez, es constitucional y es único.

Cada país tendrá que buscar el sistema más conveniente y adecuado para que los magistrados constitucionales puedan cumplir con su alta misión.

V. El Derecho Procesal Constitucional funcional

Comprende las siguientes áreas referidas al tema que nos interesa: la acción procesal, el procedimiento, el proceso constitucional, los actos procesales y la cosa juzgada.

Desarrollaremos estos temas muy sintéticamente, por ser de aplicación más común que los orgánicos.

1. La acción procesal constitucional

Puede definirse como el derecho a impulsar a los tribunales competentes para que abran un proceso destinado a conocer y decidir en conflictos constitucionales.

En esta parte del trabajo precisaré las principales materias que deberá contemplar el sistema para hacerla efectiva.

A. Inexcusabilidad

Enfocada ahora desde el punto de vista de la acción, ésta se traduce en la consagración del deber de la jurisdicción. Todo Tribunal Constitucional debidamente accionado debe abrir proceso.

El problema consiste en precisar con claridad los sujetos que tienen legitimación activa para aperturar procesos constitucionales. Los sistemas van desde la acción pública hasta la acción monopólica.

En lo que a Chile se refiere, el artículo 3º de la ley nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal, expresa:

> El Tribunal sólo podrá ejercer su jurisdicción a requerimiento de los órganos constitucionales interesados o de las personas que intenten la acción pública, en los términos señalados en el artículo 82 de la Constitución Política.

En definitiva, reclamada la intervención del Tribunal Constitucional en forma legal y en asuntos de su competencia, no podrá excusarse de ejercer su autoridad.

B. Titulares de la acción

Existen diversas normas sobre legitimación activa para accionar ante el Tribunal Constitucional. En el caso chileno, ellas están expresamente previstas en el artículo 82 de la Constitución, complementada por su Ley Orgánica Constitucional.

2. El procedimiento

El procedimiento se concibe, en el ámbito del Derecho Procesal, como las reglas anticipadas que se establecen para la tramitación de un proceso.

En el campo de la Justicia Constitucional resulta obvio que, para el ejercicio de su competencia a través del proceso, debe contarse con un procedimiento que debe cumplir, como todos, los requisitos de ser racional y lógico.

El profesor escocés Waines Miller se refirió extensamente a los principios informadores del procedimiento. El constituyente deberá escoger entre ellos los más apropiados para que se desarrolle fluidamente el proceso constitucional.

Lo mencionamos aquí puesto que forma parte del Derecho Procesal Constitucional Funcional.

3. El proceso constitucional

El proceso debe ser idóneo para el ejercicio y garantía de los derechos amparados por la Constitución Política. Es un proceso jurisdiccional que responde al concepto del debido proceso, que se concibe como un conjunto de actos procesales unidos por la relación procesal y que, normados por un procedimiento, tiene por objeto la

solución de un conflicto de intereses de relevancia jurídica, en la especie constitucionales, con efecto de cosa juzgada.

Todo proceso debe ajustarse en su desarrollo a una norma de procedimiento preestablecida que garantizará la igualdad de los derechos procesales de las partes, dándose así cumplimiento efectivo a las bases que conforman el debido proceso. Me permito citar, para ilustrar lo dicho, lo previsto por el artículo 19, numeral 3º, de la Constitución Política de Chile, que expresa en su inciso quinto:

> Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento.

El proceso constitucional es aquel en que interviene un tribunal para dirimir conflictos constitucionales en materias de su competencia. Puede abrirse por acción de parte o de oficio, como ocurre en los casos en que se establece el control preventivo de las leyes.

Hitters, resaltando este concepto, expresa que el Derecho Procesal Constitucional es el conjunto de preceptos que regulan el proceso constitucional.

Para que el proceso constituya una forma efectiva de solución de los conflictos constitucionales, deben concurrir, copulativamente, un conjunto de presupuestos procesales que pueden agruparse en el desarrollo de las materias que a continuación se señalan:

a. Garantiza la eficacia del principio de la supremacía constitucional.

La supremacía ya fue tratada en este trabajo y, a partir de Coke, es, como se ha dicho, la más efectiva garantía de la libertad y dignidad del hombre, puesto que garantiza la eficacia real de la preceptiva constitucional.

Sin embargo, como es fácil comprender, no basta proclamar que las normas contenidas en la Constitución son las de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico de un Estado para que éstas sean respetadas por los poderes constituidos y obren así como límite de sus atribuciones y eficaz salvaguardia de los derechos del hombre. Ellas deben ser garantizadas jurisdiccionalmente a través del proceso.

Ya quedó demostrada la necesidad de proteger la Constitución con los mecanismos procesales necesarios para dar efectividad a sus normas en caso de conflicto entre éstas y los actos de la autoridad o los particulares.

b. La solución del conflicto constitucional por medio del proceso evita la autotutela que al usar la fuerza destruye la normativa constitucional.
c. El proceso es el medio con que cuentan los habitantes de la nación para exigir el pleno respeto de sus derechos constitucionales.

Algunos de los presupuestos más importantes del proceso constitucional, que se desprenden del concepto antes mencionado, son los siguientes:

1. La existencia de un conflicto constitucional, entendiéndose por tal aquel que surge con motivo de la infracción, el incumplimiento o la interpretación de la Constitución.

2. La concurrencia interrelacionada de un conjunto de hechos y actos procesales que integran el proceso y que pueden emanar del tribunal, de los sujetos del proceso y eventualmente de terceros autorizados.

3. El proceso es una relación jurídico-procesal compleja que, limitando en su competencia específica, sirve para que las partes hagan valer sus derechos procesales en tiempo y forma y para que el Tribunal pueda, agotada la fase del conocimiento, resolver mediante la sentencia definitiva el conflicto sometido a su decisión.

4. Todo proceso debe ajustarse en su desarrollo a una norma de procedimiento que debe serle preestablecida. Con ello se garantiza la igualdad de los derechos procesales de las partes, dándose así cumplimiento efectivo a los principios que expresan que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y que corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento.

El proceso constitucional se perfila así como el instrumento adecuado e idóneo para el cumplimiento de la función jurisdiccional del Estado en esta importante área de conflictos.

5. El proceso constitucional debe responder más que ningún otro a las exigencias del debido proceso para ser eficaz en el cumplimiento de su función de resolver los conflictos de intereses entre partes y mantener la vigencia del Estado de Derecho.

El proceso tiene como primera misión la de resolver el conflicto sometido al tribunal, y como la segunda, en el caso de la justicia constitucional, la de preservar y garantizar la supremacía constitucional.

Las finalidades del proceso constitucional son las mismas que las de todo proceso, mas, en este caso, su segundo objetivo resulta mucho más relevante.

Surge así la necesidad de existencia de mecanismos, sistemas o procedimientos destinados a preservar, en el orden de la realidad, esa supremacía constitucional establecida en el orden de las normas.

4. Los actos procesales

El Derecho Procesal Constitucional funcional contempla la regulación de los actos que el Tribunal, las partes y terceros pueden verificar en un proceso constitucional.

Chiovenda sostiene que en el proceso estos actos están coligados para cumplir con su finalidad.

El acto jurídico procesal tiene elementos de existencia y de validez, todos los cuales son plenamente aplicables al proceso constitucional.

Me excuso de repetir en este momento lo que ya escribí en mi obra *Los actos procesales*.

5. *La cosa juzgada*

La finalidad del proceso es la solución del conflicto sometido a la jurisdicción con efecto de cosa juzgada. Esto significa que la sentencia que lo resuelva producirá la acción y la excepción de cosa juzgada, expresiones procesales implícitas en el concepto de proceso. La posibilidad del cumplimiento del fallo a través de la acción y la certeza jurídica que otorga la excepción, al impedir que la solución se repita, constituyen sin duda uno de los elementos más importante de su contenido.

La decisión del órgano de control debe producir efecto *erga omnes*, que impide que la norma considerada inconstitucional se integre o se mantenga dentro del ordenamiento jurídico.

Por otro lado, la cosa juzgada constitucional en este campo tampoco puede significar la fijación de un sentido único y definitivo para determinado texto constitucional, en la medida en que éste pretende regular una realidad social y política que cambia, evolución que en el tiempo podrá permitir relecturas de la misma expresión literal, se puede reformular la norma constitucional secundaria tantas veces como se pueda reproducir, como consecuencia de un razonamiento jurídico, sobre la base del mismo texto. Es más: para algún autor, la apertura de la norma básica a diferentes interpretaciones constituye precisamente su finalidad o *telos* (Rubio Llorente).

Recuerdo que para que opere la cosa juzgada debe concurrir la triple identidad de personas, cosa pedida o causa de pedir. Por lo tanto, cualquier variación fáctica que altere los factores autoriza el pronunciamiento de una nueva decisión.

Los efectos *erga omnes* que se atribuyen a las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad ponen de manifiesto, *prima facie*, la imposibilidad de aplicar a este tipo de sentencias los principios procesales comunes respecto de los efectos de las sentencias, desde el momento en que rebasan los generales de cualquier otro tipo de sentencias, y no sólo las pronunciadas por la jurisdicción ordinaria, sino también las recaídas en los demás procesos constitucionales, que sólo producen efectos *inter pares*.

Solamente deseo referirme a las tendencias que plantean dos vías alternativas para la cosa juzgada. La primera es que limite sus efectos al caso concreto, que corresponde al concepto procesal de cosa juzgada formal y con efectos relativos; la segunda es el efecto *erga omnes*, que equivale a la cosa juzgada absoluta y sustancial.

Esta opción otorga al fallo que declara la inconstitucionalidad efectos generales y derogatorios de la regla jurídica reputada violatoria de la norma constitucional.

Sagües recuerda que es “el mecanismo tradicional de los regímenes de jurisdicción constitucional especializada y concentrada en un único órgano básico del régimen de control de constitucionalidad. El sistema puede operar en los casos de vigencia preventiva, de manera más fácil. Por ejemplo, el artículo 62 de la Constitución de Francia de 1958 indica que ‘no podrá ser promulgada ni puesta en vigor una disposición declarada inconstitucional. Las resoluciones del Consejo Constitucional serán inapelables y se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administra-

tivas y jurisdiccionales'". Una disposición del todo similar contiene la Constitución chilena.

El problema más serio con relación a la cosa juzgada se produce en los países que, como Chile, mantienen la facultad para declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad en casos concretos, toda vez que dicha alternativa afecta gravemente al principio de igualdad ante la ley.

La actual facultad que tiene la Corte Suprema de Chile para declarar inaplicable una ley en un caso concreto presenta serios problemas en el orden de la igual protección de los derechos de los habitantes de la nación —igualdad ante la ley—. En efecto, al acogerse esta acción y declararse inaplicable un precepto legal por ser contrario a la Constitución en un caso determinado, la ley sigue plenamente vigente, rigiendo por lo tanto las relaciones entre todos los habitantes de la nación. Ello vulnera, en su esencia, el principio de igualdad ante la ley, toda vez que al beneficiado con la sentencia no se le aplica dicha ley para ese caso y al resto sí.

La ley es constitucional o inconstitucional. En ambas situaciones debe serlo para todos los habitantes de la nación.

La cosa juzgada en las sentencias dictadas en procesos constitucionales es un tema altamente especializado que me limito a plantear para ser tratado en futuros encuentros.

VI. Reflexiones y consideraciones finales

1. El conflicto constitucional existe y debe resolverse por medio del proceso, única forma de evitar la autotutela y de lograr la vigencia real y efectiva de la norma constitucional.

2. El país que quiere una Constitución que se respete debe contar con una Justicia Constitucional que la ampare cuando es quebrantada.

3. Para ello, la propia Constitución, como una forma de autoprotección de sus normas, debe contemplar la existencia de tribunales con jurisdicción suficiente y adecuada para resolver los conflictos constitucionales y los mecanismos procesales para impulsarla. Cabe concluir, entonces, que la función que desempeñan los Tribunales Constitucionales al resolver conflictos constitucionales es jurisdiccional.

4. Surge así la necesidad de que existan mecanismos, sistemas o procedimientos destinados a preservar, en el orden de la realidad, esa supremacía constitucional establecida en el orden de las normas.

La Justicia Constitucional establece instrumentos específicos para la tutela de las disposiciones constitucionales y, en especial, de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Esta tarea y la solución de los conflictos de poderes constituyen, en esencia, la órbita de la jurisdicción constitucional.

5. El Derecho Procesal Constitucional cumple la misión de entregar al sistema jurídico los elementos orgánicos y funcionales necesarios para dar vida y eficacia a la Justicia Constitucional.

Hoy, una fuerte corriente doctrinaria es partidaria de su tratamiento autónomo, posición que resume Domingo García Belaunde al afirmar: “La tesis procesal es, a nuestro entender, la más acertada de todas; la más moderna y la que debe encarrilar los aspectos instrumentales de la disciplina. Es ésta la que tiene mayor predicamento, y a ella le pertenece el porvenir”.

6. La Supremacía Constitucional, además de cumplir su papel básico, es un derecho de los habitantes de la nación, tanto para lograr que se respete el sistema institucional, como para obtener la tutela jurisdiccional de sus garantías constitucionales.

7. La protección de los derechos humanos garantizados por la Constitución forma parte esencial de la judicatura constitucional. Todo conflicto que la afecte es un conflicto constitucional que debe ser resuelto por los tribunales competentes. Es la jurisdicción constitucional de la libertad a que se refiere Mauro Cappelletti.

8. La elección de los jueces constitucionales es uno de los problemas más complejos de la Justicia Constitucional, y corresponde a cada país buscar su mejor conveniencia.

9. Los Tribunales Constitucionales no deben ser considerados como superpoderes, sino como los mecanismos lógicos y adecuados que tienen los poderes públicos para resolver sus conflictos, y las personas para obtener el respeto de sus derechos constitucionales.

10. Los Tribunales Constitucionales deben ser autónomos e independientes y estar fuera de los poderes tradicionales.

11. Se recomienda mantener el uso del concepto *Justicia Constitucional* para referirse al área de solución de los conflictos constitucionales por medio del proceso.

Gilbert Armijo Sancho (Costa Rica) *

La legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad: el interés difuso

I. Introducción

La tutela constitucional del interés difuso forma parte de una temática más amplia que hace tiempo viene preocupando a la jurisprudencia y doctrina.[1] En los últimos años, se ha planteado la necesidad de precisar los sujetos legitimados para interponer la acción de inconstitucionalidad de manera directa, la definición del concepto y sus alcances. Sin embargo, la discusión se ha limitado a algunas resoluciones de la Sala Constitucional y aún no trasciende al foro nacional con la fuerza necesaria.[2] Nos referimos a la compleja problemática de lo que denominamos *interés difuso* como presupuesto de admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad. Resulta bastante difícil abordar el estudio de esta cuestión y tratar de desentrañar, con la indispensable claridad, sus aspectos más relevantes, ya que los distintos fallos que han analizado el tema lo han hecho desde muy diferentes puntos de vista y han incluido, utilizando el mismo epígrafe general, situaciones de muy distinto tipo.

Pese a que coincidimos con la doctrina y la jurisprudencia constitucional en la dificultad de elaborar un concepto valedero para todas las situaciones, resulta induda-

---

* Magistrado de la Sala Constitucional de Costa Rica.

[1] Ver J. Almagro Nosete, *Constitución y proceso*, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 205-211; A. Pérez Gordo, "La legitimación activa de las partes en la cuestión de inconstitucionalidad", en *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 3, julio-setiembre 1980, pp. 199 y ss; M. Montoro Puerto, "Apuntes en torno a la legitimación en algunos procesos constitucionales", en *Revista de Administración Pública*, nº 100-102, enero-diciembre 1983, pp. 1375 y ss.

[2] Desde el punto de vista legislativo, el Código Procesal Penal de 1997 significa la primera respuesta procesal al problema (NCPP, artículos 38, 70 y 75). Hasta la fecha sólo se ha publicado un libro. Éste desarrolla en uno de sus capítulos el problema del interés desde la óptica del derecho administrativo. Véase M. Jiménez Meza, *La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos*, San José, Lill, 1990.

ble que este tema se sitúa en una encrucijada procesal en la que, por una parte, se trata, como lo afirma la Sala Constitucional, de intereses individuales, pero que, al mismo tiempo, pertenecen a conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés. Es decir, los intereses difusos participan de una doble naturaleza: son a la vez colectivos —por ser comunes a una generalidad— e individuales, por lo que pueden ser reclamados en tal carácter.[3] Esta confluencia de intereses y la doble naturaleza, colectiva e individual, que caracteriza al interés difuso es lo que ha dado lugar a la discusión, en especial, cuando se trata de precisar a quién le corresponde la legitimación activa para interponer la acción de inconstitucionalidad en forma directa, es decir, sin asunto previo (Ley de la Jurisdicción Constitucional [en lo sucesivo LJC], artículo 75, párrafo segundo).

El análisis de las sentencias de la Sala Constitucional que se efectúa a continuación pretende mostrar el criterio procesal de admisibilidad que se utiliza, a veces con distintos métodos y modelos de argumentación. Se intenta conseguir, a través de su estudio, las reglas de decisión, generalizando a partir de motivaciones diferenciadas según los derechos fundamentales tutelados. Estas reglas pueden contribuir a solventar con carácter sistemático el problema del interés difuso como elemento legitimador para la interposición de la acción de inconstitucionalidad. Para el estudio se ha empleado, indistintamente, la jurisprudencia que surge de las acciones de inconstitucionalidad y de los recursos de amparo; pretendemos precisar los elementos que distinguen el interés difuso, así como su contenido esencial, tratando a la vez de señalar la doctrina que ha ido perfilando la Sala Constitucional, de manera que, de forma muy resumida, el lector pueda conocer los principales criterios que definen esta materia en el nivel constitucional.

II. Admisibilidad

De conformidad con el ordenamiento constitucional costarricense, los intereses difusos no se encuentran, por su contenido, expresamente regulados en la Constitución Política o en la Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC).[4] Esto hace que, en nuestro caso, no podamos definir el concepto y los sujetos legitimados normativamente (como ocurre en Brasil), y se haya hecho necesario que la jurisprudencia constitucional construya el contenido abstracto de la legitimación activa frente al interés difuso. Para el estudio de la cuestión, dos tipos de recursos tienen importancia: la acción de inconstitucionalidad y el amparo.

---

[3] *Sala Constitucional*, nº 2331-96, a las 14:33 horas del 14 de mayo de 1996.

[4] Gilbert Armijo Sancho, *El control constitucional en el proceso penal costarricense*, 2ª ed., San José, Editec, 1992.

1. La acción de inconstitucionalidad

Esta situación ha llevado en reiteradas oportunidades a la Sala Constitucional a analizar el contenido del artículo 75 de la ley que rige esta jurisdicción. Ciertamente, el artículo 75 de la LJC recoge la denominada *acción directa de inconstitucionalidad*.[5] Es decir, se exime al recurrente de acreditar que existe un asunto pendiente, como requisito de la acción, siempre que se invoque la vulneración de un interés difuso. Ello implica, también, que el legislador consideró apropiado ampliar la legitimación cuando estemos frente a este tipo de intereses, en el llamado *recurso de inconstitucionalidad* (LJC, artículo 75). Lo expuesto no significa que estemos frente a una verdadera acción popular; no se admite que cualquiera pueda accionar, sino que es necesario acreditar la existencia de la causal como requisito de legitimación.[6] Básicamente, la reforma consiste en eliminar de las acciones de inconstitucionalidad la necesidad de demostrar la vinculación con un asunto previo. En consecuencia, toda persona está legitimada para ser parte y defender sus derechos e intereses legítimos en el proceso, siempre que demuestre la existencia de un interés difuso como excepción al principio

---

[5] "Es así como el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, desarrollando la genérica previsión del numeral 10 de la Ley Fundamental, determina la posibilidad de accionar ante la jurisdicción en al menos cinco supuestos distintos: si es parte en un proceso jurisdiccional o un procedimiento en fase de agotamiento de la vía administrativa en que haya sido alegada la invalidez de la norma objeto de la acción y cuya eliminación es capaz de favorecer los intereses defendidos en aquel proceso o procedimiento (párrafo 1); si el acto a impugnar, por su naturaleza, no es susceptible de provocar una lesión individual y directa; si se invoca la defensa de intereses difusos; si se afectan intereses que atañen a la colectividad en su conjunto (los tres últimos supuestos corresponden al párrafo 2); o si se ostenta alguno de los cargos públicos relacionados con el párrafo 3". Marvin Carvajal Pérez, María Cordero Urcuyo, Silvia Patiño Cruz, Elena Segura Salazar, María Gabriela Vargas Chacon, *Los intereses difusos como elemento legitimador para la interposición de la acción de inconstitucionalidad,* Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Curso de Derecho Constitucional, San José, 1 de abril de 2002.

[6] Así, *Sala Constitucional*, nº 0058-97 de las 15:15 horas del 7 de enero de 1997. Que la regulación de la legitimación en las acciones de inconstitucionalidad no permite aceptar la tesis del recurrente, en cuanto a que la sola consideración particular de la inconstitucionalidad de una disposición normativa legitima a dicha persona para interponer una acción sin requerir la existencia de un caso pendiente. Tal interpretación haría absolutamente innecesario el artículo 75 de la ley, pues es evidente que toda persona que interpone una acción considera que la disposición o acta que cuestiona es inconstitucional, con lo cual no habría nunca necesidad de invocar la infracción dentro de un asunto pendiente. Es claro que esta interpretación es contraria a la letra, al espíritu y a la lógica del artículo 75, todo lo cual lleva a la Presidencia a prevenirle en auto de las dieciséis horas del dieciséis de febrero pasado, que precisara el carácter de su legitimación. Una vez evidenciado que el recurrente considera que existe acción popular para controlar sin límite la constitucionalidad de las normas y actos en esta vía, y demostrando que tal tesis no es acorde con la Ley, es claro que en el presente asunto el licenciado […] no reúne los requisitos de legitimación que exige el artículo 75 de la ley. Ésta es la tesis que se ha mantenido en relación a la acción popular desde los inicios de la Sala; véase por ejemplo la resolución de la Sala Constitucional nº 0234-90 de las 14 horas del 28 de febrero de 1990.

general (Código de Procedimientos Civiles, artículo 963).[7] Tenemos entonces que se establece un límite al concepto tradicional de legitimación activa en los asuntos de inconstitucionalidad, pues la sola demostración de que nos asiste un interés difuso abre la instancia de este control.

2. El recurso de amparo

El contenido y efecto del interés difuso ha sido menos problemático para la jurisprudencia constitucional al tratar el tema del recurso de amparo. Ciertamente, la LJC regula todo lo referente a éste, pero son los criterios de la Sala los que poco a poco delimitan y definen sus alcances. *Grosso modo*, la LJC establece que le corresponde a la Sala Constitucional tutelar, mediante este recurso, los derechos fundamentales consagrados por la Constitución Política y la normativa internacional sobre derechos humanos ratificada por Costa Rica. La ley exceptúa del amparo: a) las resoluciones jurisdiccionales (LJC, artículo 30 inciso *b)*; b) las leyes emitidas por la Asamblea Legislativa; c) los tratados internacionales; d) los actos consentidos de carácter patrimonial, que prescriben a los dos meses sin perjuicio de que el afectado pueda recurrir a la vía ordinaria (LJC, artículos 31, 35 y 36); e) los actos y disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones, etc.

Son susceptibles del control constitucional de amparo: a) los actos administrativos; b) los actos legislativos; c) los actos de gobierno; d) las leyes autoaplicativas, e) contra sujetos privados (LJC, artículo 57),[8] etc. Procede el recurso contra acciones u omisiones, aunque la interpretación de los artículos 60, 35 y 61 de la LJC ha dado lugar a dudas sobre los alcances del control constitucional cuando estemos en presencia de simples amenazas, perturbaciones y restricciones a un derecho fundamental.[9] En todos los casos, quien invoca la legitimación activa debe manifestar en qué consiste el acto lesivo.

Como fácilmente se aprecia, existe un amplio espectro de derechos fundamentales que son tutelados a través de este recurso. En esta vía no se exige, como ocurre

---

[7] Criterio que se mantiene desde de los inicios de la jurisdicción constitucional. Véase, por todas, Sala Constitucional, nº 234-90 de las 14 horas del 28 de febrero de 1990.

[8] El artículo 57 de la LJC establece: "El recurso de amparo también se concederá contra las acciones u omisiones de sujetos de derecho privado, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de sus funciones o potestades públicas o se encuentre, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 1 inciso 2 a de esta ley. La resolución que rechace el recurso deberá indicar el procedimiento idóneo para tutelar el derecho lesionado. No se podrá acoger en sentencia recursos de amparo contra conductas legítimas de sujetos privados".

[9] Para un estudio detallado del asunto en Costa Rica, véase R. Hernández Valle, *Derecho Procesal Constitucional,* San José, Juricentro, 1995, pp. 255 y ss.

ante la acción de inconstitucionalidad, que taxativamente el interés difuso sea el presupuesto de admisibilidad. En este caso, la violación de un interés difuso, por un sujeto privado o uno público, permite la interposición del recurso.[10]

III. Competencia y sujeto legitimado

Pero podríamos preguntarnos: ¿qué tipo de legitimación activa se requiere en el supuesto del interés difuso? La interrogante merece unas reflexiones previas. En primer lugar, para la Sala Constitucional, lo expuesto implica toda una innovación, pues a través de la reforma legislativa se potencia una mayor apertura en cuanto a la legitimación para accionar en los asuntos de inconstitucionalidad (LJC, artículo 75). En consecuencia, la jurisprudencia retoma la orientación que establece que esta jurisdicción es sólo instrumental, para garantizar la supremacía y efectividad de la Constitución.

1. Legitimación activa menos formalista

Por ello, en las resoluciones donde se analiza el interés difuso, se potencia la posición que establece que determinados intereses son de orden público[11] y esenciales para la existencia del Estado.[12] Para su defensa se impulsa, como presupuesto de admisibilidad en la acción de inconstitucionalidad, un nuevo concepto de *legitimación activa*, esto es, "una legitimación mucho más flexible y menos formalista, necesaria para asociar a los ciudadanos al interés del propio Estado de Derecho de fiscalizar y, en su caso, restablecer su propia juridicidad".[13]

---

[10] La primera resolución que admite, en sentido amplio, la defensa del interés difuso a través del recurso de amparo es el voto redactado por la magistrada Ana Virgina Calzada (Sala Constitucional, nº 2331-96, a las 14:33 horas del 14 de mayo de 1996).

[11] También en doctrina el interés difuso suele reconducirse al interés público. Véase J. Silguero Estagnan, *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de grupos*, Madrid, Dykinson, 1995, p. 191. Se reafirma de esta manera que el derecho a la tutela judicial es fundamentalmente un derecho de defensa. Este aspecto es seguido por González Pérez al decir que "el derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se haga justicia". J. González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1984, p. 27.

[12] Este criterio es expuesto de manera reiterada cuando se analiza el concepto de interés difuso y se establece que "la jurisdicción constitucional, como medio jurídicamente idóneo y necesario para garantizar la supremacía del Derecho de la Constitución es, además de supremo, de orden público esencial, y ello implica, en general, una legitimación mucho […] menos formalista. El concepto de 'interés difuso' […] tiene por objeto desarrollar una forma de legitimación […] como último ensanchamiento, novedoso pero necesario, para que esa fiscalización sea cada vez más efectiva y eficaz". Sala Constitucional, nº 0058-97, a las 15:15 horas del 7 de enero de 1997.

[13] Sala Constitucional, nº 0058-97, a las 15:15 horas del 7 de enero de 1997.

Ese control surge a la vida jurídica a través del interés difuso; para ello se aprovecha la experiencia del Derecho Administrativo, que establece una legitimación activa menos formalista, y se traslada al Derecho Constitucional. Tenemos así que un concepto operativo se transforma en instrumental.[14] Esta forma de conceptuar la legitimación activa permite construir una teoría diferente, más informal y menos rigurosa. También conlleva una mayor amplitud para reconocerle al ciudadano el derecho a la acción ante la posible vulneración de sus derechos constitucionales.[15]

En la jurisprudencia constitucional de 1990, el interés difuso era la excusa formal que permitía al ciudadano el acceso directo a la acción de inconstitucionalidad.[16] Posteriormente, en la jurisprudencia del 2001 y 2002, se ha transformado en la opción para olvidarse del rígido concepto tradicional de legitimación activa; se admite la posibilidad de que el ciudadano ejerza un mayor control sobre los actos que lo afecten y que violen sus derechos fundamentales, para que pueda válidamente reclamar ante la Sala Constitucional.[17] En este caso ya no se trata sólo de la acción de inconstitucionalidad, sino también del recurso de amparo que le brinda la LJC.[18]

El ciudadano se convierte así en un sujeto legitimado *per se*, cuando de intereses difusos se trata.[19] Si bien es cierto que la Sala admite que el interés difuso es el instrumento teórico que la faculta para admitir una legitimación menos formalista y rigurosa, ello no implica que cualquiera pueda accionar indiscriminadamente; la Sala con-

---

[14] Ídem.

[15] Sobre el derecho a la tutela judicial o el derecho a la jurisdicción, puede consultarse J. Almagro Nosete, "El 'libre acceso' como derecho a la jurisdicción", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. XIV, nº 37, 1970, publicado nuevamente en *Consideraciones de Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch, 1988, pp. 55 y ss. Véase también, del mismo autor, *Instituciones de Derecho Procesal*, tomo I, Madrid, Trivium, 1993, pp. 47 y ss.

[16] Véase por todas, Sala Constitucional, nº 1775-90 de las 17:15 horas del 4 de noviembre de 1990.

[17] Así lo enseña J. L. Estévez, "Nuevas reflexiones sobre el Derecho Procesal", en *Justicia* 89, nº II, p. 281, cuando afirma que constituye una condición axiológica el que ningún requisito procesal atente contra el derecho a la tutela judicial efectiva.

[18] Desde la perspectiva del derecho comparado, se constata un amplio movimiento internacional que propugna por brindar nuevas formas de acceso a la justicia en tutela del interés difuso. Véase por todos, M. Cappelletti, "Formazioni sociali e interesi di gruppo davanti alla giustizia civile", en *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXX, 1975, pp. 363 y ss.

[19] Sala Constitucional, nº 8239-01, a las 16:07 horas del 14 de agosto del 2001. Esta sentencia implica un cambio de criterio en cuanto a la legitimación para accionar que se había expuesto en el voto que se cita a continuación. "[…] algunos intereses relacionados con el medio ambiente, la defensa de valores históricos, o *electorales* por ejemplo, que sí constituyen intereses difusos propiamente dichos, siendo necesaria y justificable la acción directa para su protección" (voto nº 1775-90 de las 17:15 horas del 4 de diciembre de 1990; la cursiva se ha añadido). En el caso aquí analizado, considera la Sala que no se requiere asunto previo, ya que la acción versa sobre valores electorales que, como se indicó, constituyen intereses difusos. Sala Constitucional, nº 7384-97, a las 15:51 horas del 4 de noviembre de 1997.

serva la facultad de analizar en cada caso si quien invoca esa legitimación más amplia realmente la tiene.[20] Estos pronunciamientos sientan la bases para que el ciudadano se convierta, junto a la Sala Constitucional, en un contralor más de los derechos consagrados en la Constitución.[21]

2. *Derechos fundamentales y sujeto legitimado*

Para parte de la doctrina, estaremos frente a un sujeto legitimado para accionar cuando sea factible precisar que se ha lesionado un derecho fundamental. Sin embargo, para otros, esta afirmación es excesiva y tautológica porque, en primer lugar, existe una amplia gama de derechos constitucionales (de primera, segunda, tercera y últimamente de cuarta generación) y, en segundo lugar, porque ante una lesión como la descrita es obvio que sólo los afectados están legitimados para reclamar en nombre propio o de la comunidad. Aceptar sin límites esta primera aproximación puede llevarnos a confusión, ya que definiríamos la legitimación no por los elementos que la integran, sino por la necesidad de tutelar un derecho fundamental.

Ciertamente, en ocasiones el objeto inherente al interés difuso y al derecho fundamental puede ser el mismo, pero esto no ocurre necesariamente.[22] Al contrario, nos

---

[20] Éste es un criterio de admisibilidad que rige en la acción de inconstitucionalidad. Véase, por ejemplo, la siguiente sentencia: "En la resolución cuya revocatoria se solicita, se citó la sentencia 463-93 como antecedente para calificar los conceptos de interés difuso e interés colectivo, e incluso en este último caso se aclaró que no puede interpretarse que, cuando la ley hace mención a los derechos que atañen a la colectividad en su conjunto, se refiera a la colectividad nacional, pues esto equivaldría a aceptar y reconocer una acción popular no regulada en nuestra legislación. Consideró la Presidencia en su oportunidad —criterio que considera válido la Sala— que en el caso concreto no es posible definir un grupo de personas o colectividad que conformen una unidad de intereses, oficios o vecindades, a quienes se les pudiera considerar como una colectividad en los términos del párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, y como se indicó, si eventualmente la norma cuestionada causara alguna lesión, ésta sería claramente individualizable con la posibilidad de que el afectado reclame sus derechos conforme lo dispone al artículo 75 párrafo primero de la citada Ley". Sala Constitucional, n° 0080-I-96, a las 8:30 horas del 23 de febrero de 1996.

[21] La Sala retoma así la doctrina que sostiene que la legitimación es un concepto con dimensión constitucional. En este sentido puede consultarse la teoría de la legitimación que expone J. Almagro Nosete, "Legitimación y amparo constitucional", en *RDP*, nº 4, 1980, pp. 615-647. En la doctrina italiana, sigue esta orientación B. Caravita, "La tutela jurisprudenziale degli interessi difusi e colletivi", en *Rivista Critica del Diritto Privato*, marzo 1985, p. 36.

[22] Sin embargo, por las peculiaridades que son inherentes al contenido abstracto de las garantías constitucionales, algunas veces es necesario utilizar un criterio de proporcionalidad de los valores para determinar la amplitud de la tutela constitucional. Véase en este sentido el siguiente extracto relativo al medio ambiente: "[…] al lado del conjunto de principios que la Constitución dedica a las relaciones económicas, debe situarse una serie de disposiciones de no menos trascendencia encaminadas a asegurar una protección básica a la vida humana considerada como valor en sí, al margen que se haga de los recursos humanos en atención a fines políticos o económicos. Se da así entrada a una nueva dimensión de las garantías constitucionales, cuyo núcleo esencial se halla en la protección de la libertad personal y de los demás derechos fundamentales vinculados de diversas maneras a esa libertad y que se manifiesta,

parece válido utilizar la tesis del derecho fundamental para precisar la competencia de la Sala Constitucional; esto es, para determinar si la Sala carece o no de jurisdicción para conocer el asunto que se le somete. Asunto diverso es tratar de definir al sujeto legitimado asociado a la vulneración del derecho fundamental. No es posible dejar de reconocer el hecho de que será a través del derecho fundamental que se defina (en un primer estadio) si la Sala Constitucional es o no competente para conocer del asunto o si éste es de conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

Para la doctrina procesal dominante, la simple invocación de la vulneración de una garantía constitucional no es un parámetro objetivo que permita diferenciar al sujeto legitimado para accionar, salvo que aceptemos que el interés difuso se define casuísticamente. Debe recordarse que algunos derechos fundamentales pertenecen al ámbito exclusivo del individuo (sólo a modo de ejemplo recuérdese el derecho a la libertad, susceptible de reclamarse a través del hábeas corpus), por lo que resulta evidente que no son susceptibles de un tratamiento colectivo.[23] En estos casos, no existen múltiples sujetos implicados en el objeto que se plantea al proceso y, por tanto, tampoco es posible dar un adecuado tratamiento a los derechos e intereses supraindividuales.[24]

---

ante todo, en un conjunto de reglas generales tendientes a crear una situación ambiental que facilite, lo más posible, el ejercicio de las libertades y el goce de los derechos fundamentales". Sala Constitucional, nº 2331-96, a las 14:33 horas del 14 de mayo de 1996.

[23] Así por ejemplo, véase la siguiente sentencia "1. GMH, interpone acción de inconstitucionalidad contra el artículo 43, párrafo segundo del Estatuto del Servicio Civil y los artículos 47 a 57 del Reglamento Autónomo de Servicios del Instituto Nacional de Aprendizaje, ya que, en relación con la norma estatutaria, establece que la gradación de las faltas en relación con su gravedad se hará mediante reglamentación, con violación del principio constitucional que obliga a que el establecimiento de todas las características de las faltas vengan definidas mediante ley formal. Con ello se infringe el principio de legalidad en materia sancionatoria establecido en el artículo 39 de la Constitución Política y además la regla de separación de poderes contenida en el artículo 9, en relación con los artículos 121 y 140 inciso 3 de la Carta Fundamental. Por otra parte, en relación con las normas reglamentarias, también contrarían la normativa señalada al constituir un ejercicio ilegítimo de las potestades reglamentarias por parte del Instituto Nacional de Aprendizaje, dado que reglan materia que por disposición constitucional tiene reserva de ley. Por ello, solicita que se declare con lugar la acción y se declare la nulidad tanto de la norma del Estatuto del Servicio Civil que contiene la delegación inconstitucional, como las normas reglamentarias que son producto del ejercicio de dicha facultad inconstitucionalmente delegada […] Que el artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional faculta a la Sala para rechazar de plano cualquier gestión cuando resultara evidentemente improcedente o infundada […] Es fácil concluir de lo dicho que el caso del recurrente no cumple con las características establecidas para ser considerado como la defensa de un interés difuso, ya que se trata más bien de un interés individual claramente individualizado en cada uno de los afectados y que no existe posibilidad de que los efectos 'nocivos' de las normas discutidas puedan repercutir en la comunidad como un todo. Así las cosas, lo procedente es rechazar de plano la acción planteada". Sala Constitucional, nº 5942-97, a las 19:03 horas del 23 de setiembre de 1997.

[24] Aunque, como acertadamente enseña García de Enterría, la legitimación es un concepto con dimensión constitucional y, por lo tanto, que concierne al ejercicio individual pero también colectivo de

3. Derecho reaccional

La Sala ha ensayado diversas teorías para justificar su competencia en este tipo de asuntos. Así, por ejemplo, ha aceptado reiteradamente que, en presencia de la vulneración de un derecho fundamental que afecte los intereses difusos, "el presupuesto procesal de la legitimación tiende a extenderse y ampliarse en una dimensión tal, que lleva necesariamente al abandono del concepto tradicional, debiendo entender que, en términos generales, toda persona puede ser parte y que su derecho no emana de títulos de propiedad, derechos o acciones concretas que pudiera ejercer según las reglas del derecho convencional, sino que su actuación procesal responde a lo que los modernos tratadistas denominan el interés difuso, mediante el cual la legitimación original del interesado legítimo o aun del simple interesado se difunde entre todos los miembros de una determinada categoría de personas que resultan así igualmente afectadas por los actos ilegales que los vulneran".[25] La Sala Constitucional no sólo reconoce que, tratándose de intereses difusos, la concepción de sujeto legitimado debe ser lo más amplia posible, sino que ante esta categoría de intereses existe un verdadero derecho reaccional que, "como su nombre lo indica, lo que hace es apoderar a su titular para 'reaccionar' frente a la violación originada en actos u omisiones ilegítimos".[26]

Los efectos procesales de esta posición han llevado a la jurisprudencia a reconocer de oficio la legitimación activa del sujeto, aun en casos en que el recurrente erróneamente invoca una causal diversa al interés difuso (LJC, artículo 75).[27] Por lo expuesto, se ha considerado necesario y justificable conceder directamente la legitimación para accionar cuando exista un interés difuso relacionado con la defensa de ciertos valores, como el ambiente.[28] De esta manera, se acepta que el derecho a la tutela judicial efectiva no sólo les corresponde a todos los afectados, sino que, siendo notoria la violación de la norma procesal o constitucional y desprendiéndose de la acción (denuncia de la parte) que existe un grupo afectado, consideramos razonable y pro-

---

los derechos fundamentales y libertades públicas. E. García de Enterría, "Los ciudadanos y la administración: nuevas tendencias en Derecho español", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 51, julio-setiembre 1986, p. 757; en igual sentido, P. Saavedra Gallo, "La justicialidad de la Constitución y los órganos jurisdiccionales ordinarios", en *Justicia* 86, nº I, p. 40.

[25] Sala Constitucional, nº 2233-93.

[26] Ibídem.

[27] En igual sentido se pronuncia, J. Silguero Estagnan, *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Madrid, Dikynson, 1995, p. 306.

[28] Véase por ejemplo: "Lo que ocurre es que la actora fundamentó en forma errónea su legitimación, la cual deriva no de un interés colectivo como el que aquella expresión supone, sino de uno de los denominados 'difusos', en cuanto iguales y los mismos para un conjunto, indeterminado aunque determinable, de personas, quienes son sus titulares, colectivamente, todas y cada una de ellas como miembros de esa colectividad". Sala Constitucional, nº 980-91 de las 13:30 horas del 24 de mayo de 1991; en igual sentido, Sala Constitucional, nº 2883-96, a las 17:00 horas del 13 de junio de 1996.

porcionada la jurisprudencia de la Sala Constitucional que potencia la intervención de oficio, reconociendo en su caso la legitimación por sustitución del actor, a fin de evitar la reproducción de pretensiones idénticas sucesivamente ante el órgano constitucional. De esta manera se hace realidad el principio de justicia pronta y cumplida que manda nuestra Constitución, el cual se vería afectado si admitiéramos restringir la tutela jurisdiccional en estos casos.

De lo anterior se desprende que sólo la violación de los derechos fundamentales que implique la afectación de un interés difuso conlleva la legitimación activa directa en la acción de inconstitucionalidad. Siempre que se acredite su violación, la Sala debe admitir de oficio el asunto. De esta manera se hace efectivo el principio de justicia pronta y cumplida (Constitución Política, artículo 41).

IV. Criterios operativos

Quizá el criterio operativo más utilizado para descifrar quién es el sujeto legitimado para accionar en defensa de un interés difuso en la acción de inconstitucionalidad lo constituye lo que la doctrina denomina la *doble naturaleza* de nuestro objeto de estudio y que la jurisprudencia redefine al indicar que estos intereses "son a la vez colectivos —por ser comunes a una generalidad— e individuales, por lo que pueden ser reclamados en tal carácter".[29] Ello implica que el recurrente debe acreditar que le asiste un interés individual en el que está siendo afectado (*interesse ad agire*)[30] —por ejemplo, por la contaminación de que es objeto su comunidad—, pero también le asiste un interés colectivo, ya que la lesión también se produce para la población como un todo (múltiples sujetos afectados por el objeto que se plantea al proceso).

Sin embargo, recientemente la Sala Constitucional, en una sentencia de inconstitucionalidad, dictó un fallo en el que varió su doctrina. Indicó que, cuando se reclama la vulneración del medio ambiente, no se está en presencia de un interés difuso, pues se afecta "a la colectividad nacional y no a grupos particulares de ésta". Por cierto, "un daño ambiental no afecta apenas a los vecinos de una región o a los consumidores de un producto, sino que lesiona o pone en grave riesgo el patrimonio natural de todo el país e incluso de la humanidad".[31] No obstante, el efecto práctico es el mismo, pues en ese caso la legitimación para accionar en la inconstitucionalidad se le reconoce a cualquier ciudadano.

---

[29] Sala Constitucional, nº 2331-96, a las 14:33 horas del 14 de mayo de 1996.

[30] Este tema ha sido tratado en Italia desde hace mucho. Véase el clásico de A. Attardi, *L'interesse ad agire*, Padua, CEDAM, 1955. En la doctrina francesa se utiliza bajo el concepto *sans intérêt pas d'action*; puede consultarse A. Fettweis, *Manuel de Procédure Civile*, 2ª ed., Lieja, Facultad de Derecho, 1987, pp. 37 y ss. Con una terminología más actual, no habría inconvenientes para configurarlos como interés en accionar, si bien ésta no es la posición del procesalista italiano citado, quien, limitado por la realidad positiva de su país, refiere el interés *ad agire* a la demanda y sólo para los casos de incertidumbre o *periculum in mora*.

[31] Sala Constitucional, nº 8239-01 de las 16:07 horas del 14 de agosto del 2001.

1. La naturaleza individual y colectiva del interés difuso

La peculiar característica inherente al interés difuso de reunir esa doble naturaleza, individual y colectiva, ha llevado a la Sala Constitucional a sostener que, tratándose de ciertos valores (ambiente, defensa de valores históricos, electoral, etc.), la legitimación corresponde al ser humano como tal, pues la lesión a ese derecho fundamental la sufre tanto la comunidad como el individuo en particular.[32] En consecuencia, el sujeto legitimado debe tener esa doble condición; no basta que sólo le asista un interés individual o colectivo, pues en esos casos no estaremos en presencia de un interés difuso y la Sala negará la legitimación al sujeto para solicitar la protección de esa jurisdicción. Por el contrario, frente a un interés como el analizado, la Sala de oficio procede a admitir el reclamo.[33] No ocurre lo mismo cuando se invoca sólo un interés individual.[34]

En síntesis, la doble naturaleza objetiva del interés difuso, individual y colectiva, es el supuesto que se utiliza como clave para acreditar o no la legitimación activa del recurrente. Este orientación, por subjetiva, puede prestarse a injusticias; por ejemplo, al negar el acceso a la tutela constitucional a determinados sujetos, al señalar como causal de falta de legitimación que se está en presencia de un interés claramente individualizable o sólo colectivo, sin posibilidad para el que lo invoca de demostrar lo contrario.[35] Esto puede traducirse en un aumento de la litigiosidad no deseado ante

---

[32] Sala Constitucional, nº 2331-96, a las 14:33 horas del 14 de mayo de 1996.

[33] Sala Constitucional, nº 1775-90 de las 17:15 horas del 4 de diciembre de 1990. En igual sentido ver sentencia nº 3294-92 de las 16:10 horas del 3 de noviembre de 1992.

[34] Véase la siguiente resolución que en lo pertinente establece: "Por otra parte, alega también el accionante la existencia de un interés difuso al tratarse de la defensa de los demás empleados del Instituto Nacional de Aprendizaje que podrían ser sancionados de forma injusta. No es necesario profundizar mucho para notar que no lleva razón el accionante […] Es fácil concluir de lo dicho que el caso del recurrente no cumple con las características establecidas para ser considerado como la defensa de un interés difuso, ya que se trata más bien de un interés individual claramente individualizado en cada uno de los afectados y que no existe posibilidad de que los efectos 'nocivos' de las normas discutidas puedan repercutir en la comunidad como un todo. Así las cosas, lo procedente es rechazar de plano la acción planteada". Sala Constitucional, nº 5942-97, a las 19:03 horas del 23 de setiembre de 1997.

[35] El tema es problemático y complejo y da lugar a diversas interpretaciones que podrían ser consideradas confusas. Véase por ejemplo: "Afirma la accionante que interpone la acción sin necesidad de que exista asunto previo pendiente de resolución, en los términos del párrafo primero del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, porque por la naturaleza del asunto no existe lesión individual y directa. La Sala difiere de tal criterio y considera que el acuerdo de Gobierno que se impugna podría eventualmente causar una lesión individual y directa a cualquier mujer interesada en ser nombrada directora de la autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y quien, luego de realizar las gestiones pertinentes a fin de obtener tal nombramiento, considere que a pesar de tener atestados suficientes no se le nombró para designar en su lugar a un hombre y que esto constituye una violación al principio de igualdad. Es decir, la violación al principio de igualdad y no discriminación no ocurre en abstracto, sino en relación con sujetos y situaciones concretas. En consecuencia, se debe rechazar este fundamento de legitimación. También alega la accionante que 'se está en presencia de intereses difusos o que atañen a la colectividad' sin dar mayor explicación o justificación al respecto. Tampoco nos encontramos frente

la Sala Constitucional, pues cualquiera de los otros afectados puede gestionar un nuevo recurso o acción de inconstitucionalidad ante esta instancia extraordinaria. Para evitar caer en la arbitrariedad, consideramos prudente utilizar el criterio de proporcionalidad del bien afectado como parámetro de admisibilidad.

2. El ser humano

Como concepto genérico, el ser humano está legitimado para accionar siempre que demuestre que le asiste un interés difuso. Podríamos preguntarnos hasta dónde llegan los alcances de esta afirmación. La jurisdicción constitucional, creemos que de manera acertada, ha señalado las siguientes posibilidades:

> […] tratándose de la Jurisdicción Constitucional, la Sala estima que no sólo la legitimación en sí, sino también las condiciones necesarias para estar en el proceso —ya sea como actor o como demandado— o, en su caso, para gozar o sufrir las consecuencias de la sentencia —como vencedor o vencido— son y deben ser no sólo lo más amplias que sea posible y prudente reconocer, sino también que, en esa amplitud, la capacidad misma para ser parte y aun para gestionar judicialmente, como condiciones previas a esa legitimación, debe ser tal que incluso, como en este caso, *un menor de edad, estudiante de primaria,* pueda gozar de ella, pero también cualquier otra persona con sólo que tenga la condición de poder articular con claridad su pretensión y su interés.[36]

Resulta interesante ver cómo la jurisprudencia constitucional rompe la distinción clásica de la legitimación activa cuando admite que, tratándose de intereses difusos, un menor de edad está facultado para interponer la acción, actuar en el proceso y sufrir las consecuencias del fallo.[37] Esta posición es coherente con las nuevas alterna-

---

a estos casos de excepción que contempla el artículo 75 de la ley que rige esta jurisdicción. En relación con los intereses que atañen a la colectividad en su conjunto, la Sala ha precisado que con ella se refiere el legislador a la legitimación que ostenta una entidad corporativa, cuando actúa por intermedio de sus representantes, en defensa de las personas que conforman su base asociativa, pero además de lo anterior, siempre y cuando se trate del cuestionamiento de normas o disposiciones que inciden en aquel núcleo de derechos o intereses que constituye la razón de ser y el factor aglutinante de la agrupación, ello incluso cuando, en algunos casos, los efectos de tales normas pudieran repercutir de manera individualizada en cada uno de sus miembros (véase por todos el pronunciamiento número 1631-91 de las 15:15 horas del 21 de agosto de 1991). Confrontado lo anterior con el caso en estudio, la accionante no cumple con los requisitos de esta forma de legitimación, ya que evidentemente no actúa en representación de ningún grupo o asociación de personas definido o fácilmente identificable, sino que lo hace a título personal. Tampoco es un caso de defensa de intereses difusos". Sala Constitucional, nº 2389-97, a las 14:39 horas del 29 de abril de 1997.

[36] Sala Constitucional, nº 2331-96, a las 14:33 horas del 14 de mayo de 1996. La cursiva se ha añadido.

[37] Esta posición es coherente, pues deja de lado la concepción decimonónica sobre el niño. En este sentido Ferrajoli afirma: "[…] en los orígenes de esta exclusión de los niños del horizonte del derecho, se encuentra una paradoja vinculada a la rígida separación entre esfera pública y privada que se genera en el nacimiento del derecho moderno. Producto de esta separación, los derechos de libertad de los individuos machos y adultos se han consolidado, en el viejo Estado liberal, como una garantía de inmunidad del derecho a la esfera privada, esfera a la que pertenecen, junto al patrimonio, la familia y la vaca.

tivas que se abren en doctrina para implementar otras formas de legitimación, pues de aceptarse los conceptos procesales clásicos, prevalecería el "formalismo" sobre el nuevo objeto que se pretende tutelar a través de esta construcción doctrinal. No ignoramos que tradicionalmente se ha hecho la distinción entre legitimación procesal y capacidad de actuar. La primera hace referencia a la capacidad para figurar en un proceso; es una facultad inherente a cualquier persona física, independientemente de su edad. La segunda se asocia a la capacidad para accionar en un proceso. La doctrina clásica les niega a los menores esta potestad y los obliga a actuar en el proceso por medio de un representante.

Sin embargo, conforme ya quedó aclarado, tratándose de intereses difusos estamos frente a un proceso que es de interés público, donde el ciudadano actúa como un contralor más de constitucionalidad.[38] Para facilitar ese control se establece una amplia e informal forma de legitimación activa. Ello no implica tampoco que estemos en presencia de una verdadera acción popular, pues en cada caso la Sala examina si concurren los supuestos del interés difuso. Cuando así acontece, el Estado, por medio de la Sala Constitucional, es el más interesado en fiscalizar y corregir los vicios que impliquen la afectación del bien común.[39]

La respuesta que brinda la jurisprudencia constitucional es: tratándose de intereses difusos, cualquier miembro de la comunidad afectada, como lo son *los niños y adolescentes*, está legitimado para acudir a la Sala Constitucional en procura de la protección de sus derechos fundamentales. Esta posición puede ser conflictiva en doctrina, pero retoma la tesis prevaleciente de que, si se trata de derechos fundamentales asociados a un interés difuso, la Sala puede actuar de oficio. Parece una posición racional y proporcionada cuando se trata de la protección de los intereses difusos. No debe olvidarse que se trata de dar una respuesta procesal a los derechos e intereses integrados en un número amplio de individuos, lo que supone un elemento subjetivo

---

El universo doméstico, no muy diversamente de la fábrica, se ha configurado como sociedad 'natural', dentro de la cual los 'menores' —a través de tribunales y orfanatos—, únicamente con problemas de policía o de asistencia caritativa resultado de sus actos desviados o de su abandono. Es por esta vía que se ha mantenido, también en las legislaciones europeas, una legislación al mismo tiempo paternalista y represiva […] El enfoque de este libro reivindica con fuerza para el derecho de la infancia la lógica de los derechos y sus garantías. Como se sabe, los derechos y las garantías constituyen siempre las leyes de los más débiles, contra la ley del más fuerte que se desarrolla e impera toda vez que los derechos y garantías resultan ausentes o inefectivos. Y son precisamente los niños más que nadie los sujetos 'débiles' por antonomasia, destinados a sucumbir en este estado de naturaleza en el cual son abandonados a la lógica de la fuerza y del mercado". L. Ferrajoli, "Prefacio", en *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Buenos Aires, 1998, p. XII.

[38] Sala Constitucional, nº 2331-96, a las 14:33 horas del 14 de mayo de 1996.

[39] A similar conclusión llega el Magistrado español J. L. Jori Tolosa, "Problemática procesal de la protección de los intereses difusos", en AA.VV., *Intereses difusos y Derecho Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial XXXVI, Madrid, CGPJ, 1994, pp. 98-99.

difuso del poder de acción. De no admitirse esto, se produciría una doble lesión a los afectados: la que dio lugar a la lesión originaria y la otra, a cargo de la propia Sala Constitucional, al negar la posible tutela constitucional.

V. Clave para identificar el interés difuso

La jurisprudencia constitucional define el *interés difuso* de la siguiente manera:

> Se trata de intereses individuales, pero, a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende, reciben un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones y, a la vez, de cada una de ellas.[40]

Al interpretar este concepto *a contrario sensu*, podemos deducir que no estaremos en presencia de un interés difuso cuando: a) su titularidad se confunda con la de la comunidad nacional como un todo o sea un interés demasiado vago o amplio;[41] b) sea tan concreto que frente a él resulten identificadas o fácilmente identificables personas determinadas;[42] c) pertenezca a grupos personalizados, cuya legitimación no derivaría de los intereses difusos, sino de los corporativos o que atañen a una comunidad en su conjunto.

En los primeros ejemplos, no estamos en presencia de un interés difuso, porque se reclama sólo una faceta: individual o colectiva. El último supuesto se refiere a los intereses corporativos, que tienen un procedimiento propio y diverso al establecido para el interés difuso (LJC, artículo 75).[43] En consecuencia, el interés difuso se identi-

---

[40] Sala Constitucional, nº 2331-96, a las 14:33 horas del 14 de mayo de 1996; véase también en igual sentido Sala Constitucional, nº 2233-93.

[41] Reiteradamente, la Sala ha deslindado este aspecto, al señalar, por ejemplo que "[…] a sabiendas del consenso jurisdiccional que existe sobre la inconstitucionalidad de la inclusión de normas generales no presupuestarias en el Presupuesto Nacional, el legitimar la acción directa en este supuesto equivaldría prácticamente a tener que autorizarla también contra toda la demás legislación ordinaria aprobada con vicios inconstitucionales, aun cuando esos roces sean de otra índole, siendo ese interés —aunque loable— demasiado vago o amplio como para constituir por sí mismo un interés difuso o colectivo". Sala Constitucional, nº 1775-90 de las 17:15 horas del 4 de diciembre de 1990; en igual sentido, Sala Constitucional, nº 2883-96, a las 17:00 horas del 13 de junio de 1996.

[42] Sala Constitucional, nº 5942-97, a las 19:03 horas del 23 de setiembre de 1997; en igual sentido, Sala Constitucional, nº 2389-97 a las 14:39 horas del 29 de abril de 1997.

[43] "En relación con los intereses que atañen a la colectividad en su conjunto, la Sala ha precisado que con ello se refiere el legislador a la legitimación que ostenta una entidad corporativa, cuando actúa por intermedio de sus representantes, en defensa de las personas que conforman su base asociativa, pero además de lo anterior, siempre y cuando se trate del cuestionamiento de normas o disposiciones que inciden en aquel núcleo de derechos o intereses que constituye la razón de ser y el factor aglutinante de la agrupación, ello incluso cuando, en algunos casos, los efectos de tales normas pudieran repercutir de manera individualizada en cada uno de sus miembros (véase por todos el pronunciamiento número 1631-91 de las 15:15 horas del 21 de agosto de 1991). Confrontado lo anterior con el caso en estudio,

fica como aquel donde está presente esa doble naturaleza: ser a la vez colectivo e individual. La lesión al derecho fundamental que se invoca la debe sufrir tanto la comunidad como el individuo en particular.

1. El elemento subjetivo

Cuando se trata de precisar al sujeto legitimado, la Sala acude reiteradamente a conceptos abstractos. No podría ser de otra manera, debido a las peculiares características que son inherentes al interés difuso. Del estudio de las diversas resoluciones se nota un importante esfuerzo por darle un contenido al sujeto, pese a las dificultades. Por ejemplo, la Sala ha señalado que se trata de un tipo de especial de interés, "distribuido en cada uno de los administrados, mediato si se quiere, pero no por ello menos diluido y constatable, para la defensa, ante esta Sala, de ciertos derechos constitucionales de una singular relevancia para el adecuado y armónico desarrollo de la sociedad".[44]

Del extracto anterior, que es retomado en múltiples resoluciones, se pueden rescatar dos elementos capaces de ayudar a comprender la orientación que la Sala pretende darle al asunto. En primer lugar, el vínculo entre interés difuso y sujeto puede ser muy débil e incluso subjetivo, pero es importante señalar que, en caso de duda, debe admitirse la acción, y será al resolver el fondo cuando se precise si estaba o no legitimado el sujeto para interponer el recurso. Consideramos que esta interpretación es la correcta porque está en juego el control constitucional sobre aspectos que atañen a la colectividad y a la Constitución.

El segundo aspecto deriva del anterior y tiene que ver con la incertidumbre que existe alrededor del tema en estudio. En efecto, lo impreciso del tema ha llevado a la jurisprudencia a tratar de determinar cuándo estamos en presencia de un tema relativo a los intereses difusos. Se han ensayado diferentes alternativas para individualizarlos; una de ellas hace hincapié en ciertos *bienes constitucionales*, como aproximación a un criterio objetivo que permita a los ciudadanos saber con algún grado de certeza cuándo están en presencia de un interés difuso y por ende pueden gestionar en su defensa.

---

la accionante no cumple con los requisitos de esta forma de legitimación, ya que evidentemente no actúa en representación de ningún grupo o asociación de personas definido o fácilmente identificable, sino que lo hace a título personal. Tampoco es un caso de defensa de intereses difusos". Sala Constitucional, nº 2389-97 a las 14:39 horas del 29 de abril de 1997.

[44] Sala Constitucional, nº 0058-97, a las 15:15 horas del 7 de enero de 1997.

2. El elemento objetivo

El elemento básico mediante el cual podemos identificar este interés está, en palabras de la jurisprudencia constitucional, en las "*especiales características de estos derechos por sí mismos y no* [en] *los sujetos que pueden ostentarlos*". Ésta es "*la clave para la distinción y determinación de la presencia de los llamados intereses difusos*".[45]

Lo importante de esta nota es que temporalmente refleja el último componente distintivo del tema, dado por la Sala Constitucional, y éste es que no se trata de números *clausus* sino *apertus*. Lo que determinará si estamos o no frente a un interés difuso, digno de tutela constitucional, es la relevancia del tema y los efectos que pueda tener sobre el desarrollo armónico de la sociedad. Estos aspecto son, por objetivos, esenciales para precisarlos, pues ahora se invierte el supuesto de admisibilidad. Esto ocurre porque bastará precisar que estamos ante un supuesto de interés difuso, como el ambiente o el derecho a la educación, para justificar, en principio, que nos asiste un interés digno de tutela.

También significa que los intereses difusos se definen por sus propias características. Admitiendo lo anterior, resulta ahora medular para el amparado determinar o acreditar cuáles son los bienes que se consideran como tales, para que la Sala, de oficio, le reconozca al sujeto la legitimación activa. Debe agregarse que en este caso no estamos en presencia de situaciones donde la persona humana deba acreditar que le asiste un interés difuso; más bien lo que debe demostrar es que la jurisprudencia o la doctrina aceptan que la situación que vulnera uno de sus derechos fundamentales es considerada como un caso típico de afectación de un interés difuso.

VI. Consideración procesal-constitucional

El tema del interés difuso conlleva para la Sala, al igual que todos aquellos de relevancia constitucional, el ejercicio de funciones de control abstracto de las normas. Sin embargo, hasta ahora no se han extraído las consecuencias que pueden derivar del ejercicio de este control, ni se ha desarrollado un sistema de reglas y de los modelos argumentales imperantes. Pese a esas carencias, los magistrados de la Sala Constitucional han ido elaborando un instrumental adecuado que respeta y restablece la primacía de la Constitución como parámetro de interpretación. De esta manera se ha ido creando una jurisprudencia que busca los instrumentos de control apropiados a su función.

---

[45] Sala Constitucional, nº 0058-97, a las 15:15 horas del 7 de enero de 1997 (la cursiva se ha añadido).

Ahora hay un número suficiente de sentencias en este campo que permiten una determinación más precisa de las funciones y de los límites del contralor de constitucionalidad a través del ejercicio de fiscalización de lo que denominamos *interés difuso*. La intención de este apartado es analizar este material, agruparlo según conceptos simples y aventurar los primeros elementos de una breve sistematización provisional.

En este orden de ideas, consideramos que puede ser de interés mencionar dos temas que están íntimamente unidos: a) los presupuestos del control constitucional sobre la sociedad y el Estado, y b) aquellos que desarrolla el CNACR. De esta manera, brevemente, mostraremos los supuestos que consideramos de mayor relevancia.

1. El interés difuso: relaciones Estado-sociedad

En un principio, la integración de la Sala Constitucional consideró de relevancia temas muy concretos, que son de hecho reconocidos por la doctrina como intereses difusos.[46] Actualmente, muchos otros han sido reconocidos como tales. Por cierto, esta búsqueda de un criterio objetivo ha llevado a la jurisprudencia, casi de manera casuística, a clasificar y asociar una serie de derechos constitucionales con intereses difusos. A modo de ejemplo, en los años noventa se aceptó que estábamos en presencia de éstos cuando se invocaba el derecho al ambiente,[47] la defensa del patrimonio histórico[48] y la materia electoral.[49] Ahora, el concepto se ha abierto y se reconocen, entre otros:

> […] aquellos cuya titularidad pertenece a grupos de personas no organizadas formalmente, pero unidas a partir de una determinada necesidad social, una característica física, su origen étnico, una determinada orientación personal o ideológica, el consumo de ciertos productos, etc. El interés, en estos casos, se encuentra difuminado, diluido (difuso) entre una pluralidad no identificada de sujetos. En estos casos, claro, la impugnación que el miembro de uno de estos sectores podría efectuar amparado en el párrafo 2 del artículo 75 deberá estar referida necesariamente a disposiciones que lo afecten en cuanto tal.[50]

Esto no quiere decir que sean los únicos, o que estemos en presencia de *numerus clausus*. Por el contrario, los intereses difusos, como su nombre lo indica, comprenden muchas diversas y nuevas categorías de protección individual y social. Conforme pase el tiempo, los ciudadanos tendrán una mayor preponderancia en su fiscalización,

---

[46] El siguiente extracto ejemplifica los temas más tratados. Entre estos destacan "[los] intereses relacionados con el medio ambiente, la defensa de valores históricos, o electorales por ejemplo, que sí constituyen intereses difusos propiamente dichos, siendo necesaria y justificable la acción directa para su protección". Sala Constitucional, nº 1775-90 de las 17:15 horas del 4 de diciembre de 1990.

[47] Sala Constitucional, nº 3705-93 de las 15:00 horas del 30 de julio de 1993.

[48] Sala Constitucional, nº 5753-93 de las 14:45 horas del 9 de noviembre de 1993.

[49] Sala Constitucional, nº 980-91 de las 13:30 horas del 24 de mayo de 1991.

[50] Sala Constitucional, nº 8239-01 de las 16:07 horas del 14 de agosto del 2001.

que indudablemente llevará a la tutela de otras formas, incluso ahora no aceptadas por la jurisprudencia y la doctrina. No obstante, el ir precisándolos desde ya significa una importante decisión de política jurídica realizada por la Sala Constitucional. Debe recordarse que una sola sentencia en este tema soluciona con carácter general y vinculante un asunto que afectará a la sociedad y a las reglas que la rigen en nuestro Estado social de Derecho (por ejemplo, todas aquellas relativas a derechos sociales reconocidos por nuestra Carta Magna).

Por ello, debemos preguntarnos qué ha significado la intervención de la Sala en estos temas, sus relaciones con otros órganos estatales, cuyas decisiones tiene que controlar en lo que se refiere al respeto de los derechos fundamentales o a la constitucionalidad. Esta labor, relativa a la esencia de la Sala Constitucional, puede ordenarse según facetas jurisdiccionales y políticas. Las funciones jurisdiccionales constitucionales giran alrededor de la protección de los derechos individuales y colectivos que caracterizan a los intereses difusos. Las funciones políticas tienden a acentuar los aspectos institucionales de esta jurisdicción, que parecen colocarla como un "cuarto poder" fiscalizador de la labor sociojurídica del Estado y de la sociedad.

Estos parámetros han permitido alcanzar un grado óptimo de eficiencia de las sentencias de la Sala Constitucional. En efecto, consideramos errado buscar una diferenciación entre ambos tópicos cuando de intereses difusos se trata, pues precisamente su naturaleza dual, colectiva e individual, impone el necesario control sobre la doble faceta, jurídica y política, de las decisiones de los órganos del Estado o de la sociedad, cuando por acción u omisión amenacen o violen los derechos de las personas. El otro aspecto que merece destacarse es que las posibles interpretaciones de la Sala en materia de ambiente, salud, educación, cultura, deporte y vivienda, entre otros aspectos, tienden a perfeccionar la protección de los más desprotegidos.

La Sala, en la actualidad, ha mostrado que siguiendo las reglas hermenéuticas es capaz de brindar nuevas respuestas al decimonónico derecho de adultos; un buen ejemplo de ello es la sentencia que desarrolla la posibilidad de reconocerles legitimación a las personas menores de edad, cuando esté de por medio el derecho al medio ambiente.[51] En otros casos, la Sala ha sostenido el principio de que los límites de la jurisdicción constitucional son los mismos de la interpretación constitucional. Ello ha levantado algunas voces de protesta que afirman que la Sala Constitucional no debe imponerles a otros órganos del Estado su propia concepción de la Constitución; o, lo que consideran aún más gravoso, que supuestamente interfiera con los otros órganos, desconociéndoles sus funciones o competencias. Pero lo cierto del caso es que, tratándose de intereses difusos, por la importancia de los bienes en juego y porque la Sala Constitucional actúa como un límite de límites al poder del Estado, debe intervenir cuando éste se haya extralimitado en el ejercicio de sus funciones.

---

[51] Sala Constitucional, n° 0080-I-96, a las 8:30 horas del 23 de febrero de 1996.

Debe recordarse que el Tribunal Constitucional, frente al Estado, tiene un aspecto material, institucional y funcional; por ello debe resolver con carácter de vinculación última cuando se trata de derechos fundamentales, aunque en muchos casos debe reconocerle al Estado márgenes de actuación precisamente porque sus sentencias, si bien tienen validez general, no son omnicompresivas, lo cual permite restablecer el equilibrio entre la Sala y el Estado. En este tema es quizá donde los límites entre competencias pueden diluirse más aún, pero hasta ahora el equilibrio y la proporcionalidad han sido la pauta que se ha impuesto como una forma de autolimitación judicial, no imperativa e implícita en los fallos que tienen que ver con intereses difusos. Un ejemplo es la siguiente resolución, donde se indica:

> Esta Sala también ha reconocido que, tanto el derecho a la salud como a un ambiente libre de contaminación, sin el cual el primero no podría hacerse efectivo, son derechos fundamentales, de modo que es obligación del Estado proveer a su protección, ya sea a través de políticas generales para procurar ese fin o bien a través de actos concretos por parte de la Administración. El desarrollo sostenible es una de esas políticas generales que el Estado dicta para ampliar las posibilidades de que todos puedan colmar sus aspiraciones a una vida mejor, incrementando la capacidad de producción o bien ampliando las posibilidades de llegar a un progreso equitativo entre un crecimiento demográfico o entre éste y los sistemas naturales. Es el desarrollo sostenible, el proceso de transformación en la utilización de los recursos, orientación de las inversiones, canalización del desarrollo tecnológico, cambios institucionales y todo aquello que coadyuve para atender las necesidades humanas del presente y del futuro.[52]

La resolución transcrita refleja una situación de hecho: cómo las sentencias de la Sala Constitucional definen los marcos de actuación del Estado cuando de intereses difusos se trata. Éste es un aspecto que merece destacarse porque, por lo general, cuando se trata del control de contenidos, la regla parece ser que los Tribunales Constitucionales se inclinan por la protección de los derechos individuales (libertad, movimiento, integridad física, etc.) más que por la de los sociales, económicos o culturales (ambiente, educación, alimentación, vivienda, etc.). Debe recordarse que el control constitucional conlleva el examen —cuando así se le solicita— de todas las decisiones de los poderes públicos, sobre la base del respeto a la Constitución y a la Ley.

Otro aspecto que merece señalarse es que, cuando de intereses difusos se trata, la Sala Constitucional no se limita a un mero control superficial de evidencias, que lleva a declarar con lugar el reclamo sólo cuando éste sea evidente u obvio. Por el contrario, es difícil para el Estado apelar a la presunción de "corrección funcional" en su favor. Desde este punto de vista, la Sala potencia la protección del ser humano como fin último del sistema constitucional, lo cual no significa admitir que ésa sea la vía apropiada para cuestionar los peritajes técnicos que puedan resolver el fondo del asunto.

---

[52] Sala Constitucional, nº 1763-94, a las 16:45 horas del 13 de abril de 1994.

En efecto:

> […] en lo tocante a la disconformidad del recurrente con el contenido del estudio técnico presentado por S. F. Sociedad Anónima —aprobado por la Comisión recurrida— y sin menospreciar las evaluaciones técnicas que aquél menciona en el libelo, ya la Sala ha señalado reiteradamente que no es de su competencia entrar a examinar los criterios técnicos o científicos que unos y otros contienen, pues el papel de este Tribunal no es —ni debe ser— el de árbitro en las controversias que las partes interesadas manifiesten con respecto a dictámenes técnicos o científicos. En efecto, no es esta jurisdicción la idónea para decidir sobre cuestiones técnicas o científicas, de manera que compete a otras instancias determinar si el dictamen aportado para lograr la autorización de la explotación forestal que se pretende está técnica y científicamente hecho. Con base en él se concluyó que el desarrollo industrial que se pretende realizar no es perjudicial para el ecosistema de la zona y, en consecuencia, para la salud, y en ello no observa la Sala infracción constitucional alguna. Así, la disconformidad que el recurrente tenga con el dictamen presentado por Ston Forestal Sociedad Anónima es un asunto de mera legalidad, que como tal debe ser discutido no en esta vía, sino ante la legal correspondiente, motivo por el cual el recurso resulta improcedente y así debe declararse, con el voto salvado de la Magistrada Calzada, quien ordena dar curso al amparo.[53]

El peritaje técnico es un límite que acepta la Sala Constitucional, lo cual permite concluir que existe una graduación de la densidad del control, que depende en cada caso de diversos supuestos. Tratándose de intereses difusos, el control del resultado es un punto considerado esencial, pues el resultado de la decisión del órgano del Estado recae normalmente sobre el ciudadano. Los actos del Gobierno se miden en cuanto afecten los derechos fundamentales.

Este control a posteriori de las disposiciones de otros poderes del Estado es esencial, porque dispone de una amplia esfera de libertad de apreciación de la realidad para alcanzar un fin determinado, llámesele cultura, educación, salud, etc. Este aspecto tiene especial importancia cuando se trata de analizar los compromisos adquiridos con la ratificación o firma de tratados internacionales que otorgan una rango específico de protección a la niñez y a la adolescencia. Lo mismo acontece cuando el Estado se obliga, por medio de una ley, a proteger a este sector de la población y no lo hace.

En términos más sencillos, también el control opera a posteriori cuando las municipalidades, por acción u omisión, ponen en peligro la salud o el derecho al ambiente (por ejemplo, al tolerar el vertido de desechos contaminantes en los ríos). En estos casos, la Sala Constitucional ejerce un control de resultados y hasta ahora no ha admitido como eximente de responsabilidad la falta de presupuesto para garantizar y hacer cumplir su obligación de mantener un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.[54] Por lo general, el control de resultado conlleva en nuestro medio una elevada densidad de control sobre los actos del Estado que amenacen o violen de cualquier manera los intereses difusos de la población.

---

[53] Sala Constitucional, nº 1783-94, a las 9:57 horas del 15 de abril de 1994.

[54] Sala Constitucional, nº 4480-94, a las 10:51 horas del 19 de agosto de 1994.

VII. Conclusión

La configuración constitucional del interés difuso lleva a que se alcancen importantes fines de control constitucional. Entre éstos destaca el establecer una legitimación más flexible y menos formalista, necesaria para asociar a los ciudadanos al interés del propio Estado de fiscalizar y restablecer su propia juridicidad. El concepto de *interés difuso* establece un nuevo modelo de legitimación activa para que ese control sea cada vez más efectivo y eficaz. El interés difuso se identifica como aquel donde está presente esa doble naturaleza de ser a la vez colectivo e individual.

En cuanto al sujeto pasivo, tratándose de un tema directamente ligado a la protección de algunos intereses relacionados con la colectividad, se ha llegado a implementar un sistema de fiscalización del cual no escapan los particulares ni los funcionarios del Estado. Así, por ejemplo, ante el incumplimiento de la normativa referente al medio ambiente, el control de la Sala, en tutela de los derechos violados, implica el análisis de si el quebranto de las normas ambientales fue provocado por la actuación u omisión "tanto de un sujeto de derecho privado como de derecho público. Este último, simplemente omitiendo ejercer el control debido sobre la actuación de los sujetos privados cuando infringen las normas ambientales, ignorando su competencia funcional, que le exige ejercer ese control, o bien infringiendo directamente con su actuación disposiciones jurídicas destinadas a proteger y conservar el ambiente".[55]

Esta nueva dimensión que se le da al interés difuso puede llegar incluso a transformar nuestra concepción de la sociedad y del papel del Estado. Por primera vez, el ciudadano cuenta con un poderoso instrumento de control, y la Sala Constitucional, así como en los años noventa fue el motor que transformó el proceso penal, ahora tiene la oportunidad de abanderar una nueva revolución constitucional, donde de nuevo el ciudadano como legitimado directo y la colectividad como un todo sean el objeto de su amparo y protección.

---

[55] En igual sentido véase Sala Constitucional, nº 3705-93 de las 15:00 horas del 30 de julio de 1993; también Sala Constitucional, nº 2331-96, a las 14:33 horas del 14 de mayo de 1996.

Anexo

Exp: 01-00506-000-CO
Res: 2002-02504

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas con doce minutos del ocho de marzo del dos mil dos.

Recurso de amparo interpuesto por Egidio Gamboa Leiva, portador de la cédula de identidad número uno-trescientos setenta y cinco-trescientos ochenta y tres, a favor de Asociación de Desarrollo Integral de Río Azul; contra el Ministerio de Salud, la Dirección de Protección al Ambiente Humano del Ministerio de Salud, la Contraloría Ambiental del Ministerio de Ambiente y Energía, el Presidente de la Caja Costarricense de Seguro Social y la Junta Directiva de la CCSS, los Directores de los Hospitales San Juan de Dios, Blanco Cervantes, Hospital Nacional de Niños, Hospital Calderón Guardia, Hospital México, la Municipalidad de San José, el Administrador del Relleno Sanitario de Río Azul, el Director de la Región Central Sur y de la Clínica de la CCSS de Alajuelita, y contra las empresas Berthier de Costa Rica S.A y el señor Edwin Cascante Acuña.

Resultando:

1.– Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las diez horas y treinta minutos del veintiocho de mayo de dos mil uno (folio 1), el recurrente interpone recurso de amparo contra el Ministerio de Salud, la Dirección de Protección al Ambiente Humano del Ministerio de Salud, la Contraloría Ambiental del Ministerio de Ambiente y Energía, el Presidente de la Caja Costarricense de Seguro Social y la Junta Directiva de la CCSS, los Directores de los Hospitales San Juan de Dios, Blanco Cervantes, Hospital Nacional de Niños, Hospital Calderón Guardia, Hospital México, la Municipalidad de San José, el Administrador del Relleno Sanitario de Río Azul, el Director de la Región Central Sur y de la Clínica de la CCSS de Alajuelita, contra las empresas Berthier de Costa Rica S.A y el señor Edwin Cascante Acuña y manifiesta que al Relleno Sanitario de Río Azul se están transportando en forma incontrolada los desechos sólidos procedentes de los principales centros hospitalarios del área metropolitana, en dicho transporte las autoridades de la CCSS y los directores de los centros de salud permiten la contratación y el empleo de vehículos que no tiene permiso alguno del Ministerio de Salud ni del MINAE y que no cuentan con las condiciones mínimas que señalan el Reglamento para el manejo de los Desechos Peligrosos Industriales y Reglamento para el Transporte Terrestre de Productos Peligrosos para realizar este tipo de servicio. Señala que el transporte se realiza tanto en vehículos de la Municipalidad de San José como en vehículos de dos transportistas particulares, que son empresas Berthier EBI de costa Rica S.A y Edwin Cascante Acuña, por lo que se violan los reglamentos citados además agrega que los desechos son transportados sin

ningún control, en vehículos no apropiados y no autorizados. Apunta que los centros hospitalarios y las clínicas de la CCSS entregan los desechos sólidos peligrosos sin ningún tipo de tratamiento previo (según consta en las fotografías que se adjuntan como pruebas) sin llevar ningún control e inventario y sin observar las normas de protección a la salud pública y al medio ambiente a cuatro transportistas principales: Empresas Berthier EBI de Costa Rica S.A que transporta sin control alguno los desechos del Hospital Calderón Guardia, con quien aparentemente tiene un contrato de servicio de transporte suscrito con la Dirección de dicho Hospital, la mencionada empresa tiene un compactador ubicado en un parqueo cercano a ese centro hospitalario donde se mezcla tanto la basura ordinaria junto con la basura peligrosa (infectocontagiosa); los vehículos propios de la Municipalidad de San José que transporta en los vehículos para basura ordinaria los desechos hospitalarios y clínicas de salud de la CCSSS ubicados en el Cantón Central de San José; el vehículo de la CCSS asignado a la Región Central Sur Area de Salud Clínica de Alajuelita, el cual transporta en forma abierta en la parte de atrás del vehículo las bolsas rojas que contienen los desechos infectocontagiosos, sin guardar la mínima norma sanitaria; el vehículo del transportista de nombre Edwin Cascante Acuña, donde se transportan los desechos peligrosos de los centros hospitalarios del área metropolitana, entre ellos del Hospital San Juan de Dios, dicho vehículo no cumple con ninguna de las condiciones legales para transportar desechos peligrosos. Indica que los principales centros hospitalarios no tienen presupuesto alguno para el tratamiento y manejo de los desechos sólidos hospitalarios. Menciona que según un estudio realizado en 1995 por la Caja Costarricense del Seguro Social y REPAMAR-CR en 16 hospitales de la Gran Área Metropolitana se evidencia la magnitud y gravedad del problema en el manejo deficiente y totalmente temerario de los desechos sólidos, desechos que son trasladados al Relleno Sanitario de Río Azul sin recibir tratamiento previo. Apunta que las propias autoridades de la Caja Costarricense del Seguro Social están enteradas de la gravedad de la situación y pese a ello no existen acciones concretas para proteger los intereses difusos de la comunidad así como no han acatado las recomendaciones realizadas por el Consultor Ing. Horacio Ramírez en un estudio efectuado en 1998 donde se señala el peligro inminente para la salud pública sobre el mal manejo de los desechos sólidos hospitalarios. Advierte que los recurridos no cumplen con la obligación de recolectar y transportar los desechos sólidos en forma separada ni llevan a cabo controles e inventarios serios acerca de los desechos. Manifiesta que pese a que la CCSS ha tratado de desarrollar una gestión interna segura de los desechos peligrosos dentro de los centros hospitalarios, dicho esfuerzo ha funcionado a medias y en muy pocos casos. Alega que a pesar de las reiteradas sentencias de la Sala Constitucional los recurridos han sido reticentes, omisos y negligentes, en cumplir con su obligación de velar por el medio ambiente sano. Señala que el administrador del Relleno Sanitario de Río Azul ha sido omiso en controlar y supervisar el ingreso de los desechos sólidos hospitalarios, los cuales ingresan de forma indiscriminada, además no ha ordenado la construcción de la celda especial que señala los reglamentos sobre Rellenos Sanitarios, adiciona que tampoco ha cumplido con el establecimiento de un precio para el servicio de tratamiento, en lugar de esto cobra la suma de tres mil cuatrocientos colones por tonelada independientemente si se trata de desechos ordinarios o desechos peligrosos, los cuales ordena colocar en una misma área. Señala que la Municipalidad de San José transporta indiscriminadamente en los vehículos de su propiedad los desechos sólidos peligrosos junto con los desechos ordinarios. Indica que en cuanto a la responsabilidad del Presidente de la CCSS, miembros de la Junta Directiva y de los Directores de los hospitales recurridos se deriva de la inobservancia de los principios constitucionales que amparan el derecho a la vida, la salud y a disfrutar de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, ya que no han establecido las normas, los planes, programas y recursos necesarios para que se dé un correcto manejo de

los desechos sólidos peligrosos desde el centro de acopio en cada centro hospitalario, durante el transporte de los desechos y hasta su disposición final. Fundamenta que la responsabilidad del Ministerio de Salud y del MINAE se basa en la grave omisión de establecer controles, dar los permisos previo cumplimiento de las normas ambientales, dar seguimiento a los servicios de recolección, transporte y disposición, llevar los controles estadísticos y los inventarios. Añade que la responsabilidad de los transportistas privados cabe por aceptar desechos peligrosos junto con desechos ordinarios, en vehículos no autorizados por las autoridades de la Contraloría Ambiental del MINAE ni las autoridades del Ministerio de Salud, que no reúnen las condiciones mínimas para realizar este tipo de servicio, además no realizan los controles estadísticos y los inventarios que señala la normativa vigente. Solicita que se le ampare su derecho constitucional y el de las demás personas de su comunidad a disfrutar del derecho a la vida, la salud y de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, pide se le ordene a los recurridos parar y suspender de inmediato la recolección, el transporte y la disposición final de los residuos sólidos peligrosos que se están transportando y depositando en el Relleno Sanitario de Río Azul, así como el cumplimiento de la normativa sanitaria y ambiental vigente.

2.– Informa bajo juramento Rodolfo Emilio Piza Rocafort, en su calidad de Presidente Ejecutivo de la Caja Costarricense de Seguro Social (folio 91), que de conformidad con el artículo 280 de la Ley General de Salud, la Caja no tiene bajo su responsabilidad el transporte de los desechos, sino que esta función le corresponde a las Municipalidades, no obstante los hospitales del área metropolitana para evitar la acumulación de desechos en los depósitos finales de cada uno, han contratado servicios particulares, para lo cual se han girado instrucciones técnicas sobre el contenido de los contratos respectivos, mediante el Departamento de Saneamiento Básico y Ambiental Institucional, por lo tanto es responsabilidad de cada hospital velar por la inclusión de dichos términos en sus respectivos contratos. Señala que en la CCSS desde finales de 1997 existe una normativa de carácter obligatorio para todas las Clínicas, Hospitales y Áreas de Salud de la Institución denominada "Norma para el manejo de Residuos Peligrosos en Establecimientos de Salud" elaborada por el Programa de Saneamiento Básico Institucional, en donde se indica cómo deben ser manejados, tratados y dispuestos los residuos punzo cortantes y biopeligrosos, estableciéndose el autoclavado como el procedimiento a seguir para desechos bioinfecciosos y punzo cortantes, dicho proceso de autoclavado se realiza en los Laboratorios Clínicos, Centros de Equipo y centros de acopio. Indica que una característica del proceso de autoclavado es que no se manifiesta en un cambio en el aspecto físico de los objetos sometidos al mismo, por lo que basándose en lo observado en una fotografía no se puede inferir si fueron tratados o no. Que la Junta Directiva de la Caja y las altas autoridades de la Caja han estado preocupadas por encontrar una solución al tratamiento de los desechos hospitalarios. Señala que a solicitud de la Junta se hizo una propuesta económica de fortalecimiento del Programa de Saneamiento Básico Institucional, la cual fue ratificada en la Sesión 7461 del veinte de julio del dos mil, artículo 9. Mediante esos acuerdos, la Junta Directiva ordenó la creación del Departamento de Saneamiento Básico y ambiental Institucional, le proporciona presupuesto y nuevas plazas, y aprueba la compra de destructores de agujas y autoclaves para los centros de salud de todo el país. Por otra parte indica que el recurrente presenta en apoyo a su tesis un informe de mil novecientos noventa y ocho, el cual se basa en la encuesta realizada en mil novecientos noventa y cinco por la Caja. Dicha información es obsoleta y apartada de la situación actual. Que no es cierto que los desechos biopeligrosos se mezclen alevosamente con los comunes, ya que se han construido o acondicionado depósitos finales, de acuerdo a la norma institucional elaborada al respecto. Que las especificaciones utilizadas por la Caja para la adquisición de esos suministros han sido adoptadas por la comisión redactora del nuevo decreto del Ministerio de Salud sobre desechos bioinfecciosos. Que se debe recordar que en la basura que llega a Río Azul van también los desechos no sólo de la Caja sino de

Hospitales, Clínica y consultorios odontológicos, médicos y de diagnóstico privado, por lo que parece justo asignar todas las bolsas a la Caja. Aduce que los aspectos mencionados por el recurrente como son: la clasificación de los desechos en el lugar de origen, el etiquetado, su traslado diferenciado y al centro de acopio y el manejo, no mencionado, son precisamente los componentes del sistema de manejo interno seguro de los desechos ordenado por esta Sala y que la Caja ha implementado en la amplia mayoría de sus establecimientos de atención a la salud. Aduce que la Caja ha coordinado la búsqueda de una solución con la Municipalidad, habiéndose tenido reuniones con los funcionarios de la Municipalidad. Asimismo indica que en cada Centro de Atención existen Comités de Manejo de Desechos, la cual preparó en el año 98-99 un Plan de manejo, el cual fue sometido a aprobación Ministerio de Salud, como ente rector. En conclusión indica que la Caja ha realizado ingentes esfuerzos para establecer sistemas de manejo seguro de los desechos, que funcionan en la mayoría de los establecimientos de salud. Indica que por ley, el transporte es obligación municipal, sin embargo la Caja ha establecido requisitos mínimos para la contratación de los servicios de transporte cuyo cumplimiento se vigila a escala local. En relación con los hechos que se le imputan a la Dirección Regional de Servicios Médicos Central Sur y al Área de Salud de Alajuelita, por no tener conocimiento particular de los mismos se solicitó informe, los cuales se adjuntan al presente escrito, por lo que en ese sentido se queda a lo que al respecto indique la Dra. María Eugenia Villalta Bonilla, directora de la Dirección Regional de Servicios de Salud Central Sur y el señor Juan Carlos Umaña Rojas, Administrador a.i. del Área de Salud de Alajuelita. Con fundamento en lo expuesto indica que ningún derecho fundamental se ha lesionado ya que se han tomado las medidas pertinentes a fin de regular todo lo referente al manejo de los desechos sólidos hospitalarios, por lo que solicita se declare sin lugar el recurso.

3.– Informa bajo juramento Manrique Soto Pacheco, en su condición de Director General del Hospital San Juan de Dios (folio 254), que con motivo de rendir el presente informe, procedió a solicitar al Jefe de Aseo del Hospital que representa, quien le manifestó que el camión que traslada los desechos hospitalarios, no reúne los requisitos por ser abierto en su parte superior, que no tiene recipiente para recoger los lixiviados y que desconoce si cuenta con los permisos del Ministerio de Salud y Ministerio de Ambiente y Energía. Pese a lo anterior, anota que el traslado de los desechos hospitalarios en lo que a ese Hospital se refiere lo ha venido realizando el señor Edwin Cascante Acuña, procedimiento de escogencia y adjudicación es conforme a la normativa que rige la Contratación Administrativa, en ese sentido dentro del pliego de condiciones se exige permiso del Ministerio de Salud el cual fue aportado por el señor Cascante. Señala que el Hospital San Juan de Dios cuenta con un Sub-Comité encargado de la parte de desechos sólidos intrahospitalarios cuyo coordinador es el Dr. Rojas Montero, el objetivo primordial y labor a partir del año 99 ha consistido en capacitar a las diferentes disciplinas dentro del hospital acerca de la cultura del manejo desechos intrahospitalarios, de ahí la importancia de educar a los funcionarios, no es cierto lo manifestado por el recurrente en el sentido de que de parte del Hospital que representa no existen planes concretos. Por el contrario, indica que se ha venido realizando una labor, que se ha visto materializada en la construcción del centro de acopio para el tratamiento de los desechos hospitalarios, la constante educación que se brinda a los funcionarios ha permitido crear conciencia a todos los niveles acerca del tratamiento y manipulación de los desechos. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

4.– Informa bajo juramento Rodolfo Hernández Gómez en su condición de Director General del Hospital Nacional de Niños (folio 275), que el ciclo que se debe de cumplir con el manejo, tratamiento y disposición final de los desechos, sean éstos de Servicio Ordinario o Especial, es responsabilidad de los mismos asegurar un tratamiento adecuado de los desechos especiales y en el caso particular la institución que representa cumple a cabalidad con la segregación, disposición, identificación y tratamiento de éstos. Sin embargo, aduce que escapa a su

accionar la administración de los medios de transporte respectivos hagan de los desechos de tipo hospitalario, no cuenta con injerencia sobre las autoridades municipales y mucho menos sobre las empresas de tipo privado constituidas para tales efectos. En cuanto a las rutas que deban seguir los vehículos que efectúan el transporte de los desechos, corresponde únicamente a la Oficina del Ambiente del Ministerio de Salud dictar los lineamientos a seguir y esa acción también queda fuera de su marco de acción e injerencia. Señala que actualmente y desde el año mil novecientos noventa y siete, los desechos que son considerados como peligrosos o especiales que se producen en el hospital que dirige, son recolectados y tratados en el Servicio de Aseo, además de eso desde mil novecientos noventa y nueve se implementó un sistema de monitoreo y vigilancia diario de la basura que producen y se trata. Además alega que según lo dispuesto por el Reglamento sobre Manejo de Basura el Hospital Nacional de Niños clasifica y distingue la basura en los designados como "Servicio Ordinario y Servicio Especial". A su vez cada grupo de desechos es clasificado en forma independiente y con ajuste absoluto a lo dispuesto por la normativa que rige la materia. Por otra parte, indica que se segrega in situ los desechos biopeligrosos y punzocortantes en recipientes a prueba de punciones, no se mezclan con ningún otro desecho y están debidamente marcados con pautas a seguir en caso de emergencia. Indica que en cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 10 del Reglamento sobre el Manejo de Basura y en acuerdo con el artículo 44 del mismo cuerpo normativo, elaboraron un "Plan de Gestión de los Desechos Peligrosos", el que se actualizó en el año dos mil pero que fue elevado para su aprobación ante las autoridades del Ministerio de Salud y de la Caja Costarricense del Seguro Social. En cuanto a los operarios del manejo de residuos sólidos del Hospital en comentario, hacen uso de turbante, mascarillas, gafas protectoras y batas de manga larga, además utilizan botas de hule cuando se disponen a ir al depósito. Alega que el método de tratamiento que se utiliza en el manejo de desechos especiales es la "Esterilización en Autoclave de Vapor" —a través de una autoclave exclusiva para ese fin— que resulta ser el más amigable con el ambiente, además de contar con aprobación mundial. Que en la actualidad los desechos el Hospital —luego de ser tratados adecuadamente— se recolectan y transportan por parte de los funcionarios de la Municipalidad de San José y en uso de equipo con que dicha entidad cuenta, los que por sus condiciones resultan a la postre ser en nuestro país la mejor opción ya que sus transportes están totalmente cubiertos, poseen palanca mecánica, aditamento que permite que los recolectores no deban subirse al cajón del vehículo para colocar ahí las bolsas de basura, cuentan con rutas establecidas de transporte, y además los funcionarios que los accionan tienen un requerimiento normativo con el que deben cumplir a raíz de ser parte de un organismo Institucional. Que el hospital cumple con su obligación de mantener un sistema de información sobre el manejo de los desechos peligrosos creando los distintivos que se requieran para orientar a los usuarios y visitantes. Asimismo indica que se cuenta con un sistema mensual de boletines y circulares que cumplen a su satisfacción como generadores de información y motivación. Más aún, indica que siempre en procura de la protección del ambiente a través de un correcto manejo de los desechos, su engranaje administrativo trabaja arduamente a fin de contar a más tardar la última semana del mes de agosto de ese año con un establecimiento cerrado adjunto al que ya poseen para el depósito separado de los desechos ordinario y a su vez suplirán de mayores aditamentos de higiene a aquél con el que ya cuentan. De lo antes expuesto y de la prueba adjunta se desprende que ese Hospital ardua y diariamente en beneficio de la salud pública y del medio ambiente y ruego se resuelva de conformidad. Solicita por lo expuesto que se declare sin lugar el recurso.

5.– Informa bajo juramento Marco Vinicio Corrales Xatruch, en su condición de Alcalde del Cantón Central de San José (folios 390), que de la recopilación de información de las diferentes instancias de la Municipalidad a la que representa se obtuvo una serie de oficios con documentación pertinente al caso. Agrega que el oficio número 0004176 fechado el 14 de

junio de 2001, señala a su vez una serie de oficios con información al respecto. Indica que, por otra parte, la Oficina del Ambiente mediante oficio número 389-ODA-01 de fecha 14 de junio del año en curso, informa que el caso de la Asociación de Desarrollo Integral de Río Azul de la Unión de Tres Ríos, ha sido tramitado en su totalidad por la Dirección de Saneamiento Ambiental. Manifiesta que posteriormente, la Oficina de Saneamiento Ambiental, remite el oficio número 449-DSA-01 de fecha 14 de junio del 2001 en el cual se informa que efectivamente la Municipalidad transporta desechos sólidos hospitalarios (no anatomopatológicos) (Hospital San Juan de Dios, Blanco Cervantes, Hospital Psiquiátrico) y clínicas al relleno Sanitario de Río Azul en un vehículo recolector 6060, modelo 2001, hermético, con sellos entre la placa compactadora y el cajón recolector. Agrega que esto garantiza, que por ninguna razón pueda quedar esparcido algún tipo de desecho en el recorrido de los centros de salud al depósito de basura, lo cual desvirtúa la aseveración de que se esté utilizando un vehículo inapropiado. Señala que producto del recurso de amparo presentado por el señor Gerardo Vargas Montenegro contra la CCSS y el Ministerio de Salud, respecto a la forma de almacenamiento de los desechos sólidos en los centros de salud, ha propiciado que dichos desechos se manejen en bolsas de diferentes colores dependiendo de su procedencia, lo cual ha mejorado la seguridad de los trabajadores. Indica que, con respecto al tratamiento que reciben los desechos en el relleno Sanitario, efectivamente no existe una celda de seguridad, pero manifiesta que ello le corresponde resolver a la Federación de Municipalidades de La Unión y Curridabat que son las administradoras de dicho centro de tratamiento de desechos sólidos. Reitera que, de acuerdo al oficio 449-01-DSA, el único vehículo recolector utilizado para ese fin es el vehículo placas 6060, cuyas características cumplen con el Reglamento para el Transporte Terrestre de Productos Peligrosos. Agrega que la obligación de la Institución a quien representa es la recolectar y transportar los desechos sólidos peligrosos en forma separada, lo cual se cumple con controles confiables y en coordinación con los otros entes recurridos en este recurso. Añade que así se evita poner en peligro la salud de la comunidad, así como al medio ambiente. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

6.– Informa bajo juramento Jose Enrique Mangel León, en su calidad de Director Médico a.i. del Hospital México (folios 398), que no es cierto que los desechos sólidos peligrosos que produce el Hospital a quien representa sean trasladados al Relleno Sanitario de Río Azul en un vehículo que no cuenta con los respectivos permisos del Ministerio de Salud y el Ministerio de Ambiente y Energía, pues indica que si al señor Edwin Cascante Acuña, le otorgaron los permisos de rigor es porque cumple con las exigencias para esos fines. Manifiesta que no es cierto que los desechos sólidos peligrosos sean trasladados al relleno de Río Azul sin ningún tratamiento, toda vez que desde el 16 de agosto de 1999 todos estos desechos son tratados previamente en su centro de acopio, mediante la pulverización y esterilización y luego depositados en bolsas plásticas, para después ser trasladados junto con la basura común. Agrega al respecto que el Hospital México gasta mensualmente una cantidad promedio de 5,680,949. 00 (cinco millones seiscientos ochenta mil colones novecientos cuarenta y nueve) colones en el tratamiento de los desechos sólidos. Indica que la basura que envía ese Hospital no requiere que vaya en bolsas con las identificaciones internacionales para desechos infectocontagiosos, pues luego de haber sido tratada la misma en su centro de acopio, ésta se convierte en basura inocua. Señala que hasta el mismo recurrente en el escrito de interposición del recurso reconoce que el Hospital México cumple con los cuidados correspondientes respecto de los desechos sólidos. Solicita que se desestime el recurso planteado.

7.– Informa bajo juramento Edgar Izquierdo Sandí en su condición de Subdirector General del Hospital R.A Calderón Guardia en representación del doctor Luis Paulino Hernández Castañeda Director General del mismo hospital (folio 404) y manifiesta que el Comité de Desechos Hospitalarios de este nosocomio se encarga de realizar un diagnóstico de vigilancia

epidemiológica para detectar puntos débiles en el manejo de los desechos, además se encuentra en redacción la propuesta para la supervisión del manejo de los desechos y agrega que se tramita ante la Dirección de Enfermería el respectivo permiso para que se dedique a tiempo completo en la docencia y seguimiento del plan de manejo de desechos. Apunta que se ha recibido capacitación de los diferentes métodos de tratamiento de desechos a saber: incineración autoclave, tratamiento mediante plantas procesadoras, haz electrónico e ionización de ondas. Alega que la empresa EBI es prestadora de sólo una parte del manejo de desechos, razón por la cual se elaboró un cartel de licitación en que se abre la participación a más proveedores de servicios. Señala que los residuos hospitalarios se clasifican según su categoría en no peligrosos, punzo cortantes, infecciosos, químicos farmacéuticos, otros peligrosos y en desechos peligrosos, para los cuales existen recipientes y un símbolo que los identifica para que puedan ser manipulados de manera correcta. Afirma que los desechos hospitalarios son recogidos por el personal de aseo de cada salón, primero se depositan en un área intermedia y luego son llevados al depósito final, los contenedores rojos y jeringas son sometidos a autoclave, en el depósito final el cartón se separa para poder reciclarlo. Añade que el recurrente se basa en un estudio realizado en 1995 en donde se realizó la primera medición de los desechos sólidos, estudio que muestra una cuantificación obsoleta. Determina que la Caja Costarricense de Seguro Social no tiene responsabilidad legal en el transporte de los desechos municipales, sino que esto es una función que le corresponde a las Municipalidades. Manifiesta que ese centro hospitalario ha confeccionado un cartel de licitación para contratar servicios particulares, para lo cual se han girado instrucciones técnicas sobre el contenido de los contratos respectivos, mediante el Departamento de Saneamiento Básico y Ambiental Institucional. Señala que si bien el servicio de transporte es obligación municipal, este hospital ha establecido requisitos mínimos para la contratación de los servicios de transporte cuyo cumplimiento se vigila a escala local. Indica que se han establecido normas institucionales que regulan la gestión de los desechos, se vigila su cumplimiento mediante auditorías ambientales y se valora mediante la inclusión en el cumplimiento de los compromisos de gestión firmados por su persona en su condición de Director General. Recalca que la basura que llega a Río azul no es exclusiva de los hospitales de la Caja, sino también de Hospitales, Clínicas y Consultorios Odontológicos, médicos y de diagnósticos privados por lo que no se debe asignar todas las bolsas rojas a esta Hospital y en general a la Caja.

8.– Informa bajo juramento Rogelio Pardo Evans en su condición de Ministro de Salud, Oscar Guzmán Coto en calidad de Director de la Dirección de Protección al Ambiente Humano y Guillermo Flores Galindo en calidad de Director Regional de la Región Central Sur (folio 416), que el Ministerio de Salud a través de la Dirección de Protección al Ambiente humano siempre ha sido obediente de las resoluciones de la Sala. Indica que es así como desde agosto de mil novecientos noventa y ocho se puso en práctica el Programa de Rectoría en Hospitales titulado: “Programa de Vigilancia continua para la Evaluación de las Condiciones Sanitarias y Ambientales de los hospitales y Clínicas del País Públicos y Privados”. Aduce que los planes de manejo de desechos presentados a la fecha por los diferentes hospitales incluyendo los recurridos manifiestan estar aplicando el Plan de Manejo de Desechos aprobado por la Dirección de Protección al Ambiente humano, denominado: Normas para el Manejo de Residuos Peligrosos en Establecimiento de Salud, donde las etapas del manejo de desechos están definidas. Apunta que en las visitas de seguimiento a los hospitales los funcionarios del Ministerio se reúnen con el Comité de Manejo de Desechos y verifica en el hospital el cumplimiento a las normativas aprobadas por la Dirección de Protección al Ambiente Humano en cuanto al manejo de los desechos hospitalarios. Que como una meta del Programa de Vigilancia continua en hospitales se está revisando para ser publicado próximamente, un Reglamento específico para el manejo, disposición y tratamiento de los desechos hospitalarios, titulado: “Reglamento sobre la ges-

tión de los desechos infectocontagiosos que se generan en establecimiento que presten atención a la Salud". Alega respecto del transportista Edwin Cascante Acuña el siete de mayo del año en curso con oficio UPC-CAH-588 se le renovó la autorización para el transporte de desechos hospitalarios del Hospital México, CENARE, San Juan de Dios y Calderón Guardia posiblemente para efectos de renovación de contratos con esas instituciones. Los camiones autorizados por ese Ministerio fueron los camiones con los números 138147 y 22703. En el oficio se advierte que los desechos deben empacarse en bolsas herméticas de tal modo que no desprendan líquidos durante su transporte y el cajón debe cubrirse con lona. Claro que previo a ello, aduce que los desechos deben ser tratados previamente, o sea esterilizados o autoclavados. Asimismo indica que las autoridades del hospital les corresponde el control y manejo de desechos, les corresponde supervisar el cumplimiento de las normas sanitarias de salud, como propietarios absolutos de esos desechos. Por otro lado resalta que actualmente en Río Azul no se está realizando ningún tratamiento especial para este tipo de desechos, únicamente lo que se está realizando es una separación y una disposición final en un sitio diferente para evitar el contacto de los buzos con dicho material. Alega de la Dirección de Protección al Ambiente Humano se opuso a dicho cobro si antes no se cuenta con un sistema tratamiento especializado que justifique el costo, obviamente dicha Dirección avala el hecho de que se regule y se tenga mayor control en cuanto al manejo de los desechos hospitalarios que ingresan a Río Azul. En lo que respecta a Río Azul, relleno en etapa de cierre técnico, se está en proceso ordenamiento de ese tipo de desechos. El objetivo final es eliminar en corto plazo la disposición de estos desechos en Río Azul y trasladarnos a La Carpio y Los Mangos. Alega que para buscar una solución integral a la problemática de la disposición final, la Dirección de Protección al Ambiente Humano está convocando a una reunión el próximo dieciocho de junio en el Auditorio de Residentes en el Hospital México, donde estarán reunidas las autoridades de los hospitales del área metropolitana y los representantes de los Rellenos Sanitarios, para que el sector conozca de las posibilidades que tiene a mano y los costos del tratamiento en una celda especial, para que de una vez el sector tome las decisiones del caso y adopte la propuesta que más le convenga, pero el plazo es inmediato. Con fundamento en lo expuesto solicita se declare sin lugar el recurso.

9.– Informa bajo juramento Fernando Morales Martínez en su condición de Director Médico del Hospital Nacional de Geriatría y Gerontología Doctor Raúl Blanco Cervantes (folios 471) y manifiesta que los desechos ordinarios son depositados en bolsas negras o gris, en contenedores con tapa y son llevadas al Centro de Acopio en un contenedor general donde se segrega de acuerdo al área correspondiente, no lleva etiqueta de identificación pues el color de la bolsa así lo especifica. Apunta que el transporte es municipal y su destino es el relleno sanitario de Río Azul. Indica que los desechos no ordinarios (sillas, escritorios, residuos de escombro, ramas de árboles etc.) son depositados en un sitio fuera del hospital, donde posteriormente son recolectados por un camión contratado (no oficial), y su disposición final es el Relleno de Río Azul. Señala que los desechos biológicos infecciosos son segregados en cada lugar que se generan y son depositados en bolsas rojas de polietileno con logotipo de bioinfecciosos. Agrega que el hospital cuenta con un basurero de color rojo colocado en el cuarto séptico de cada uno de los servicios de geriatría para depositar todo el residuo contaminado. Afirma que este hospital dispone de cajas de cartón para depositar el material peligroso y punzo cortante. Alega que los desechos punzocortantes son depositados en contenedores de color rojo, con el logotipo que los identifica como biopeligrosos. Manifiesta que este Hospital no cuenta con autoclave para esterilizar esos desechos razón por la cual se recurre al tratamiento químico, sea se tratan con el cloro y luego el contenedor es sellado con una tapa hermética, después se introducen en una caja de cartón que se identifica como desecho biopeligroso. Añade que este nosocomio cuenta con seis destructores de agujas, e inutilizadores de

jeringas, de manera que ese material es totalmente destruido en el Hospital. Indica que el Laboratorio Clínico del Hospital tiene a su disposición un autoclave pequeña, con el cual se esterilizan agujas, recipientes de vidrio para muestras de orina, cultivos bacteriológicos, muestras de sangre, heces, secreciones, recipientes de reactivos que contengan sangre, unidades de sangre vencidas y sus derivados, los cuales una vez que han sido procesados son colocados en bolsas rojas con el símbolo internacional de residuos biopeligrosos, transportados por el personal de servicio de limpieza en contenedores rojos con tapa y de pedal, para evitar la manipulación hasta el lugar asignado para la recolección de los mismos. Recalca que la movilización de dichos desechos dentro del Hospital se realiza con horario y ruta establecidos por el Servicio de Limpieza de ese centro hospitalario. Señala que después de que la basura es recolectada, es trasladada al centro de acopio temporal donde las bolsas de color rojo son separadas de las bolsas de color negro, gris o blanco, el transporte de todas esas bolsas es de tipo municipal y su disposición final es el Relleno de Río Azul. Afirma que la Municipalidad de San José a inicios del mes de mayo aproximadamente optó por no recolectar más los desechos biopeligrosos, decisión que no fue comunicada de manera escrita pese a que se les solicitó que lo realizaran por este medio, argumentando que en Río Azul no les habían comunicado en forma escrita la no aceptación de estos desechos en ese lugar. Menciona que debido a la anterior situación expuesta el hospital tuvo que recurrir en forma momentánea a la contratación de servicios de transporte de terceros, para evitar la acumulación de estos desechos y por consiguiente la aparición de un posible foco de contaminación. Afirma que la contratación de emergencia se hizo con el señor Cascante Acuña, quien realiza el servicio al Hospital San Juan de Dios. Señala que próximamente se sacará a concurso el transporte de estos desechos. Agrega que los desechos anatomopatológicos son descartados en bolsas rojas, con el símbolo de bioinfeccioso y trasladadas al depósito temporal, donde posteriormente son llevadas por la Municipalidad de San José al relleno Sanitario de Río Azul. Destaca que el centro de acopio de dicho hospital se ha venido mejorando creándose un portón de acero inoxidable, enchape de cerámica del piso y las paredes, un desagüe nuevo, rotulación específica para los D.S.H, bodega para guardar el material para reciclar, baño para la higiene personal del encargado de acarrear los D.S.H., todo esto con fondos provenientes de la venta de material para reciclar además de la compra e instalación de un temporizador y dos fluorescentes germicidas, los cuales funcionan de acuerdo a la programación que se les de, haciendo que los rayos ultravioleta actúen sobre los gérmenes de los desechos depositados en el Centro de Acopio, mientras estos permanezcan en el lugar. Reconoce que existe un problema serio con el transporte de los desechos peligrosos desde el Hospital hasta el relleno de Río Azul, sin embargo aclara que esta deficiencia no ha sido responsabilidad del Hospital ya que han tenido que resolverla de manera urgente ante la negativa de la Municipalidad de San José de recoger los desechos peligrosos. Afirma que los desechos no son mezclados a la hora de transportarse ya que los desechos corrientes y normales son transportados por los carros de la Municipalidad de San José mientras que los peligrosos por terceros.

10.– Informa bajo juramento Ileana Badilla Chaves, en su condición de Apoderado Especial Judicial de la Caja Costarricense del Seguro Social (folio 481), aporta documentación variada en relación con los hechos que se conocen en el presente recurso.

11.– Informa Juan Carlos Obando Umaña en su condición de Apoderado General de la compañía Empresas Berthier EBI de Costa Rica S.A. (folio 517), efectivamente, su representada es una compañía que desarrolla entre otras actividades, la recolección y el transporte de desechos sólidos ordinario. Aclara que el tipo de desecho que colecta y que se transporta es de tipo ordinario o residuos institucionales que no requieren de ningún tratamiento especial y no patógeno, infectocontagioso, microbiológico, ni restos orgánicos humanos provenientes de cirugía, parto, morgue ni anatomía patológica o restos de animales de prueba de diagnósticos

o experimentales. Alega que su representada cumple con las condiciones requeridas para el desarrollo del transporte de desechos, conforme lo dispone el Decreto Ejecutivo número 25178-S. Aduce que lo anterior fue verificado por el Ministerio de Salud a efecto de otorgar los permisos de funcionamiento. En razón de lo anterior solicita que se declare sin lugar el recurso.

12.– Informa bajo juramento Luis Alfaro Rojas, en su condición de Director Ejecutivo de la Federación Municipal Regional del Este, Administradora del Relleno Sanitario Río Azul (folio 529), que los desechos hospitalarios se depositan en una Fosa Supervisada con un proceso de filtración por taludes que evita el desplazamiento de los lixiviados a donde se deposita el resto de desechos, llamados comunes. Alega que lo anterior ha sido corroborado mediante estudios encomendados a la Universidad de Costa Rica, los que una vez efectuados, han determinado que no existe contaminación en otra área, de acuerdo a información verbal. Además da a conocer los esfuerzos que están realizando en coordinación con el Ministerio de Salud, la Caja Costarricense del Seguro Social, el Ministerio de Ambiente y Energía y la Municipalidad de San José, para definir nuevos procedimientos y sistemas que en futuro inmediato garanticen una mejor atención de esos desechos especiales. Es ese sentido cita que el proyecto de "Celda Especial -OP-2" que entrará a funcionar cuando se adjudique la licitación, que tenemos en trámite para definir la contratación de un nuevo operador y otras condiciones de operación en este Relleno, propuesta que ha sido dada a conocer en diferentes seminarios y reuniones de coordinación interinstitucional que se han efectuado para analizar este asunto. En ese mismo sentido cita los que dispone el Reglamento de Ejecución de Servicios Especiales para el Relleno Sanitario de Río Azul, que en su artículo 7 inciso 1 establece: "El enterramiento con fosa supervisada" para tratar este tipo de residuos. En razón de lo expuesto solicita que se declare sin lugar el recurso.

13.– Informa bajo juramento Guillermo Porras Sandoval, en su condición de Contralor Ambiental (folio 547), que el recurrente confunde los desechos hospitalarios con los industriales, siendo los primeros de los cuales se trata el recurso de amparo en donde no se ha establecido la obligación de parte de la Contraloría que representa de otorgar permisos para los vehículos que transportes ese tipo de desechos hacia los rellenos sanitarios. Que el Contralor Ambiental tal y como está creada por la Ley Orgánica del Ambiente no tiene funciones de ejecución sino más bien de vigilancia en el cumplimiento de las leyes ambientales, por lo que no puede considerarse que tenía la obligación de emitir permisos para ese tipo de operaciones que le corresponden al Ministerio de Salud. En razón de lo anterior solicita se declare sin lugar el recurso.

14.– El Secretario de esta Sala a folio 550, hizo constar el día tres de julio que una vez revisado el Sistema Jurídico de esta Sala, no se observa que el Director de la Clínica de Alajuelita haya presentado el informe que por resolución de las diecinueve horas veintinueve minutos del treinta de mayo del dos mil uno se le solicitó.

15.– Mediante resolución de Magistrado Instructor de las trece horas y treinta minutos del veinte de agosto del dos mil uno, se le solicitó al Ministro de Salud prueba para mejor resolver.

16.– Mediante resolución de Magistrado Instructor de las catorce horas un minuto del veinte de agosto de dos mil uno, se le solicitó al Director Ejecutivo de la Federación Regional del Este, Administradora del Relleno Sanitario Río Azul prueba para mejor resolver.

17.– Mediante resolución de Magistrado Instructor de las catorce horas y treinta minutos del veinte de agosto del dos mil uno, se le solicitó como prueba para mejor resolver al Presidente Ejecutivo de la Caja Costarricense de Seguro Social.

18.– Mediante resolución de Magistrado Instructor de las quince horas y veintiocho minutos del veinte de agosto del dos mil uno, se le solicitó al Alcalde de la Municipalidad de San José prueba para mejor resolver.

19.– Mediante resolución de Magistrado Instructor de las quince horas y treinta y un minutos del veinte de agosto del dos mil uno, se le solicitó al Director de la Escuela de Ingeniería Química y al Director de la Escuela de Ingeniería Civil ambos de la Universidad de Costa Rica prueba para mejor resolver.

20.– Mediante escrito presentado en la Secretaría de esta Sala a las diez horas y cero minutos del veinticuatro de agosto del dos mil uno, el recurrente presentó documentación variada en relación con los hechos que se conocen en el presente recurso.

21.– Informa bajo juramento Rodrigo Cordero Fernández en su condición de Apoderado General Judicial de la Caja Costarricense del Seguro Social (folio 594) que no tiene conocimiento personal de los hechos alegados por el recurrente, razón por la que solicitó información correspondiente a la Dirección Regional de Servicios Médicos Central Sur y al Area de Salud de Alajuelita, documentos que fueron adjuntados.

22.– Informan bajo juramento Rogelio Pardo Evans en su condición de Ministro de Salud, Eugenio Androvetto Villalobos en su condición de Director a.i. de la Dirección de Protección al Ambiente Humano y Guillermo Flores Galindo en su condición de Director Regional de la Región Central Sur (folio 606) que en el oficio UPC-CAH-854-01 del 13 de junio del 2001 se anotó que "al transportista de nombre Edwin Cascante Acuña, el siete de mayo del dos mil uno, con oficio UPC-CAH-588-01 se le renovó la autorización para el transporte de desechos hospitalarios del Hospital México, CENARE, San Juan de Dios y Calderón Guardia. Los camiones autorizados por este Ministerio fueron los camiones con los números de placa 138147 y 22703. En el oficio se advierte que los desechos deben empacarse en bolsas herméticas de tal modo que no se desprendan líquidos durante su transporte y el cajón debe cubrirse con lona. Claro está, estos desechos deben estar tratados previamente, o sea esterilizados o autoclavados. Las autoridades del hospital que les corresponde el control y manejo de desechos les toca supervisar el cumplimiento de las normas sanitarias, como propietarios absolutos de esos desechos que van rumbo al depósito de basura". Manifiestan que en el oficio UPC-CAH-588-01 se autorizó al señor Edwin Cascante Acuña para que transporte desechos sólidos hospitalarios generados en los citados hospitales, bajo las condiciones de rutas autorizadas por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, y cumpliendo con las condiciones mínimas de empacar los desechos en bolsas herméticas de tal modo que no desprendan líquidos durante el transporte, así como cubrir el cajón con lona. Señalan que en el oficio UPC-CAH-588-01, el cual es requerido por la Caja Costarricense del Seguro Social para el otorgamiento del contrato al transportista, se ordena que los cajones de los vehículos para el transporte de desechos hospitalarios deben ser cubiertos con lonas, los desechos empacarse en bolsas herméticas de tal modo que no desprendan líquidos durante el transporte. Argumentan que existe un conflicto contractual entre el transportista, señor Edwin Cascante y la Caja Costarricense de Seguro Social, toda vez que en el oficio UPC-CAH-588-01 se le indicó todas las condiciones en las que debía transportar los desechos sólidos. Solicitan se declara sin lugar el presente recurso.

23.– Informa bajo juramento Mario Vargas Serrano en su condición de Alcalde del Cantón Central de San José (folio 618) que los hospitales a los cuales les recolectan los desechos sólidos son los siguientes Hospital de Niños, Hospital Blanco Cervantes, Hospital Psiquiátrico. Aclara que al Hospital San Juan de Dios tienen aproximadamente veinte años de no recogerles los desechos que generan, por lo que es extraño que manifiesten que han tenido que privatizar la recolección de desechos peligrosos motivado por su negativa. Señala que el origen de este problema se dio cuando la Administración del Relleno Sanitario de Río Azul quiso cobrar una suma no aprobada por el tratamiento de los desechos hospitalarios, situación que ocasionó un descontrol a ellos y a los transportistas particulares. Recalca que desde el treinta de julio del año 2001 esa institución no está haciendo uso del relleno Sanitario Río Azul, sino que se están tratando los desechos en el Parque de Tecnología Ambiental de la Uruca. Mani-

fiesta que Municipalidad de San José cumple con la obligación de recolectar y transportar desechos sólidos peligrosos en forma separada, de manera que realiza esta actividad en forma responsable, con confiables controles y en coordinación con los entes recurridos para este manejo. Argumenta que en la especie no se han dado las violaciones constitucionales alegadas por el recurrente, razón por la que solicita se declare sin lugar el recurso de amparo.

24.– Informan el Ingeniero Rafael Oreamuno en su condición de Director de la Escuela de Ingeniería Civil y el Ingeniero Alexander Vázquez en su condición de Director de la Escuela de Ingeniería Química ambos de la Universidad de Costa Rica (folio 627) que el tiempo mínimo para realizar el estudio solicitado es de treinta días hábiles, debido a que este tipo de estudios, conllevan una serie de actividades como la recopilación de información básica de campo, el procesamiento y análisis de la misma así como la elaboración del informe, que en cinco días es imposible realizar. Señalan que si la Sala Constitucional estima conveniente otorgarles los treinta días requeridos para realizar el informe solicitado, ejecutarán el estudio, caso contrario no podrá emitir criterio.

25.– Mediante escrito presentado en la Secretaría de esta Sala a las diez horas y treinta y ocho minutos del treinta de agosto de dos mil uno (folio 628) se apersona el Dr. Harry Castillo Valle a realizar algunas consideraciones sobre los hechos que se conocen en el presente recurso de amparo.

26.– Mediante resolución de Magistrado Instructor de las catorce horas y treinta y nueve minutos del treinta de agosto del dos mil uno, se otorgó el plazo solicitado por los Directores de la Escuela de Ingeniería Química y de la Escuela de Ingeniería Civil ambos de la Universidad de Costa Rica para realizar el estudio correspondiente.

27.– Informa Miguel Vargas Chaves en su condición de Presidente de la Federación Regional del Este, Administradora del Relleno Sanitario de Río Azul (folio 645) que el señor Ministro de Salud expuso en forma clara que ha venido tratando el problema de los desechos mediante un “Programa de vigilancia continua para la evaluación de las condiciones sanitarias y ambientales de los hospitales y clínicas del país públicos y privados”. Indica que el Ministro de Salud ha manifestado que existen diferentes estudios con el fin de determinar la problemática y que se han realizado diferentes eventos con autoridades de hospitales del Area Metropolitana para que el sector conozca de las posibilidades que tiene a mano y los costos del tratamiento de una celda especial para el tratamiento de esta clase de desechos. Manifiesta que esa Federación creó una fosa supervisada, en la cual se depositan los desechos hospitalarios. Agrega con relación a las imágenes de las fotos de los folios 43 al 53 que estas fotos evidencian en forma clara varios aspectos de la forma del transporte de desechos en bolsas de plástico en vehículos inapropiados para este tipo de actividad. Señala que las fotos adolecen de información respecto al lugar, fecha de las tomas así como de las personas que puedan atestiguar sí las mismas fueron tomadas desde años atrás. Recuerda que en el proceso general del tratamiento de los desechos sólidos existen varias etapas previas a la que tiene como competencia esa Federación, tales como el acopio y el transporte de desechos. Señala que como se observa en las fotografías, las bolsas aludidas se están bajando de los vehículos que las transportan en forma mezclada, de manera que eso es responsabilidad ya sea del ente que tiene a cargo el transporte, el encargado del acopio o bien el generador de los desechos. Agrega que no todas las bolsas de color rojo contienen desechos hospitalarios pues en el mercado hay bolsas de ese color que son utilizadas para desechos sólidos ordinarios. Solicita se declare son lugar el recurso.

28.– Informan el Ingeniero Rafael Oreamuno Vega en su condición de Director de la Escuela de Ingeniería Civil y el Ingeniero Alexander Vázquez Calvo en su condición de Director de la Escuela de Ingeniería Química ambos de la Universidad de Costa Rica (folio 658) que el vehículo que se observó descargando residuos de tipo hospitalario no es el adecuado según

lo recomendado por la OPS. Señalan que la fosa supervisada no es un sistema adecuado ni recomendado para disponer de los residuos de tipo hospitalario. Pese a lo anterior, manifiestan que los efectos sobre el medio ambiente y la comunidad no se pueden asegurar pues no se tiene la información epidemiológica que indique la incidencia de casos de virus en las vías respiratorias que se produce a consecuencia de la cercanía del Relleno Sanitario. De igual manera, agregan que no es posible determinar la contaminación de acuíferos o aguas superficiales por lixiviados provenientes del relleno sanitario. Añaden que no se puede determinar el daño ambiental causado exclusivamente por los desechos de tipo hospitalario, pues resulta difícil por la disposición utilizada, separar los efectos causados en el ambiente por la totalidad de los residuos sólidos depositados con respecto a la fracción de residuos hospitalarios. Informan que según los análisis físico químicos realizados en los lixiviados del relleno sanitario y en la Quebrada Churruca, las aguas nos son de buena calidad.

29.– Mediante escrito presentado en la Secretaría de esta Sala a las trece horas y cinco minutos del cuatro de diciembre de dos mil uno, el Presidente de la Federación Municipal Regional del Este, Miguel Vargas Chaves presentó adición de información a la respuesta de FEDEMUR al presente recurso de amparo.

30.– En los procedimientos seguidos se ha observado las prescripciones legales.

Redacta el magistrado Armijo Sancho; y,

Considerando:

I.– Objeto del recurso. Considera el recurrente que el manejo y el transporte de los desechos generados en los Hospitales es violatorio del derecho constitucional a un ambiente sano, por cuanto los mismos no se segregan y, en el centro de acopio de los Hospitales, se mezclan los desechos ordinarios y la basura peligrosa generada. De igual forma considera que el transporte de los desechos de los hospitales hasta el relleno sanitario de Río Azul se realiza en vehículos que no cuentan con las autorizaciones que señala la normativa vigente y los vehículos no cumplen con las condiciones mínimas sanitarias, ni ambientales para realizar dicho traslado, aunado a que se trasladan por todo el área metropolitana, concluye en este punto asegurando que ha existido imprevisión, falta de diligencia, de control y de supervisión en cumplir con la normativa vigente con lo cual se ha violentado los derechos a la vida, salud y el gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

II.– Acerca de los desechos hospitalarios. Los desechos que se generan en los hospitales y en los centros de salud en general, representan un peligro debido fundamentalmente a sus características de patogenicidad. Los riegos se incrementan por la heterogeneidad de su composición y la frecuente presencia de objetos punzocortantes (como agujas de jeringas, y hojas de rasurar entre otras), así como la presencia eventual de cantidades menores de sustancias tóxicas, inflamables y radioactivas de baja intensidad. En los residuos hospitalarios se ha comprobado la presencia de microorganismos patógenos como bacterias, hongos y virus (polio tipo 1, hepatitis A y B, influenza, entéricos, etc.). Es decir, los desechos peligrosos constituyen una categoría específica que, debido a su cantidad, concentración o características físicas, químicas u infecciosas pueden causar un aumento de enfermedades graves e irreversibles o reversibles que producen invalidez e inclusive pueden conducir a la muerte. A su vez pueden plantear un riesgo sustancial real o potencial a la salud humana o al medio ambiente cuando son tratados, almacenados, transportados, dispuestos o desechados en forma inadecuada. Con base en lo anterior, se puede considerar que los residuos generados en los hospitales y en los centros de salud en general, representan riesgos y dificultades especiales en su manejo debido fundamentalmente, al carácter infeccioso de algunas de sus fracciones componentes. No obstante, la mayor parte de los residuos que se produce en un hospital no ofrecen mayores peligros que los asociados a los residuos comunes. Los riesgos antes mencionados involucran, en primer térmi-

no, al personal que debe manejar los desechos sólidos, tanto dentro como fuera del establecimiento, el cual al no contar con suficiente capacitación y entrenamiento; carecer de facilidades e instalaciones apropiadas para el manejo de tratamiento de los residuos, de equipo y herramientas de trabajo o de elementos de protección adecuados, puede verse expuesto al contacto directo con gérmenes patógenos o a la acción de objetos punzocortantes. Además, el manejo incorrecto de los desechos sólidos hospitalarios, no solo puede crear situaciones de riesgo que amenacen la salud de la población de la institución hospitalaria (personal, pacientes y visitantes), sino que también puede ser la causa de un deterioro ambiental que trasciende los límites del recinto hospitalario, cuando los desechos son traslados fuera del hospital para su tratamiento o disposición final. Este deterioro genera molestias y pérdida de bienestar a la población aledaña al establecimiento y a las rutas de transporte de estos residuos, de modo que se somete a riesgo la salud de los sectores de la comunidad que se vean expuestos directa o indirectamente, al contacto con material infeccioso y contaminado. En ese sentido es de primordial importancia para abordar cualquier programa de control de las situaciones de riesgo derivadas del manejo adecuado de los residuos sólidos de hospitales, el caracterizar cualitativa y cuantitativamente el problema. Con ello, se deberá dimensionar los espacios físicos necesarios para manejar los diferentes tipos de desechos, decidir acertadamente acerca de qué alternativas técnicas utilizar para el tratamiento de cada una de las fracciones componentes y seleccionar los equipos y dispositivos más conveniente para tal propósito.

III.– Tratamiento de los desechos de las instituciones de salud. Para cumplir con sus responsabilidades y tomar decisiones oportunas sobre la gestión de los desechos sólidos hospitalarios, los directivos, administradores y técnicos de saneamiento tiene que conocer todas las fases de su manejo, incluyendo las actividades que se realizan fuera de la institución de salud, como el transporte que, en la mayoría de los casos, está a cargo de empresas externas, municipales o privadas. Asimismo, si las actividades de manejo interno han sido realizadas oportunamente, la cantidad de desechos peligrosos que necesitan de un manejo especial durante su recolección y transporte a la mismas empresa que se ocupa del manejo de los desechos urbanos. En la Caja Costarricense del Seguro Social existe desde finales de mil novecientos noventa y siete una normativa que es de carácter obligatorio para todas las Clínicas, Hospitales y Áreas de Salud de la institución, denominada “Norma para el Manejo de Residuos Peligrosos en Establecimientos de Salud”, elaborada por el Programa de Saneamiento Básico Institucional. En ella se establece el manejo seguro de los residuos hospitalarios peligrosos, donde se indica como deben ser manejados, tratados y dispuestos los residuos punzocortantes y bioinfecciosos. En cuanto a este extremo, sea el manejo de los desechos hospitalarios dentro de las instituciones de salud, esta Sala en la sentencia número 1998-08509 de las nueve horas cincuenta y un minutos del veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, en lo conducente manifestó:

> “… Debe indicarse —en primer término— que los hospitales, clínicas y demás centros médicos bajo responsabilidad de la Caja, como usuarios del servicio de recolección de basuras que prestan las municipalidades siempre han estado obligados a observar las regulaciones que en cuanto a manipulación y almacenamiento de residuos con características especiales determina el Decreto Ejecutivo número 19049-S del veinte de junio de mil novecientos ochenta y nueve, específicamente lo dispuesto en los artículos 44 a 54 de dicha normativa. En ese sentido, siempre han estado obligados a cumplir medidas indispensables para la protección de la salud y la vida de todas las personas que entran en contacto con residuos de esa naturaleza. De ahí que se ha debido contar —al menos— con mecanismos de clasificación y almacenamiento en recipientes especiales para cada tipo de residuo definido como peligroso, sobre todo de los punzocortantes, infecciosos y radioactivos. Dichos recipientes han debido estar claramente identificados para efectos de su manipulación y transporte interno. Asimismo, se debió disponer de

lugares con requerimientos especiales para la permanencia temporal en el centro médico respectivo de los residuos que están listos para ser recolectados. Dichos requerimientos se especifican en el artículo 52 del citado Decreto. […] De lo anterior no es posible deducir —con la certeza suficiente para excluir la situación de amenaza que actualmente afecta a los recolectores de basura— que la utilización de recipientes rígidos y la desinfección o tratamiento de residuos punzocortantes, se esté realizando en todos los establecimientos de salud cuya administración o fiscalización corresponde a la Caja Costarricense de Seguro Social. Al hablarse de fiscalización se hace referencia a los casos en los que la Caja contrata los servicios de un centro médico de naturaleza privada, sin que esto excluya su obligación de velar por el cumplimiento de las medidas de seguridad de carácter público vigentes, basadas en la protección de la salud pública y que constituyen normas de obligado acatamiento general. De igual forma no es posible concluir que las bolsas y recipientes rígidos identificados por medio de etiquetas y demás equipo necesario se estén utilizando en todos los centros médicos administrados o fiscalizados por la Caja …"

Pese a la normativa existente, a lo expuesto en el precedente de cita y a lo informado por los Directores de los hospitales recurridos, de la prueba aportada en autos, principalmente de las fotografías aportadas por la Federación Municipal Regional del Este, considera este Tribunal, que si bien se han dado avances en el manejo de desechos hospitalarios, estos no son suficientes. De dichas fotografías se evidencia que faltan instalaciones adecuadas para el depósito de los desechos en las instituciones de salud, falta rotulación tanto de los lugares físicos, como de las bolsas, falta equipo de seguridad básica para los trabajadores, faltan señales de prevención y restricción del acceso al área. Por otra parte, de varios muestreos realizados por personeros de la Federación Municipal del Este, se encontraron que en bolsas negras —que son las destinadas a recolectar los desechos no peligrosos— se encontró material peligroso y punzocortante, lo que hace presumir la falta de una adecuada clasificación de los desechos. En virtud de ello, y pese a lo expuesto por el Presidente de la Caja Costarricense del Seguro Social en el sentido de que la institución ha realizado múltiples actividades en este campo, que muestran la preocupación institucional en atender este importante aspecto de la prestación de la salud, considera este Tribunal que las acciones tomadas no han suficientes para excluir la amenaza y en consecuencia la infracción al derecho a la salud de los trabajadores de las distintas instituciones, los recolectores de basura, los pacientes y en general el medio ambiente. Por ello, también sobre este aspecto el presente recurso debe de estimarse.

IV.– Transporte de los desechos hospitalarios. Otro de los aspectos que se cuestionan, tiene que ver con el transporte de los desechos hospitalarios, pues en criterio del recurrente, los desechos de los hospitales se trasladan hasta el relleno sanitario de Río Azul en vehículos que no cuentan con las autorizaciones que señala la normativa vigente y los vehículos no cumplen con las condiciones mínimas sanitarias, ni ambientales para realizar dicho traslado, aunado a que se trasladan por todo el área metropolitana. En cuanto a este aspecto, tanto del informe rendido por la Federación Municipal del Este como por la Universidad de Costa Rica, se desprende que los camiones que transportan los desechos hospitalarios, por lo menos en su mayoría, presentan carrocería corroída y herrumbrada, no son los adecuados según lo recomendado por la Oficina Panamericana de Salud, por cuanto no son herméticos, ni aislados térmicamente, razón por la cual los desechos no pueden ser climatizados y así disminuir la velocidad de reproducción de posibles organismos patógenos. Se observa que los camiones transportadores, no tienen techo, por lo que se puede ver aumentada la probabilidad de dispersión de los materiales y lixiviados por el contacto con la lluvia, aunado a ello, se dice que el piso no está impermeabilizado, ni sellado, de tal forma que el derrame de lixiviados en la vía pública es probable. En este sentido, de conformidad con el artículo 7 del Reglamento de Basuras, establece que el servicio de recolección, acarreo y disposición, estará a cargo de las municipa-

lidades, en virtud de ello independientemente de quien sea el que preste el servicio. Es decir sea o no un particular, las municipalidades competentes serán las encargadas de velar porque el traslado de las mismas se dé bajo las debidas condiciones de seguridad. A su vez el Ministerio de Obras Públicas y Transportes y las direcciones de las instalaciones de salud, deberán coordinar con las autoridades competentes el diseño de las rutas y horarios más adecuados. Aunado a lo expuesto, el Reglamento de Basuras en su capítulo VIII, artículo 29, dispone que los vehículos destinados al transporte de basuras reunirán las condiciones propias para esa actividad y las que se señalan en el presente reglamento. Dentro de ese capítulo el artículo 30 establece un mandato al Ministerio de Salud el cual debe de acatar con estricto cumplimiento, en el sentido de que los vehículos y equipos destinados al transporte de basura que no reúnan las condiciones exigidas, deberán ser adaptados o reemplazados dentro del plazo que fije dicho Ministerio. Así las cosas, en cuanto a este extremo sea el traslado de los desechos hospitalarios, también considera este Tribunal que debe ser atendido pues de autos se evidencia que dado el mal estado de los vehículos que transportan tales desechos, está poniendo en riesgo la salud de los sectores de la comunidad que se vean expuestos directa o indirectamente, al contacto con el material infeccioso.

V.– Depósito de los desechos hospitalarios en el Relleno Sanitario de Río Azul. Por otra parte y respecto al depósito de los desechos hospitalarios en el Relleno Sanitario de Río Azul, considera esta Sala que también se incumple con la normativa vigente en la materia y se pone en peligro tanto a los pobladores que viven en las cercanías del Relleno, a quienes trabajan y frecuentan dicho lugar, como al ambiente. En el informe rendido por la Universidad de Costa Rica, se indica que se realizó una visita el cuatro de octubre del dos mil uno, al Relleno Sanitario de Río Azul, con el objetivo de evaluar el sistema utilizado por el administrador del relleno para disponer los desechos sólidos hospitalarios. En dicho informe, se señaló que en el relleno sanitario de Río Azul, la administración ha desarrollado un sistema de disposición final de los residuos peligrosos, incluyendo los hospitalarios en un sistema denominado Fosa Supervisada. Sin embargo, aduce que la fosa no tiene ningún tipo de material impermeabilizante o sistema de drenaje especial para recolectar los lixiviados de forma separada. Que de hecho, la fosa se realiza en “cualquier lugar” del relleno, el único elemento que se considera, es que el sitio esté alejado del frente de trabajo al día. Aduce que no se tiene plano alguno de la localización de las fosas de seguridad, no se cuenta con un plano de ubicación de las mismas, y en el sitio no se coloca, señal alguna que indique que allí se tiene una fosa con residuos hospitalarios. Alega que no se observó en el sitio una nueva coordinación para señalar al conductor del vehículo que transporta los residuos hospitalarios el sitio de la fosa. Que los lixiviados que se generan en las fosas supervisadas, eventualmente se mezclan con los lixiviados de los residuos ordinarios colocados en el relleno. En virtud de lo expuesto, se concluye en que la fosa supervisada, no es un sistema adecuado para disponer de los residuos de tipo hospitalario, por lo que se estima que también, en cuanto a este extremo el presente recurso debe estimarse.

VI.– Conclusión. El problema del manejo adecuado de los residuos sólidos de tipo hospitalario es complejo y requiere del esfuerzo coordinado de los diferentes actores del sector, tanto productores (Caja Costarricense del Seguro Social, clínicas u hospitales privados), como transportistas y operadores de rellenos sanitarios, además de las autoridades responsables de otorgar permisos y velar por un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por otra parte debe observarse que el primer paso para llevar a cabo un control de los desechos generados en los centros hospitalarios para su manejo externo es poner de acuerdo a todos los sectores del sistema: generadores, controladores, operadores y administradores de esos sistemas, de manera que comprendan que lo que se trata es que se trabaje desde un punto de vista integral. Se acepta que la Caja Costarricense del Seguro Social ha realizado en los últimos años un esfuerzo en el manejo interno de tales desechos, pero no así en el manejo externo, y sin embargo aún

permanecen serios problemas de rotulación, en la debida clasificación de los desechos en las bolsas correspondientes. Así las cosas, se ordena al Presidente Ejecutivo de la Caja Costarricense del Seguro Social, en aras de la seguridad y la salud de quienes manipulan los desechos, facilitar los instrumentos básicos de protección, tales como guantes, delantales, cubrebocas, etc., pues de las fotografías aportada no se demuestra que las utilicen. Por otra parte se ordena al Ministro de Obras Públicas y Transportes, al Ministro de Salud y al Alcalde de la Municipalidad de San José, para que en coordinación adopten las estrategias que consideren oportunas para fiscalizar el estado óptimo de las unidades que transportan este tipo de desechos, la ruta que deben de seguir y los horarios en que deberán transitar, ello con el fin de minimizar al máximo su impacto ambiental y su riesgo a la salud de las personas. Finalmente, se ordena a la Federación Municipal Regional del Este, administradora del Relleno Sanitario llevar un control de mapeo por medio de topografía día a día, a su vez señalar en el campo cada fosa que contenga desechos hospitalarios y adecuar los procedimientos del manejo de desechos hospitalarios a fin de evitar y eliminar de manera absoluta las deficiencias encontradas por los personeros de la Universidad de Costa Rica y presentados a este Tribunal en el informe que corre agregado del folio 655 al 684. De lo anterior es posible deducir —con la certeza suficiente— que existe una amenaza que actualmente afecta a los personeros de las instituciones de salud, a los recolectores de basura, a la población aledaña al establecimiento y a las rutas de transporte de estos residuos, de modo que se somete a riesgo la salud de los sectores de la comunidad que se vean expuestos directa o indirectamente, al contacto con material infeccioso y contaminado, por ello lo procedente es declarar con lugar el recurso, como en efecto se hace.

Por tanto:

Se declara CON LUGAR el recurso. Se ordena al Presidente Ejecutivo de la Caja Costarricense del Seguro Social, en aras de la seguridad y la salud de quienes manipulan los desechos, facilitar los instrumentos básicos de protección, tales como guantes, delantales, cubrebocas, etc., pues de las fotografías aportada no se demuestra que las utilicen. Por otra parte se ordena al Ministro de Obras Públicas y Transportes, al Ministro de Salud y al Alcalde de la Municipalidad de San José, para que en coordinación adopten las estrategias que consideren oportunas para fiscalizar el estado óptimo de las unidades que transportan este tipo de desechos, la ruta que deben de seguir y los horarios en que deberán transitar ello, con el fin de minimizar al máximo su impacto ambiental y su riesgo a la salud de las personas. Finalmente, se ordena a la Federación Municipal Regional del Este, administradora del Relleno Sanitario llevar un control de mapeo por medio de topografía día a día, a su vez señalar en el campo cada fosa que contenga desechos hospitalarios y adecuar los procedimientos del manejo de desechos hospitalarios a fin de evitar y eliminar de manera absoluta las deficiencias encontradas por los personeros de la Universidad de Costa Rica y presentados a este Tribunal en el informe que corre agregado del folio 655 al 684. Se condena al Estado, a la Municipalidad de San José, de Curridabat y de La Unión y a la Caja Costarricense del Seguro Social, al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo.

Luis Fernando Solano C.
Presidente
Eduardo Sancho G.
Carlos M. Arguedas R.
Adrián Vargas B.
Susana Castro A.
Teresita Rodríguez A.
Gilbert Armijo S.

Exp: 01-012467-0007-CO
Res: 2002-03018

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas con doce minutos del veintidós de marzo del dos mil dos.

Recurso de amparo interpuesto por Ana Rosa Zeledón Umaña, portadora de la cédula de identidad número 1-1156-175, a favor de sí misma; contra la Universidad de Costa Rica.

Resultando:

1.– Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las doce horas y cuatro minutos del dieciocho de diciembre de dos mil uno (folio 1), la recurrente interpone recurso de amparo contra la Coordinadora de la Cátedra de Biología General de la Escuela de Biología, el Vicerrector de Docencia y el Rector todos de la Universidad de Costa Rica y manifiesta que al iniciar el curso lectivo, hizo gestiones ante la Universidad de Costa Rica para lograr la autorización de no efectuar pruebas o actividades académicas los sábados, ya que es miembro activa de la Iglesia Adventista, cuya fe les pide consagrar ese día de la semana para uso devocional. Agrega que su congregación, basada en el principio cristiano de la obediencia a la Biblia como norma de fe y doctrina, considera una violación a esos principios y a los dictados de su conciencia, dedicar el sábado a actividades académicas o seculares. Señala que en razón de tal solicitud, algunos profesores de las materias que cursa aceptaron efectuar los ajustes necesarios para las pruebas de reposición, sin embargo, la Cátedra de Biología General excluyó desde el inicio la posibilidad de efectuarle exámenes de reposición. Indica que a pesar de las gestiones de la Defensoría Estudiantil ante la Vicerrectoría de Docencia de la Universidad, ésta con el criterio de la Oficina Jurídica, rechazó la solicitud bajo la premisa de que no es posible efectuar variaciones en función de las necesidades particulares de cada estudiante. Manifiesta que debido a estas disposiciones y decisiones, es la segunda ocasión en que reprueba la asignatura de Laboratorio de Biología, por no asistir los días sábados a las pruebas correspondientes. Argumenta que la actuación de las autoridades recurridas violentan su derecho a la libertad de culto. Solicita la recurrente que se declare con lugar el recurso y se ordene a las autoridades de la Universidad de Costa Rica a incluir como razón justificada la práctica del culto para no efectuar las pruebas o actividades académicas el día sábado.

2.– Informa bajo juramento Ramiro Barrantes Mesén, en su calidad de Rector a.i. de la Universidad de Costa Rica (folio 16), que efectivamente la estudiante Ana Rosa Zeledón Umaña a través de la Defensoría Estudiantil de la Federación de Estudiantes de la Universidad de Costa Rica, presentó una gestión tendiente a que en particular, su Unidad Académica y sus profesores, y en general la Universidad de Costa Rica no le programaran ninguna actividad académica los días sábados, en razón de pertenecer a la congregación religiosa "Iglesia Adventista del Sétimo Día", la cual consagra los días sábados para uso devocional. Agrega que mediante oficio VD-3066-2001 de fecha veintitrés de octubre de dos mil uno, la Vicerrectoría de Docencia de la Universidad de Costa Rica procedió a remitir en consulta el caso de la recurrente a la Oficina Jurídica de la institución. Indica que mediante oficio OJ-1565-2001, de fecha cinco de noviembre del dos mil uno, la Asesoría Legal de dicha universidad resolvió no acoger la gestión de la amparada, basados en el criterio de que la práctica convencional de realizar pruebas los días sábados no podría ser variada o adecuada en función de las necesidades particulares de cada estudiante, sean laborales, religiosas o de cualquier índole que no sean las ordinariamente justificadas según el ordenamiento interno universitario. Alega que a la Universidad de Costa Rica le asiste el derecho de definir sus programas y calendarios académicos, de manera que la calendarización de exámenes en días sábados, no sólo constituye una política institucional vigente desde hace mucho tiempo sino que además forma parte de las

potestades académicas que le asisten a la Universidad de Costa Rica. Reitera que la Universidad de Costa Rica se encuentra imposibilitada de ajustar la calendarización académica a las necesidades, gustos, preferencias, disponibilidad horaria y actividades sociales y religiosas de cada uno de sus estudiantes. Aclara que al momento en que un educando escoge la carrera que desea cursar, acepta la misma en los horarios establecidos por la institución y conforme a la currícula y la calendarización determinada en forma previa. Manifiesta que el contenido del derecho de culto no debe obligar a la Administración a ajustar sus estructuras, planes, horarios y directrices a los gustos, preferencias, creencias y disponibilidad horaria de los distintos grupos religiosos que existen en el país. Solicita se desestime el recurso planteado.

3.– En los procedimientos seguidos se ha observado las prescripciones legales.

Redacta el magistrado Armijo Sancho; y,

Considerando:

I.– La queja vertida por la recurrente versa sobre el derecho a la libertad religiosa reconocido en el artículo 75 de la Constitución Política. Aduce en síntesis la recurrente que al obligarla la Universidad de Costa Rica a realizar exámenes los sábados, día en que según su credo debe dedicarse únicamente para uso devocional, resulta contrario a su libertad religiosa y de culto.

II.– Delimitando el contenido del derecho fundamental a la libertad religiosa podemos decir que sería propiamente una libertad a decidir por sí mismo la propia ideología, religión o creencia. La libertad que analizamos incluye por consiguiente: a) el derecho a profesar una religión o a no profesar ninguna, b) el derecho a practicar los actos de culto propios de una creencia, c) el derecho a comportarse en la vida social de acuerdo con las propias convicciones. Asimismo, tenemos que el artículo 75 de la Constitución Política garantiza la libertad religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Ahora bien, el contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen, pues cabe apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso. Sobre este tema esta Sala en sentencia número 3173-93 de las catorce horas cincuenta y siete minutos del siete de junio de mil novecientos noventa y tres dispuso:

> "… VII.– La libertad religiosa encierra, en su concepto genérico, un haz complejo de facultades. En este sentido, en primer lugar se refiere al plano individual, es decir, la libertad de conciencia, que debe ser considerado como un derecho público subjetivo individual, esgrimido frente al Estado, para exigirle abstención y protección de ataques de otras personas o entidades. Consiste en la posibilidad, jurídicamente garantizada, de acomodar el sujeto, su conducta religiosa y su forma de vida a lo que prescriba su propia convicción, sin ser obligado a hacer cosa contraria a ella. En segundo lugar, se refiere al plano social, la libertad de culto, que se traduce en el derecho a practicar externamente la creencia hecha propia…"

Asimismo este Tribunal en la sentencia número 2001-01866 de las nueve horas con ocho minutos del nueve de marzo del dos mil uno, en lo conducente indicó:

> "… Sobre la libertad de culto. No hay que olvidar que si bien es cierto, la libertad de culto es un derecho fundamental reconocido en la Constitución Política (en el artículo 75, que se refiere al "libre ejercicio en la República de otros cultos además del católico) que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres"). La Convención Americana sobre Derechos Humanos —para no citar otros instrumentos interna-

cionales—, más amplia y actualizada, lo contempla en el artículo 12, que al referirse a la libertad de conciencia y de religión dice que este derecho implica (entre otras cosas) "la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado". Es decir, de la libertad en materia religiosa —que se expresa en creencias religiosas que a su vez se manifiestan socialmente— deviene como cosa natural la libertad de culto, que, como suele decirse, es la libertad para realizar prácticas religiosas externas (como la celebración de ritos que supongan incluso la enseñanza religiosa), y que, desde luego, incluye el derecho a establecer y mantener lugares para el culto. De otro lado, si la libertad de religión tiene tanto un carácter individual como colectivo (caso en el cual es un derecho que en términos generales se ejerce mediante las confesiones religiosas o los grupos con específica finalidad religiosa, sobre todo en cuanto no se trata de derechos personalísimos), su cobertura alcanza a los derechos de asociación con fines religiosos y de reunión con los mismos fines. Conviene agregar, finalmente, que la libertad de culto no es una libertad ilimitada: por el contrario, ya se mencionó que el artículo 75 de la Constitución Política subordina su ejercicio a ciertos límites cuya definición corresponde a la ley…"

III.– Ahora bien, partiendo de los lineamientos expuestos en el considerando anterior, el derecho a la libertad religiosa ha sido vulnerado en el caso objeto de nuestro examen respecto del ámbito de las relaciones de cooperación que con las distintas confesiones ha de mantener el Estado a tenor del art. 45 de la Constitución Política. En efecto, la negativa de la Universidad de Costa Rica a realizar un examen de reposición a la recurrente pese que su religión limita la realización de actividades educativas los días sábados, afecta el derecho a practicar los actos de culto propios de una creencia de la recurrente y como se dijo en el considerando anterior ese es uno de los elementos de la libertad religiosa. Estima esta Sala que la negativa de las autoridades universitarias a realizar un examen de reposición resulta irrazonable, dado que la realización de un examen extraordinario o de reposición, para la recurrente no sólo no afecta el debido funcionamiento de centro universitario recurrido, sino además se trata de una práctica usual y reconocida por toda la población estudiantil y docente. Así las cosas, se evidencia en el caso concreto que la Universidad de Costa Rica ha irrespetado ese deber de cooperación y de no injerencia externa por parte de los poderes públicos en las actividades de la creencia religiosa de la recurrente. En esa medida el ejercicio de su libertad religiosa de actuar conforme a determinado credo se ha visto restringida, condicionada y obstaculizada. La amparada se ha visto imposibilitada a desarrollar actividades que constituyen actos manifestaciones o expresiones de sus creencias religiosas. En virtud de ello, se ordena al Rector de la Universidad de Costa Rica acoger la gestión de la recurrente a fin de que no se le obligue a realizar exámenes los sábados, dado que ello va contra su fe religiosa y ello en definitiva limita y restringe su libertad de culto tutelado en el artículo 75 de la Constitución Política. Así las cosas, lo procedente es acoger el recurso, como en efecto se hace.

IV.– Los magistrados Sancho y Castro salvan el voto y declaran sin lugar el recurso.

Por tanto:

Se declara CON LUGAR el recurso. Se condena a la Universidad de Costa Rica al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Comuníquese.

Exp: 02-000808-0007-CO
Res: 2002-03074

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas con veinticuatro minutos del dos de abril del dos mil dos.

Recurso de amparo interpuesto por Carlos Manuel Navarro Gutiérrez, portador de la cédula de identidad número 1-405-1325, en su condición de Secretario General del Sindicato de Empleados del Ministerio de Hacienda, a favor de La Nación Sociedad Anónima, contra Eduardo Lizano Fait en su condición de Presidente Ejecutivo del Banco Central de Costa Rica.

Resultando:

1.– En memorial presentado en la Secretaría de la Sala a las diecisiete horas treinta minutos del veinticinco de enero del dos mil dos, el recurrente interpone recurso de amparo contra el Presidente Ejecutivo del Banco Central de Costa Rica y manifiesta que éste se negó a entregar los resultados del estudio realizado por el Fondo Monetario Internacional en junio pasado, a un periódico nacional. Manifiesta que el Presidente del Banco Central manifestó que, por tradición, estos informes no se entregan, lo que viola el derecho a la información. Considera que la información requerida es de interés de la colectividad y que el Presidente del Banco Central, con su negativa, ha conculcado un derecho fundamental. Indica el petente que, en aras de defender intereses difusos de los habitantes de la República, interpone el presente recurso de amparo. Solicita que se declare con lugar el recurso.

2.– En escrito de folio 5 se apersona Otto Guevara Guth, en su condición de Diputado de la Asamblea Legislativa, para referirse a la respuesta que recibió del Presidente del Banco Central de Costa Rica mediante la cual se le negó el acceso a una copia del Informe del Fondo Monetario Internacional. Indica que el veinticinco de enero del dos mil dos, presentaron una solicitud de información al Presidente del Banco Central donde solicitaron un ejemplar del informe del Fondo Monetario Internacional sobre Costa Rica. Por su parte, mediante oficio DPE-016/2001 del cuatro de febrero del dos mil dos, remitido mediante fax a Jorge Rivel, se les indicó que existe un recurso de amparo planteado por el mismo aspecto, es decir por la negativa de entregar el informe elaborado por el Fondo Monetario Internacional, de manera que lo procedente es esperar que la Sala resuelva. Solicita el gestionante que se le tenga como coadyuvante en el recurso de amparo y que se ordene al Presidente del Banco Central, entregar la información objeto de este recurso de amparo.

3.– Informa bajo juramento Eduardo Lizano Fait, en su calidad de Presidente del Banco Central de Costa Rica (folio 10), que en una publicación del periódico La Nación del veinticinco de enero del dos mil dos, se publicó una entrevista que le hiciera ese medio de comunicación y según la cual, de parte de ese diario se le solicitó copia de un informe acerca de los resultados del estudio sobre Costa Rica que realizó el Fondo Monetario Internacional (FMI) en junio pasado. Manifiesta que en esa publicación se consignó, entre otras cosas, que en su calidad de Presidente del Banco Central de Costa Rica le indicó a la periodista que simplemente hay una tradición del Banco Central de que la mayor parte de esos informes anuales no se publican; manifestación que afirma haber hecho en su oportunidad. Aclara que en los archivos del Banco Central no hay constancia de que se haya recibido solicitud alguna de parte del diario La Nación, S.A. (empresa amparada en el presente amparo), ni del Sindicato de Empleados del Ministerio de Hacienda, para que se entregue copia de ese informe. Agrega que el informe presuntamente requerido es el relativo al análisis que lleva a cabo cada año el Fondo Monetario Internacional con base en lo dispuesto en el artículo IV del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional y específicamente se refiere al elaborado en junio del dos mil uno. Considera importante destacar que ese artículo IV del Convenio citado, establece que esa clase

de informes son resultado del análisis de supervisión llevado a cabo por ese Organismo Internacional en torno a las políticas cambiarias de los países miembros. Indica que tales informes son preparados por funcionarios del Fondo Monetario Internacional con el propósito de elevarlos posteriormente a la consideración del Directorio de esa entidad y no para someterlos directamente al país objeto del estudio. Agrega que de acuerdo con lo estipulado en las secciones 4 y 5 del Artículo IX de ese Convenio, tales informes son de uso exclusivo del Fondo Monetario Internacional y por ello, tienen el carácter de confidenciales e inviolables. Manifiesta que según lo especificado en la sección 8 del artículo XII del aludido convenio, el Fondo Monetario Internacional, por iniciativa propia, puede comunicarle extraoficialmente al país supervisado dicho informe, conservando el documento su carácter de confidencial e inviolable, por lo cual, el país no está facultado para divulgar, por su propia cuenta, el informe en cuestión. Indica que aunque el Fondo Monetario Internacional suministre el informe de supervisión al Estado Costarricense, no significa que ya esté disponible para su publicidad, ello en observancia del principio constitucional de la confidencialidad de los asuntos diplomáticos. Considera que el Banco Central de Costa Rica y el Estado Costarricense están obligados a guardar confidencialidad de los informes de supervisión del Fondo Monetario Internacional hechos con base en el Convenio Constitutivo, pues así fue aprobado, lo que incluye disposiciones de confidencialidad de los informes y archivos de ese Organismo Internacional. Agrega que aún siéndole comunicado extraoficialmente el informe al Estado Costarricense, tal confidencialidad debe ser estrictamente observada, pues para dar publicidad al documento, requeriría estar incorporado en un legajo, formando parte de un informe técnico, como antecedente de un acto propio, válido y eficaz adoptado en la gestión del funcionario público costarricense, a la luz de la relación de los artículo 9, 10, 214, 215 y 217 de la Ley General de la Administración Pública, interpretados a contrario sensu y en lo que toca al Estado Costarricense, tal situación no se ha presentado con respecto al informe del Fondo Monetario Internacional presuntamente requerido. Manifiesta que la confidencialidad debe ser acatada, en el tanto en que, con base en dichos informes, el funcionario costarricense y específicamente el Banco Central de Costa Rica, no haya adoptado como suyos tales análisis para fundamentar una actuación propia, la cual, en esos casos y por el principio de responsabilidad de los funcionarios públicos, sí estaría sujeta a publicidad o a ser entregada a cualquier ciudadano que la pida en el territorio de la República, con base en el derecho fundamental establecido por los artículo 27 y 30 de la Constitución Política. Reitera diciendo que no existe petición formal para la entrega del informe y finaliza solicitando que se declare sin lugar el recurso en todos sus extremos.

4.– En escrito visible en folio 15 se apersona Rosa María Cascante Cascante para solicitar que se le tenga como coadyuvante en el presente recurso de amparo. Indica que el Presidente de la Junta Directiva del Banco Central, Eduardo Lizano, indicó por los diferentes medios de información colectiva que el informe del Fondo Monetario Internacional, no lo proporcionará a ninguna persona. Señala que tanto ella como otras organizaciones de la sociedad civil, está preocupada por la emisión inorgánica de dinero, la inflación y otras variables macroeconómicas que impactan en la calidad de vida del costarricense, así como también por otros indicadores propios de los derechos humanos y el derecho al desarrollo, tales como el pleno empleo. Indica que tanto el derecho de petición como el libre acceso a los departamentos administrativos con propósito de información sobre asuntos de interés público, son derechos tutelados por la Constitución Política y por ello solicita que se declare con lugar el recurso.

5.– Mediante documento de folio 17 se presenta ante la Sala Rosa María Cascante Cascante para solicitar que, en su condición de coadyuvante, se reconozca el espíritu de respeto del derecho internacional que contiene la Constitución Política y que, por ello, se declare con lugar el recurso de amparo y se solicite al Poder Ejecutivo que negocie ante el Fondo Monetario Internacional, una reserva respecto al inciso B del Convenio Constitutivo del Fondo Mone-

tario Internacional que fue ratificado por ley número 55 del veinticuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

6.– En resolución de Magistrado Instructor de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del seis de marzo del dos mil dos (folio 22), se solicitó al Director del Periódico La Nación que, como prueba para mejor resolver, se refiriera a los hechos alegados por el recurrente en el amparo.

7.– En escrito visible en folio 23 se apersona Carlos Manuel Navarro Gutiérrez, en su calidad de Secretario General del Sindicato de Trabajadores del Ministerio de Hacienda, para referirse al informe presentado por el Presidente Ejecutivo del Banco Central en respuesta a este recurso. Indica que el amparo lo presentaron con fundamento en la noticia difundida por el Periódico La Nación por lo que considera que no es de recibo el argumento de don Eduardo Lizano en el sentido de que no se hizo petición formal del informe. Manifiesta que para subsanar esa posible omisión, el pasado veinticinco de enero solicitaron formalmente a don Eduardo Lizano, el informe de cita y el siete de marzo del dos mil dos, don Eduardo Lizano contestó en oficio número DPE-040-2002 con fecha seis de marzo, que no brindaría el informe y que se atenderá la petición concreta una vez que cuente con el pronunciamiento de la Sala Constitucional. Considera que el Presidente Ejecutivo del Banco Central está lesionando los derechos constitucionales por lo que reitera la petición inicial para que se declare con lugar el recurso de amparo.

8.– En documento visible en folio 27 se apersona Eduardo Ulibarri, en su condición de Director del Periódico La Nación, para contestar la audiencia que le fuera conferida como prueba para mejor resolver. Señala que el lunes veintiuno o martes veintidós de enero de este año, sin recordar el día exacto, el editorialista especialista en temas económicos de ese periódico, le hizo saber que al consultar la página de internet del Fondo Monetario Internacional para obtener datos sobre nuestra economía destinados a un editorial, se había encontrado con una referencia según la cual esa institución no divulgaba el informe de su más reciente evaluación sobre la economía costarricense debido a que las autoridades nacionales así lo habían pedido. Indica que como consideraron que la información contenida en ese documento era de gran importancia periodística y de indudable interés público, la periodista Patricia León, redactora de la sección económica, llamó por teléfono, el veintitrés de enero, al Presidente del Banco Central, Dr. Eduardo Lizano y le solicitó el texto del informe; sin embargo, don Eduardo le respondió que no lo darían a conocer. Manifiesta que el veinticuatro de enero, por su solicitud expresa y de la editora de la sección, la periodistas Lidiette Brenes, la redactora procedió a llamar nuevamente al Dr. Lizano para consultarle sobre las razones por las cuales el Banco Central había decidido no hacer público el informe e indagar sobre el contenido de éste. Indica que don Eduardo declinó referirse a esto último y sobre las razones para negarse a divulgarlo, manifestó algunos conceptos que fueron recogidos en una información publicada al día siguiente, de la cual adjunta copia. Agrega que al conocer de la negativa tan rotunda de don Eduardo a la solicitud que habían planteado telefónicamente por medio de la periodista del periódico, analizaron la posibilidad de plantear un recurso de amparo como vía para que se diera a conocer el informe del FMI en vista de su interés intrínseco para todos los ciudadanos y de que no se trataba de un tema objeto legítimo de secreto de Estado. Añade que el veintiocho de enero tuvieron conocimiento de que el Sindicato de Empleados del Ministerio de Hacienda por medio de su Secretario General, había presentado un recurso en sentido similar al que habían considerado y por ello se decidió abstenerse de acudir a esta vía. Indica que sobre la presentación del recurso y sobre la decisión de la Sala Constitucional de acogerlo para su consideración, publicaron sendas informaciones el veintinueve de enero y el dos de febrero pasados. Añade que el catorce de febrero, el diputado electo José Miguel Corrales dio a conocer un resumen del documento el cual es publicó íntegramente en la sección de Foro y además,

por la importancia del tema el título principal de la edición de ese día se refirió al contenido del documento a partir del cual, y de las reacciones y contexto del mismo, divulgaron una amplia información en la página 22-A. Hace notar que en la actividad cotidiana del periódico, debido a la premura con que deben obtenerse las informaciones, lo más común es que se presenten solicitudes verbales a los funcionarios, sea directamente o por teléfono y a esta modalidad fue a la que acudieron en los pedidos que formularon al Dr. Eduardo Lizano.

9.– En los procedimientos seguidos han sido observadas las prescripciones legales.

Redacta el magistrado Armijo Sancho; y,

Considerando:

I.– Cuestiones de Trámite: La señora Rosa María Cascante Cascante se apersonó en documento de folio 15 para solicitar que se le tenga como coadyuvante activa en este amparo en vista de que, en su condición de costarricense, tiene interés directo en las presentes diligencias. En cuanto a la naturaleza jurídica de la coadyuvancia, la Sala en sentencia número 3235-92 de las nueve horas veinte minutos del treinta de octubre de mil novecientos noventa y dos, dijo que:

> "La coadyuvancia es una forma de intervención adhesiva que se da cuando una persona actúa en un proceso adhiriéndose a las pretensiones de alguna de las partes principales, como consecuencia está legitimado para actuar como coadyuvante quien ostente un interés directo en el resultado del recurso".

A partir de lo anterior y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se acepta su gestión. Por su parte, Otto Guevara Guth, en su condición de Diputado de la Asamblea Legislativa, se ha apersonado también para solicitar que se le tenga como coadyuvante activo en este recurso de amparo en vista de que se le ha negado el acceso al informe del Fondo Monetario Internacional sobre Costa Rica. Esta solicitud de coadyuvancia, debe ser aceptada al igual que la anterior por cuanto el gestionante, en su condición de costarricense, deriva un interés directo en las presentes diligencias.

II.– Objeto del recurso: El recurrente, Carlos Manuel Navarro Gutiérrez, en su condición de Secretario General del Sindicato de Empleados del Ministerio de Hacienda, interpone recurso de amparo porque considera que la negativa del Presidente del Banco Central de Costa Rica de entregar los resultados del estudio realizado por el Fondo Monetario Internacional, conculca el derecho a la información de los costarricenses, solicitando que así se declare.

III.– Sobre el derecho a la información: El derecho a la información es uno de los derechos del ser humano y está referido a una libertad pública individual cuyo respeto debe ser propiciado por el propio Estado. Este derecho, es a la vez, un derecho social cuya tutela, ejercicio y respeto se hace indispensable para que el ciudadano tome parte activa en las tareas públicas y pueda así participar en la toma de decisiones que afectan a la colectividad. En ese sentido, es un derecho humano inalienable e indispensable en la medida en que se parte de que información significa participación. De esta manera, si la información es requisito para que el ciudadano individualmente considerado adopte decisiones, informar, a la vez, es promover la participación ciudadana. El derecho de la información distingue tres facultades esenciales de quienes lo ejercen: la facultad de recibir, la facultad de investigar y la facultad de difundir informaciones. La facultad de recibir información se refiere principalmente a la obtención, recepción y difusión de noticias o informaciones, las cuales deben referirse a hechos con trascendencia pública y ser conformes con la realidad, asequible por igual a todos, debiendo referirse a hechos relevantes cuyo conocimiento esté dirigido a formar opinión y a fomentar la participación del ciudadano, siendo requisito esencial que la información sea completa y veraz. La segunda facultad se refiere a la posibilidad de investigación, es decir, al libre y directo acceso a las fuentes de información. Por último está la facultad de difundir, que se trata del

derecho del ciudadano a la libre difusión de opiniones e informaciones; facultad que sólo puede ejecutarse en sentido positivo pues no se contempla la posibilidad de "no difundir" informaciones o noticias. Ahora bien, el derecho a la información como tal, está compuesto por dos vertientes o dimensiones: una activa que permite la comunicación de informaciones y otra pasiva que se refiere al derecho de todo individuo o persona, sin ningún tipo de discriminación, a recibir información; información que, en todo caso, deberá ser veraz y que puede ser transmitida por cualquier medio de difusión. A partir de lo anterior se tiene que si bien el derecho a la información tutela en su aspecto pasivo la posibilidad de acceder a fuentes de información con el ánimo de poder participar en la toma de decisiones de la colectividad, también es lo cierto que no se trata de un derecho irrestricto, sino que, por el contrario, está sujeto a límites y entre ellos, el derecho a la intimidad se constituye en un límite para el derecho a la información por cuanto, en la medida en que la información verse sobre asuntos que no sean de relevancia pública, se impone el respeto a la intimidad y opera como límite o barrera frente al derecho a la información. Por el contrario, cuando la información es de relevancia pública, el acceso a la misma y su difusión, se imponen como regla y por ello, cuando se trate de la trascendencia pública del objeto comunicable, se justificaría la intromisión amparándose en el derecho del público a la recepción de noticias y en el derecho del informador a transmitirla, salvo, claro está, cuando se trata de una información que haya sido declarada previamente como secreto de Estado o sea falsa en cuyo caso el tratamiento de la misma, será diferente.

IV.– En relación con lo anterior, el derecho a la información es considerado como una garantía jurídica indispensable para que los ciudadanos puedan ejercer, en mayor o menor medida, su participación en las tareas públicas y desde este punto de vista, se trata de un derecho público y subjetivo. Es un derecho público por cuanto exige la intervención del Estado para procurar información sobre las actividades que desempeñan los órganos gubernamentales, además, es un derecho subjetivo, por cuanto supone un poder jurídico, susceptible de regulación por el ordenamiento jurídico. Ese derecho a la información, además, tiene un carácter preferente al considerarse que garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre; garantía que reviste una especial trascendencia ya que, de ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de manera responsable en los asuntos públicos, ha de ser informado ampliamente de modo que pueda formar opiniones, incluso contrapuestas, y participar responsablemente en los asuntos públicos. Desde esta perspectiva, el derecho a la información no sólo protege un interés individual sino que entraña el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, cual es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político y por ende, de naturaleza colectiva. En ese sentido, la opinión pública libre es contraria a la manipulación de la información, con lo cual, el ciudadano tiene el derecho a recibir y seleccionar las informaciones y opiniones que desee pues en el momento en que cualquiera de las informaciones existentes o posibles desaparece, cualquiera que sea el agente o la causa de la desaparición, está sufriendo una limitación al derecho a optar como forma de ejercitar el derecho de recibir. El derecho a ser informado es público por cuanto exige la intervención del Estado y es un derecho subjetivo por cuanto supone un poder jurídico, susceptible de ser institucionalizado y regulado por el ordenamiento jurídico para la satisfacción de fines o intereses de carácter social, basados en la naturaleza misma de la persona humana y en la organización de la sociedad. A su vez, existe un deber de los entes públicos a facilitar la información y para ello, deberán dar facilidades y eliminar los obstáculos existentes. Los profesionales de la información son intermediarios entre los entes públicos y los destinatarios de la información y por ende, tienen igualmente el derecho a obtener información y el deber de transmitirla lo más fielmente posible. El objeto

del derecho a la información es la noticia y por tal se ha de entender aquellos hechos verdaderos que puedan encerrar una trascendencia pública.

V.– Planteamiento del recurrente: En el caso bajo estudio, el recurrente alega que el Presidente del Banco Central de Costa Rica, le negó el acceso al Periódico La Nación Sociedad Anónima, a un informe elaborado por el Fondo Monetario Internacional sobre la situación económica del país y por ende, se ha lesionado el derecho a la información de los costarricenses. Respecto de tal alegato, indica bajo juramento el recurrido que ese informe no puede ser dado a conocer en virtud de lo que dispone el artículo IV del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, según el cual, esa clase de informes son el resultado de análisis de supervisión llevados a cabo por ese organismo internacional en torno a las políticas cambiarias de los países miembros y de conformidad con lo estipulado en las Secciones 4 y 5 del Artículo IX del indicado Convenio, tales informes son de uso exclusivo del Fondo Monetario Internacional y por ello tienen el carácter de confidenciales, incluso, según la Sección 8 del Artículo XII, el Fondo Monetario, puede comunicar extraoficialmente al país el informe, sin embargo, conserva su carácter de confidencial.

VI.– Análisis del caso concreto: Partiendo de lo dicho en relación con el derecho a la información y visto el caso concreto sometido a estudio de este Tribunal, es posible llegar a la conclusión de que se ha dado una violación al derecho a la información en perjuicio de todos y cada uno de los ciudadanos costarricenses. Para llegar a la anterior conclusión hay que tomar en cuenta varios aspectos. En primer lugar debe partirse, como se indicó supra, de que el derecho a la información es un derecho público que se distingue por su carácter preferente y ello es así por cuanto su objeto, la información, implica participación de los ciudadanos en la toma de decisiones de la colectividad, con lo cual, en la medida en que se proteja el derecho a la información, se garantiza la formación y existencia de una opinión pública libre que precisamente es el pilar de una sociedad libre y democrática. Ahora bien, si se parte del supuesto de que para poder participar en la toma de decisiones de la colectividad, se requiere estar bien informado, ello lleva necesariamente a la conclusión de que una sociedad en la que se niega la información de relevancia pública, sin estar en un caso de excepción, no se permitiría la conformación de una opinión pública libre y por ende, no se garantizaría de manera efectiva y real la participación ciudadana. Uniendo lo anterior, no cabe la menor duda de que, respecto de todos aquellos asuntos de trascendencia pública, como lo es el informe sobre Costa Rica elaborado por el Fondo Monetario Internacional como órgano externo al país y en el cual no participó ningún ente u órgano costarricense, existe un evidente interés de parte de todos los ciudadanos, de tener acceso a esa información toda vez que, en la medida en que la ciudadanía en general pueda accesar a esa información, podrá tener conocimiento sobre el contenido de ese informe y, en consecuencia, podrá ejercer con mayor propiedad y conocimiento, su derecho de participación en la toma de decisiones de la colectividad y por ende, podrá también ejercitar los derechos que de ahí se desliguen.

VII.– Ahora bien, lo dicho anteriormente es el resultado lógico que se deriva de la naturaleza del derecho de que se trata, pero a la par de esto hay que valorar también la otra cara de la moneda que es precisamente la necesaria intervención estatal que se debe dar para garantizar el ejercicio efectivo de ese derecho. En esa medida, el Estado debe procurar que las informaciones que son de carácter y relevancia pública, sean de conocimiento de los ciudadanos y para ello debe propiciar un ambiente de libertad informativa que se inicia dentro de su ámbito de acción. Así el Estado, como punto principal de confluencia de informaciones que tienen relevancia pública, es el primer obligado a facilitar no solo el acceso de esa información, sino también el adecuado conocimiento y difusión de la misma y para ello tiene la obligación de brindar las facilidades que sean necesarias para ello y eliminar los obstáculos existentes.

VIII.– Por tal razón, en el caso concreto, la Sala estima que se ha lesionado el derecho a la información en vista de que el Banco Central de Costa Rica, como institución autónoma de

derecho público, ha tenido conocimiento de un informe sobre Costa Rica que fue elaborado por un organismo internacional como lo es el Fondo Monetario Internacional, sin que en el mismo participara algún órgano del Estado Costarricense y a pesar de que el resultado plasmado en ese informe, sin lugar a dudas, es de la más alta relevancia pública por cuanto afecta intereses de los costarricenses en su generalidad, el Presidente de ese Banco se ha negado a brindarlo a un medio de comunicación que, como tal, es un intermediario entre la fuente informativa y la colectividad. Considera la Sala que ese informe objeto de este amparo, no puede tener una relevancia más pública de la que ya tiene y si ello es así, no se justificaría la negativa del recurrido a entregarlo a un medio de comunicación que, por su naturaleza, será adecuado para darlo a conocer a los costarricenses en su generalidad. En ese sentido, debe recordarse que los medios de comunicación son instrumentos al servicio de la opinión pública y como tales, se constituyen en nuestra sociedad en un mecanismo muy importante y conveniente no solo para el acceso a la información sino también para la formación de esa opinión pública.

IX.– Considera la Sala que no lleva razón el recurrido al manifestar que el informe elaborado por el Fondo Monetario Internacional no puede ser de conocimiento público en vista de que es un documento confidencial, y en ese sentido, se puede decir que previo estudio del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, la Sala ha observado que ninguno de sus numerales justifica la posición del recurrido. Por el contrario, el Convenio hace alusión a la posibilidad de entregar el informe al Estado interesado, encontrándose establecida la prohibición únicamente respecto de terceros, con lo cual, el Fondo Monetario Internacional, tendría la obligación de mantener la confidencialidad respecto de terceros países pero no así respecto del país interesado en el informe —Costa Rica en este caso—, de manera tal que una vez que se le entrega el estudio al país interesado, el Fondo Monetario Internacional debe mantener la confidencialidad del documento respecto de terceros países pero no así respecto de Costa Rica. Por el contrario, si la información en él contenida se refiere a un estudio que se hizo por un Organismo Internacional, externo a Costa Rica en el que no ha participado ningún órgano del Estado Costarricense, sobre el estado económico del país, y en el mismo se pueden desvelar situaciones de relevancia nacional, pareciera que no existe duda alguna en cuanto a que ese informe debe ser de conocimiento público por cuanto trata aspectos que afectan a la colectividad nacional en general y por ende, los ciudadanos tienen todo el derecho de conocer la situación real del país, de disfrutar de lo bueno que ahí se resalte pero también el pueblo tiene el correlativo deber de permitir que, con fundamento en el principio democrático, se adopten las medidas que sean necesarias a fin de corregir los puntos que sean negativos. En relación con lo dicho, no lleva razón tampoco el recurrido al interpretar que el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional impide la divulgación del informe que se hizo para Costa Rica pues si ello fuera así, ni siquiera nuestro país tendría acceso al mismo y prueba de ello es la manifestación que hace el Director del Periódico La Nación cuando en su contestación afirma que "al consultar la página de internet del Fondo Monetario Internacional, para obtener datos sobre nuestra economía destinados a un editorial, se había encontrado con una referencia según la cual esa institución no divulgaba el informe de su más reciente evaluación sobre la economía costarricense, debido a que las autoridades nacionales así lo habían pedido"; situación que evidencia que la negativa a suministrar la información no ha venido directamente del Fondo Monetario Internacional sino más bien, de autoridades costarricenses. Por el contrario, considera la Sala que una vez que las instancias públicas correspondientes han sido notificadas del resultado del estudio, precisamente por la materia de que se trata, es obligación del Estado Costarricense, el dar a conocerlas a la ciudadanía en general pues es respecto de ésta que se elabora el estudio y las conclusiones a las que se llega afectarán, en definitiva, a la colectividad nacional.

X.– Con fundamento en los motivos externados por esta Sala, el recurso debe ser estimado al considerarse que la negativa del Presidente del Banco Central de Costa Rica a entregar el

informe sobre Costa Rica elaborado por el Fondo Monetario Internacional, ha lesionado el derecho a la información de los costarricenses y por ello, el recurso se declara con lugar ordenándose al recurrido la entrega inmediata de ese informe a todos los medios de comunicación así como también a cualquier persona que, precisamente por su condición de costarricense, desee tener conocimiento de esa información. En cuanto a los medios de comunicación se aclara que éstos, a su vez, en ejercicio del derecho a comunicar información, deberán informar a la ciudadanía en general de manera objetiva y veraz, sobre el contenido de ese informe.

Por tanto:

Se declara con lugar el recurso. Se ordena al Presidente del Banco Central de Costa Rica la entrega inmediata, a los amparados Carlos Manuel Navarro Gutiérrez, Patricia León, Lidiette Brenes y Otto Guevara Guth, del informe sobre Costa Rica elaborado por el Fondo Monetario Internacional. Se condena al Banco Central de Costa Rica al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán, en su caso, en la vía de ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Comuníquese.

Luis Fernando Solano C.
Presidente
Eduardo Sancho G
Carlos M. Arguedas R.
Ana Virginia Calzada M.
Adrián Vargas B.
Susana Castro A.
Gilbert Armijo S.

Exp: 00-007391-0007-CO
Res: 2001-08239

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciséis horas con siete minutos del catorce de agosto del dos mil uno.

Acción de inconstitucionalidad promovida por FRANCISCO JOSÉ AGUILAR URBINA, portador de las cédula de identidad número 2-326-852, y CARLOS VARGAS PIZARRO, cédula de identidad número 1-392-476; contra el Acuerdo Internacional suscrito entre los Presidentes de las Repúblicas de Costa Rica y Nicaragua, doctores Miguel Ángel Rodríguez Echeverría y Arnoldo Alemán Lacayo, el veintinueve de junio de dos mil, relacionado con el libre tránsito de naves costarricenses en el Río San Juan, los actos constituyentes del acuerdo emitidos por las autoridades nacionales, esto es, la nota diplomática enviada por el Presidente de Costa Rica al mandatario de Nicaragua el veintiocho de junio de dos mil, y la aquiescencia de los funcionarios del Gobierno de Costa Rica ante la interpretación de los funcionarios del Gobierno de Nicaragua sobre los alcances de ese acuerdo. Intervinieron también en el proceso Miguel Ángel Rodríguez Echeverría, Presidente de la República de Costa Rica, Walter Niehaus Bonilla, Ministro de Turismo con recargo temporal de la cartera de Relaciones Exteriores y Culto, y Román Solís Zelaya, en representación de la Procuraduría General de la República.

Resultando:

1.– Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala el seis de setiembre de dos mil (folio 1), los accionantes solicitan que se declare la inconstitucionalidad del acuerdo internacional suscrito entre los Presidentes de las Repúblicas de Costa Rica y Nicaragua, doctores Miguel Ángel Rodríguez Echeverría y Arnoldo Alemán Lacayo, el veintinueve de junio de dos mil,

relacionado con el libre tránsito de naves costarricenses en el Río San Juan, los actos constituyentes del acuerdo emitidos por las autoridades nacionales, esto es, la nota diplomática enviada por el Presidente Miguel Ángel Rodríguez al mandatario de Nicaragua el veintiocho de junio del dos mil, y la aquiescencia de los funcionarios del gobierno de Costa Rica ante la interpretación de los funcionarios del gobierno de Nicaragua sobre los alcances de ese acuerdo. Apuntan que el quince de julio de mil novecientos noventa y ocho, el Gobierno de Nicaragua notificó a las autoridades costarricenses que desde ese momento se impediría la libre navegación de las embarcaciones que transportaban policías y avituallamiento a los puestos fronterizos costarricenses sobre la ribera del Río San Juan. Señalan que no fue sino hasta el veintinueve de junio de dos mil que los presidentes de ambos países anunciaron en México que se había llegado a un acuerdo internacional. Señalan que previamente al acuerdo, en octubre de mil novecientos noventa y nueve, la Asamblea Nacional de la República de Nicaragua aprobó la denominada "Ley para la rehabilitación de la navegación comercial del Río San Juan", en la cual, se señala que únicamente el concesionario podrá explotar, mantener y administrar para efectos de explotación comercial con todos los derechos que competen al Estado nicaragüense, los que incluirían atracar en la ribera costarricense sin el pago de ningún derecho de acuerdo con los términos del Tratado Cañas-Jerez y el Laudo Cleveland. Asimismo, la empresa concesionaria podrá cobrar peajes cuyo producto se distribuirá en un 30% al ente regulador y en un 70% a las municipalidades nicaragüenses. Señalan que de acuerdo con los tratados fronterizos vigentes, así como los laudos y sentencias que los complementan, Nicaragua debió haber notificado a Costa Rica sobre la aprobación de la Ley y la concesión dada a Eco Canal S.A. Consideran que la nota diplomática enviada por el Presidente de Costa Rica a su homólogo en Nicaragua no es una simple carta sino que constituye un acto unilateral, lo cual tiene la característica de ser una manifestación de voluntad emitida por el Estado costarricense, que lo compromete a realizar actos sin la necesidad de reciprocidad del Gobierno de Nicaragua. Manifiestan que el proceso de información que mantenían los Gobiernos de Costa Rica y Nicaragua antes del quince de julio de mil novecientos noventa y ocho no implicaba la necesidad de autorización alguna por parte de las autoridades de Nicaragua para que los miembros de la fuerza pública costarricense pudieran navegar con sus armas en la parte del Río San Juan que sirve de frontera entre los países, ya que Costa Rica no sólo tiene derechos de navegación con objeto de comercio, sino también con fines fiscales y de defensa, según lo establecen el Tratado Cañas-Jerez, el Laudo Cleveland y la sentencia de la Corte Centroamericana de Justicia de mil novecientos dieciséis. Asimismo, señalan que los instrumentos internacionales son claros en establecer que las naves nacionales tienen incluso el derecho de atracar sin que pueda imponérseles gravamen de ningún tipo. Consideran que toda interferencia y todo impedimento al goce de lo anterior constituye una violación al Tratado Cañas-Jerez, al Laudo Cleveland y a la sentencia de la Corte Centroamericana de Justicia de mil novecientos dieciséis, los cuales establecen que Costa Rica goza del derecho de dominio útil sobre el cauce inferior del río y que sus embarcaciones pueden navegar libremente con la salvedad de los buques de guerra. Manifiestan que dentro de las aseveraciones hechas por el Presidente Alemán en contestación de la misiva enviada por el Presidente Rodríguez, existen modificaciones a los instrumentos internacionales que rigen los límites entre ambos países, puesto que el mandatario nicaragüense pretende mediante un intercambio de notas transformar las modalidades que se expresan en el Tratado Cañas-Jerez, tal y como fue interpretado en el Laudo Cleveland y en la sentencia de la Corte Centroamericana de Justicia de 1916. Lo anterior, por cuanto el Presidente Alemán intenta reducir los derechos de Costa Rica a la simple navegación con objeto de comercio, dejando por fuera la navegación con fines fiscales y de defensa. Asimismo, pretende reducir la navegación comercial a aquella que se realizaba por el Río San Juan cuando Costa Rica no contaba con puertos en sus costas y debía por ello hacerse la comunicación con el exterior a

través de la vía fluvial. Aunado a lo anterior, los accionantes reclaman que la respuesta del Presidente Alemán establece que la navegación de las embarcaciones costarricenses por el cauce inferior del río, deberá hacerse con la autorización de las autoridades de Nicaragua, lo cual consideran modifica los instrumentos internacionales existentes. Alegan que todo instrumento internacional que modifique los términos del el Tratado Cañas-Jerez y del Laudo Cleveland conlleva a una modificación de la propia Constitución Política, la cual puede ser enmendada únicamente por el Poder Constituyente, siendo que en el caso concreto por tratarse de la integridad territorial, no sólo debe aprobarse por tres cuartas partes de la Asamblea Legislativa, sino también debe convocarse a una Asamblea Constituyente con ese fin, según lo establece el numeral 7° de la Constitución. Reclaman que Costa Rica ha aceptado las distintas manifestaciones de los funcionarios nicaragüenses en su respuesta a la nota presidencial, lo cual se ha tomado como un acuerdo que tiene como efecto modificar la integridad del territorio nacional. Manifiestan que el silencio de las autoridades costarricenses respecto de las manifestaciones reiteradas de los representantes diplomáticos nicaragüenses constituye un acto unilateral que es fuente de Derecho Internacional y por lo tanto oponible al Estado costarricense. Consideran que desde el momento en que el Presidente Rodríguez hizo su promesa en su nota del veintiocho de junio pasado, la regla del estoppel (imposibilidad de contrariar sus propios actos) tomó vigencia y obligó a Costa Rica para sus futuras actuaciones, sumado además a la ausencia de protesta. Señalan que debe presumirse que posteriormente al intercambio de notas por parte de los mandatarios hubo una negociación durante la mañana del veintinueve de junio de dos mil, en la cual se pactó un acuerdo que se dio a conocer a la prensa ese mismo día. Alegan que los términos del acuerdo niegan a Costa Rica el paso por el Río San Juan con fines fiscales y de defensa y llaman a una aprobación de la Asamblea Nacional de Nicaragua cada vez que una embarcación de las fuerzas de seguridad costarricenses pretendan navegar por el Río San Juan con fines fiscales y de defensa. Consideran que la única forma de que el tratado de veintinueve de junio de dos mil no necesite aprobación de la Asamblea Legislativa es si se trata de un protocolo al Tratado Cañas-Jerez; sin embargo, dicho tratado no contempla la posibilidad de que otros instrumentos se deriven de él, razón por la cual el tratado Rodríguez-Alemán no puede considerarse en ningún caso como protocolo derivado del pacto que delimita las fronteras entre ambos países.

2.– A efecto de fundamentar la legitimación que ostentan para promover esta acción de inconstitucionalidad, los accionantes se apersonan en defensa de un interés difuso relativo a la protección y defensa de la integridad territorial del Estado de la República de Costa Rica, puesto a su juicio en peligro debido a las actuaciones gubernamentales impugnadas.

3.– Por resolución de las quince horas treinta y cinco minutos del tres de octubre de dos mil (visible a folio 73 del expediente), se le dio curso a la acción, confiriéndole audiencia a la Procuraduría General de la República, al Presidente de la República y al Ministro de Relaciones Exteriores y Culto.

4.– La Procuraduría General de la República rindió su informe visible a folios 77 a 87. Señala que si bien comparte la tesis de la existencia de intereses difusos en el caso de los accionantes, no coincide en que cuando se trata de actos políticos que emite el Poder Ejecutivo en ejercicio de la conducción de relaciones internacionales, sea al Tribunal Constitucional al que le compete el control. Lo anterior, por cuanto el control que la Constitución le reconoce a la Sala Constitucional en materia de relaciones internacionales, es de naturaleza formal, siendo que en ninguna circunstancia debe extenderse a los criterios de oportunidad y conveniencia que adopta el Poder Ejecutivo en ejercicio de las potestades discrecionales. Asimismo, señala que inciso 24 del artículo 121 de la Constitución Política excluye del control político del Parlamento los asuntos de tramitación de carácter diplomático, lo cual resulta también aplicable al Tribunal Constitucional. Alega que en razón de que el asunto con la República de Nicaragua

aún no ha encontrado una solución definitiva por la vía diplomática, la Procuraduría General de la República no se pronuncia sobre el fondo de la presente acción. Manifiesta que ni el Presidente, ni el Canciller o la Procuraduría en su doble condición de órgano asesor y representante legal de Estado deben mostrar su estrategia y sus argumentos en una instancia interna cuando la disputa no ha sido resuelta en el plano internacional. Considera que la presente acción debe ser rechazada de plano.

5.– Miguel Ángel Rodríguez Echeverría y Wálter Nihaus Bonilla, en sus respectivas condiciones de Presidente de la República y Ministro a.i. de Relaciones Exteriores y Culto, contestan a folio 88 la audiencia conferida, en los mismos términos del informe rendido por la Procuraduría General de la República.

6.– Los edictos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional fueron publicados en los números 202, 203 y 204 del Boletín Judicial, de los días veintitrés, veinticuatro y veinticinco de octubre de dos mil. (Folio 76)

7.– La audiencia oral y pública prevista en los artículos 10 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional no se celebró por considerar esta Sala que los elementos de juicio contenidos en el expediente son suficientes para la resolución del presente asunto.

8.– En los procedimientos seguidos han sido observadas las prescripciones de Ley.

Redacta el magistrado Vargas Benavides; y,

Considerando:

I.– Las reglas de legitimación en las acciones de inconstitucionalidad. El artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional regula los presupuestos que determinan la admisiblidad de las acciones de inconstitucionalidad, exigiendo la existencia de un asunto pendiente de resolver en sede administrativa o judicial en el que se invoque la inconstitucionalidad, requisito que no es necesario en los casos de excepción previstos en los párrafos segundo y tercero de ese artículo, es decir, que por la naturaleza de la norma no haya lesión individual o directa; que se fundamente en la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto, o que sea presentada por el Procurador General de la República, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la República o el Defensor de los Habitantes, en estos últimos casos, dentro de sus respectivas esferas competenciales. A partir de lo antes dicho, se tiene que la regla general apunta a la necesidad de contar con un asunto previo, siendo excepcionales las posibilidades de acudir a la Sala Constitucional en forma directa. De acuerdo con el primero de los supuestos previstos por el párrafo 2° del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la norma cuestionada no debe ser susceptible de aplicación concreta, que permita luego la impugnación del acto aplicativo y su consecuente empleo como asunto base. Dispone el texto en cuestión que procede cuando "por la naturaleza del asunto, no exista lesión individual ni directa", es decir, cuando por esa misma naturaleza, la lesión sea colectiva (antónimo de individual) e indirecta. Sería el caso de actos que lesionen los intereses de determinados grupos o corporaciones en cuanto tales, y no propiamente de sus miembros en forma directa. En segundo lugar, se prevé la posibilidad de acudir en defensa de "intereses difusos"; este concepto, cuyo contenido ha ido siendo delineado paulatinamente por parte de la Sala, podría ser resumido en los términos empleados en la sentencia de este tribunal número 3750-93, de las quince horas del treinta de julio de mil novecientos noventa y tres:

> "… Los intereses difusos, aunque de difícil definición y más difícil identificación, no pueden ser en nuestra ley —como ya lo ha dicho esta Sala— los intereses meramente colectivos; ni tan difusos que su titularidad se confunda con la de la comunidad nacional como un todo, ni tan concretos que frente a ellos resulten identificados o fácilmente identificables personas determinadas, o grupos personalizados, cuya legitimación derivaría, no de los intereses difusos, sino de los corporativos que atañen a una

comunidad en su conjunto. Se trata entonces de intereses individuales, pero a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende reciben un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos que se encuentran en determinadas circunstancias y, a la vez, de cada una de ellas. Es decir, los intereses difusos participan de una doble naturaleza, ya que son a la vez colectivos —por ser comunes a una generalidad— e individuales, por lo que pueden ser reclamados en tal carácter".

En síntesis, los intereses difusos son aquellos cuya titularidad pertenece a grupos de personas no organizadas formalmente, pero unidas a partir de una determinada necesidad social, una característica física, su origen étnico, una determinada orientación personal o ideológica, el consumo de un cierto producto, etc. El interés, en estos casos, se encuentra difuminado, diluido (difuso) entre una pluralidad no identificada de sujetos. En estos casos, claro, la impugnación que el miembro de uno de estos sectores podría efectuar amparado en el párrafo 2° del artículo 75, deberá estar referida necesariamente a disposiciones que lo afecten en cuanto tal. Esta Sala ha enumerado diversos derechos a los que les ha dado el calificativo de "difusos", tales como el medio ambiente, el patrimonio cultural, la defensa de la integridad territorial del país y del buen manejo del gasto público, entre otros. Al respecto deben ser efectuadas dos precisiones: por un lado, los referidos bienes trascienden la esfera tradicionalmente reconocida a los intereses difusos, ya que se refieren en principio a aspectos que afectan a la colectividad nacional y no a grupos particulares de ésta; un daño ambiental no afecta apenas a los vecinos de una región o a los consumidores de un producto, sino que lesiona o pone en grave riesgo el patrimonio natural de todo el país e incluso de la Humanidad; del mismo modo, la defensa del buen manejo que se haga de los fondos públicos autorizados en el Presupuesto de la República es un interés de todos los habitantes de Costa Rica, no tan solo de un grupo cualquiera de ellos. Por otra parte, la enumeración que ha hecho la Sala Constitucional no pasa de una simple descripción propia de su obligación —como órgano jurisdiccional— de limitarse a conocer de los casos que le son sometidos, sin que pueda de ninguna manera llegar a entenderse que solo pueden ser considerados derechos difusos aquellos que la Sala expresamente haya reconocido como tales; lo anterior implicaría dar un vuelco indeseable en los alcances del Estado de Derecho, y de su correlativo "Estado de derechos", que —como en el caso del modelo costarricense— parte de la premisa de que lo que debe ser expreso son los límites a las libertades, ya que éstas subyacen a la misma condición humana y no requieren por ende de reconocimiento oficial. Finalmente, cuando el párrafo 2° del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional habla de intereses "que atañen a la colectividad en su conjunto", se refiere a los bienes jurídicos explicados en las líneas anteriores, es decir, aquellos cuya titularidad reposa en los mismos detentores de la soberanía, en cada uno de los habitantes de la República. No se trata por ende de que cualquier persona pueda acudir a la Sala Constitucional en tutela de cualesquiera intereses (acción popular), sino que todo individuo puede actuar en defensa de aquellos bienes que afectan a toda la colectividad nacional, sin que tampoco en este campo sea válido ensayar cualquier intento de enumeración taxativa.

II.– La legitimación de los accionantes en este caso. A partir de lo dicho en el párrafo anterior, es claro que la acción interpuesta por los señores Francisco José Aguilar Urbina y Carlos Vargas Pizarro debe admitirse en el tanto se les reconoce la posibilidad de acudir a tutelar la defensa de intereses que atañen a la colectividad nacional, de marcado interés general, como lo es la integridad territorial de la República de Costa Rica, que a juicio de los accionantes se ve puesta en peligro debido a las actuaciones impugnadas. No cabe duda de que el territorio es uno de los componentes esenciales del estado en el sentido moderno del término, por lo que su protección es derecho y deber de cada uno de sus habitantes. Estos valores

gozan de protección privilegiada mediante la posibilidad de que cualquier persona, basada en la autorización que al respecto confiere el artículo 75 párrafo 2° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, interponga directamente la acción de inconstitucionalidad, razón por la cual es admisible la acción interpuesta por los señores Aguilar Urbina y Vargas Pizarro, en el tanto se convierte en un medio de protección de ese tipo de intereses.

III.– Revisabilidad de los actos impugnados en sede constitucional. Contrario a lo que argumenta la Procuraduría General de la República, estima la Sala que no todos los actos impugnados por los demandantes son ajenos al control de constitucionalidad que ejerce esta Sala. En lo referente al intercambio de notas, concretamente a la nota enviada por el Presidente de la República de Costa Rica a su par de Nicaragua el veintiocho de julio de dos mil, la misma constituye un acto general (de eficacia extrapersonal), lo que lo hace susceptible de control por parte de este tribunal, según determina el artículo 73 párrafo a) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que permite la impugnación de "… las leyes y otras disposiciones generales…" No existe en tal norma, ni en la más genérica del numeral 10 constitucional, la cual confiere a la Sala la potestad de analizar la validez de las normas jurídicas y "los actos sujetos al Derecho Público", excepción alguna que otorgue a los actos de gobierno un halo de inmunidad frente a la Constitución, a la cual deben su validez. Si bien este tipo de actos es emitido por el Presidente de la República en el ejercicio de competencias protegidas estrictamente por la separación de poderes, lo cierto es que ello no las releva de someterse al Derecho de la Constitución, del cual derivan y al cual se encuentran ineludiblemente subordinados, por lo que de conformidad con el principio de regularidad jurídica, no podrían oponerse en forma alguna a las normas y principios constitucionales, cabiendo a la Sala el control de tal adecuación al parámetro de normatividad fundamental. Por lo anterior, en cuanto a este extremo la presente acción resulta admisible, debiendo la Sala entrar a valorar el fondo de las alegaciones efectuadas.

IV.– Otras actuaciones. En lo que atañe a las demás actuaciones impugnadas, a saber, la nota del Presidente de Nicaragua dirigida al de Costa Rica el veintinueve de julio de dos mil, en respuesta a la ya mencionada en el párrafo anterior; la acusada inercia de parte del Gobierno costarricense en la solución del conflicto limítrofe que originó el intercambio de notas, así como la alegada ausencia de reacción ante la respuesta nicaragüense; y finalmente la aprobación, por parte de la Asamblea Nacional, órgano legislativo del Estado de Nicaragua, de la Ley para la rehabilitación de la navegación comercial en el Río San Juan, en octubre de mil novecientos noventa y nueve, que a juicio de los accionantes representa una violación unilateral a los términos de los tratados limítrofes entre ambos países, ninguna de las mencionadas actuaciones es susceptible de control de constitucionalidad en esta sede. En el caso de los actos emitidos por el Gobierno de Nicaragua, porque los mismos son producto de la voluntad soberana de un Estado extranjero, cuya validez no corresponde a esta Sala juzgar. En relación con la acusada pasividad del Gobierno costarricense en la atención del conflicto limítrofe, así como su alegada poca reacción ante las manifestaciones y actuaciones del Gobierno del Estado vecino, estima la Sala que dichos aspectos constituyen parte de la estrategia que nuestro Gobierno ha elegido para enfrentar el problema limítrofe con Nicaragua respecto de la navegación en el río San Juan, en ejercicio de sus competencias exclusivas de dirección de las relaciones internacionales del Estado, sin que sea este tribunal competente para entrar a valorar la conveniencia u oportunidad de las mismas. Así, en cuanto a estos extremos la acción deberá ser rechazada de plano.

V.– Objeto de la acción. Es discutida en la presente acción de inconstitucionalidad la validez de la nota diplomática suscrita por Miguel Ángel Rodríguez Echeverría, Presidente de la República de Costa Rica el veintiocho de julio de dos mil, dirigida al Presidente de la República de Nicaragua, Arnoldo Alemán Lacayo. A juicio de los accionantes, dicha nota es contraria a los términos del Tratado de Límites con Nicaragua, suscrito el quince de abril de mil

ochocientos cincuenta y ocho, así como al Laudo del Presidente Grover Cleveland de veintidós de marzo de mil ochocientos ochenta y ocho, y la sentencia de la Corte de Justicia Centroamericana, de las diecinueve horas del treinta de setiembre de mil novecientos dieciséis. El texto de la referida nota es el que a continuación es transcrito:

"San José, 28 de junio de 2000

SEÑOR ARNOLDO ALEMÁN LACAYO
PRESIDENTE
República de Nicaragua
Presente

ESTIMADO SEÑOR PRESIDENTE:

Como lo he expresado en múltiples oportunidades y se lo reiteré personalmente en nuestra reunión en la ciudad de Panamá el pasado 17 de junio, el Gobierno y el pueblo de Costa Rica se encuentran animados de sentimientos de fraternidad y de cooperación hacia Nicaragua, con la que, además de la geografía, los unen indisolubles vínculos familiares, históricos, culturales y económicos. En este espíritu, resulta de fundamental importancia la amistosa solución de las diferencias que puedan surgir entre nuestros países.

De conformidad con las conversaciones que tuvimos en Panamá, y atendiendo a su interés de que Costa Rica le formule una propuesta concreta sobre los términos para la navegación de las fuerzas policiales costarricenses en el curso inferior del río San Juan, quisiera manifestarle que la aspiración costarricense a ese respecto es que se restablezca el modus operandi que funcionó temporalmente con anterioridad a julio de 1998, según el cual le era permitido navegar por esa vía fluvial a las embarcaciones que conducían a los miembros de la policía costarricense, previo conocimiento en cada caso, de las autoridades nicaragüenses. Por su parte, Costa Rica está en plena disposición de no tener ninguna navegación en el río San Juan de policías con su equipo policial sin haber de previo comunicado a las autoridades de Nicaragua en esa zona, cada vez que se efectúen recorridos por el San Juan.

Los derechos que corresponden a Costa Rica según el tratado Cañas-Jerez y el Laudo Cleveland, se encuentran además respaldados por la voluntad y el consenso de los Ministerios de Seguridad Pública de Costa Rica y de Defensa de Nicaragua, que en reiteradas oportunidades han realizado acciones de coordinación en la región fronteriza.

No omito manifestarle que el Gobierno de Costa Rica reitera una vez más su pleno respeto por el dominio y sumo imperio que tiene Nicaragua en todo el cauce del río San Juan, y que confía en que por su parte el Gobierno de Nicaragua continuará respetando los derechos que corresponden a Costa Rica en el curso inferior de ese río, según los instrumentos internacionales vigentes entre ambos países y tal como tradicionalmente los hemos ejercido.

Con la firme esperanza de que la superación de la diferencia que han tenido nuestros países sobre este tema permitirá avanzar en otras áreas de interés común y fortalecer los mecanismos de entendimiento y cooperación que unen a Costa Rica y Nicaragua, y a la región centroamericana en su conjunto, aprovecho la oportunidad para renovarle seguridades de mi distinguida consideración,

MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ ECHEVERRÍA
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA"

Resta ahora por determinar si la nota cita constituye un acto violatorio de la Constitución Política o del Derecho Internacional vigente en Costa Rica.

Sobre el fondo.

VI.– El derecho de uso de Costa Rica en cauce inferior del río San Juan. Según dispone el artículo 5 de la Constitución Política, los límites con Nicaragua corresponden a los establecidos en el tratado Cañas-Jerez ratificado por el Laudo Cleveland, dándole rango constitucional a tales instrumentos. Al respecto debe decirse que el quince de abril de mil ochocientos cincuenta y ocho, los Ministros Plenipotenciarios de Costa Rica y Nicaragua, José María Cañas y Máximo Jerez, respectivamente firmaron en San José el tratado de límites que rige hasta la fecha, el cual fue ratificado un día después por el Congreso Nacional y el Presidente Juan Rafael Mora Porras. Dicho instrumento establece que "La línea divisoria de las dos Repúblicas, partiendo del mar del Norte, comenzará en la extremidad de Punta de Castilla, en la desembocadura del río San Juan de Nicaragua, y continuará marcándose con la margen derecha del expresado río, hasta un punto distante del Castillo Viejo tres millas inglesas, medidas desde las fortificaciones exteriores de dicho Castillo, hasta el indicado punto…" (artículo 1°) Por su parte, el numeral 4° del tratado determina que:

> "Artículo 4°.– La Bahía de San Juan del Norte, así como la de Salinas, serán comunes á ambas Repúblicas, y por consiguiente lo serán sus ventajas, y la obligación de concurrir a su defensa. También está obligado Costa-Rica por la parte que le corresponde en las márgenes del río San Juan, que en los mismos términos que por tratados lo está Nicaragua, á concurrir á la guarda de él, del propio modo que concurrirán las dos Repúblicas á su defensa en caso de agresión exterior; y lo harán con toda la eficacia que estuviere a su alcance".
>
> La anterior regla es explicitada por el artículo 6° del tratado, de conformidad con el cual:
>
> "Artículo 6°.– La República de Nicaragua tendrá exclusivamente el dominio y sumo imperio sobre las aguas del río San Juan desde su salida del Lago, hasta su desembocadura en el Atlántico; pero la República de Costa-Rica tendrá en dichas aguas, los derechos perpetuos de libre navegación, desde la espresada desembocadura hasta tres millas inglesas antes de llegar al Castillo Viejo, con objetos de comercio, ya sea con Nicaragua ó al interior de Costa-Rica, por los ríos de San Carlos ó Sarapiquí, ó cualquiera otra vía procedente de la parte que en la rivera del San Juan se establece corresonder á esa República. Las embarcaciones de uno ú otro país podrán indistintamente atracar en las riveras del rio, en la parte en que la navegación es común, sin cobrarse ninguna clase de impuestos, á no ser que se establezcan de acuerdo entre ambos Gobiernos".

Los términos del tratado antes parcialmente transcrito fueron interpretados en un proceso arbitral promovido por ambas Naciones, de conformidad con el acuerdo compromisorio firmado por los representantes de Costa Rica y Nicaragua en Washington, el veinticuatro de diciembre de mil ochocientos ochenta y seis, nombrando al Presidente de los Estados Unidos de América, Grover Cleveland, como árbitro. El Laudo dictado en este proceso suele ser denominado "Laudo Cleveland", pronunciado el veintidós de marzo de mil ochocientos ochenta y ocho en la ciudad de Washington, Distrito de Columbia. Además de confirmar la plena validez y vigencia del tratado Cañas-Jerez, el Laudo Cleveland sienta las siguientes reglas respecto del tema que nos interesa:

> "Segundo.– La República de Costa Rica, no tiene según dicho Tratado, y conforme a él las estipulaciones de su artículo sexto, el derecho de navegar el río San Juan con buques de guerra; pero puede hacerlo con embarcaciones del servicio fiscal, según

corresponda y tenga que ver con el pleno goce de los 'objetos de comercio', que se reconoce por dicho artículo, ó como se necesite para la protección de dicho goce".

Finalmente, debe ser citada la sentencia pronunciada por la Corte de Justicia Centroamericana, a las diecinueve horas del treinta de setiembre de mil novecientos dieciséis, en un proceso incoado por el Estado de Costa Rica contra el de Nicaragua por la suscripción de un tratado entre este último Estado y los Estados Unidos para la construcción de un canal interoceánico usando entre otras las aguas del río San Juan. De la doctrina establecida por este fallo, es importante destacar lo que sigue respecto del tema en cuestión:

"a) La República de Nicaragua tiene exclusivamente el dominio y sumo imperio sobre el río San Juan en toda la extensión de su curso. Es decir, ejerce sobre él los derechos de propiedad y forma parte del territorio nacional sujeto a su soberanía.

b) Ese derecho no es absoluto y sufre las restricciones que el propio Tratado señala […]

3.°– Costa Rica tiene en el San Juan, para objetos de comercio, los derechos permanentes de libre navegación, desde su desembocadura hasta tres millas antes de llegar al Castillo Viejo; y podrá atracar sus barcos, en cualquier orilla indistintamente, sin que sea lícito imponerle gravámenes en aquella parte en que la navegación es común. Claro está, pues, que el dominio que la república de Nicaragua ejerce sobre el río San Juan, no es absoluto ni ilimitado; tiene que estar restringido por los derechos de libre navegación y anexos, tan remarcadamente otorgados a Costa Rica, sobre todo si se considera que tales derechos, ejercidos para fines fiscales y defensivos, se confunden en su desarrollo, según el sentir de los tratadistas, con las facultades soberanas del imperium. Tal concesión equivale a un derecho real de uso, perpetuo e inalterable, que coloca a la República de Costa Rica en el goce pleno del dominio útil de gran parte del río San Juan, sin perjuicio del dominio pleno que ejerce Nicaragua como Soberana del territorio.

[…]

Costa Rica tiene derecho indiscutido a la margen derecha del río; al suelo colocado dentro de sus límites jurisdiccionales; posee el condominio en los puertos de San Juan del Norte y en la Bahía de Salinas; el derecho contractual de perpetua navegación en el río, empezando desde tres millas abajo del Castillo Viejo, comprensivo de la amplia facultad de tránsito y de comercio, y que impone a Nicaragua el deber de no entrabar esa navegación, y el de tener, por el contrario, expedito el curso del río; los de atracar en las dos riberas en toda la zona en que la navegación es común; y los que conciernen a la guarda y defensa 'con toda la eficacia que estuviere a su alcance'.

[…]"

VII.– Sobre la acusada vulneración del tratado Cañas-Jerez y el Laudo Cleveland mediante el acto impugnado. Teniendo claros los antecedentes normativos y jurisprudenciales que especifican los derechos que ostenta el Estado de Costa Rica respecto del río San Juan, y partiendo de la premisa según la cual, de conformidad con los artículos 5 y 7 de la Constitución Política, los instrumentos internacionales citados forman parte del parámetro de constitucionalidad que esta Sala está obligada a hacer cumplir frente a las actuaciones de sus autoridades y habitantes, resta por determinar si la nota enviada por el Presidente de Costa Rica al de Nicaragua el veintiocho de junio de dos mil es —como lo afirman los accionantes— contraria al texto y espíritu de tales dispositivos, contestada por el Presidente de Nicaragua el veintinueve de junio de dos mil, expresando —en lo que aquí interesa— su voluntad de mantener la situación existente antes de julio de mil novecientos noventa y ocho. Al respecto, estima la Sala que la actuación impugnada no parece estar dirigida a modificar en forma alguna la regulaciones fronterizas vigentes entre ambos países, ya que precisamente su texto hace alusión a restable-

cer un modus operandi que venía funcionando temporalmente, con anterioridad a julio de mil novecientos noventa y ocho. Por un lado, el contenido de la nota no es contradictorio con el tratado Cañas-Jerez, el Laudo Cleveland y la sentencia de la Corte de Justicia Centroamericana. No lo es por cuanto en dichos instrumentos queda consignado que la soberanía y sumo imperio sobre el río San Juan corresponden a Nicaragua, en tanto que Costa Rica detenta sobre el cauce bajo de aquel, un derecho perpetuo de uso para fines comerciales, fiscales y de seguridad. La nota de referencia no hace sino expresar que el Gobierno de Costa Rica informará a su par de Nicaragua, cada vez que efectivos de la Fuerza Pública deban transitar por el río San Juan portando su equipo policial. Debe observarse que en la nota en cuestión no se supedita dicha navegación a la obtención de un permiso, sino —como se dijo— a una simple comunicación, lo cual es plenamente acorde con los términos de los instrumentos que rigen la materia. Tampoco se limita en ninguna forma la posibilidad de navegación de otros tipos de embarcaciones costarricenses, ni se renuncia a ningún otro de los derechos que Costa Rica ostenta respecto del cauce bajo del río San Juan. De hecho, en la nota impugnada, el Presidente de la República de Costa Rica deja ver claramente la voluntad de su Gobierno, de regresar a la práctica que se venía dando entre ambos países antes de julio de mil novecientos noventa y ocho, momento en el cual el Gobierno de Nicaragua impide el tránsito de policías costarricenses armados en las aguas del río San Juan. Se concluye por ende que la nota en cuestión no pone en entredicho los derechos reconocidos al Estado costarricense respecto del río San Juan, por lo que no se pueden entender violados los instrumentos internacionales tantas veces citados, así como los artículos 5 y 7 de la Constitución Política.

VIII.– Conclusión. Partiendo de los argumentos anteriores, concluye esta Sala que la nota diplomática suscrita por el Presidente de la República de Costa Rica el veintiocho de julio de dos mil, dirigida al Presidente de la República de Nicaragua, no es inconstitucional, por lo que procede declarar la presente acción sin lugar en cuanto a ese extremo, rechazándola de plano en lo restante, como en efecto se hace.

Por tanto:

Se declara sin lugar la acción en cuanto a la nota diplomática suscrita por el Presidente de la República de Costa Rica el veintiocho de julio de dos mil, dirigida al Presidente de la República de Nicaragua. En lo demás, se rechaza de plano la acción.

Luis Fernando Solano C.
Presidente, a.i.
Luis Paulino Mora M.
Eduardo Sancho G.
Carlos M. Arguedas R.
Adrián Vargas B.
Susana Castro A.
Alejandro Batalla B.

Saul Dighero Herrera (Guatemala) *

El control de la constitucionalidad de las leyes en Guatemala **

I. Antecedentes del control de constitucionalidad en Guatemala

El control de constitucionalidad se inició en Guatemala durante la vigencia de la Constitución promulgada en 1879, como consecuencia de las reformas realizadas el 11 de marzo de 1921, que introdujeron este sistema con carácter difuso o descentralizado, facultando al Poder Judicial a ejercerlo. Así, se estableció en el artículo 93:

> c) Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde al Poder Judicial *declarar la inaplicación* de cualquiera otra ley o disposición de los otros Poderes, cuando fuere contraria a los preceptos contenidos en la Constitución de la República; pero de esta facultad sólo podrán hacer uso en las sentencias que pronuncien […].

Nótese su restricción en cuanto al uso, a las facultades del juez y a que no se estima la potestad de los gobernados de solicitarla. Además, el tipo de resolución en la cual podía declararse la inaplicación también se encontraba restringido, ya que únicamente podía realizarse en sentencia.

Esta Constitución fue reformada nuevamente en 1927. En lo referente al tema se estableció, en el artículo 85, que era potestad de la Corte Suprema de Justicia declarar, al dictar sentencia, que una ley, cualquiera fuera su forma, no era aplicable por ser contraria a la Constitución. Sin embargo, se reguló algo novedoso: al conferir esta atribución a los tribunales de segunda instancia y jueces letrados de primera, la Carta señalaba que éstos podían declarar la inaplicación de cualquier ley o disposición de los otros poderes cuando fueren contrarias a la Constitución, inaplicación que sólo podrían hacer en los casos concretos y en las resoluciones que dictaran.

---

* Presidente de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala

** El presente trabajo fue presentado por el autor en ocasión del IX Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y de las Salas Constitucionales de América Latina, realizado por la Fundación Konrad Adenauer, la Universidad Federal de Santa Catarina y el Supremo Tribunal Federal de Brasil en Florianópolis del 2 al 6 de junio de 2002.

En esta ocasión, el control de constitucionalidad conferido a los tribunales de primera y segunda instancia se amplió a todas las resoluciones que dictaran, sin referirse, como antes, específicamente a las sentencias.

Esta norma se mantuvo hasta que la referida Constitución perdió vigencia, al consagrarse la de 1945, en la que se reguló esta facultad, limitándola a su consideración únicamente en sentencia.

La Constitución de 1956 mantuvo el control difuso de la constitucionalidad, pero introdujo dos variantes: la primera es la facultad que se confiere a las partes interesadas de pedir, en casos concretos, la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, y la segunda es la inexistencia del límite de los tribunales a declarar la inconstitucionalidad únicamente en sentencia.

En 1965 se emitió una nueva Constitución, que estableció un tribunal concentrado para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes. De esta manera se creó la Corte de Constitucionalidad, pero con facultades diferentes de las actuales y con carácter de tribunal no permanente, llamado a integrarse cuando un caso fuera sometido a su conocimiento.

El control de constitucionalidad instaurado en esta nueva Constitución dispuso un sistema mixto. En el artículo 246 la norma suprema establecía:

> Los tribunales de justicia observarán siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado internacional. En casos concretos, en cualquier instancia y en casación, antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear la inconstitucionalidad total o parcial de una ley y el tribunal deberá pronunciarse al respecto. Si declarare la inconstitucionalidad, la sentencia se limitará a establecer que el precepto legal es inaplicable al caso planteado y será transcrita al Congreso […].

De esta manera se mantenía el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, facultándose a las partes para promover la inaplicación de una norma contraria a la ley fundamental. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad se creó con facultades de conocer los recursos interpuestos contra las leyes o disposiciones gubernativas de carácter general tachadas de inconstitucionalidad, con lo cual surgió en Guatemala el control concentrado de constitucionalidad de las leyes.

Esta Corte, integrada en forma extraordinaria, se componía de doce miembros: el presidente de la Corte Suprema de Justicia, cuatro magistrados de ésta y siete electos por sorteo entre los magistrados de la Corte de Apelaciones.

Si bien este sistema estableció un órgano especializado con competencia para ejercer en forma concentrada el control de constitucionalidad, no logró el objetivo esperado, ya que durante sus casi veinte años de vigencia sólo se interpusieron cinco acciones de inconstitucionalidad, de las cuales dos fueron rechazadas de plano y dos declaradas sin lugar. El único caso que prosperó fue promovido por el Ministerio Público por disposición del presidente de la República.[1]

[1] Mynor Pinto Acevedo, *La jurisdicción constitucional en Guatemala*, Serviprensa Centroamericana de Guatemala, Guatemala, 1995.

Según lo estimó el XIII Congreso Jurídico Guatemalteco, la experiencia de este tribunal fue de general frustración, por cuanto fue considerado una institución débil frente al peso de los poderes políticos del Estado.[2]

En 1982 se suspendió la vigencia de esta Constitución y tres años más tarde se promulgó una nueva ley fundamental, en la que se regula el actual sistema de control constitucional.

II. El control de constitucionalidad de las leyes en Guatemala en la Constitución de 1985

La Constitución Política, como norma suprema del ordenamiento jurídico, establece los derechos y libertades que les son reconocidos a los habitantes de un Estado y regula lo referente a la organización y el funcionamiento de éste, estableciendo los órganos que han de integrarlo, así como la función esencial de cada uno de ellos.

Para garantizar su supremacía, se halla revestida de una serie de mecanismos de protección que aseguran su vigencia. Así, dentro de su normativa se prevé expresamente que cualquier otra disposición ordinaria o legal que la contradiga será nula *ipso jure*. Sin embargo, es imprescindible la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma para que se logre la nulidad del precepto lesivo a la Constitución.

De ahí la necesidad de facultar a determinados tribunales con la potestad de declarar la inaplicación de preceptos contrarios a la ley fundamental, y también de revestir a otros como "legisladores negativos", para eliminar del ordenamiento jurídico aquellas disposiciones que lesionen la ley fundamental.

En Guatemala, el control de constitucionalidad de las leyes se ejerce manteniendo un sistema mixto, en el cual coexisten el concentrado y el difuso.

El sistema concentrado o austriaco está en manos de un órgano especializado que ejerce el control de constitucionalidad con carácter general y cuyas sentencias poseen carácter *erga omnes*. Actúa de esta manera como legislador negativo, expulsando del ordenamiento jurídico la norma que a su juicio es lesiva a la ley suprema.

En el sistema americano o difuso, en cambio, se atribuye la facultad a todos los jueces, desde primera instancia hasta casación, para declarar en un proceso concreto la inaplicabilidad de las disposiciones legales secundarias que sean contrarias a la Constitución, con efectos sólo para las partes que han intervenido en la controversia.

El sistema mixto consagrado en Guatemala se presenta de la siguiente manera:

a. Según lo establecido en el artículo 266 de la Constitución Política de la República, en casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse

[2] Corte de Constitucionalidad, *III Conferencia de Justicia Constitucional de Iboeramérica, España y Portugal*, Centro Impresor Piedra Santa, Guatemala, 1999.

sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente la inconstitucionalidad total o parcial de una ley, debiéndose pronunciar el tribunal al respecto. El efecto será la inaplicación de ésta al caso concreto (sistema difuso).

b. La Corte de Constitucionalidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 268 de la Constitución de 1985, se crea como un tribunal colegiado, autónomo y con jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. Posee la facultad de declarar la inconstitucionalidad general de cualquier norma, por lo que, en caso de que la pretensión sea acogida, el efecto será su exclusión del ordenamiento jurídico, la pérdida de vigencia de la norma con carácter *erga omnes* (sistema concentrado).

1. Sistema difuso o americano

El control de constitucionalidad en forma difusa se ejerce de dos maneras:

a. inaplicación de una ley contraria a la Constitución, decidida por los jueces, e
b. inconstitucionalidad en casos concretos.

A. Inaplicación de una ley contraria a la Constitución por los jueces

El artículo 204 de la Constitución mantiene la previsión de que los jueces inapliquen una norma que lesiona la ley fundamental. Esta norma prevé:

> […] Condiciones esenciales en la administración de justicia. Los tribunales de justicia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado […].

Este mandato, si bien no regula la inaplicación en forma directa, impone taxativamente la obligación de los jueces de aplicar la Constitución por sobre cualquier otra norma. En consecuencia, los jueces lo han empleado para estimar la inconstitucionalidad de una disposición inferior.

En lo que respecta al control de constitucionalidad difuso, merece la pena comentar que la legislación guatemalteca no prevé la denominada “consulta judicial”, “duda de inconstitucionalidad” o “cuestión de inconstitucionalidad”, como se conoce en las diferentes legislaciones al planteamiento que el juez ordinario realiza al Tribunal Constitucional cuando se le presenta la situación de considerar contraria a la ley fundamental una norma inferior, siempre que esta contradicción no resulte clara y amerite la opinión del Tribunal Superior.

Este procedimiento no se regula en el sistema jurídico guatemalteco. En caso de que el juez considere que una norma es contraria a la ley fundamental, deberá, de conformidad con el mandato del artículo 204 de la Constitución, inaplicar la norma inferior, bajo su propia responsabilidad.

Esta resolución no tiene prevista una forma particular de conocimiento en grado; será a través de los recursos ordinarios como las partes podrán atacarla.

B. Inconstitucionalidad en casos concretos

Puede definirse la inconstitucionalidad en casos concretos como "un instrumento jurídico procesal que tiene por objeto garantizar la adecuación de las leyes a la Constitución, mantener la preeminencia de ésta sobre toda otra norma, orientar la selección adecuada de normas aplicables a los casos concretos, impidiendo la aplicación de normas legales no concordes con los preceptos constitucionales".[3]

Tiene un carácter prejudicial, en el sentido de que es necesario decidir esta cuestión antes de las discutidas en el proceso principal, dado que la resolución que recaiga sobre ella en el proceso constitucional debe tenerse en cuenta en la resolución de las cuestiones debatidas en el asunto principal.

El artículo 116 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (LAEPyC), en consonancia con lo establecido en el artículo 266 de la Constitución, prevé:

> En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. El tribunal deberá pronunciarse al respecto […].

Esta norma demuestra la amplitud de la acción, ya que esta garantía constitucional podrá ejercerse de tres maneras distintas: como acción, excepción o incidente. Ello dependerá de la situación concreta en la cual se encuentre el sujeto procesal que desea realizar el planteamiento.

Así, podrá promoverse como *acción* en el caso de que la aplicación de una norma lesiva a la Constitución se produzca dentro de un procedimiento administrativo, ante una autoridad que evidentemente carece de jurisdicción, en cuyo caso el peticionario deberá señalarlo durante este procedimiento, ejerciendo la acción al estar firme la última actuación administrativa. En esta situación puede impugnarse la norma a través de la "acción de inconstitucionalidad en caso concreto".

La promoción de la inconstitucionalidad en casos concretos como *excepción* o *incidente* dependerá de la calidad de sujeto activo o pasivo que posea el afectado, así como del momento procesal en el que surja la posibilidad de aplicación de una norma que, a juicio de una de las partes, padece de inconstitucionalidad.

Si se trata del demandado y éste estima desde el inicio que le podrá ser aplicada una norma inconstitucional, podrá interponer en el momento procesal oportuno la excepción de inconstitucionalidad en caso concreto.

Si la parte demandante estima que durante el proceso le será aplicada una ley que a su juicio es inconstitucional, podrá denunciarla en caso concreto como un incidente.

---

[3] Aylín Ordóñez Reyna, "La Jurisdicción Constitucional en Guatemala", ponencia presentada en el IV Congreso Jurídico de Abogados Landivarianos, celebrado en la ciudad de Guatemala en agosto de 2001, p. 150.

Es decir, esta garantía, en la forma como se encuentra regulada en el derecho constitucional guatemalteco, permite que la promuevan el demandante —ejerciéndola como acción o incidente— o el demandado —como excepción o incidente.

Su planteamiento es susceptible de ser conocido en dos instancias. La primera es tramitada y resuelta por los tribunales ordinarios, que asumen el carácter de tribunales constitucionales (LAEPyC, artículo 120). En los casos de excepción o incidente, agotado el trámite, se dicta el auto que resuelve el planteamiento; y si se promovió como acción, se resuelve en sentencia. El auto o la sentencia, si no son apelados en el lapso de tres días, causan ejecutoria.

Merece la pena comentar que no existe un conocimiento obligado en segunda instancia, ya que ésta iniciará sólo en caso de que alguna de las partes interponga el recurso de apelación contra el auto o sentencia. De no hacerlo, la resolución quedará firme con la resolución dictada en la primera instancia.

Durante la primera instancia, promovida como excepción o incidente, la inconstitucionalidad de ley en caso concreto se tramitará en cuerda separada, sin suspender el trámite del asunto principal, el cual únicamente se suspende al momento en el que se dicta el auto de primera instancia y el mismo causa ejecutoria (LAEPyC, artículos 124 y 126).

Las características de este procedimiento son:

- Es un régimen de control difuso, toda vez que el control de la constitucionalidad de las leyes es ejercido por los jueces de la jurisdicción ordinaria, quienes actúan en carácter de tribunal constitucional.
- Es incidental, porque en él se resuelve un asunto conexo al principal.
- Es de alcance particular; sus efectos se circunscriben a las partes que intervienen en un proceso, siendo éstos interpartes, sin afectar la vigencia de la norma.
- Posee efectos declarativos para ese caso concreto, en el que todo juez o tribunal puede declarar la inaplicación de una norma legal cuando no la considere constitucionalmente válida, atendiendo a una de las partes que en el juicio planteó la duda sobre la constitucionalidad de la norma aplicable.
- La legitimación activa para el planteamiento de la inconstitucionalidad de ley en caso concreto la tienen las partes en el proceso de que se trate, cuando a juicio de una de ellas existe una norma de dudosa constitucionalidad que puede serles aplicada. Esta norma puede haber servido de base en la demanda, en la contestación o de cualquier forma resultar del trámite del asunto. Posee legitimación la persona a quien afecte directamente la inconstitucionalidad de la ley. Como se observa, en la inconstitucionalidad en casos concretos no existe acción popular.
- Competencia: El tribunal competente para conocer de esta acción es el mismo que conoce del asunto en el que se plantea, excepto los juzgados meno-

res. En caso de que se les plantee el asunto, éstos deberán elevar la inconstitucionalidad al superior jerárquico.[4]

– En cuanto a las normas susceptibles de ser impugnadas por esta vía, la ley de la materia prevé que sea "una ley", sin precisar lo que tal dicción debe comprender. Sin embargo, jurisprudencialmente se ha definido este concepto en forma amplia. Así, en sentencia de 28 de noviembre de 1990, dictada en el expediente 276-90, se señaló lo que ella abarca:

> […] la referencia a la "ley" que contiene el artículo 266 citado deberá entenderse en cuanto a sus características de generalidad y obligatoriedad que corresponden a las normas, porque resultaría contrario a los fines que la misma Constitución propugna, el que instrumentos normativos de inferior rango que las leyes ordinarias emitidas directamente por el Congreso de la República resultaran privilegiadas de inatacabilidad en casos concretos por su eventual contravención a la Constitución. En consecuencia, la dicción "ley" utilizada en el precitado artículo 266, para que guarde congruencia con el principio de constitucionalidad que proclama la supremacía y autotutela de la Carta Magna, es la "regla, norma, precepto de la autoridad pública, que manda, prohíbe o permite algo", y, ampliamente, "todo reglamento, ordenanza, estatuto, decreto" o disposición de carácter general […].

– Respecto de la "suspensión provisional de la norma impugnada", es un aspecto que no fue regulado en la LAEPyC para casos concretos. Por lo tanto, esa norma conservará su vigencia y podrá ser aplicada, hasta que el tribunal declare su inaplicabilidad.
– Las resoluciones de inconstitucionalidad que dicte la Corte de Constitucionalidad en casos concretos crean jurisprudencia, la cual se conforma al existir tres fallos contestes, que reiteren un mismo criterio, sin que exista uno en contrario. El mismo puede variarse por el Tribunal Constitucional, razonando la innovación.

En síntesis, la inconstitucionalidad en casos concretos es una garantía constitucional, ampliamente regulada, que permite al afectado por la inconstitucionalidad de una ley plantear la denuncia, en todo proceso, en cualquier instancia y en casación, hasta antes de dictarse la sentencia, a efectos de lograr la inaplicación de la norma viciada.

2. Inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general

En Guatemala se establece lo referente al control concentrado de las leyes, coadyuvando de esta manera a mantener la supremacía constitucional.

De conformidad con lo establecido en el artículo 267 de la Constitución, las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que con-

---

[4] Ibídem, pp. 151 y 152.

tengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad.

> […] la inconstitucionalidad general es una garantía constitucional que permite a toda persona individual o jurídica[5] denunciar la disconformidad existente entre la Constitución Política de la República y una norma de inferior jerarquía, solicitando en consecuencia la nulidad de esta última, a efecto de mantener la supremacía constitucional […].[6]

Es muy amplio el campo de acción de la inconstitucionalidad general, toda vez que puede impugnarse cualquier norma de carácter general que a juicio del accionante posea un vicio de esta clase.

La Corte de Constitucionalidad ha declarado que, de conformidad con lo establecido en el artículo 267 de la Constitución, el control de constitucionalidad no se limita a la ley *stricto sensu*, como producto de la potestad legislativa del Congreso de la República, sino que abarca todo tipo de disposiciones gubernativas con pretensión de formar parte del conjunto normativo de la nación.[7]

> […] también comprende los reglamentos y disposiciones de carácter general que dicte el Organismo Ejecutivo, así como las demás reglas que emitan las instituciones públicas, lo que trae aparejada, como consecuencia, la invalidez de las normas y disposiciones que contraríen lo dispuesto en la ley fundamental […].[8]

La acción de inconstitucionalidad general se encuentra revestida de una serie de características que la convierten en una de las principales garantías constitucionales. Estas características son las que se presentan a continuación.

A. Legitimación activa

El artículo 134 de la LAEPyC establece que tienen legitimación para plantear la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general:

---

[5] Así puede mencionarse que se han promovido por personas jurídicas, entre otras, las siguientes inconstitucionalidades:

– Expediente 1087-99, promovido por Compañía de Seguros Generales G y T, Sociedad Anónima, contra el Acuerdo JD-08-99 de la Junta Directiva del Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala, la cual consta en *Gaceta* 56.

– Expediente 193-2000 promovido por la Compañía de Distribución Centroamericana, Sociedad Anónima, contra la Ley de Racionalización de los Impuestos al Consumo de Bebidas Alcohólicas, Destiladas, Cerveza y otras Bebidas, la cual consta en *Gaceta* 57.

– Expedientes acumulados 822-99 y 847-99, promovidos por Empresa Importadora y Exportadora de Gas, Sociedad Anónima, contra el Reglamento de la Ley de Comercialización de Hidrocarburos, la cual consta en *Gaceta* 58.

[6] Ibídem, p. 152.

[7] Sentencia de 2 de abril de 2001, dictada dentro del expediente 1152-2000. *Gaceta Jurisprudencial* nº 60.

[8] Sentencia de 5 de julio de 2000, dictada en el expediente 982-99. *Gaceta Jurisprudencial* nº 57.

a. La Junta Directiva del Colegio de Abogados, a través de su Presidente.
b. El Ministerio Público, a través del Procurador General de la Nación. Respecto de este inciso, vale la pena mencionar que con las reformas constitucionales de 1993 se crearon en forma autónoma la Procuraduría General de la Nación y el Ministerio Público, y se estableció jurisprudencialmente la legitimación de ambos para promover la acción de inconstitucionalidad. Así, tanto el Ministerio Público, a través del Fiscal General de la República, como el Procurador General del la Nación, debidamente instruido por quien corresponda, poseen legitimación activa para promover esta acción.[9]
c. El Procurador de los Derechos Humanos, en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que afecten intereses de su competencia.
d. Cualquier persona, con el auxilio de tres abogados colegiados activos.

De conformidad con lo señalado, la acción de inconstitucionalidad con carácter general en Guatemala permite la denominada *acción popular*, según la cual puede promoverse por cualquier persona, sin que se haga necesario acreditar un interés directo ni ser afectado por la norma tachada de inconstitucional. Si bien se legitima específicamente a algunos sujetos, la previsión contenida en el inciso *d* del artículo 134 contempla la posibilidad de impugnación por cualquier persona.

B. Normas susceptibles de ser impugnadas de inconstitucionalidad

La norma constitucional contenida en el artículo 267 es amplia al señalar la posibilidad de impugnar las leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general que contengan vicios de inconstitucionalidad.

---

[9] En sentencia dictada en el expediente 1030-96, se consideró: "[…] La Ley Orgánica del Ministerio Público incluye dentro de sus funciones, la de preservar el Estado de Derecho y el respeto a los Derechos Humanos, facultando al Fiscal General para ejercer por sí mismo o por medio de los órganos de la Institución, las atribuciones que la ley le otorga, entre las que se encuentra la de intervenir en los procesos de inconstitucionalidad y promover todas aquellas acciones que tengan por objeto velar por el estricto cumplimiento de la Constitución y demás leyes de la materia. En consecuencia, es obvio que la legitimación activa que le confiere la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, al Ministerio Público, la debe ejercer por medio de su jefe que es el Fiscal General de la República […]".

También consideró: "[…] Conforme el artículo 252 de la constitución, la Procuraduría General de la Nación no se concibió como institución autónoma, por lo que, a diferencia del Ministerio Público, no puede actuar, en determinados casos de justicia constitucional, por iniciativa propia sino de acuerdo a las instrucciones que reciba del órgano político correspondiente. Esta Corte considera que el Estado, como persona jurídica de derecho público, tiene legitimación activa para promover acciones de inconstitucionalidad por medio del Procurador General de la Nación, con apoyo en lo establecido por el inciso d) del artículo 134 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, pero para la viabilidad de la acción, dicho funcionario debe acreditar haber sido debidamente instruido por quien corresponda" (es decir, el Ejecutivo).

Dentro de estas disposiciones pueden mencionarse las reglas que dicten las instituciones públicas u otras organizaciones, siempre y cuando la norma revista carácter de generalidad.

En cuanto a las leyes, no hay duda de que pueden impugnarse las emitidas por el Congreso de la República; sin embargo, por vía jurisprudencial se ha establecido que "no quedan sometidos al control de constitucionalidad solamente las normas de rango legal objetivadas externamente, sino también los procesos legislativos, *interna corporis*, que deben ajustarse a las formas que la Constitución prescribe".[10]

Así, se han impugnado normas de carácter general, emitidas por el Congreso de la República, no sólo por su inconstitucionalidad material —esto es, que el texto lesiona una norma constitucional—, sino también porque en el proceso de su formación se incumplieron preceptos constitucionales —por ejemplo, si la norma no fue aprobada con la mayoría requerida o no se cumplió con el número de lecturas previsto en la norma suprema.

El elemento imprescindible que debe tener una norma tachada de inconstitucional es la generalidad de sus preceptos: su contenido debe afectar a toda la población o a una porción de ésta. No está prevista su aplicación a sujetos ciertos y determinados.

Otro aspecto que se ha desarrollado a través de los criterios de la Corte de Constitucionalidad es que la norma impugnada debe encontrarse vigente. Ello se fundamenta en el artículo 140 de la LAEPyC, que dentro de los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad señala que la norma perderá su vigencia el día siguiente al de la publicación de la sentencia que así lo declare en el *Diario Oficial*. En consecuencia, en caso de que una norma no esté en vigor, la declaratoria de inconstitucionalidad carecería de efectos, por lo que la Corte ha incorporado el requisito de la vigencia.

En lo que respecta a leyes que se encuentran en el período de *vacatio legis*, la Corte no ha estudiado el fondo de estos planteamientos, por estimar que este tipo de control no está previsto en la legislación guatemalteca. Sostuvo esta tesis al promoverse acciones de inconstitucionalidad contra el Código de la Niñez y la Juventud y el Código Procesal Penal.[11]

Pueden ser impugnadas por inconstitucionalidad también las normas preconstitucionales, es decir, aquellas cuya vigencia se inició antes de la promulgación de la actual Constitución. En virtud de la supremacía de esta última, puede someterse a control de constitucionalidad cualquier norma que contradiga su contenido. Así, la actual Corte de Constitucionalidad ha conocido inconstitucionalidades sobrevenidas

---

[10] Doctrina afirmada en las sentencias dictadas en los expedientes 23-88, 297-94 y 669-94, de fechas 19 de agosto de 1988, 9 de febrero y 3 de agosto de 1995, contenidas en las *Gacetas* 9, 35 y 40, respectivamente.

[11] Corte de Constitucionalidad, op. cit., p. 37.

de una serie de normas, entre ellas la promovida contra la Ley de Protección al Consumidor (decreto ley 1-85),[12] al Código Penal (decreto 17-73 del Congreso de la República)[13] y al Código Civil.[14]

C. Competencia para conocer la inconstitucionalidad general

Como se ha mencionado, este tipo de control forma parte del control de constitucionalidad concentrado y por ello se ejerce únicamente por la Corte de Constitucionalidad, en única instancia. En estos casos el tribunal se integra con los cinco magistrados titulares que lo conforman y se llama por sorteo a dos de los magistrados suplentes. La decisión se adopta por mayoría absoluta de los siete miembros, y contra ella no procede recurso alguno.

D. Suspensión provisional de la norma

De conformidad con el artículo 138 de la ley de la materia, la Corte de Constitucionalidad deberá decretar de oficio, y sin formar artículo, dentro de los ocho días siguientes a la interposición, la suspensión provisional de le ley, reglamento o disposición de carácter general, si a su juicio la inconstitucionalidad fuera notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables. La suspensión provisional se publicará en el *Diario Oficial*.

E. Término para la interposición de la acción de inconstitucionalidad

Otro aspecto de especial relevancia en el sistema jurídico guatemalteco es el referido al término para la interposición de esta acción. Dado que no se prevé un lapso determinado, la norma podrá ser impugnada en cualquier momento, a partir de su vigencia.

Además, debido a que las sentencias de inconstitucionalidad general sólo causan efectos de cosa juzgada respecto del caso concreto para el que fueron dictadas, podría volver a cuestionarse la constitucionalidad de una norma ya impugnada, por los mismos o diferentes motivos, siempre y cuando no se haya acogido la pretensión anterior.

F. Efectos de las sentencias de inconstitucionalidad

La Corte de Constitucionalidad, al ejercer el control concentrado de la constitucionalidad de las normas, es la única que posee la calidad de “legislador negativo” y,

---

[12] Expediente 12-86.
[13] Expediente 936-95.
[14] Expediente 84-92.

como tal, sólo ella puede dejar sin vigencia una norma de carácter general. Las sentencias en las que acoge la denuncia de inconstitucionalidad producen efectos constitutivos, debido a que se traducen en la nulidad plena de la norma declarada inconstitucional.

Al acogerse la acción de inconstitucionalidad general, la norma deja de surtir efectos *erga omnes* a partir del día siguiente al de la publicación del fallo en el *Diario Oficial*, por ello pueden señalarse efectos *ex nunc*.

El artículo 141 de la LAEPyC establece que, cuando se haya acordado la suspensión provisional de la ley, reglamento o disposición de carácter general porque a juicio de la Corte de Constitucionalidad fuera notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables, los efectos del fallo que la declare inconstitucional se retrotraerán a la fecha en que se publicó la suspensión provisional, en cuyo caso los efectos son *ex tunc*, hasta la suspensión provisional.

La sentencia que resuelve la acción de inconstitucionalidad, como todas las decisiones de esta Corte, vinculan al poder público y órganos del Estado, y tienen plenos efectos frente a todos.

En síntesis, el control de leyes, con carácter general, ejercido en forma concentrada por la Corte de Constitucionalidad, se regula en forma amplia dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco. Éste prevé la existencia de acción popular, por la cual cualquier persona puede denunciar la contravención de normas inferiores a la Constitución. Además, no se establece un término para la presentación de las citadas acciones; sólo se ha desarrollado jurisprudencialmente la necesidad de vigencia de las normas. Las disposiciones que pueden ser impugnadas por inconstitucionales abarcan todas las normas generales que pretendan aplicarse a la población o a un sector de ésta, inclusive las leyes preconstitucionales.

Este sistema ha funcionado con eficacia como mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes en Guatemala, debido a la gama de opciones que presenta a la población en general para presentar las denuncias de contravención a la ley fundamental.

III. Conclusiones

1. El control de constitucionalidad guatemalteco establece un sistema mixto, en el cual coexisten el *concentrado*, a cargo de la Corte de Constitucionalidad, con funciones de "legislador negativo" —o sea, con la potestad de excluir del ordenamiento jurídico las normas que contraríen los mandatos constitucionales—, y el sistema *difuso*, a través del cual se inaplican en el caso concreto las normas lesivas a la ley fundamental.

2. La acción de inconstitucionalidad con carácter general, en la forma como se encuentra regulada dentro del sistema jurídico guatemalteco, no se halla sujeta a límites temporales o personales. Puede ser solicitada en cualquier momento, a partir de la

vigencia de la norma, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones —tal el caso de la española—, en las cuales existe un límite temporal. La indefinición de término para su interposición hace posible que el ordenamiento jurídico en su totalidad sea cuestionado, lo que en ocasiones provoca el abuso de esta garantía constitucional. La inexistencia de límites personales, debido a la acción popular conferida para su presentación, genera también un número elevado de casos presentados por un mismo asunto.

3. La regulación procesal de la inconstitucionalidad general no prevé una revisión preliminar que permita su rechazo *in límine*, sino que señala la obligación del Tribunal Constitucional de fijar un término al solicitante para que subsane los requisitos omitidos y, una vez cumplido esto, continúe con la tramitación de esta garantía constitucional.

4. Si bien el sistema de control constitucional guatemalteco es muy permisivo para el accionante, en aras de mantener la supremacía constitucional y garantizar de esta manera la plena vigencia de la ley fundamental, los peticionarios no deberían incurrir en abuso. Para ello sería conveniente establecer regulaciones que permitieran el rechazo *in límine* de las acciones o un término para el ejercicio de la acción, ya que la experiencia en el Tribunal Constitucional permite concluir en que se producen excesos en cuanto a su presentación.

Bibliografía

Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada en 1879, y sus reformas de 1921, 1927, 1935 y 1941.

Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada en 1945.

Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada en 1956.

Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada en 1965.

Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada en 1985.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, *Gacetas Jurisprudenciales*, 1-60.

— *III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal*, Centro Impresor Piedra Santa, Guatemala, 1999.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco, *Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica: Una visión comparativa*, Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2000.

FIX ZAMUDIO, Héctor, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1993.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *Derechos humanos y democracia*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Litográfica Electrónica Vicente Guerrero, México, 1997.

— *Política y Constitución en Guatemala*. Talleres de Imprenta y Fotograbado Llerena, Guatemala, 1996.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos. Vínculos y autonomías*, Universidad Autónoma de México, México, 1995.

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente.

ORDÓÑEZ REYNA, Aylín, "La jurisdicción constitucional en Guatemala", IV Congreso Jurídico de Abogados Landivarianos, Guatemala, agosto de 2001.

PINTO ACEVEDO, Mynor, *La jurisdicción constitucional en Guatemala*, Serviprensa Centroamericana de Guatemala, Guatemala, 1995.

Rafael Luciano Pichardo (República Dominicana)*
José E. Hernández Machado (República Dominicana)**

La evolución del Derecho Procesal Constitucional a través de los órganos judiciales de la República Dominicana ***

Al día siguiente de la proclamación de la independencia de la República Dominicana, el 27 de febrero de 1844, se instaló la Junta Central Gubernativa. Después de tomar las medidas más urgentes para asegurar el orden interno, la administración de los servicios públicos esenciales y la obtención de recursos humanos y económicos para la defensa del nuevo Estado contra la eventual reacción del país del que acababa de separarse, los primeros pensamientos se orientaron hacia el establecimiento de una Constitución escrita. La Asamblea Constituyente de San Cristóbal, que estuvo integrada por muchos prohombres de la época, elaboró el proyecto correspondiente, previo informe de la comisión designada al efecto, y proclamó la primera Constitución dominicana el 6 de noviembre de 1844.

A partir de esta fecha, la Constitución ha tenido varias reformas, la primera en 1854 y la última en 1994, pero éstas no han alterado esencialmente la teoría política que primó desde el principio. Las reformas más importantes han sido: la reafirmación del sistema bicameral; la supresión del referendo ministerial de los actos del presidente; la instauración del sufragio directo para las posiciones políticas; la creación del recurso de casación; la extensión de los derechos políticos a la mujer; la supresión de la pena de muerte; la consagración de la posibilidad de expropiación para fines de interés social; el establecimiento de jurisdicciones contencioso-administrativas; la ins-

---

* Doctor en Derecho. Juez. Primer sustituto del Presidente de la Suprema Corte de Justicia, República Dominicana.

* * Doctor en Derecho. Juez. Suprema Corte de Justicia, República Dominicana.

*** El presente trabajo fue presentado por el autor en ocasión del IX Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y de las Salas Constitucionales de América Latina, realizado por la Fundación Konrad Adenauer, la Universidad Federal de Santa Catarina y el Supremo Tribunal Federal de Brasil en Florianópolis del 2 al 6 de junio de 2002.

tauración de la doble nacionalidad; la prohibición de la reelección presidencial en periodos consecutivos; la inamovilidad de los jueces del orden judicial; la creación del Consejo Nacional de la Magistratura, para la designación de los jueces de la Suprema Corte de Justicia; la elección por la Suprema Corte de Justicia de todos los jueces inferiores del orden judicial y la designación de todos los funcionarios y empleados del Poder Judicial; la instauración del control concentrado y preventivo de la constitucionalidad de las leyes; la separación de las elecciones presidenciales de las elecciones congresionales y municipales, con dos años entre una y otra; la creación de los colegios cerrados en las elecciones generales; la instauración en las elecciones presidenciales de la doble elección, si no se obtiene la mayoría absoluta de los votos válidos emitidos.

La Constitución dominicana pertenece al tipo que la doctrina denomina *rígido*, por cuanto ha sido implantada por una asamblea especialmente establecida o apoderada para ello y no puede ser modificada sino por una asamblea de la misma naturaleza. Las constituciones *flexibles*, en cambio, pueden ser reformadas por la asamblea creada para producir las leyes ordinarias. En la República Dominicana se ha querido dejar siempre al sufragio popular como árbitro de las enmiendas constitucionales, otorgando al Congreso Nacional esa facultad, en determinadas condiciones. Ni siquiera es posible entre nosotros reformar, por ninguna vía, el sistema político fundamental que consagra la Constitución: republicano, democrático, civil y representativo.

Respecto de la constitucionalidad de las leyes y otros preceptos similares, la primera Constitución, votada el 6 de noviembre de 1844, en su artículo 125, inducía un control lato de la constitucionalidad al disponer: "ningún tribunal podrá aplicar una ley inconstitucional, ni los decretos y reglamentos […]". Ello suponía sin duda un examen del texto a aplicar, movido siempre, desde luego, por una alegación de inconstitucionalidad, como un simple medio de defensa judicial, atendible por cualquier tribunal para su admisión o rechazo. Este régimen prevaleció, en su condición de control difuso de la constitucionalidad, hasta la reforma de 1924, cuando se instauró un verdadero control concentrado en la Suprema Corte de Justicia, con exclusión de todo tribunal ordinario. El sistema fue abandonado en la enmienda constitucional de 1927. El control concentrado se reinsertó finalmente en la reforma del año 1994, en coexistencia con el control difuso.

En efecto, hasta entonces predominó el método de control difuso, ejercido por vía de excepción en ocasión de cualquier litis judicial entre partes, cuyo resultado fue siempre de carácter estrictamente relativo. Con la reforma de 1994 se agregó a éste el denominado sistema de control concentrado de la constitucionalidad, a cargo exclusivamente de la Suprema Corte de Justicia, cuando es ejercido por la vía directa ante dicha Corte, cuya decisión resulta de naturaleza *erga omnes*. El control de la constitucionalidad en la República Dominicana, por lo tanto, está regido por un sistema mixto, en ausencia de una jurisdicción constitucional especializada, con competencia exclusiva para juzgar en esta materia.

Sin embargo, el artículo 67, inciso 1º, de la Constitución del Estado, en su modificación de 1994, atribuye competencia a la Suprema Corte de Justicia para estatuir en única instancia acerca de "la constitucionalidad de las leyes, a instancias del Poder Ejecutivo, de uno de los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada". Los tribunales del orden judicial, y principalmente la Suprema Corte, son los organismos que tienen la facultad de asegurar el control constitucional en la República Dominicana.

Una de las primeras polémicas que se suscitaron con motivo de esta importante reforma consistió en definir el alcance de la potestad de control, dado que una primera decisión de la Suprema Corte de Justicia, de fecha 20 de septiembre de 1995, sostuvo una interpretación estricta y literal del texto constitucional, en el sentido de que ese control se refería a las leyes en su acepción rigurosa —o sea, a las disposiciones emanadas del Congreso Nacional, como organismo legislativo—. Expuso esta sentencia: "La acción de que se trata no se refiere a la inconstitucionalidad de una ley, sino a la alegada inconstitucionalidad de la resolución nº 3/95, dictada por la Junta Central Electoral el 31 de marzo de 1995, por lo cual dicha acción debe ser declarada inadmisible".

La Corte reexaminó más tarde ese criterio, ampliando el concepto *ley*. El 6 de agosto de 1998, dispuso:

> Si bien es cierto que el artículo 67, inciso 1, de la Constitución de la República menciona sólo a las leyes como el objeto de la acción en inconstitucionalidad por vía directa ante la Suprema Corte de Justicia, lo que ha servido de base para la posición hasta ahora mantenida, restringida a los actos propiamente legislativos del Congreso Nacional, no es menos valedero que cuando el artículo 46 de la misma Constitución proclama que son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución o acto contrarios a esta Constitución, está dando apertura indudablemente al sistema de control difuso de la constitucionalidad, o sea, el que opera mediante la excepción de inconstitucionalidad en el curso de una controversia judicial entre partes, como medio de defensa; que al consagrar la Asamblea Revisora de la Carta Magna en 1994, el sistema del control concentrado de la constitucionalidad, al abrir la posibilidad de que el Poder Ejecutivo, los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o una parte interesada, pudieran apoderar directamente a la Suprema Corte de Justicia, para conocer de la constitucionalidad de las leyes, es evidente que no está aludiendo a la ley en sentido estricto, esto es, a las disposiciones de carácter general y abstracto aprobadas por el Congreso Nacional y promulgadas por el Poder Ejecutivo, sino a la norma social obligatoria que emane de cualquier órgano de poder reconocido por la Constitución y las leyes pues, aparte de que el artículo 46 de la Constitución no hace excepción ni distinción al citar los actos de los poderes públicos que pueden ser objeto de una acción en nulidad o inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia, como guardiana de la Constitución de la República y del respeto de los derechos individuales y sociales consagrados en ella, está en el deber de garantizar, a toda persona, a través de la acción directa, su derecho a erigirse en centinela de la conformidad de las leyes, decretos, resoluciones y actos en virtud del principio de la supremacía de la Constitución.

El concepto de *parte interesada*, a que se refiere el aludido artículo 67, ordinal 1º, de la Carta Fundamental dominicana, también fue objeto de análisis jurispruden-

cial. Con fecha 1º de septiembre de 1995, la Suprema Corte de Justicia había interpretado dicha expresión de manera estricta, como aquella que "figure como tal en una instancia, contestación o controversia de carácter administrativo o judicial, o contra la cual se realice un acto por uno de los poderes públicos, basado en una disposición legal pretendidamente inconstitucional". No obstante, por la sentencia ya citada del 6 de agosto de 1998, el tribunal dispuso:

> […] en armonía con el Estado de Derecho que organiza la Constitución de la República y los principios que le sirvieron de fundamento al constituirse la sociedad dominicana en nación libre e independiente, entre ellos el sistema de control de la constitucionalidad por vía de excepción, hoy ampliado mediante la instauración en 1994, con el derecho a demandar la inconstitucionalidad de la ley por vía directa, debe entenderse por "parte interesada" aquella que figure como tal en una instancia, contestación o controversia de carácter administrativo o judicial, o contra la cual se realice un acto por uno de los poderes públicos, basado en una disposición legal, pretendidamente inconstitucional, o que justifique un interés legítimo, directo y actual, jurídicamente protegido, o que actúe como denunciante de la inconstitucionalidad de la ley, decreto, resolución o acto, para lo cual se requerirá que la denuncia sea grave y seria; que el ejercicio de la acción en inconstitucionalidad por vía principal da lugar a que la ley, decreto, resolución o acto en cuestión, sea declarado inconstitucional y anulado como tal, *erga omnes*, o sea, frente a todo el mundo; mientras que la declaración de inconstitucionalidad por excepción o medio de defensa tiene un efecto relativo y limitado al caso de que se trate.

El control concentrado de la constitucionalidad, establecido por el señalado artículo 67, inciso 1º, de la Carta Magna, se desglosa en dos tipos: a) a priori, ejercido por el Poder Ejecutivo o por uno de los presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional; y b) a posteriori, ejercido por *parte interesada*.

El control preventivo, según se ha dicho, se traduce en la facultad que tiene el Poder Ejecutivo, representado por el presidente de la República, e, indistintamente, uno cualquiera de los presidentes de las Cámaras Legislativas, para apoderar a la Suprema Corte de Justicia de un proyecto de ley, o de una ley aprobada pero aún no promulgada, o, de manera general, de una norma que aún no haya adquirido sus efectos *erga omnes*. Se trata de un método que tiende a evitar la creación y vigencia de una ley o regla inconstitucional. La doctrina dominicana ha sostenido que ese control preventivo, en efecto, ha sido incorporado al sistema constitucional en la reforma de 1994, porque, cuando confiere la facultad de demandar directamente la inconstitucionalidad, a "instancias del Poder Ejecutivo, de uno de los presidentes de las cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada", no tiene otro objeto que reconocerles a los dos primeros un recurso distinto del que se concede a "toda parte interesada", y en apoyo de esa tesis asevera que el constituyente no puede hacer un doble empleo e instituir ambas facultades para las mismas personas. Considera entonces esa doctrina que, si bien el Presidente de la República tiene la potestad de no promulgar y observar cualquier ley, y a la vez, la obligación constitucional de promulgar y velar por la fiel ejecución de la que ha promulgado, sería una incongruencia admitir que después de

ordenar la ejecución de esa ley promulgada y publicada interpusiera un recurso principal en declaratoria de su inconstitucionalidad.

La Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana tuvo la oportunidad de aplicar el control preventivo en cuestión cuando dictó su sentencia de fecha 3 de enero del 2002, en ocasión de una instancia suscrita por el presidente de la República solicitando que una ley votada en el Congreso Nacional, no promulgada por él, que declaraba "la necesidad de reformar la Constitución" del Estado, fuera examinada y juzgada su constitucionalidad. La Corte estatuyó:

> El artículo 67, inciso 1, de la Constitución de la República dispone que corresponde exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia, sin perjuicio de las demás atribuciones que le confiere la ley, conocer en única instancia de la constitucionalidad de las leyes, a instancias del Poder Ejecutivo, de uno de los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada; que esa disposición ha sido interpretada en sentido lato, y por tanto, comprensiva, al tenor del mandato del artículo 46 de la misma Constitución, además de la ley emanada del Congreso Nacional y promulgada por el Poder Ejecutivo, de todos los actos que, dentro de sus atribuciones, emitan los poderes públicos reconocidos por la Constitución y las leyes; que de ello resulta que si bien una ley del Congreso Nacional, no promulgada ni publicada por el Poder Ejecutivo, no adquiere, en principio, su fuerza obligatoria hasta que tales requisitos hayan sido satisfechos, no menos cierto es que las leyes votadas por el Congreso Nacional, por el hecho de no estar promulgadas y publicadas por el Poder Ejecutivo, conforme al artículo 55, inciso 2, de la Carta Fundamental del Estado, no dejan de constituir un acto propio, el más característico, del Poder Legislativo, independientemente de que haya recibido o no la sanción que en virtud del canon citado corresponde impartir al Presidente de la República; que desde esa perspectiva la Suprema Corte de Justicia es competente para conocer de la acción de que se trata, constituyéndose en la especie en control preventivo de la constitucionalidad de la ley sometida a su examen por el Presidente de la República, en uso de la facultad que le reconoce el artículo 67, inciso 1, parte in fine, de la Constitución, ya citado.

En este caso, la Suprema comprobó que el Senado de la República había incurrido en una irregularidad de forma cuando, en el curso de la discusión del proyecto de ley, no cumplió los trámites constitucionales exigidos por la Carta Magna para su aprobación. En consecuencia, declaró nula la ley impugnada.

En otro aspecto, nunca el constituyente dominicano ni el legislador ordinario han establecido —tampoco en la reforma del año 1994— las reglas procedimentales que deben cumplirse en la acción directa en inconstitucionalidad. Sin embargo, el artículo 29, numeral 2, de la ley nº 821 sobre Organización Judicial, del año 1927, corroborado y ampliado por el artículo 14, literal *h*, de la ley nº 25-91 de 1991, Orgánica de la Suprema Corte de Justicia, dispuso la competencia de este tribunal, para "determinar el procedimiento judicial que deberá observarse en los casos ocurrentes, cuando no esté establecido en la ley, o resolver cualquier punto que para tal procedimiento sea necesario".

En virtud de la mencionada facultad legal, reforzada y extendida por la indicada ley 25-91, para trazar un procedimiento único en todos los casos en que la ley no lo disponga, la Suprema Corte de Justicia estableció, mediante su sentencia del 16 de junio de 1999:

> En cuanto a la necesidad de trazar el procedimiento para el conocimiento de la acción en nulidad por inconstitucionalidad, denunciada en su instancia por los oponentes, vale decir que la Suprema Corte de Justicia es apoderada por instancia del Poder Ejecutivo, de uno de los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada; que esa facultad constitucional es ejercida por quienes son así autorizados para que esta Corte, en virtud de esa competencia excepcional, juzgue si la ley, decreto, resolución o acto sometido a su escrutinio es conforme, es decir, no contrario a la Constitución, sin que estén obligados por la Constitución o la ley a notificar su instancia a las personas o instituciones que pudieran eventualmente resultar afectadas, ya que cuando esta Corte se aboca a ese análisis en virtud de los poderes que le son atribuidos por la Constitución de la República, lo hace sin contradicción y, por tanto, sin debate, a la vista sólo de la instancia que la apodera y del dictamen u opinión, si se produjera, del Procurador General de la República, a quien se le comunica el expediente, lo que no es óbice para que aquellos que lo consideren útil en interés propio o general, hagan por escrito elevado a la Suprema Corte de Justicia, sus observaciones a favor o en contra del pedimento, máxime cuando dicha acción no implica un juicio contra el Estado u otra persona, sino contra una disposición legal argüida de inconstitucional; que la sucesión de las actuaciones aquí relatadas, que no incluyen las citaciones, constituye el procedimiento que se observa en esta materia, instituido por la sentencia del 1º de septiembre de 1995 de esta Suprema Corte de Justicia, el cual ha seguido cada vez que ha tenido la oportunidad de hacerlo, así como la Procuraduría General de la República al emitir su dictamen en cada caso; que dicho procedimiento, […] fue trazado con motivo de la primera acción en inconstitucionalidad incoada al amparo del artículo 67, inciso 1, de la Constitución de la República, después de la Reforma proclamada el 14 de agosto de 1994, y es el que rige, con la variante de lo que debe entenderse, por "parte interesada", noción que, a partir de nuestra decisión del 6 de agosto de 1998 [fue definida de otro modo, según se ha visto].

En el derecho constitucional dominicano, como en el de la absoluta mayoría de los países del mundo, independientemente del control de la constitucionalidad a que nos hemos referido, existen dos figuras de importancia capital para la protección de los derechos fundamentales de la persona: el *recurso de amparo* y el *hábeas corpus*.

Merece una mención especial, a modo de inciso, la aparición de un nuevo derecho fundamental denominado *libertad informática*, el cual, conforme con los avances de la información en el mundo, ha dado origen a la figura procesal llamada *hábeas data*. Ésta se dirige a garantizar la facultad de las personas a conocer y acceder a las informaciones que les conciernen, archivadas en bancos de datos, controlar su calidad y así tener la posibilidad de corregir o cancelar datos inexactos o indebidamente procesados y disponer sobre su transmisión.[1]

En la República Dominicana esta acción aún no se ha puesto en práctica, por cuanto no existe disposición legal ni jurisprudencial que la ampare, aunque entendemos que su inserción expresa no es necesaria. En efecto, la protección del derecho a la libertad informática puede ser realizada mediante el recurso o acción de amparo, presente ya en el estamento jurídico nacional, como se verá a continuación.

---

[1] Cf. S. B. Abad Yupanqui, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1996*, Fundación Konrad Adenauer-CIEDLA.

En realidad, el recurso de amparo no está incurso de manera expresa en la Constitución de la República Dominicana ni en leyes adjetivas. Su connotación constitucional se extrae esencialmente de la Constitución. En efecto, el artículo 3 se refiere a que el país "reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional general y americano en la medida en que los poderes públicos las hayan adoptado", y artículo 8, numeral 2, literal *j*, por su parte, se ocupa de la protección de los derechos de la persona humana. A estas disposiciones se une la circunstancia de que la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica, cuyo artículo 25.1 establece el recurso de amparo, fue ratificada por la República Dominicana mediante resolución del Congreso Nacional de fecha 25 de diciembre de 1977. En consecuencia, dicha Convención es ley en el país, y su categoría constitucional se afianza por el artículo 10 de la Constitución, el cual señala que la enumeración de los derechos fundamentales del hombre no es limitativa y, por lo tanto, "no excluye otros derechos y deberes de igual naturaleza".

Sin embargo, entendemos que la consagración definitiva del recurso de amparo, por su impacto histórico en el ordenamiento jurídico dominicano, la constituyó la resolución emitida el 24 de febrero de 1999 por la Suprema Corte de Justicia, en ocasión de una acción de amparo introducida ante esa Corte por una parte interesada (Productos Avon SA). Dicha providencia dispuso lo siguiente:

> 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 Nº 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 plazo 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.

Como se observa, por una parte la Corte proclama el derecho de amparo como "una institución del derecho positivo dominicano", dimanado de una normativa internacional aplicable, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y por otro lado establece el procedimiento que debe seguirse en la implementación de la acción.

La Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, cuya representación nos honra, ha experimentado una gran satisfacción al haber contribuido al afianzamiento en nuestro país de la protección a los derechos fundamentales de la persona humana, cuando adoptó la resolución de que se trata, y por nuestra mediación manifiesta su agradecimiento a las muestras de respaldo y solidaridad externadas con ese motivo por notables personalidades judiciales y académicas de las latitudes que integran el pensamiento jurídico más connotado. A este propósito, nos permitimos transcribir un comentario expuesto por el reconocido jurista Allan R. Brewer-Carías, miembro del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, con sede en Costa Rica, en la revista *Ludicium et Vita*, al analizar la resolución que en la República Dominicana consagró por la vía jurisprudencial la institución del amparo:

> La decisión antes comentada de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, sin duda, debe celebrarse, pues no solo pone en evidencia el valor del principio de la progresividad en la protección de los derechos humanos, sino al poder creativo de los máximos órganos judiciales, particularmente cuando se trata de proteger los derechos y garantías constitucionales. Éstos constituyen un valor esencial de las sociedades democráticas del mundo contemporáneo, que obligan a una interpretación y aplicación progresiva del ordenamiento jurídico, como se evidencia de esta sentencia que hemos comentado.

Finalmente, podemos afirmar que en la República Dominicana la propia Constitución del Estado, así como algunas leyes adjetivas, atribuyen a la Suprema Corte de Justicia funciones jurisdiccionales para estatuir, en determinados casos, sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones y actos contrarios a la Carta Magna. Esto se podría interpretar en el sentido de que la Suprema Corte se constituye en tribunal constitucional cuando actúa como órgano de control concentrado de la constitucionalidad mediante acción directa, pero debe recordarse que existe el control difuso paralelamente al control concentrado, en un sistema mixto, así como que el hecho de que todo tribunal tenga facultad para conocer y decidir sobre la conformidad o no de cualquier norma a la Constitución (control difuso) no significa, como sostiene alguna doctrina, que todos los jueces dominicanos sean jueces constitucionales.

Sin embargo, por disposiciones legales específicas (ley 25-91, especialmente el artículo 13), el pleno de la Suprema Corte de Justicia actúa como jurisdicción constitucional, aunque no se encuentre necesariamente fuera del estamento jurisdiccional ordinario. Por eso puede sostenerse que actúa como tribunal constitucional propiamente dicho cada vez que conoce de la acción directa en inconstitucionalidad.

III. Derechos y garantías individuales

- *Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)*
  La libre expresión del pensamiento y el derecho a la información en la Constitución venezolana de 1999

- *Martín J. Risso Ferrand (Uruguay)*
  Algunas reflexiones sobre los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la libertad de prensa

- *José Ramón Cossío D. (México)*
  El derecho a la información en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de México

- *Aristides Royo (Panamá)*
  Las medidas cautelares personales en el Derecho Positivo panameño y en el Derecho Comparado

Allan R. Brewer-Carías (Venezuela) *

La libre expresión del pensamiento y el derecho a la información en la Constitución venezolana de 1999

Los artículos 57 y 58 de la Constitución venezolana de 1999 están destinados a regular la libertad de expresión del pensamiento y el derecho a la información, en los siguientes términos:

> *Artículo 57.* Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.
>
> Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades.
>
> *Artículo 58.* La comunicación es libre y plural y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral.

Si se estudia detenidamente el contenido, estas dos normas regulan un conjunto de derechos relacionados entre sí, imbricados y derivados de la clásica libertad de expresión del pensamiento, que son: *primero,* el *derecho a la libre expresión* del pensamiento; *segundo,* y como una modalidad del anterior, el *derecho a comunicar o a informar,* que también corresponde a las personas, en particular a las que pueden tener acceso a los medios de comunicación; *tercero,* el *derecho a establecer y desa-*

---

* Abogado. Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela. Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya.

rrollar medios para la comunicación e información; *cuarto*, el *derecho a recibir información oportuna, veraz e imparcial*, y *quinto*, el *derecho a la réplica (o respuesta) y a rectificación* frente a informaciones inexactas o agraviantes, que tienen las personas que se vean afectadas directamente por ellas.[1]

El texto de los artículos 57 y 58 de la Constitución, que consagra estos cinco derechos, se complementa, por otra parte, con el de los artículos 13 y 14 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y el de los artículos 18 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales tienen rango constitucional conforme a lo establecido en el artículo 23 de la Constitución de 1999 e, incluso, son de aplicación preferente respecto de la propia Constitución y las leyes, si contienen normas sobre el goce y ejercicio de tales derechos más favorables que las establecidas en el ámbito nacional.

Con este conjunto de normas puede entonces construirse en Venezuela el marco constitucional de los derechos relativos a la expresión del pensamiento y a la información.

I. El derecho a la libre expresión del pensamiento

El *primero* de los derechos constitucionales es el derecho a la libre expresión del pensamiento que consagra el artículo 57, el cual se regula conjuntamente con el *segundo* de los derechos constitucionales, que es el derecho a informar o comunicar.

Se trata de un derecho consagrado con criterio universalizador, pues, en *primer* lugar, corresponde a "toda persona", es decir, toda persona natural o moral, nacional o extranjera, domiciliada o no en el país, de derecho público o de derecho privado, estatal o no estatal. Por tanto, el sujeto activo del derecho es toda persona, sin discriminación alguna, y puede serlo tanto un comunicador social (periodista) como quien no lo es.

En *segundo* lugar, el derecho se configura como una libertad de expresión del pensamiento, es decir, se trata de un derecho de las personas a expresarse libremente, sin limitaciones ni restricciones, salvo las generales relativas a la libertad, es decir, las limitaciones que derivan del derecho de los demás y del orden público y social.[2]

En particular, en cuanto al ejercicio de esta libertad, la propia norma constitucional y las convenciones internacionales prohíben el anonimato, la propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios, los que promuevan la intolerancia religiosa, y toda

---

[1] Véase en lo que hemos expuesto en Allan R. Brewer-Carías, "La libertad de expresión del pensamiento y el derecho a la información y su violación por la Sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia", en *La libertad de expresión amenazada*. Sentencia 1013, Caracas 2001, pp. 17-57. En estas notas seguimos lo expuesto en dicho trabajo.

[2] Artículo 20 de la Constitución.

apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitaciones a la discriminación, a la hostilidad o a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupos de personas, por cualquier motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

En *tercer* lugar, el derecho de toda persona a expresarse libremente en relación con sus pensamientos, sus ideas y sus opiniones. La persona puede, entonces, expresar libremente lo que piensa, puede expresar libremente sus ideas y puede expresar libremente sus opiniones sobre cualquier materia. Éste no es un derecho que se reduce a la libertad de opinar, sino también de expresar o informar lo que se oye, se siente, se huele, se ve o se lee.

En *cuarto* lugar, la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones puede realizarse por cualquier medio, sea de viva voz, mediante el habla; sea por escrito, mediante expresión gráfica o artística; sea, en general, mediante cualquier otra forma de expresión, por señales de cualquier tipo, signos o muecas de la libre elección de quien ejerce el derecho. Este derecho a expresarse libremente lo tienen no sólo las personas en general, sino también quienes informan, es decir, aquellos que han hecho de la búsqueda de información, de su expresión y de su comunicación su profesión u oficio, es decir, los comunicadores o periodistas.

El ejercicio de este derecho, sin embargo, depende de los medios mismos y del acceso que éstos den a las personas, de acuerdo con el tiempo, el espacio y el propio interés del medio. No puede una persona obligar a un medio a comunicar su pensamiento, pero a la vez el medio no puede discriminar a una persona (vetarlo) para expresar y comunicar su pensamiento.

En *quinto* lugar, la libertad de expresión no puede estar sometida a censura previa de tipo alguno, por parte de nadie, ni del Estado ni de los privados. En particular, la norma constitucional prohíbe la posibilidad de censura a los funcionarios públicos para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades. En consecuencia, ni siquiera puede haber instrucciones derivadas de la jerarquía administrativa que restrinjan la libertad de expresión de los funcionarios sobre los asuntos que están bajo su responsabilidad.

En *sexto* lugar, el ejercicio de esta libertad de expresión y el derecho a informar o comunicar, como de toda libertad, por supuesto, acarrea responsabilidad personal por los daños y perjuicios que se puedan causar. Por ello, señala el mismo artículo 57 de la Constitución que quien haga uso de este derecho a la libre expresión del pensamiento asume plena responsabilidad por todo lo expresado. Además, por ello, el artículo 58 de la Constitución precisa que la comunicación, que es libre, comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley.

Esto lo precisa la Convención Americana al señalar que las responsabilidades ulteriores que pueden derivarse del derecho a la libertad de expresión del pensamiento, en todo caso, deben estar expresamente fijadas por la ley y además, acumulativamente, ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos a la reputación de los

demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

II. El derecho a informar o comunicar

El derecho a la libre expresión del pensamiento conlleva el derecho a informar o comunicar, es decir, el derecho a la libre expresión del pensamiento a través de medios de comunicación o de información. Éste es el *segundo* de los derechos derivados de la libertad de expresión del pensamiento, estrechamente vinculado al primero.

Este derecho a informar o comunicar goza del mismo carácter universal del primero: corresponde a toda persona, sin discriminación, siempre que pueda tener acceso a un medio de comunicación, y está sujeto sólo a las limitaciones generales del respeto del derecho a los demás y del orden público o social.[3] Con especial particularidad, se refieren al ejercicio de este derecho las mencionadas prohibiciones del anonimato, de propaganda de guerra, de mensajes discriminatorios o que promuevan la intolerancia religiosa, de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitaciones a la discriminación, a la hostilidad o a la violencia, o cualquier otra acción ilegal contra personas o grupos de personas por cualquier motivo que sea.

El derecho a informar o comunicar, en particular, está precisado en la Convención Americana al referirse a la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Este derecho corresponde, igualmente, a todos, por lo que no sólo lo tienen quienes ejercen la profesión de informar, como los periodistas o comunicadores, sino todas las personas, sin discriminación. Por ello, la Constitución (artículo 58) precisa que la comunicación es libre, es decir, es una libertad de todas las personas. Precisamente por ello, se ha considerado como contraria a la Convención Americana la reserva que las leyes hacen a favor de los periodistas en cuanto al ejercicio del derecho a informar o cuando imponen la colegiación obligatoria de los periodistas para ejercer el derecho a informar o comunicar a través de los medios de comunicación.[4]

El derecho a la libre expresión del pensamiento conlleva el derecho de informar o comunicar, es decir, el derecho de expresión mediante medios de comunicación. El derecho o la libertad de comunicación, por tanto, es una modalidad del derecho a la libre expresión del pensamiento, e implica el derecho no sólo de crear y establecer medios de comunicación, sino el derecho de las personas a utilizar dichos medios

---

[3] Ídem.

[4] Véase la opinión consultiva OC 5 de 13-11-85 de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos sobre la incompatibilidad con la Convención Americana de la Ley de Colegiación Obligatoria de Periodistas de Costa Rica.

para comunicarse con los demás, incluso cuando se hace de la comunicación una profesión u oficio, como la que ejercen los periodistas.

Ese derecho a la comunicación, como lo dice el artículo 58, es libre y plural, es decir, constituye una libertad individual y debe ejercerse sin exclusivismos o exclusionismos, es decir, asegurando la pluralidad propia de una sociedad democrática.

El derecho a informar o a comunicar, por supuesto, tampoco puede estar sometido a censura previa de tipo alguno, por parte de nadie, ni del Estado ni de los particulares.

Por otra parte, dispone la Convención Americana que el derecho de expresión no se puede restringir por medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

El ejercicio del derecho a informar o a comunicar también está sujeto a responsabilidades ulteriores, las cuales, como lo establece la Convención Americana, deben ser expresamente fijadas por la ley y además ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos a la reputación de los demás y para asegurar la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

III. El derecho a establecer medios de comunicación

El tercero de los derechos que consagran los artículos 57 y 58 de la Constitución, derivados de los derechos ciudadanos a la libre expresión del pensamiento y a la comunicación e información, es el derecho de toda persona a establecer medios de comunicación; es decir, los instrumentos necesarios para que el pensamiento pueda expresarse en forma masiva, como podría ser, por ejemplo, un diario, una revista, una estación de radio o una estación de televisión.

Este derecho, al igual que el anterior, no puede ser restringido en forma alguna si se trata de medios escritos de comunicación, como se ha dicho, por medios indirectos, tales como el abuso de controles del papel para periódicos.

En cuanto a los medios radioeléctricos o visuales, éstos exigen para su creación y desarrollo el uso de las ondas radioeléctricas, que son del dominio público y que requieren de una concesión del Estado para su uso. La Convención Americana prohíbe que se restrinja el derecho por medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de las frecuencias radioeléctricas o de los enseres o aparatos usados en la difusión de informaciones, como podrían ser los controles de importación o aduaneros de los aparatos para las estaciones de radio o televisión.

Los medios de comunicación son, en todo caso, el vehículo indispensable para la comunicación e información del pensamiento de las personas, por lo que deben asegurar la pluralidad propia de una sociedad democrática, garantizando el acceso a ellos a todas las personas, sin discriminaciones.

IV. El derecho a la información

El *cuarto* derecho que consagra la Constitución, en su artículo 58, es el derecho de toda persona a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios establecidos en la Constitución.

En efecto, como contrapartida al derecho de todos a la libre expresión del pensamiento y al derecho a la comunicación y a informar, también existe un derecho de todos a ser informados, de manera oportuna, veraz e imparcial.

Esto implica, en primer lugar, como se ha dicho, que existe un derecho a informar o a comunicar libremente, el cual conlleva este derecho constitucional a la información, es decir, el derecho de todas las personas a ser informadas, sin que pueda haber censura respecto de las informaciones, de acuerdo con los principios establecidos en la Constitución, entre ellos, el principio de la igualdad y no discriminación. En particular, se precisa que los niños y los adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral.

Ahora bien, la información a la que tienen derecho todas las personas debe ser, conforme a la Constitución, "oportuna, veraz e imparcial".[5]

En todo caso, en primer lugar, la información debe ser oportuna. La oportunidad tiene una connotación temporal relativa al hecho del cual se informa, y su apreciación es difícil que llegue a ser totalmente objetiva. Tanto quien informa como quien recibe la información tienen sus respectivos parámetros del sentido de la oportunidad, los cuales pueden no coincidir.

Por ello, en definitiva es el informador quien establece cuándo el suministro de una información es o no oportuno. Es decir, el que suministra la información y la difunde o comunica es el que juzga sobre la oportunidad de hacerlo.

Ello debe quedar a criterios de lógica, racionalidad y razonabilidad, y no puede ser arbitrario; pero la apreciación de la oportunidad no puede quedar en las solas manos de quien recibe la información, pues cada una de las personas que recibe la información de un hecho —por ejemplo, al leer un periódico, oír un programa de radio o ver la televisión— puede tener su propia evaluación de lo que es o no oportuno, según el mayor o menor conocimiento que tenga del hecho o asunto. Alguien que no conoce una invención, por ejemplo, puede juzgar oportuna la información sobre ella que se pueda suministrar en la actualidad. Por tanto, la medida de la oportunidad está tanto en quien suministra la información como en quien la recibe, y si bien no puede ser arbitraria, pues queda sometida a los límites de la racionalidad, razonabilidad o logicidad, no es posible concebir que exista una sola autoridad llamada a decir cuándo es o no oportuna la información.

---

[5] Nuestro voto salvado sobre estos calificativos se puede consultar en Allan R. Brewer-Carías, *Debate constituyente*, tomo III, Caracas, 1999, pp. 154 y ss.

El derecho a la información implica no sólo que la información sea oportuna, sino veraz, es decir, que responda a criterios de veracidad o certeza. De nuevo se está en presencia de un elemento que tampoco es ni puede ser de valor absoluto y enteramente objetivo. No existe la verdad objetiva; la verdad es siempre subjetiva y cada persona tiene su verdad.

Sin embargo, los hechos en general no admiten apreciación en cuanto a su acaecimiento. Acaecen, por lo que, cuando la información sólo se refiere a hechos, su misma expresión es, en sí misma, verdad. Llovió, alguien murió, hubo un choque de trenes. La expresión del hecho es, en sí misma, la verdad si el hecho es cierto, es decir, si acaeció.

Sin embargo, al pasar a la apreciación del hecho, a su interpretación, la explicación de lo que lo motivó, sus circunstancias y las consecuencias de su realización, la posibilidad de veracidad objetiva desaparece. Cada persona tiene su forma y manera de apreciar los hechos; y es libre de hacerlo, así como de interpretarlos, por lo que la expresión de ello es siempre subjetiva y depende de la voluntad del comunicador.

Nadie puede, por tanto, establecer una verdad objetiva respecto de hechos o acaecimientos, que pueda satisfacer a todos los que tienen derecho a la información. Cualquier persona puede informar, en la actualidad, sobre una invención. La información puede ser veraz para el informador, si ignora que hay una invención previa o constata que el nuevo "inventor" ignoraba que ya había sido inventado. La discusión legal puede ser si tal invención tiene o no carácter de novedad a los efectos de patentarla, pero no puede haber discusión sobre la veracidad de la información por el hecho de que muchos hubieran sabido de una invención precedente.

La veracidad, por tanto, nunca es objetiva, sino que, siendo subjetiva, corresponde primeramente su apreciación a quien informa. Por supuesto, esta libertad de apreciación está sometida a los mismos límites de racionalidad, razonabilidad y logicidad, pero lo definitivo es que nadie puede establecer una verdad objetiva ni, por supuesto, una verdad única u "oficial".

Además, el derecho a la información implica que todos tienen derecho a que la información sea imparcial, es decir, que no se efectúe en favor o para beneficiar a alguien en perjuicio de otro. La imparcialidad tampoco puede ser determinada objetivamente, es decir, nadie puede establecer con carácter general cuándo una información es o no parcial o imparcial. La apreciación sobre esto es, también, esencialmente subjetiva. Cada cual, al recibir una información y según el conocimiento de los hechos, tendrá su apreciación sobre la parcialidad o no de la información, y esa apreciación siempre será diferente de una a otra persona. Por tanto, la imparcialidad, de nuevo, tiene que ser apreciada por el comunicador, quien también tiene como límites de su apreciación los principios de racionalidad, razonabilidad o logicidad. Sin embargo, nadie puede establecer, con carácter general, los criterios de parcialidad o imparcialidad de las informaciones.

V. El derecho a la réplica y a la rectificación

El *quinto* derecho que regula la Constitución, conforme al artículo 58, es el derecho de "toda persona" a la réplica (respuesta) y a la rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes.

Ante todo, debe señalarse que este derecho, que también tienen todas las personas, posee las mismas características de universalidad que el derecho a la libre expresión del pensamiento. Corresponde a toda persona, natural o moral, nacional o extranjera, domiciliada o no domiciliada en el país, de derecho privado o derecho público estatal o no estatal, sin discriminación alguna y sea cual sea su profesión u oficio. La Constitución no establece excepción alguna, por lo que toda persona tiene este derecho a réplica y rectificación.

El derecho, por otra parte, se consagra respecto de informaciones inexactas o agraviantes que afecten directamente a las personas; es decir, se trata de un derecho constitucional ante informaciones de cualquier naturaleza, expresadas en medios de comunicación escritos, auditivos o visuales, por cualquier persona, que afecten directamente a una persona por ser inexactas o porque la agravien. Como lo precisa la Convención Americana, este derecho de rectificación y respuesta lo tiene toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general.

El derecho es de todos, por tanto, siempre que la información, sea quien sea que la dé y la forma como se dé, afecte directamente a la persona porque sea inexacta o porque la agravie. El informante puede ser un periodista que informa sobre un hecho o acaecimiento y da una noticia, o puede ser cualquier persona que exprese su opinión en un medio dirigido al público en general, porque escriba un artículo o cualquier otro escrito, o tenga, lleve o conduzca cualquier programa de opinión o de noticias en un medio de comunicación.

Por tanto, el que da la información que origina el derecho a la réplica y rectificación puede ser o no ser un periodista o profesional de la comunicación; y quien se ve afectado por la información personalmente, porque es inexacta o lo agravia, puede ser o no ser un periodista o un director de un medio de comunicación. La Constitución no distingue. Lo único que exige es que, para que alguien tenga derecho a la réplica y a la rectificación, debe estar afectado directamente (no indirectamente) por una información que tiene que ser inexacta o tiene que haber agraviado a la persona. El titular de este derecho, por tanto, para ejercerlo, tiene que probar que ha sido afectado directamente por la información, es decir, que ésta lo toca directamente en sus derechos, sus intereses o su situación jurídica y que, además, lo afecta directamente porque la información es inexacta o lo agravia. Ello implica que el interesado tiene que explicar cuál es la exactitud de los hechos informados para poner en evidencia la inexactitud de la información; o, alternativamente, tiene que explicar cómo la información lo agravia, es decir, cómo lo afecta u ofende en sus derechos personales, particularmente en lo

que concierne al derecho al honor, la vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación.[6]

Este derecho, por otra parte, consiste en un derecho a respuesta o réplica; es decir, la persona afectada directamente por la información tiene derecho a responderla, se entiende, en la misma forma y por el mismo medio en el cual salió la información lesiva; o, como lo dice la Convención Americana, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. Por ello, además, la persona afectada tiene derecho a que quien suministró la información inexacta o agraviante la rectifique, en la misma forma y en el mismo medio en el cual se dio la información.

El sujeto pasivo de este derecho a réplica y rectificación, por supuesto, tiene que ser la persona que expresó o comunicó la información, y esa persona puede ser el periodista que suscribe la información en la prensa o que la suministra en los medios audiovisuales, o la persona que edita una publicación o un programa de radio o televisión, si la información suministrada no tiene autoría específica, o la persona que tiene una columna periodística regular o un programa de radio o televisión regular, y que, por tanto, tiene los medios para poder rectificar y dar cabida a la respuesta que origine la información suministrada.

Para la efectiva protección de la honra y la reputación, agrega la Convención Americana, toda la publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión debe tener una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero personal.

Por último, debe destacarse que en ningún caso el ejercicio del derecho a la rectificación o la respuesta eximen de otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

VI. El principio de la alteridad en los derechos relativos a la libre expresión del pensamiento y a la información

Todos los cinco derechos constitucionales que consagran los artículos 57 y 58 de la Constitución y los mencionados artículos de la Convención Americana y del Pacto Internacional están configurados conforme al principio de la alteridad, de manera que no se trata de meras declaraciones de principios, sino que se trata de auténticos derechos constitucionales en los cuales se puede distinguir un titular (sujeto activo) y un obligado (sujeto pasivo), ya que todo derecho implica la relación derecho-obligación. De manera que en los cinco derechos se puede identificar un sujeto activo y un sujeto pasivo.

---

[6] Artículo 60 de la Constitución.

En cuanto al derecho a la libre expresión del pensamiento, tratándose básicamente de una libertad, el derecho consiste en la potestad de toda persona de expresar su pensamiento, sus ideas y sus opiniones, como se ha dicho, por cualquier medio y en cualquier forma, sin que pueda haber censura.

Este derecho de toda persona conlleva una obligación, también de toda persona estatal o no estatal, de no hacer, de abstención, es decir, de no impedir u obstruir la libre expresión del pensamiento. Esta obligación corresponde a toda persona y, particularmente, al Estado, cuyos órganos no pueden ejercer el poder para imponer censura ni para impedir el ejercicio de la libertad mediante otros medios indirectos como los señalados en la Convención Americana.

La alteridad, en este caso, es la de libertad-abstención.

La misma relación de alteridad se da respecto de la libertad de información y de comunicación. Toda persona tiene derecho a buscar información y a difundirla, libremente, derecho que no sólo tienen los periodistas. Esta libertad de información implica la obligación de todos de no impedir u obstaculizar el ejercicio de tal libertad, es decir, un deber de abstención que corresponde a toda persona y, en particular, también al Estado, cuyos órganos no pueden ejercer el poder para restringir o limitar el ejercicio de la libertad de información o comunicación.

La misma alteridad se encuentra respecto del derecho de crear y establecer medios de comunicación, que corresponde a toda persona, estando obligada también toda persona, y en particular el Estado, a abstenerse de establecer restricciones al ejercicio del derecho, en particular por vías o medios indirectos, encaminadas a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

En cuanto al derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, los sujetos activos son todas las personas, y los sujetos pasivos son todas aquellas personas que informan y que se dedican en cualquier forma a informar y a comunicar. Por tanto, los medios de comunicación y los periodistas, que se dedican a informar y comunicar, están obligados a asegurar que la información que difundan sea oportuna, veraz e imparcial. En otras palabras, el sujeto pasivo en este derecho no puede suministrar información inoportuna, falsa o parcial. Ya hemos señalado, sin embargo, la dificultad que existe de considerar estos elementos objetivamente.

En cuanto al derecho a réplica (respuesta) y a rectificación, el sujeto activo es toda persona que haya sido directamente afectada por una información inexacta o agraviante, y el sujeto pasivo es todo aquel que haya suministrado tal información, que no puede ser otro que un medio de comunicación, un comunicador determinado o toda persona que disponga de un espacio regular en medios de comunicación. La obligación de éstos consiste en dar cabida a la respuesta o réplica en el mismo medio y en efectuar la rectificación de la información inexacta o agraviante también en el mismo medio.

Martín J. Risso Ferrand (Uruguay) *

Algunas reflexiones sobre los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la libertad de prensa

I. Precisiones

La amplitud del tema requiere varias precisiones iniciales a los efectos de delimitar con la mayor claridad posible el objeto de este trabajo. En este sentido es conveniente señalar:

1. El título implicaría la necesidad de responder la interrogante relativa a si *existe jerarquía o graduación entre los derechos humanos*, esto es, si unos priman sobre los otros. Ésta es una pregunta que divide a la doctrina; pueden encontrarse interesantes estudios a favor de la graduación —basta recordar los importantes aportes del profesor Miguel Ángel Ekmekdjian[1] referidos a los valores diversos que encierran los derechos humanos— y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que niega la graduación de los derechos.[2] Y todavía, si se acepta que existe graduación, ¿cómo se integra el orden jerárquico?

2. Sin perjuicio de la respuesta que se dé a la interrogante anterior, no puede desconocerse la trascendencia de la libertad de pensamiento, de la libertad de expresión de pensamiento y de la libertad de comunicación de pensamiento en un Estado

---

* Decano y Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

[1] Miguel Ángel Ekmekdjian, "Los valores y la teoría del orden jerárquico de los derechos individuales", en *Los valores en la Constitución argentina*, Ediar, Buenos Aires, 1999, pp. 10 y ss.

[2] Además, confirmando lo opinable de la cuestión, pueden encontrarse variaciones significativas dentro de un mismo órgano. Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia del Uruguay, luego de sostener históricamente que no existe graduación entre los derechos humanos, varió su posición. Al respecto puede verse la sentencia nº 88 de 8 de diciembre de 1993 (publicada en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo XI, nº 61, pp. 31 y ss.) y también LJU caso 13.944.

de Derecho moderno. No puede existir un Estado social y democrático de Derecho sin una defensa sin claudicaciones de estas libertades, entre las que se encuentra sin duda la libertad de prensa. Esta trascendencia se aprecia en distintos aspectos, entre los cuales puede destacarse:

a. La libertad de prensa presenta una importancia capital en cuanto herramienta de control de los gobernantes y, en consecuencia, garantía de los habitantes de la república. En los últimos años se encuentran múltiples ejemplos de la importancia de la prensa para averiguar y difundir hechos trascendentes o incluso ilegítimos. El caso Watergate sigue siendo el ejemplo más elocuente de la importancia de una prensa libre, cuya acción culminó nada menos que con la renuncia de un presidente de los Estados Unidos de América.
b. La libertad de prensa presenta, a su vez, trascendencia político-institucional, en la medida en que sólo la encontramos en toda su plenitud en una sociedad democrática[3] y jamás aparece bajo un sistema autoritario. Es más, en nuestra región, el comienzo de las restricciones de la libertad de prensa significa, normalmente, el inicio de un proceso de autoritarismo que apunta a socavar las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos.
c. Lo anterior no sólo debe entenderse en su aspecto práctico sino en su concepción o nivel conceptual o ideológico. Los sistemas autoritarios, en líneas generales y sin perjuicio de la inmensidad de variantes que presenta la historia, se relacionan casi siempre con una suerte de "iluminismo" de los detentadores del poder que aparecen como infalibles. Si ellos tienen la verdad o incuestionablemente la mejor solución, si ellos son los honestos que buscan y transitan el mejor camino, toda crítica debe evitarse, pues necesariamente será falsa, incorrecta o conducirá a soluciones perjudiciales. La concepción democrática es exactamente la opuesta; incluso la crítica es imprescindible para profundizar el análisis de los hechos y tomar las decisiones o corregir las soluciones que se entienden pertinentes.

3. Pero la trascendencia de la libertad de prensa no puede hacer que se pierdan de vista otros derechos humanos igualmente trascendentes, tales como el derecho a la protección de la vida privada, el derecho a la intimidad, a la propia imagen y al honor.

4. La multiplicidad de problemas en juego, su vastedad y complejidad obligan a limitar el objeto del presente trabajo a la reflexión sobre ciertas realidades, pero en forma alguna se puede pretender llegar a conclusiones firmes en un tema tan complejo y con una casuística tan amplia.

---

[3] Al respecto LJU caso 13.189.

A estos efectos creo que el mejor plan expositivo sería: a) procurar definir, aun en forma muy general, los derechos en juego y su alcance (esto es, honor, intimidad, propia imagen y libertad de prensa); b) referir luego algunos casos concretos, procurando buscar matices o conceptos que ayuden a incursionar en el tema; y c) por último, hacer referencia a algunos problemas actuales que deben ser considerados.

II. La trilogía de derechos

Dentro de los derechos humanos inherentes a la autonomía personal, normalmente aparece una trilogía de derechos tan íntimamente vinculados entre sí, que resulta casi imposible analizarlos por separado: el derecho al honor, el derecho a la intimidad (personal y familiar) y el derecho a la propia imagen. Tanto es así, que es frecuente que en documentos internacionales la regulación de estos derechos aparezca en forma conjunta. Por ejemplo, en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948 se expresa: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación".[4] Lo mismo ocurre en el Pacto de San José de Costa Rica, que prevé en su artículo 11, bajo el subtítulo "Protección de la Honra y de la Dignidad": "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación". También el artículo 18 de la Constitución española regula en conjunto los tres derechos, dentro del amplio concepto de *derecho a la integridad moral de la persona*.[5]

1. El derecho al honor

El honor, en una primera aproximación esquemática, tiene dos áreas bastante nítidas:

a. por un lado, es el derecho al propio decoro, a que no se imponga a un sujeto la ejecución de actos, hechos u omisiones que lo disminuyan; y
b. por otro lado, a que se proteja, en caso de que injustamente se vulnere o se pretenda vulnerar, la consideración hacia a un individuo, a la cual tiene derecho.[6]

---

[4] Augusto Durán Martínez, "El derecho al honor también existe", en Héctor Gros Espiell, *Amicorum Liber*, Extrait, vol. I, Bruselas, 1997, pp. 287 y ss.

[5] Enrique Álvarez Conde, *El régimen político español*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1985, pp. 141 y ss.

[6] Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución nacional*, tomo I, Cámara de Senadores, Montevideo, 1992, pp. 232.

Hasta aquí no se puede tener duda alguna de cuál es el contenido del derecho al honor. Si, por ejemplo, se pretendiera obligar a una persona a realizar un acto contrario a su decoro personal, dicha pretensión sería lesiva de su derecho. De la misma forma, si por alguna modalidad (por ejemplo, la propagación de noticias falsas) se infligiera una vulneración al decoro o a la consideración que los demás puedan tener de un individuo, la lesión al honor sería obvia.

Debe advertirse que es muy difícil lograr pautas generales para la determinación de cuándo un acto lesiona ese derecho. Será necesario el estudio de cada caso en particular, por cuanto el honor se compone de dos elementos:

a. por un lado, uno de *valoración estrictamente subjetiva* de qué es el honor y el decoro (para un sujeto cierto acto o actitud puede ser decoroso y para otro no serlo), y
b. por otro, una *valoración media de la colectividad*, ya que incide en la cuestión el hecho de que cierto acto sea socialmente considerado indecoroso, teniendo presente que estas valoraciones se modifican con el tiempo y en cada sociedad en particular.

Si, por ejemplo, se imputa a una persona ser partidaria o afín a grupos o prácticas terroristas, y admitiendo que dicha condición viola los cánones medios de nuestras sociedades en cuanto a lo que es un comportamiento honroso, hay que analizar el aspecto subjetivo de la cuestión y preguntarse si el individuo es realmente terrorista o afín al terrorismo. En el primer caso, si el individuo es proclive o partidario de grupos o de la realización de actos de terrorismo, no habrá lesión del honor del sujeto (es obvio que para el sujeto su condición no es un deshonor), mientras que si la imputación es falsa sí habrá lesión del honor del sujeto.

En síntesis, para que haya lesión al honor de un sujeto se requiere: a) que se le impute algo que, conforme a las ideas sociales medias, sea considerado indecoroso (valoración objetiva de la cuestión), y b) que ese algo, a su vez, sea considerado indecoroso por el individuo (aspecto subjetivo).

Por supuesto, también pueden aparecer formas combinadas de lesión, como ocurre por ejemplo en los programas televisivos denominados genéricamente *cámara oculta*, en los cuales, divulgando aspectos de la vida privada, se coloca además al individuo (sin su consentimiento) en una situación humillante y claramente lesiva para su honor, que luego se divulga públicamente.

2. El derecho a la intimidad

Luego de señalar que a veces se utiliza la expresión *vida privada*, en forma incorrecta, como sinónimo de *intimidad*, Espín Templado proporciona una buena definición de la primera. Dice que la *vida privada* debe ser entendida como el conjunto de datos y circunstancias relativos a la vida de una persona que quedan fuera del conocimiento de los demás, salvo que medie un expreso deseo de comunicarlos o ponerlos de manifiesto por parte de la persona afectada, al margen, naturalmente, de

quienes comparten con ella aspectos más o menos amplios de su vida.[7] França-Tarragó, a su vez, entiende por *vida privada* —diferenciándola de la *intimidad*— el derecho de un ser humano de disponer de un área física, geográfica y social donde ciertos aspectos de su intimidad puedan ser preservados para sí —si así lo desea—, sin que haya intrusiones (físicas, psíquicas, electrónicas, etc.) impuestas por otros en ese ámbito que el individuo tiene derecho a reclamar como privado o propio.[8] Aclara que la privacidad no refiere sólo al espacio del que el individuo es propietario, sino que abarca también a la libre circulación por espacios públicos sin que se difunda o registre su conducta o identidad.

La *intimidad* refiere al conjunto de características biológicas, psicológicas, éticas, espirituales, socioeconómicas y biográficas de una persona en la medida en que forman parte de su vivencia o conciencia.[9] Algunos autores han planteado este tema recurriendo a la noción de *círculos concéntricos* que varían su contenido en virtud del grado o intensidad de la situación protegida. Así, se ha señalado la existencia de un ámbito mínimo del individuo consigo mismo, o el derecho del hombre a estar solo. En un segundo nivel aparece lo que el individuo realiza en la esfera estrictamente familiar, en su hogar y fuera de la vista de los demás; en estos casos goza de una muy amplia protección, entre la que se cuenta el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Y todavía aparecería un tercer nivel para referir a hechos y circunstancias que, aunque se desarrollen en lugares públicos o puedan ser observados por otros, la persona no tiene interés en que se propaguen; es lo que ocurre con los hábitos alimenticios de un sujeto, sus preferencias o prácticas deportivas, si concurre regularmente a determinado templo, etc.

Como señala França-Tarragó, la intimidad tiene un contenido relativamente amplio y comprende: a) aspectos y circunstancias de la vida familiar (nacimientos, matrimonios, divorcios, embarazos, fallecimiento, vida sexual, costumbres, etc.); b) vida intelectual (currículo, notas académicas, escritos e investigaciones no publicados, etc.); c) aspectos y circunstancias de los esparcimientos (actividades y amistades de vacaciones, lugares de descanso, etc.); e) circunstancias del pasado (orígenes familiares, cuestiones concernientes a la filiación y a la ascendencia étnica, etc.); f) proyectos (posibilidades de trabajo o estudio, decisiones que debe tomar, etc.); g) vida de relaciones (amistades, odios, prácticas sociales, correspondencia, etc.); h) circunstan-

---

[7] Eduardo Espín Templado, "Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo XII, nº 67-72, pp. 167 y ss.

[8] Omar França-Tarragó, *Lineamientos generales sobre la confidencialidad y el secreto profesional*, inédito (Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2002, pp. 2 y 3).

[9] Ibídem, p. 2.

cias económicas (bienes de los que es propietario, deudas, situación tributaria, etc.); i) circunstancias religiosas o políticas; j) circunstancias sanitarias tales como enfermedades, estados mentales, etc.

En Uruguay, el derecho a la intimidad aparece regulado por separado, según se busque protegerlo de las autoridades públicas o de los particulares. En el primer caso, la Constitución expresa en el artículo 10 inciso 1° que las acciones privadas de las personas que no perjudiquen a terceros ni afecten al orden público están exentas de la autoridad de los magistrados.[10] Otros prefieren encontrar el fundamento del derecho a la intimidad en el artículo 72, que establece que la enumeración de derechos, deberes y garantías que realiza la Constitución no excluye aquellos que sean inherentes a la personalidad humana o deriven de la forma republicana de gobierno.[11] También puede sostenerse que la regulación constitucional del derecho a la intimidad es doble, según se trate de hacerlo valer ante autoridades públicas o ante particulares.[12]

3. El derecho a la propia imagen

El derecho a la propia imagen aparece íntimamente vinculado a los dos anteriores, aunque se reconoce su existencia como derecho autónomo. Así, el Tribunal Constitucional español ha señalado:

> Se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás. Por ello atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual.[13]

Si bien este derecho no está referido expresamente en la Constitución uruguaya, no puede dudarse de su rango constitucional conforme al ya citado artículo 72,[14] lo que ha sido confirmado por la jurisprudencia.[15]

---

[10] Al respecto: José Korzeniak, *Derecho Constitucional 2º*, FCU, Montevideo, 1987, pp. 87 y 88.

[11] Alberto Ramón Real, "Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya", en *Revista de Derecho Público y Privado*, año XXI, nº 238, pp. 211 y ss.; Martín Risso Ferrand, *Derecho Constitucional*, tomo III (*Estado social y democrático de Derecho. Derechos, deberes y garantías*), 1ª reimp., Ingranusi, Montevideo, 2000, § 40.

[12] Risso Ferrand, op. cit., pp. 131 y ss.

[13] SSTC 231/1988; 81/2001, sentencia de 18 de junio de 2001 (http://www.tribunalconstitucional.es).

[14] Al respecto: Korzeniak, op. cit., pp. 87 y ss.; Real, op. cit., pp. 210 y ss.; Juan P. Cajarville Peluffo, "Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya", en *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, pp. 168 y ss.; Risso Ferrand, op. cit., pp. 108-115, entre otros.

[15] LJU, casos 13.475 y 13.646.

III. La libertad de pensamiento, de expresión de pensamiento y de comunicación de pensamientos

Antes de delinear las características centrales de la libertad de prensa, necesariamente debe hacerse referencia a tres derechos previos e íntimamente vinculados con dicha libertad: la libertad de pensamiento, de expresión de pensamiento y de comunicación de pensamientos.

1. Libertad de pensamiento

La libertad de pensamiento refiere en principio a un sujeto en particular y garantiza su derecho a formar, mantener, modificar o ajustar su propio pensamiento, según los dictados de su conciencia. Pero obviamente este derecho no puede llevar a pensar que todo individuo podrá hacer esto por sí mismo, sino que enfrentará problemas que no pueden ser ajenos al Derecho. Por ejemplo:

a. El pensamiento individual no se forma solo, sino que es producto de infinidad de factores externos. Un individuo que ha crecido aislado de todo contacto con otros seres humanos presentará una capacidad de pensamiento mínima. Lo mismo ocurre si comparamos las posibilidades de un analfabeto y un estudiante universitario. Quizá potencialmente sea más inteligente el primero, pero sin duda el segundo estará en mucho mejores condiciones para procurar la comprensión de la realidad, para analizarla y formar su propio pensamiento. Los individuos necesitan recibir un mínimo de enseñanza y cultura para proceder a formar libremente su propio pensamiento.
b. No basta con que todos obtengan ese mínimo *status* inicial o punto de partida, sino que además es imprescindible que los individuos, en forma constante y a lo largo de toda su vida, tengan posibilidades reales de acceso a la información, al conocimiento y a la cultura en general. La diversa situación económica y social de los individuos necesariamente hará que en la población existan diferencias, las que no podrán pasar inadvertidas para el Estado; por el contrario, éste deberá procurar que todos puedan ejercer efectivamente su derecho a la información, al acceso a las distintas manifestaciones culturales, estudios superiores o de perfeccionamiento, etc.
c. Además, cada individuo está sometido, lo desee o no, a una cantidad de datos u opiniones que por distintos medios penetran en su vida, salvo que se trate de una especie de ermitaño del siglo XXI. Así, la propaganda, presente prácticamente en cada minuto y lugar en que se encuentre un sujeto, y la incidencia consciente o no de los medios masivos de difusión, pueden manipular el pensamiento humano, y ni que decir de medios físicos o químicos que pueden conducir a idéntico fin.
d. Asimismo, ¿qué garantía tiene el individuo de que la información que recibe es veraz? Más aún, ¿qué garantías tiene el sujeto de que no se está condicio-

nando, manipulando o deformando su opinión mediante la información que a toda hora se le suministra a través de técnicas periodísticas o propagandísticas? [16]

e. Y todavía podría incursionarse en temas más complejos (aunque ajenos al objeto del presente trabajo) y preguntarse si la incidencia de los medios no está conduciendo a que muchos individuos perciban como real sólo lo que aparece en ellos, prescindiendo del análisis de la realidad en sí misma; una suerte de realidad electrónica y potencialmente manipulable.

2. Libertad de expresión de pensamiento

Se advierte así la compleja problemática de la libertad de pensamiento (menos sencilla de lo que puede parecer a primera vista) y corresponde ahora pasar a la libertad de *expresión* del pensamiento. Ya no estamos en el reducto inexpugnable del propio individuo, dado que ahora éste exterioriza su pensamiento, lo expresa, pero todavía seguimos en el ámbito personal o individual.

El pensamiento se puede expresar no sólo con la palabra o la escritura, sino mediante una pluralidad de variantes: manifestaciones artísticas, formas de vestir, el hecho de acudir a determinado lugar a determinada hora, etc. La libertad de expresión de pensamiento es la consecuencia lógica de la libertad de pensamiento: si el individuo forma y ajusta su propio pensamiento, es lógico que tenga también el derecho de expresarlo, si lo desea. La libertad de expresión de pensamiento es el aspecto exterior del pensamiento y, así como la libertad de pensamiento, refiere al individuo en sí mismo.

3. Libertad de comunicación

La libertad de *comunicación* del pensamiento implica algo más que la anterior, ya que para que exista *comunicación* debe haber al menos dos sujetos: el emisor y el receptor del pensamiento. Y ambos son titulares de derechos.

4. Libertad de prensa

Pero aun dentro de la libertad de comunicación de pensamiento, que podría ser considerada como el género, aparece lo que habitualmente se denomina *libertad de prensa*, que no refiere a la mera comunicación de pensamiento entre dos sujetos sino a un aspecto diverso. La noción de la libertad de prensa requiere algunas constataciones:

---

[16] Jorge De Esteban, y Luis López Guerra, *El régimen constitucional español*, Labor Universitaria, Barcelona, 1980, pp. 172 y ss. La protección de los consumidores responde justamente a la necesidad de tutelar al individuo muchas veces desarmado frente a estas campañas propagandísticas, que requiere de un mínimo de información veraz y comprensible.

1. La realidad demuestra que, para que pueda existir un medio de prensa de mediana importancia en un grupo social, es necesaria una inversión económica considerable. Aparece aquí la *empresa* o el *empresario* (artículo 36),[17] y esto es trascendente. En la libertad de comunicación del pensamiento había dos tipos de sujetos: el emisor (o los emisores) y el receptor (o los receptores), pero en la libertad de prensa se añade al elenco la figura del empresario. Esto significa que al analizar la problemática de la prensa deberán considerarse las normas propias de la libertad de comunicación de pensamiento, pero también las referidas a la libertad de empresa. Corresponde ver cómo juegan estos tres sujetos en el ámbito de la realidad de prensa. A su vez, debe tenerse presente que ciertos medios de difusión requieren la utilización de bienes limitados o escasos, por lo que aparecen condicionamientos de hecho.[18]

2. En cuanto a los emisores, debe repararse en que la amplitud de los textos constitucionales que aseguran la libertad de comunicación del pensamiento no debe ser, de todas formas, sobreestimada, ya que una cosa es la habilitación constitucional y otra las posibilidades reales que tiene un emisor cualquiera de comunicar efectivamente su pensamiento. Es obvio que para que la comunicación sea masiva en la actualidad será necesario acudir a los grandes medios de difusión, a los que no todos pueden acceder. Como señalaba Biscaretti, no existe realmente un derecho de expresar el pensamiento a través de la televisión o de otros medios masivos de difusión.[19]

3. Los receptores de la actividad de la prensa son a su vez titulares de diversos derechos: el derecho a ser informado, el derecho a acceder a la información, el derecho a la información veraz, el derecho a saber con la mayor exactitud posible la opinión o el pensamiento de otros, los hechos acaecidos, etc.

---

[17] El artículo 36 establece "Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes".

[18] Aquí es preciso efectuar algunas precisiones terminológicas, y siguiendo a Carlos E. Delpiazzo ("Transformaciones del régimen jurídico de las telecomunicaciones", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo XII, nº 67-71, pp. 115 y ss.), corresponde definir la *telecomunicación* como toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos o imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilos, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos. A su vez, la *radiocomunicación* es toda telecomunicación transmitida por medio de ondas radioeléctricas. Las *ondas radioeléctricas o hertzianas* son ondas electromagnéticas cuya frecuencia está comprendida entre los diez kilociclos y los tres millones de megaciclos. Cuando las radiocomunicaciones tiene un destino general con posibilidad de ser captadas por todo el público, se está en presencia de la radiodifusión. En Uruguay, hace pocos años, se suscitó una interesante controversia acerca de la televisión para abonados, que motivó opiniones de diversos especialistas, quienes analizaron con diversos enfoques y variadas conclusiones el régimen vigente en la materia. El análisis de la cuestión excede los propósitos del presente trabajo, sin perjuicio de lo cual corresponde hacer referencia a dichas opiniones: José Aníbal Cagnoni, Juan Pablo Cajarville Peluffo, Horacio Cassinelli Muñoz, Carlos E. Delpiazzo, Eduardo Esteva Gallicchio, Héctor Frugone Schiavone, Héctor Giorgi y Alberto Pérez Pérez (en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo X, nº 59).

[19] Paolo Biscaretti di Ruffia, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973, p. 692. También De Esteban y López Guerra, op. cit., pp. 171 y ss.

4. El empresario aparece con la misma protección constitucional que cualquier individuo que se dedica a una actividad lícita (libertad de empresa), aunque sometido a algunas restricciones propias del carácter y la trascendencia de la actividad que desempeña.

5. Y todavía aparece un cuarto sujeto: el periodista. Normalmente es empleado de un medio de prensa y suele reconocérsele un *status* especial a los efectos de garantizar en cierta forma la independencia en el ejercicio de su profesión. En esta materia aparecen soluciones sumamente interesantes en el derecho comparado, a las que corresponde hacer una muy sumaria referencia:

a. Protección de las fuentes y secreto profesional. Es común que se encuentre la protección de las *fuentes* de información y, junto a dicha protección y a sus efectos, aparezca el *secreto profesional* del periodista.[20] Este secreto tiene la particularidad de aparecer al mismo tiempo como un derecho y una obligación del informador. La Constitución argentina, luego de la reforma de 1994, se ocupó de la cuestión en el artículo 43 tercer párrafo *in fine*. El contenido de este derecho consiste en la facultad de reservar las fuentes de la información, así como también en no entregar el soporte material de la información cuando éste pudiera conducir a la revelación de la fuente. El fundamento del derecho al secreto de la fuente se encuentra en el derecho a la información (el periodista debe mantener y proteger sus fuentes), pero como su titular se reconoce a la sociedad. Este derecho tiene, obviamente, límites referidos al orden público.[21] Al igual que los demás derechos, el secreto debe limitarse en el ámbito del proceso penal y ceder frente a derechos tales como la vida.
b. Protección del informador: También aparece a veces una protección para el informador referida a su relación laboral con un medio de difusión. Por ejemplo, en España se reconoce la *cláusula de conciencia* que habilita al periodista a rescindir su relación laboral por disconformidad con la nueva línea adoptada por el medio de difusión para el que trabaja, percibiendo una indemnización similar a la prevista para el despido sin justa causa.[22]

6. También debe subrayarse el interés general (el interés de la sociedad) en la información. Fernández Segado recuerda que la Corte Constitucional italiana ha

---

[20] Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 326.

[21] Roberto Dromi y Eduardo Menem, *La Constitución reformada*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, pp. 165 y ss., 175. Los autores citan además varios casos de jurisprudencia extranjera en los cuales, existiendo sobrados motivos para exigir la colaboración del periodista con la justicia, se niega "la existencia de un privilegio de secreto profesional cuando éste se invoca en una causa criminal".

[22] De Esteban y López Guerra, op. cit., p. 175.

destacado la existencia de un interés general a la información que en un régimen democrático implica: a) pluralidad de fuentes, b) libre acceso, y c) ausencia de obstáculos legales sin justificación.[23]

7. La libertad de prensa requiere, con carácter general y como protección mínima, de dos elementos básicos: a) prohibición de censura previa, y b) régimen de libertad para crear y utilizar los distintos medios de difusión.[24]

IV. Contralor y limitación de la libertad de prensa

En materia de comunicación de pensamiento existen dos grandes sistemas o formas de contralor, uno preventivo y otro represivo.[25] La Constitución uruguaya opta por el segundo; esto es, no existe censura previa, y las eventuales responsabilidades se analizan y hacen efectivas con posterioridad a la emisión del pensamiento. Con claridad el artículo 29 establece la inexistencia de la censura previa, pero agrega a continuación: "[…] quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor,[26] con arreglo a la ley por los abusos que cometieren".[27]

---

[23] Fernández Segado, op. cit., p. 319.

[24] El artículo 29 de la Constitución uruguaya establece: "Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren".

[25] Aníbal Barbagelata, en Justino Jiménez de Aréchaga, *Teoría de Gobierno*, tomo II, FCU, Montevideo, 1983, p. 178.

[26] Corresponde preguntarse quién es el responsable, y en este sentido recordar que en las Constituciones de 1830 y 1918 no existía la referencia actual al *emisor* (al agregarse el término *emisor* junto al *impresor* se admiten otras hipótesis diversas a la comunicación de pensamiento mediante la escritura). Con leves diferencias de redacción, el texto proviene en líneas generales de la Constituyente de 1933, en la que el Dr. Vigo propuso la responsabilidad solidaria del autor y del emisor por los abusos que cometieran. Recuerda Esteva Gallicchio (*Lecciones de Derecho Constitucional*, tomo VI, Montevideo, 1981, pp. 41 y ss.) que el criterio de Vigo fue objetado, entendiéndose preferible que la responsabilidad principal fuera del autor y la subsidiaria quedara librada a la ley. El Dr. Echegoyen señaló que el equívoco subsiste, pues al decirse "y el editor" se entiende que los dos son simultáneamente responsables. La cuestión, si bien no presenta la máxima claridad, ha llevado a la mayoría de la doctrina a sostener que la responsabilidad del editor o emisor es subsidiaria de la del autor (por ejemplo, Jiménez de Aréchaga, op. cit., tomo I, p. 263; Elbio López Roca, "La libertad de pensamiento", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo XII, nº 67-72, p. 466).

[27] Pasando al concepto de *abuso* exigido por la norma para que exista responsabilidad, Horacio Cassinelli Muñoz (*Derecho Público*, vol. I, FCU, Montevideo, 1995, p. 63) señala la diferencia del artículo 29 de la Carta si se lo compara con otros derechos, como por ejemplo, la libertad física. En este último caso es la propia Constitución la que dice en qué casos una persona puede ser privada de la libertad, pero en el artículo 29 hay una simple referencia al concepto de *abuso*, sin determinar su alcance con precisión. La protección es entonces menos clara y precisa, sin perjuicio de la *garantía* que para el ejercicio de este derecho implica la inexistencia de *censura previa*.

Como punto de partida corresponde destacar la amplitud del artículo 29 de la Constitución en un doble aspecto:

a. En primer término en cuanto a su contenido, ya que, cuando establece que "es enteramente libre en toda materia la comunicación […]", esta referencia abarca sin duda toda materia o tema imaginable, sea político, religioso, social, deportivo, etc.,[28] esto sin perjuicio de las excepciones constitucionales (artículos 77 numerales 4 y 5, 80 numeral 6º, 330, etc.).
b. En segundo lugar, en lo que refiere a los medios utilizados para la comunicación, la Constitución refiere a "palabras, escritos, privados o publicados en la prensa o por cualquier otro medio de divulgación". La amplitud y sabiduría del texto son claras; es obvio que se contemplan todos los medios que han ido surgiendo y los que seguirán apareciendo con los avances tecnológicos.

Cassinelli Muñoz elogia el sistema, por cuanto el ejercicio de esta libertad no puede ser impedido con el pretexto de que se cometerá un delito. Las autoridades encargadas de prevenir el delito no pueden intervenir preventivamente, con lo que se evita el riesgo de que vayan más allá de sus funciones y lleguen a impedir que se divulguen ideas que no desean.[29] El análisis de la cuestión se hace a posteriori, con la tranquilidad y las garantías del proceso judicial.[30]

Rápidamente debe repararse en que, sin perjuicio de la garantía de prohibición de censura previa, en las normas constitucionales uruguayas aparecen límites a la libertad de comunicación de pensamiento. Por ejemplo:

a. El artículo 58 inciso 1º la Constitución, refiriéndose a los funcionarios públicos, establece: "en los lugares y las horas de trabajo, queda prohibida toda actividad ajena a la función, reputándose ilícita la dirigida a fines proselitistas de cualquier especie". Es claro que, si se desarrollan actividades con fines proselitistas en las condiciones establecidas en la norma, de nada valdrá invocar el artículo 29, pues conforme al artículo 58 se ha cometido un abuso.
b. Similar comentario merece el inciso 2º del artículo 58, el cual prohíbe que se constituyan agrupaciones con fines proselitistas utilizándose las denominaciones de reparticiones públicas o invocándose el vínculo que la función determine entre sus integrantes.
c. El artículo 80 numeral 6º también establece un límite claro en la materia, al sancionar con la suspensión del ejercicio de la ciudadanía a quienes formen

---

[28] Jiménez de Aréchaga, op. cit., tomo I, pp. 260 y ss. (este autor destaca que es posible la propaganda en favor de las diversas ideologías políticas sin excepción); Esteva Gallicchio, op. cit., tomo VI, p. 41; Elbio López Roca, "Libertad de comunicación de pensamientos", en *Cursillo sobre Derechos Humanos*, pp. 138-139.

[29] Cassinelli Muñoz, op. cit., pp. 63.

[30] Otra opinión puede verse en José Luis Cea Egaña, *Intimidad, honra e información: conflictos y soluciones en el Derecho chileno*, CEDECU, Serie Conferencias, Montevideo, 2000.

parte de organizaciones sociales o políticas que por medio de la violencia o de la propaganda que incite a la violencia tiendan a destruir las bases de la nacionalidad, entendiéndose por tales las contenidas en las secciones I y II de la Constitución.

d. Lo mismo ocurre con las previsiones del artículo 330 referidas a la protección de la Constitución mediante la tipificación de los delitos de atentado a la Constitución y de prestar medios para dicho atentado.

e. También de documentos internacionales surgen referencias que permiten aclarar aún más el concepto de abuso. Así por ejemplo, el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica expresamente prevé: "Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

Por último, debe destacarse que el legislador carece de discrecionalidad para establecer qué es un *abuso*; la determinación por ley de los casos de abuso debe resultar compatible con el criterio constitucional en la materia. Si, por ejemplo, se expidiera una ley que calificara como abuso las críticas al gobierno de turno, es obvio que dicha disposición sería inconstitucional, por emplear —o invocar como excusa— un concepto de *abuso* que colide con una interpretación armónica de la Constitución. La propaganda por medios pacíficos, tendiente por ejemplo a modificar la Constitución conforme alguno de los procedimientos previstos en el artículo 331, o la crítica al gobierno, a la forma de gobierno, etc. que no incite a la violencia ni implique un atentado a la Carta, es enteramente lícita dentro de nuestro marco constitucional.[31]

1. La información veraz

La Constitución española, en referencia al derecho a la información, introduce en su artículo 20 el concepto de información *veraz*,[32] sin deformaciones. Como señala Cassinelli Muñoz, puede ocurrir que un discurso se transcriba trunco o que se relate lo dicho en forma tendenciosa.[33] Con este tipo de distorsiones se afecta tanto el derecho de comunicación del pensamiento del emisor, como el derecho a una información veraz del receptor.

Para lograr una información veraz y sin distorsiones caben dos posibilidades. La primera, sumamente peligrosa, pues puede conducir a la mayor distorsión y mal ma-

---

[31] Véase Martín Risso Ferrand, *Derecho Constitucional*, tomo I (*Introducción. Interpretación. Defensa jurídica de la Constitución*, 1ª reimpr., Ingranusi, Montevideo, 2000, §105 y ss.

[32] Véase Álvarez Conde, op. cit., pp. 149 y ss.

[33] Cassinelli Muñoz, op. cit., vol. I, p. 65.

nejo de la información, consistiría en otorgar poderes de contralor al Estado. La otra solución, que podemos denominar como democrática, pasa por asegurar el régimen más amplio de libertad en materia de comunicación del pensamiento, de forma dar a los individuos las máximas posibilidades a los efectos de buscar y obtener una información veraz. Dentro del esquema constitucional uruguayo es obvio que esta última es la solución elegida y, pese a sus problemas prácticos, sin duda es la preferible. Sobre este punto se volverá más adelante.

2. Conflictos con otros derechos humanos

Posiblemente el problema más complejo en esta materia es el de solucionar los conflictos que se presentan entre esta libertad de comunicación del pensamiento y otros derechos humanos, principalmente —aunque no en forma exclusiva— con el derecho al honor, a la intimidad, al nombre y a la propia imagen.

3. Libertad de prensa y derecho al honor

¿Hasta dónde puede llegar la libertad de comunicación de pensamiento cuando mediante su ejercicio se afecta el buen nombre, el prestigio o el decoro de un individuo? La cuestión es de gran trascendencia, ya que basta pensar el daño —casi irreparable— que sufre una persona a la que se le imputa la comisión de un delito mediante una cobertura que aparece en primera página o con singular destaque en la prensa nacional. En la mayoría de los casos de poco sirve que más tarde se informe que el sujeto en definitiva fue declarado inocente o fue sobreseído. El impacto de la primera noticia —la verdaderamente espectacular— permanece en la memoria y acompañará al individuo por muchos años, o quizás por el resto de su vida. Los ejemplos sobran y son por demás conocidos.

El derecho comparado y en especial la jurisprudencia aportan algunas pautas que pueden ser útiles en la materia, que corresponde mencionar en forma muy sintética:

A. La real malicia

La noción de *real malicia* apareció en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el año 1964, en el célebre caso "New York Times contra Sullivan". Este criterio ha tenido una recepción variable fuera de los Estados Unidos. La jurisprudencia uruguaya, si bien no lo ha utilizado, ha coincidido con esta noción en algunos aspectos.

El Prof. Spota[34] ha precisado con gran exactitud la noción y cuándo y cómo ella puede trasladarse fuera de los Estados Unidos. Como punto de partida señala la nece-

---

[34] Alberto Spota, "Derecho al honor y a la propia imagen y deber de informar de modo veraz", en *Los derechos individuales ante el interés general*, Ábaco, Buenos Aires, 1988, pp. 224 y ss.; Eduardo

sidad de tener presentes algunos datos de la sociedad norteamericana: a) la sociedad estadounidense sanciona gravemente, desde el punto de vista político y jurídico, ciertas fallas éticas, entre las que se encuentra la mentira; y b) los periodistas en ese país se encuentran agremiados y responden a duros códigos de ética, lo que aparece en la realidad como un eficaz marco regulatorio.

En segundo término, hay que ver a qué prensa refiere esta noción. En este sentido, se aprecia que el criterio de la *real malicia* sólo procura superar los riesgos de la inmediatez que requiere la crónica periodística diaria. Esto es, no se refiere a libros, a artículos de opinión ni a publicaciones de reflexión. Se trata básicamente de la crónica diaria (o con intervalos menores).

Definido lo anterior, y considerando la presión que se enfrenta en los diarios, noticieros televisivos o radiales, donde la información se recibe en forma constante y con gran celeridad, la noticia que muestra el solo objetivo de transmitir no acarrea responsabilidad del medio. Es decir, no se encubre en la noticia publicada ninguna forma de malicia que signifique alterar la información. El periodista que la escribe dice lo que le ha sido honestamente informado por medios razonables; no tiene responsabilidad por la noticia que publica, aunque luego ésta resulte no ser verdadera. Al periodista se le exige honestidad: que trasmita de buena fe lo que recibió de buena fe. Se sanciona la malicia y no el error.

B. La cita de las fuentes, el uso de un tiempo verbal potencial y la omisión de divulgar la identidad de las personas

En el caso "Campillay", la jurisprudencia argentina sostuvo que, cuando se indique cuáles son las fuentes de la información[35] y se efectúe una transcripción sustancialmente idéntica a lo manifestado por la fuente, no hay responsabilidad.[36] También señaló que el uso de verbos en modo potencial (o condicional) y la no información de la identidad implicarían ausencia de responsabilidad. En el caso "Superpibe", en cambio, no se citó fuente alguna, además de afirmarse que el imputado asaltaba con un arma de juguete.[37]

No me convence totalmente este criterio. La *transcripción* no quita que pueda haber negligencia al difundir información dudosa o no confirmada, así como el em-

---

Barbarosch, "La libertad de expresión y los medios de comunicación", en *El cuarto poder*, Ediar, Buenos Aires, 1999, pp. 40 y ss.

[35] Germán J. Bidart Campos, "Los medios de comunicación en la democracia: libertad de expresión, empresa, poder social, proyección institucional", en *El cuarto poder*, Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 171.

[36] Renato Rabi-Balbi Cabanillas (coord.), *Los derechos individuales ante el interés general*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 214.

[37] Gerardo Ancarola, "El derecho al honor", en *Los derechos individuales ante el interés general*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, pp. 214 y ss.

pleo del condicional no cambia la cuestión ni afecta las consecuencias perjudiciales de la noticia errónea.

C. Otros conceptos

Existen otros criterios que deben o pueden ser considerados en lo que refiere a la confrontación de la libertad de prensa y el derecho al honor en el marco de una información veraz. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español,[38] en sentencia 297/2000 de 11 de diciembre de 2000, señaló:

1. Debe diferenciarse el *derecho a comunicar la información veraz obtenida* y el *derecho a expresar libremente las opiniones, pensamientos, ideas*, etc. Cuando en un medio de prensa la narración de los hechos sobre los que se informa aparece acompañada de juicios de valor y calificativos, se están ejerciendo en forma simultánea ambos derechos.

2. Respecto a la información de los hechos, el Tribunal debe analizar si lo informado es veraz y, en lo que refiere a las opiniones, si éstas contienen expresiones vejatorias.[39]

3. También dijo el Tribunal español:

> […] la veracidad exigida constitucionalmente a la información no impone en modo alguno que se deba excluir, no podría hacerlo sin vulnerar el derecho a la libertad de expresión […], la posibilidad de que se investigue el origen o causa de los hechos, o que en ocasión de ello se formulen hipótesis al respecto, como tampoco la valoración probabilística de esas mismas hipótesis o conjeturas. En otras palabras, la narración del hecho o la noticia comportan una participación subjetiva de su autor, tanto en la manera de interpretar las fuentes que le sirven de base para la redacción de la misma como para escoger el modo de trasmitirla; de modo que la noticia constituye generalmente el resultado de una reconstrucción o interpretación de hechos reales, ejerciendo el informador su legítimo derecho a la crítica, debiendo distinguirse, pues, entre esa narración, en la que debe exigirse la diligencia debida en la comprobación de los hechos, y la crítica formulada expresa o implícitamente al hilo de esa narración, donde habrá que examinar, en su momento, si es o no formalmente injurioso o innecesario para lo que se desea expresar […].

4. La información que refiere a hechos de interés público y atañe a personas con relevancia pública pone de manifiesto una reducción del derecho a la intimidad y, además, diluye los límites de la crítica permisible, por lo que queda amparada no sólo la crítica inofensiva o indiferente, "sino otras que puedan molestar, inquietar o disgustar".[40]

---

[38] <http://www.tribunalconstitucional.es>.

[39] SSTC 105/1990, 171/1990, 172/1990, 223/1992, 4/1996, 57/1999, 110/2000 y 112/2000.

[40] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso "Handsyde contra Reino Unido", 7 de diciembre de 1976.

5. La comunicación de opiniones, ideas, etc. tiene un alcance muy amplio, mientras que la comunicación de información (narración de hechos) es más limitada, ya que sólo alcanza a aquella que sea veraz. La información, aun cuando sea veraz, si va acompañada de juicios de valor vejatorios puede implicar una lesión del derecho al honor de un individuo.

6. ¿Qué es información veraz? No es aquella incontrovertible (hechos plenamente demostrados) sino aquella que el informador transmite como "hechos" que han sido previamente objeto de contraste con datos objetivos. Se priva así de esta garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, sin desplegar la diligencia exigible en esa comprobación. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, y menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara en su conjunto la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su verdad objetiva sea controvertible.

7. También se consideran exceso aquellos apelativos formalmente injuriosos o de descalificación personal, cuando son innecesarios para la labor informativa.

D. La jurisprudencia uruguaya

La jurisprudencia uruguaya ha tenido oportunidad de pronunciarse en muchas ocasiones sobre estas cuestiones, y entre dichos pronunciamientos pueden destacarse los siguientes:

a. La Suprema Corte de Justicia[41] ha reconocido que la actividad del comunicador, como imponen normas constitucionales e internacionales, está sometida a un régimen de responsabilidad por los *abusos cometidos*, se trate de que proceda en vía civil o de la que se cumple a través de la vía penal. Luego de analizar si existe o no jerarquía entre los derechos humanos,[42] la Corte consideró:

---

[41] Sentencia de la Suprema Corte de Justicia nº 88 de 8.12.93. Véase *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo XI, nº 61, pp. 31 y ss.

[42] En este sentido expresa: "La consideración doctrinaria acerca de la primacía de derechos fundamentales sobre otros no es pacífica, ya que por un lado se ha perfilado la posición de que unos son prevalentes y que los demás deben comprimirse frente a ellos. Si el derecho a la información colide con los demás de esencia nuclear o principal, debe ceder lugar a éstos (José María Desantes Duanter, 'Las fronteras del derecho-deber de informar', conferencia dictada en el Teatro del Centro, Montevideo, el 13 de setiembre de 1993). Por otro lado, encontramos a quienes entienden que no hay una verdadera preeminencia de uno sobre otros y, en especial en materia de honor o de dignidad, realizan una muy interesante construcción". Y más adelante: "Desde este punto de partida entienden que hay dos aspectos dentro del honor: uno como expectativa de reconocimiento que surge de la dignidad de la persona humana y otro como expectativa que emana de la participación real del individuo en la comunidad. Este último sentido es el que realmente importa, no el que deriva de la dignidad […] En ese conflicto y con esta óptica, puede aparecer implicado el derecho a la intimidad y se podrá determinar su prevalencia en

> […] de cualquier manera, en el caso concreto, hay una doble falsa oposición en los agravios del recurrente, cuando en defensa de una supuesta libertad irrestricta de prensa, la coloca como antinomia de totalitarismo. Ello sin duda constituye un equivocado planteamiento. […] En efecto, frente al ejercicio abusivo del derecho de información, no es preciso cuestionarse si existe un orden jerárquico, si son paritarios y por ende deben conciliarse, sino que este tema debe resolverse estudiando si en el caso concreto existió abuso. Si el abuso realmente se configuró, en definitiva no será más que un hecho ilícito y debe entenderse como lo que es ilícito o contrario al orden público, la moral o las buenas costumbres. […] [En la especie] según las reglas de la sana crítica el dolo existió porque el Tribunal entendió que la publicación era innecesaria, desproporcionada y falta de razonabilidad, así como no existió en ella una conexión temporal y sustancial de los antecedentes y menciones del actor, publicados en un texto al que nada agregaron funcionalmente desde el punto de vista informativo. […] Ello constituye sin duda un abuso o exceso de lo que, llevado al ámbito de la responsabilidad civil, puede considerarse un abuso de derecho.
>
> La afirmación de que la indicación de antecedentes no supuso invasión de la privacidad del actor no es aceptable, ya que consistió en una publicación de antecedentes personales reservados (existencia de un Tribunal de Honor y proceso penal) con un fin espurio y sin interés público que lo legitime.
>
> Si bien la jurisprudencia y la doctrina afirman que el abuso de derecho se configura cuando éste es actuado, es decir, cuando se ejercita con exceso, con intención de dañar, en forma desviada o con exceso, […] o con designio torcido, avieso, implementado como medio para la causación de un daño injusto, también […] [es cierto] que el Juez de mérito no está vinculado a directivas específicas de origen legal en el momento de evaluar qué criterio debe aplicar para considerar si en el caso hubo o no abuso de derecho.

b. El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7º turno[43] ha referido con claridad al concepto de *interés periodístico*:

> Según se expresara en mayoría, "la prensa informa de hechos de interés (*interés periodístico*); en ese orden, este medio de prensa no incurrió propiamente en abuso de ejercicio de una función pública: informar. La noticia era cierta, se ajustaba a lo que se venía investigando, aunque no coincidiera puntualmente con la denuncia entonces formulada". […] Por su función, el periodista informa de los hechos que pudo conocer (libre ejercicio de su profesión), acudiendo a las fuentes que se estiman, por algo es habitual, bien informadas; en el caso en cuestión, la Policía. […] De ahí en más, "redactada la noticia, lo es sin ánimo de perjudicar; concretamente aporta datos útiles de qué está ocurriendo".
>
> […] hay dos derechos que entran en conflicto: el de informar, del órgano de prensa a) constitucional, b) recogido (Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 13, en Uruguay ya con rango de ley); y el indudable a la intimidad de la persona, a la privacidad y a decidir, cada uno y por *sí*, en qué medida compartirá sus propios pensamientos, sentimientos, vivencias y experiencias, como hechos de *su* vida personal. […]

---

atención a la propia actuación de su titular, que en último término litigará para establecer los términos efectivos de la tutela jurídica (Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, 'Libertad de expresión y derechos de la personalidad', en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, año 14, 1991-A, pp. 7 y 8)".

[43] Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Séptimo Turno, de 24 de febrero de 1997. LJU, caso 13.274.

> En consecuencia, el diario no invadió la vida propia de XXX (y otro); buscando, recibió y ha difundido (Pacto de San José de Costa Rica) informaciones que tenían su fuente natural.
>
> En cuanto a "qué se publicó", se ha acordado que las publicaciones de […] reflejaron en forma razonable, prudencial, lo que estaba sucediendo, no incurrieron en inexactitudes específicamente sancionables; la denuncia penal preexistía, como se ha dicho reiteradamente, fue tramitada y no fue recibida, conforme a los extremos y en la forma consecutivamente incorporada.
>
> Un aporte en mayoría expresa que "para que exista un abuso en la materia, como en el ejercicio de un derecho frente a otro derecho coexistente, se requiere que la publicación propia y realmente exceda el propósito, tan común, de informar a los lectores, aportando agregados o inclusive comentarios de estirpe innecesaria, no fundados, o cuando la noticia es falsa o se falsea por error imputable a la temeridad del periodista o de su propio diario, no chequeándola en forma o recogiéndola de medios o fuentes no confiables".
>
> […] nada de eso ha ocurrido en la especie; el periodista, redactor de noticias, acudió a fuentes habituales, no fue el único […] por lo cual —aunque la información pudo crear en el actor preocupación, molestia, lo mismo que las averiguaciones e incluso que el informe policial— lo concreto es que el diario no ha incurrido, sustancialmente, en culpas atribuibles.

c. La Suprema Corte de Justicia,[44] en sentencia de 1996, señaló que:

> La libertad de expresión, es uno de los derechos esenciales para fortalecer la democracia. […] Incluso se ha dicho desde otro plano: "… la libertad de prensa … más que un derecho individual (de defensa) del ciudadano frente al Estado ... (es) una institución indispensable del Estado democrático".

Recuerda luego la Corte que para preservar este derecho es que el artículo 35 de la ley 16.988 prevé que en los casos de delitos de imprenta no se decretará nunca la prisión preventiva, salvo que existan motivos fundados para presumir que el procesado tratará de ausentarse del país.[45]

E. Información sobre hechos delictivos

Vanossi, respecto a casos en que lo informado es la eventual o presunta comisión de un ilícito o delito, y luego de referir a la presunción de inocencia y a su amplitud, ha concluido:

> Lo expuesto precedentemente invita a proponer que, cuando se proporciona por diversos medios información vinculada con la presunta comisión de un delito, también se cumpla con una función pedagógica a nivel social, cual es la de acentuar que la iniciación del proceso sólo implica poner en marcha los mecanismos jurisdiccionales para descubrir la verdad objetiva. En efecto, la promoción y sustanciación de un proceso no es sinónimo de condena. Sólo hay condena si la sentencia que pone fin al proceso así lo resuelve, y nadie es culpable hasta tanto una sentencia firme así lo declare. Hay que evitar que el procesado se *sienta* condenado.[46]

---

[44] LJU, caso 13.189. Suprema Corte de Justicia, sentencia de 23 de octubre de 1996.

[45] En general sobre derecho al honor puede verse LJU, casos 13.589, 13.724, 13.726, 13.742, 13.944, 13.979, 14.047, 14.059, 14.109, etc.

[46] Jorge Reinaldo Vanossi, "El estado de inocencia: algo más que una presunción", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo XII, nº 67-72, pp. 728-731.

Posiblemente, y en lo que a la imputación de delitos se refiere (sea por existir una afirmación, una denuncia o un procesamiento), sería conveniente establecer por ley: a) la obligación de precisar con especial destaque la situación real del individuo (esto es, si hay sentencia definitiva y, si no la hay, especificar cuál es el estado de la causa y qué significa ello), y b) en los casos en que se produce el sobreseimiento, sentencia de absolución, etc., el medio que recogió la información debería tener la obligación de publicar y explicar el desenlace con el mismo destaque y detalle con que emitió la información original.

F. El derecho de respuesta

El derecho de respuesta frente a la libertad de prensa aparece, como lo destacaba Barbagelata, como una exigencia de dicha libertad. Constituye una garantía del derecho al honor frente a los grandes monopolios de empresas y hombres que tienen la posibilidad de dar noticias.[47]

Si bien la Constitución uruguaya nada dice al respecto, no puede dudarse de su rango constitucional por la vía del artículo 72 de la Carta. En este sentido puede recordarse una vez más el Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 14 regula el derecho de respuesta en los siguientes términos:

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

El decreto-ley 15.672 estableció en su artículo 7º que toda persona física o jurídica, de derecho público o privado, puede ejercer ante el juzgado competente el derecho de responder a una publicación o cualesquiera otros medios de comunicación pública que la hayan aludido o mencionado, sin perjuicio de las penas y responsabilidad civil a que pueda dar lugar la publicación, noticia o información que provoca la respuesta.[48]

---

[47] Aníbal Barbagelata, "La libertad de expresión como medio de proteger los derechos humanos", en *El concepto de derechos humanos. Un estudio interdisciplinario*, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, FCU, Montevideo, 1986, p. 31.

[48] En alguna ocasión, algún medio de prensa solicitó la declaración de inconstitucionalidad de estas disposiciones, pero estos planteos que fueron sistemáticamente rechazados por la Suprema Corte de Justicia. Por ejemplo: LJU, caso 11.258.

El régimen actualmente vigente en la materia se encuentra en la ley 16.099 de 3 de noviembre de 1989, que en su artículo 7º reproduce la norma antes transcrita, pero establece que la información debe ser *inexacta o agraviante*, con lo que se acota la solución legal anterior.[49]

Sin entrar en el análisis de la regulación legal del derecho de respuesta, lo que excedería el alcance del presente trabajo,[50] corresponde señalar que, normalmente, los resultados del ejercicio de este derecho en términos reales no son totalmente satisfactorios. Una vez que se lesionó el derecho al honor por un medio de prensa, la impresión y los efectos de la noticia en el común de la gente no llegan a revertirse en su totalidad con el ejercicio de este derecho. Con esto no se quiere decir que el instituto sea inocuo o no reporte utilidad alguna, sino solamente que se requiere de otros medios para lograr la plena responsabilidad por los abusos y la recomposición del derecho lesionado con la noticia falsa, distorsionada o confusa.

V. La libertad de prensa y el derecho a la intimidad

Si la protección de la intimidad personal y familiar acota un ámbito frente a posibles intromisiones de elementos ajenos, encontramos el problema de que los límites de dicho ámbito privado son por demás difusos. Algunos autores han intentado señalar criterios muy generales para orientar la tarea de precisar dichos límites en la mayor medida posible, y en este sentido proponen los siguientes:[51]

a. Se debe considerar la efectiva personalidad o trascendencia pública del sujeto que es objeto de la información.
b. La información deberá ser lesiva para su buen nombre o bien descubrir hechos que el individuo quisiera mantener reservados.
c. La información sólo podrá afectar las actividades que tengan relación directa con las causas de proyección pública de la persona. La limitación no puede implicar que el sujeto pierda su derecho a la intimidad.

La jurisprudencia europea ha tenido ocasión de pronunciarse en múltiples casos en cuanto a los límites entre la libertad de prensa y la intimidad, y ha declarado, por ejemplo, que la filiación de un individuo entra en el derecho a la intimidad y no puede ser objeto de divulgación, aun cuando refiera a personas públicas.[52]

Un caso particularmente interesante puede encontrarse en España: "Isabel Preysler contra Revista Lecturas".[53] Tomando como base la entrevista a una ex niñera del hijo

---

[49] Al respecto: Dardo Preza Restuccia, *Comentarios a la nueva ley de prensa*, Universidad, Montevideo, 1990, p. 22.

[50] Al respecto puede verse: LJU, casos 13.189, 13.433, 13.708, entre otros.

[51] De Esteban y López Guerra, op. cit., p. 157.

[52] Fernández Segado, op. cit., p. 218.

[53] Sentencia 115/2000 de 5 de mayo de 2000. Véase <http://www.tribunalconstitucional.es>.

de la demandante, la revista realizó una gran cobertura titulada "La cara oculta de Isabel Preysler", en la que informaba acerca del modo de vestir en el hogar, el cuidado de su cuerpo, la relación madre-hijo, etc. El Tribunal amparó a la demandante, y de la sentencia surgen algunos conceptos básicos:

1. El derecho a la intimidad tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de la dignidad de la persona frente a la acción y conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. El titular del derecho tiene el poder de resguardar ese ámbito reservado (no sólo personal sino también familiar) frente a su divulgación terceros y frente a una publicidad no querida.

2. Corresponde pues a cada individuo reservar un espacio, más o menos amplio según su voluntad, que quede resguardado de la "curiosidad ajena". Se puede impedir que las personas que han tenido acceso a tal espacio den a conocer extremos relativos a su esfera de intimidad o prohibir su difusión no consentida. A nadie puede exigírsele que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada, personal o familiar.[54]

3. Hay una diferencia en cuanto al honor y la intimidad: en el primer caso la verdad funciona como causa legitimadora de las intromisiones en el honor; en el caso del derecho a la intimidad, en cambio, lo relevante no es la veracidad sino el hecho de que el asunto sobre el que se informa sea de interés público.[55]

4. Señala el Tribunal que, si bien los personajes de notoriedad pública inevitablemente ven reducida su esfera de intimidad, no es menos cierto que, más allá de esa esfera abierta al conocimiento de los demás, su intimidad permanece; por lo tanto, el derecho constitucional no se ve minorado en el ámbito en que el sujeto se ha reservado.

5. Debe existir un nexo entre la relevancia pública de la persona y los hechos sobre los cuales se informa. No toda información que refiera a una persona con notoriedad pública goza de protección especial, sino que para ello es necesario, además del elemento subjetivo del carácter público de la persona, que los hechos que se informan, por su relevancia pública, no afecten la intimidad, por restringida que ésta sea.

6. Hay que distinguir entre el interés general en la información de un hecho concreto y la satisfacción de la curiosidad humana por la vida ajena, potenciada por ciertos medios de prensa. Hay que distinguir lo que interesa conocer de lo que despierta una simple curiosidad.[56]

---

[54] Tribunal Europeo de Derecho Humanos: sentencia de 25 de febrero de 1997.

[55] Sentencia STC 172/1990.

[56] La jurisprudencia uruguaya ha señalado que la individualización de deportistas involucrados aparentemente en un caso de dopaje constituye una información que presenta la nota de ser de interés para la población. LJU, caso 13.590.

7. El hecho de que una persona en el pasado haya divulgado datos íntimos de su vida no inhibe que sea ella la que acote el ámbito de su intimidad personal y familiar y que esto aparezca como límite infranqueable para la libre información.

VI. Continuación

A su vez, el derecho a la intimidad ha adquirido en los últimos años una trascendencia considerable al aparecer bancos de datos informáticos,[57] a veces de acceso público, que acumulan una amplia gama de referencias de los individuos y que a veces constituyen una importante fuente de poder para quien pueda disponer de dicha información.

Frente a este fenómeno ha aparecido el recurso denominado *hábeas data*[58] (significa 'traer los datos') o un amparo especial que, según Dromi y Menem, persigue cinco objetivos básicos:

1. que una persona pueda acceder a la información que sobre ella conste en un registro o banco de datos;
2. que se pueda exigir que se actualicen los datos atrasados;
3. que se rectifiquen los datos inexactos;
4. que se pueda asegurar la confidencialidad de cierta información;
5. que se borre del registro la información que pueda considerarse *sensible*.[59]

El recurso de hábeas data no tiene regulación expresa en la Constitución uruguaya, aunque no puede negarse rango constitucional a dicha solución y protección de los derechos fundamentales, conforme al artículo 72 de la Carta. Las soluciones interpretativas podrán ser: que se reconozca la existencia de este recurso por la vía señalada (se trata de una garantía inherente a la persona humana), o bien que, por la modalidad del amparo, se admita que esta acción puede tener similar contenido al mencionado y lograr los mismos objetivos. Cualquiera de las alternativas, obviamente, conduce al fin buscado, o sea, a la protección del derecho a la intimidad.[60]

---

[57] Véase LJU, caso 13.591, referente a la inclusión de datos de un sujeto en un *clearing* de informes.

[58] Véase Sánchez Carnelli, "Hábeas data", en *Revista de Derecho Público*, nº 9, FCU, Montevideo, 1997.

[59] Dromi y Menem, op. cit., p. 169. Se ha señalado incluso que el derecho informático incluye un "derecho al olvido", que sería un derecho natural indispensable para que el peso de un pasado no destruya a un hombre haciéndole perder el sentido de su libertad e impidiéndole rehacer su personalidad.

[60] Al respecto: Risso Ferrand, op. cit., t. III.

VII. El derecho a la propia imagen y la libertad de prensa

Rápidamente podemos mencionar algunos conceptos relevantes para la contraposición entre el derecho a la propia imagen y la libertad de prensa. Así, el Tribunal Constitucional español [61] entendió en un caso en que se publicaron fotografías de una persona pública, tomadas por una familiar durante un viaje absolutamente privado realizado a Kenya junto con un grupo de personas. Señaló el Tribunal que:

1. El derecho a la propia imagen se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, como derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— perseguida por quien la capta o difunde.[62]

2. Se trata de un derecho autónomo que dispone de su ámbito específico de protección, frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás. Por ello se atribuye a su titular la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, el que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de un individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual.[63]

3. Pero, como los demás derechos, el derecho a la propia imagen se encuentra limitado por otros derechos y bienes constitucionales, en especial por el derecho a la comunicación de información y a las libertades de expresión y creación artística.

4. Lo que pretende este derecho es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad, ajeno a injerencias externas.

La jurisprudencia uruguaya ha señalado que la utilización de la imagen de una modelo sin su consentimiento para una campaña publicitaria es un hecho ilícito que justifica una indemnización.[64]

---

[61] Sentencia 139/2001 de 18 de junio de 2001 (<http://www.tribunalconstitucional.es>).

[62] Sentencia del STC 81/2001.

[63] Sentencias SSTC 231/1988; 99/1994; 81/2001.

[64] LJU, caso 13.475. También caso 13.646.

VIII. Comentarios finales

Como comentario final es oportuno invitar a pensar respecto a algunos temas:

a. Se ha dicho que la prensa ha dejado de ser el *cuarto poder* para constituirse en el *primer poder*, con lo que se destaca su extraordinaria fortaleza.
b. Las grandes cadenas internacionales y nacionales ejercen una influencia notable en lo que la población conoce y el modo como lo conoce. En cierta forma la prensa determina cuáles son los temas de interés y cuál es el grado de importancia, de horror o de gravedad de los hechos. ¿Nos estamos aproximando a una realidad dispuesta por la prensa, en la que sólo es *real* o importante lo que aparece en los medios masivos de comunicación, que pueden condenar a un sujeto sin debido proceso?
c. A su vez, fácil es comprobar que los daños que puede ocasionar una noticia errónea o tendenciosa no son algo que pueda ser siempre corregido, sino que a veces va a acompañar al sujeto dañado por muchos años o por toda su vida.

La cuestión es trascendente. Por un lado, no parece caber duda acerca de la importancia de una prensa libre, que debemos esforzarnos por defender y mantener. Pero por otra parte: ¿cómo se defiende al individuo frente a esta prensa que hoy es un poder tan importante? ¿Sirven los medios tradicionales como el derecho de respuesta? ¿Hay que pensar otras formas de protección que no afecten la libertad de la prensa?

Sin duda, mucho hay que pensar al respecto.

Bibliografía

ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *El régimen político español*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1985.

ANCAROLA, Gerardo, "El derecho al honor", en *Los derechos individuales ante el interés general*, Ábaco, Buenos Aires, 1998.

BARBAGELATA, Aníbal, en Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *Teoría de Gobierno*, tomo II, FCU, 1983.

— "La libertad de expresión como medio de proteger los derechos humanos", en *El concepto de derechos humanos. Un estudio interdisciplinario*, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, FCU, Montevideo, 1986.

BARBAROSCH, Eduardo, "La libertad de expresión y los medios de comunicación", en *El cuarto poder*, Ediar, Buenos Aires, 1999, pp. 40 y ss.

BIDART CAMPOS, Germán J., "Los medios de comunicación en la democracia: libertad de expresión, empresa, poder social, proyección institucional", en *El cuarto poder*, Ediar, Buenos Aires, 1999.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973.

CAGNONI, Aníbal, "Consulta sobre televisión para abonados", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo X, n° 59.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., "Consulta sobre televisión para abonados", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo X, n° 59.

— "Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya", en *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, "Consulta sobre televisión para abonados", *en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo X, n° 59.

— *Derecho Público*, vol. I, FCU, Montevideo, 1995.

CEA EGAÑA, José Luis, *Intimidad, honra e información: conflictos y soluciones en el Derecho chileno*, CEDECU, Serie Conferencias, Montevideo, 2000.

DE ESTEBAN, Jorge y LÓPEZ GUERRA, Luis, *El régimen constitucional español*, Labor Universitaria, Barcelona, 1980.

DELPIAZZO, Carlos E., "Consulta sobre televisión para abonados", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo X, n° 59.

— "Transformaciones del régimen jurídico de las telecomunicaciones", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo XII, n° 67-71, pp. 115 y ss.

DROMI, Roberto, y MENEM, Eduardo, *La Constitución reformada*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "El derecho al honor también existe", en Héctor GROS ESPIELL, *Amicorum Liber*, Extrait, vol. I, Bruselas, 1997.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, "Los valores y la teoría del orden jerárquico de los derechos individuales", en *Los valores en la Constitución argentina*, Ediar, Buenos Aires, 1999.

ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, "Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo XII, n° 67-72.

ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, "Consulta sobre televisión para abonados", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo X, n° 59.

— *Lecciones de Derecho Constitucional*, tomo VI, Montevideo, 1981.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.

FRANÇA-TARRAGÓ, Omar, *Lineamientos generales sobre la confidencialidad y el secreto profesional*, inédito (Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2002).

FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, "Consulta sobre televisión para abonados", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo X, n° 59.

GIORGI, Héctor, "Consulta sobre televisión para abonados", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo X, n° 59.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional*, tomo I, Cámara de Senadores, Montevideo, 1992.

KORZENIAK, José, *Derecho Constitucional 2º*, FCU, Montevideo, 1987.

LÓPEZ ROCA, Elbio, "La libertad de pensamiento", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo XII, n° 67-72.

— "Libertad de comunicación de pensamientos", en *Cursillo sobre Derechos Humanos*, pp. 138-139.

PÉREZ PÉREZ, Alberto, "Consulta sobre televisión para abonados", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo X, n° 59.

PREZA RESTUCCIA, Dardo, *Comentarios a la nueva ley de prensa*, Universidad, Montevideo, 1990.

RABI-BALBI CABANILLAS, Renato (coord.), *Los derechos individuales ante el interés general*, Ábaco, Buenos Aires, 1998.

REAL, Alberto Ramón, "Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya", en *Revista de Derecho Público y Privado*, año XXI, n° 238.

RISSO FERRAND, Martín J., *Derecho Constitucional*, tomo III (*Estado social y democrático de Derecho. Derechos, deberes y garantías*), 1ª reimpr., Ingranusi, Montevideo, 2000.

— *Derecho Constitucional*, tomo I (*Introducción. Interpretación. Defensa jurídica de la Constitución*), 1ª reimpr., Ingranusi, Montevideo, 2000.

SÁNCHEZ CARNELLI, "Hábeas data", en *Revista de Derecho Público*, año 1996, nº 9, FCU, Montevideo, 1997.

SPOTA, Alberto, "Derecho al honor y a la propia imagen y deber de informar de modo veraz", en *Los derechos individuales ante el interés general*, Ábaco, Buenos Aires, 1998.

VANOSSI, Jorge Reinaldo, "El estado de inocencia: algo más que una presunción", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo XII, n° 67-72, pp. 728-731.

José Ramón Cossío D. (México) *

El derecho a la información en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de México **

I. Introducción

En el *Diario Oficial de la Federación* del 6 de diciembre de 1977 se publicó la adición al artículo 6º constitucional: "el derecho a la información será garantizado por el Estado". Esta adición formó parte de los preceptos modificados con motivo de la reforma política de 1977, de modo que durante varios años se estimó que tal derecho debía comprenderse como una garantía social otorgada en beneficio de los partidos políticos. Este inadecuado sentido fue aceptado, por cierto, por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia en agosto de 1992. La propia Corte estableció un nuevo sentido al resolver en junio de 1996 la solicitud que le formuló el presidente de la República para investigar los hechos acaecidos en el Vado de Aguas Blancas en 1995, tema que trataremos con mayor profundidad más adelante. Finalmente, el Pleno sostuvo que no se estaba ya frente a un mero derecho político, sino a una "garantía individual, limitada, como es lógico, por los intereses nacionales y los de la sociedad, así como por el respeto a los derechos de tercero".

En el presente estudio, trataremos de analizar la forma en que nuestra Suprema Corte de Justicia ha enfrentado algunos de los problemas jurídicos relacionados con el derecho a la información. Nuestra aproximación podría darse refiriendo la *ratio decidendi* de los fallos de nuestro máximo tribunal. Por dos razones, sin embargo, ello constituirá un ejercicio "no ortodoxo" de fijación de sus criterios respecto de una

---

* Jefe del Departamento de Derecho del ITAM.

** Este trabajo forma parte de una investigación más amplia destinada al libro que habrá de publicar la Suprema Corte de Justicia sobre los medios de comunicación. Quiero agradecer, ante todo, la diligente ayuda que me proporcionó mi alumna Mónica Castillejos; a otro de mis alumnos, Jorge Sánchez-Cordero, su disposición para obtener parte de la información, y a la Lic. Laura Camacho Squivias por brindarme los expedientes judiciales a partir de los cuales realicé el presente escrito.

determinada materia: por una parte, porque ese tribunal no suele expresarse por precedentes, sino por tesis jurisprudenciales; por otro, porque nuestra manera de representarnos el derecho no suele "reducirse" al estudio o comprensión de resoluciones judiciales. Adicionalmente, y como si en ello hubiera una especie de *plus* que animara a la totalidad de los fenómenos jurídicos, se estima necesario exponer en detalle el sentido o "esencia" de la legislación. Es decir, se sigue sosteniendo la idea de que, en un nivel positivo, existen dos racionalidades o formas de entender el derecho: una, la auténtica, la sólida, la permanente, constituida por la recta interpretación de la ley, sea ésta por el legislador o por los cuerpos profesorales; otra, la temporal, la contingente, establecida por los tribunales al llevar a cabo la interpretación de los textos legales (*lato sensu*). Sobre los supuestos y las deficiencias de este entendimiento nos hemos pronunciado en otro lugar, de modo que no insistiremos más aquí.[1] Sin embargo, y debido a nuestras formas tradicionales de comprensión del derecho, en lo que sigue haremos hincapié, fundamentalmente, en las cuestiones relacionadas con los criterios de la Suprema Corte mexicana, sin dejar de dar cuenta de la situación que, en general, guardaban las normas constitucionales y legales (y en algunos casos reglamentarias) vigentes.

Es decir, partiremos de la idea de que, si bien es cierto que a final de cuentas el sentido del derecho está dado por las resoluciones judiciales (o administrativas en ciertos casos), éstas están dadas respecto de normas legales (*lato sensu*). De este modo, no resulta cierto (ni posible) suponer que el estudio "autónomo" de los casos o las resoluciones sea suficiente para conocer el derecho, pues existe entre nosotros todo un modo de comprensión en el que la legislación (*lato sensu*) sigue manteniendo una posición de gran relevancia. Ello no quiere decir, desde luego, que la propia legislación tenga ese papel excluyente y determinante que buena parte de nuestra dogmática jurídica continúa manteniendo, *i. e.*, la posición esencialista a que antes aludimos. De lo que finalmente se trata es de considerar a la legislación (*lato sensu*) a la luz de las resoluciones judiciales y no, como hasta ahora se ha hecho, a las resoluciones judiciales a la luz de la legislación. Si el derecho es un orden positivo de normas, sencillamente porque las normas son establecidas por actos de conducta humana, y por lo mismo forman parte de un orden dinámico, son los actos finales de aplicación (y entre ellos los de control de regularidad) los que nos enseñan aquello que el propio orden "dispone". Cuestión distinta y, por supuesto, de la mayor importancia es la razón normativa (en sentido deóntico, que no jurídico) que a partir de determinadas consideraciones (políticas, valorativas o económicas, por ejemplo) puedan construirse a partir de lo dispuesto en las propias normas jurídicas (legisladas, administrativas o jurisprudenciales), ello con el propósito de realizar una labor crítica o reconstructiva de las determinaciones de los órganos competentes para llevar a cabo la individualización.[2]

---

[1] J. R. Cossío, *Cambio social y cambio jurídico*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2001, especialmente capítulo V.

[2] Es importante mencionar que, a nuestro juicio, las concepciones que introducen cuestiones axiológicas, políticas o económicas, por ejemplo, no significan que el derecho tenga una neutralidad o

II. Amparo en revisión 10556/83, resuelto el 15 de abril de 1985, por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia

La primera decisión importante de la Suprema Corte de Justicia en la materia tuvo que ver con el llamado "derecho a la información".[3] Como se recordará, éste formó parte del proceso de reformas constitucionales denominado como *la reforma política*. Esta última se llevó a cabo a partir de la iniciativa de reformas o adiciones a los artículos 6º, 41, 51 a 55, 60, 61, 65, 70, 73, 74 76, 93, 97 y 115 constitucionales, presentada por el Ejecutivo Federal el 6 de octubre de 1977, y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de diciembre del mismo año. La adición del derecho a la información se dio mediante la introducción de un último enunciado al artículo 6º, para quedar en los siguientes términos: "La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público: *el derecho a la información será garantizado por el Estado*".[4] De esta forma, en estos brevísimos términos quedó garantizado este nuevo y fundamental derecho.[5]

La primera ocasión en que la Suprema Corte se pronunció sobre su sentido fue con motivo del recurso de revisión promovido por Ignacio Burgoa en contra de la resolución dictada por el juez quinto de distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal, por considerar que ésta le producía diversos agravios.[6] En la primera instancia del juicio de garantías, Burgoa señaló como antecedentes que solicitó a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público información sobre el monto de la deuda externa en el sexenio de López Portillo, en ejercicio de los derechos constitucionales previstos en los artículos 6º y 8º. Debido a que la autoridad hacendaria no produjo contestación en breve término, en agosto de 1983 promovió un primer amparo a fin de que se requiriera a la autoridad para que diera respuesta a la solicitud planteada. Frente al requerimiento hecho, la propia autoridad se negó a proporcionar los informes, y declaró el sobreseimiento del juicio con fundamento en la fracción XVI del artículo 73 de la ley de la materia. Burgoa estimó que el acuerdo resultaba violatorio de los ar-

---

autonomía respecto de esos componentes, sino que, por el hecho de que él ya tiene un sentido positivizado (en el que se incorporan ciertos entendimientos políticos o económicos), la crítica sólo puede hacerse si se explicita la existencia de otro sentido económico o político diverso al introducido en la norma.

[3] J. R. Cossío, "Los órganos del derecho a la información", en *Milenio Diario*, diciembre de 2001.

[4] Cursivas nuestras.

[5] Al momento de concluir este trabajo (abril de 2002), se encontraba en debate la iniciativa de la ley que habría de reglamentar este derecho fundamental. En caso de llegarse a aprobar la iniciativa del Ejecutivo Federal, por vez primera estaría reglamentándose este derecho, lo cual significaría una condición indispensable para su adecuada aplicación.

[6] El criterio de la Suprema Corte respecto a este derecho tuvo distintas etapas en cuanto a la forma de entender e interpretar el artículo 6º constitucional, tema que será analizado con mayor profundidad más adelante. *Semanario Judicial de la Federación*, X, agosto de 1992, p. 44, "Derecho a la información establecido por el artículo 6º de la Constitución Federal".

tículos 6º y 16 constitucionales, por lo que en el mismo mes promovió amparo ante el juez quinto de distrito del mismo circuito y materia. Este último negó en el mes de noviembre del mismo año el amparo solicitado, argumentando, en síntesis, lo siguiente: respecto de los dos conceptos de violación, el juez sostuvo que, si bien es cierto que el artículo 27 de la Ley General de Deuda Pública preveía la obligación de la Secretaría de publicar periódicamente los datos sobre la deuda pública, de ello no se infería que cada persona contara con un derecho subjetivo para solicitar dicha información, además de que no se contiene en ninguna disposición legal la obligación de proporcionar la información solicitada en los términos solicitados.

El recurso de revisión interpuesto fue admitido por la Segunda Sala en abril de 1984, expresándose como concepto de violación que, debido a que a toda obligación corresponde un derecho subjetivo, la autoridad estaba obligada a proporcionar a cada particular la información que solicitara, sin poderse considerar que ésta debe entregarse sólo al público en general, pues este último se compone de individuos. En relación concreta con el artículo 6º constitucional, Burgoa adujo que contiene un derecho subjetivo público cuyo titular es todo gobernado, independientemente de que tenga también un carácter social. A ese derecho, sigue diciéndose en el recurso, debería corresponder la obligación estatal de suministrar información, la cual debería recaer en todo órgano del Estado. Por ello, si se consideran conjuntamente las obligaciones de los artículos 6º constitucional y 27 de la Ley de Deuda Pública, sí conllevan la obligación estatal de proporcionar la información solicitada.

La Segunda Sala dictó su sentencia el 15 de abril de 1985 en el expediente AR 10556/83,[7] negando el amparo solicitado. En primer término, estimó que en términos del artículo 27 de la citada Ley General de Deuda Pública, la Secretaría de Hacienda tenía las siguientes obligaciones jurídicas: “dar a conocer o divulgar entre la colectividad los datos de la deuda pública; hacerlo ajustándose a etapas temporales que guarden periodicidad, y consignar los datos que sean relevantes para su mejor entendimiento”. Por ello, cuando la Secretaría de Hacienda dejó de proporcionar la información solicitada por Burgoa, se dice, no se violó ningún derecho constitucional, sencillamente porque lo previsto en el artículo 27 no les confiere a los particulares un derecho subjetivo público de ejercicio individual.

En lo tocante al derecho a la información previsto en el artículo 6º constitucional, la Corte estimó que tampoco se produjo violación alguna, fundándose para ello en las siguientes razones: comenzó considerando que la adición del artículo 6º formó parte de la reforma política habida en 1977, la cual comprende cuestiones relativas a partidos políticos, procesos electorales y otras cuestiones del mismo tipo. Para determinar el sentido específico de ese derecho, se aludió a la exposición de motivos, con

[7] El ponente fue el ministro Atanasio González Martínez, y el asunto fue votado por unanimidad de cuatro votos (Gutiérrez de Velasco, González Martínez, De Silva y Del Río).

lo cual se optó por un método que, con todas sus deficiencias de integración y conceptualización, bien podría llamarse "auténtico". Al efecto, se transcribieron en la resolución partes extensas de la exposición de motivos de la iniciativa presidencial y del dictamen de las Comisiones Unidas de Estudios Legislativos y Primera de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados. En lo tocante al primero, nos parece claro que la Sala cometió un error al considerar como argumentos del derecho a la información aquellos que estaban dándose para explicitar el carácter y sustentar la pertinencia de las prerrogativas a los partidos políticos, específicamente las relativas a su acceso a los medios de comunicación. En lo que toca al segundo, se transcribió una larga consideración sobre el sentido que a la libertad de expresión se le da en México, desde el Decreto para la Libertad de la América Mexicana hasta el Mensaje y Proyecto de Constitución de don Venustiano Carranza, para después apuntarse la relevancia de la información para una sociedad moderna, al extremo de que aquella debía entenderse como una "garantía social". Sin embargo, y en lo que aquí resulta de la mayor importancia, se agrega después:

> Lo escueto de la expresión […] puede originar la crítica de que no se precisa lo que debe entenderse por derecho a la información, ni a quien corresponde su titularidad, ni los medios legales que hará valer el Estado para hacerlo respetar. No debe olvidarse, sin embargo, que las características esenciales de la Constitución debe ser su máxima brevedad posible; y que, en rigor jurídico, sólo le corresponde el enunciado y principios de las normas imperativas cuyas formas de operatividad serán objeto y materia de la ley reglamentaria respectiva.

De las transcripciones hechas por la Sala se desprende, desde luego, que ella contaba con una clara alternativa argumentativa: por una parte, aun cuando indebidamente, estimar que el derecho a la información correspondía exclusivamente a los partidos políticos; por la otra, que se trataba de una garantía social que, en un sentido, debía ser reglamentada por el legislador para que adquiriera pleno sentido pero, por otro, que bien podía ser protegida desde luego por los tribunales federales, aun en los casos en que la legislación no hubiera sido expedida. Sin embargo, la Corte tomó un camino por completo distinto, estimando que "tanto de la iniciativa como del dictamen aludidos" se desprendía que:

> […] *el derecho a la información es una garantía social,* correlativa a la libertad de expresión, que se instituyó con motivo de la llamada "reforma política", y que *consiste en que el Estado permita el que, a través de los diversos medios de comunicación, se manifieste de manera regular la diversidad de opiniones de los partidos políticos*; que la definición precisa del derecho a la información queda a la legislación secundaria, y que *no se pretendió establecer una garantía individual* consistente en que cualquier gobernado, en el momento en que lo estime oportuno, solicite y obtenga de órganos del Estado determinada información.[8]

[8] Cursivas nuestras.

Frente a este argumento, la consecuencia fue evidente; se procedió a negar el amparo solicitado y, lo que es más importante, establecer un sentido restrictivo al derecho de acceso a la información, al extremo de no considerarlo garantía individual. En este sentido, lo que el particular terminó teniendo, a partir del criterio, era la posibilidad de solicitar a las autoridades información por vía del derecho de petición previsto en el artículo 8º constitucional. Debido a que éste, como se sabe, ha sido interpretado tradicionalmente por la Corte como la obligación de responder por escrito a las solicitudes hechas por los particulares de forma escrita y respetuosa, a lo más que podía llegarse era a obtener una respuesta por escrito en la que, por lo demás, bien podía negarse lo solicitado.[9]

Con independencia de la validez de utilizar el método auténtico, esto es, la opinión del presidente de la República dentro de un sistema presidencialista autoritario,[10] el enorme equívoco de la sentencia dictada por la Segunda Sala radicó en asumir, de entrada, que el derecho a la información era lo mismo o se reducía a ser la expresión de las prerrogativas otorgadas a los partidos políticos. A partir de ahí, la propia Sala determinó, ahora apoyada en el dictamen, que las características de ese derecho, ya de los partidos, debía desarrollarse a través de las leyes. Finalmente, y de forma por demás gratuita, en tanto ello no podía desprenderse del contenido de la iniciativa o del dictamen, se señaló que el derecho a la información en modo alguno podía tener el carácter de garantía individual.

Un camino por completo diverso, y éste sí adecuadamente sustentado en, si se quería, la iniciativa y el dictamen, hubiera sido que la Sala estimara que el presidente proponía el otorgamiento de prerrogativas a los partidos, como un asunto propio de ellos y debidamente previsto en la propuesta de artículo 41 constitucional. Luego, y metidos ya con el dictamen, señalar que los elementos determinantes del derecho a la información serían establecidos por el legislador, lo cual no podía en modo alguno implicar que la garantía individual otorgada en favor de los ciudadanos pudiera dejar de ejercerse como consecuencia de una omisión imputable al propio legislador. De este modo, lo que la Corte pudo haber establecido era una doble distinción para el derecho considerado ya como garantía individual, presentándolo como un derecho de ejercicio a partir de lo dispuesto por el legislador pero, simultáneamente, como un derecho que en determinados casos admitiría ejecución inmediata.

---

[9] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XIII, abril de 2001, p. 126; *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, XII, octubre de 2000, p. 357; y *Semanario Judicial de la Federación*, XI, junio de 2000, p. 50.

[10] Sobre este tema y sus implicaciones, cf. Cossío, *Cambio social…*, op. cit., especialmente capítulo II, y *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, Fontamara, México, 2002, también en el capítulo II.

Las razones que pueden haber conducido a la Corte, en este caso su Segunda Sala, a fallar el asunto en los términos apuntados, hemos pretendido explorarlas en otro lugar.[11] Sin embargo, lo que sí nos parece claro es que en este asunto se puso de manifiesto el hecho de que en esos momentos políticos resultaba de enorme dificultad tratar de construir posiciones jurídicas mediante las cuales se afectara el "equilibrio" de poderes, o la idea de que al presidente correspondía la determinación final de los sentidos de las normas constitucionales. La consecuencia, como también ya se advirtió, significó un retraso enorme en la construcción de las condiciones de posibilidad de un Estado democrático, sencillamente porque los ciudadanos no contaban con un adecuado acceso a la información producida por los órganos estatales, lo cual significó la imposibilidad de cuestionarlos adecuadamente y, por supuesto, de intentar algún modo de control de sus actos.

III. Solicitud 3/96, relativa a la petición del presidente de la República para que se ejerza la facultad prevista en el segundo párrafo del artículo 97 constitucional, fallado el 23 de abril de 1996, por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia

El día 28 de junio de 1995, 17 personas perdieron la vida y más de 20 fueron lesionadas en el lugar conocido como El Vado, de Aguas Blancas, municipio de Coyuca de Benítez en el estado de Guerrero. Como consecuencias, se iniciaron distintas averiguaciones previas y procesos federales, se designaron fiscales especiales, la Comisión Nacional de Derechos Humanos produjo recomendaciones, la Suprema Corte de Justicia ejerció la facultad prevista en el segundo párrafo del artículo 97 constitucional, y la Procuraduría General de la República y la Cámara de Diputados se declararon incompetentes para iniciar nuevas averiguaciones. Adicionalmente, y como consecuencia de los propios hechos delictivos, se nombró un nuevo gobernador en el estado de Guerrero, y varios ex servidores públicos fueron sometidos a proceso.

De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 97 constitucional, la Suprema Corte decidió actuar y para ello designó a dos de sus integrantes a fin de averiguar "[…] algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual". Siendo el propósito de la facultad la *averiguación*, y el objeto de ésta los *hechos* constitutivos de violaciones graves a las garantías individuales, la encomienda otorgada debía circunscribirse, entonces, a averiguar si los hechos que tuvieron lugar el día 28 de junio de 1995 en El Vado de Aguas Blancas resultaban o no constitutivos de violaciones graves a las mencionadas garantías individuales. Desde el momento en que la averiguación debía realizarse sobre un acontecer para después proceder a cali-

[11] Últ. op. cit.

ficar ese acontecer como violatorio o no de garantías, aquélla debió haberse realizado siguiendo un procedimiento de tipo inductivo, de manera tal que fueran, si puede decirse así, los hechos individuales y su sentido lo que permitiera apartar el sentido global o final de todo el acontecer del día 28 de junio. Proceder así, sin embargo, es sumamente difícil, pues requiere un detallado trabajo a efecto de recordar diversas pruebas, relacionarlas, obtener una apreciación general de lo sucedido y, finalmente, estar en posibilidad de definir si esos sucesos constituyen o no violaciones graves a las garantías individuales.

En la resolución de la Suprema Corte, sin embargo, el proceder de los ministros designados fue por completo distinto, pues procedieron deductivamente y, lo que es más grave, a partir de una muy discutible premisa. El informe rendido considera que las violaciones graves a que se refiere el segundo párrafo del artículo 97 constitucional son aquellas que se dan de manera generalizada, para después precisar: "Las violaciones generalizadas no sean instantáneas, es decir que ocurran y se concurran totalmente. Son referencias a un 'estado de cosas', en un lugar, en una entidad o en una región. Proceden si hay un estado de alarma que se prolonga en el tiempo, y produce violaciones a los derechos esenciales de los individuos". Esta definición tiene el enorme inconveniente de subsumir toda la gravedad en la generalización temporal o permanencia de una situación violatoria de garantías, desconociendo que, en muchas ocasiones, la gravedad misma de la violación puede darse en un acto aislado o en varios actos que, sin embargo, no produzcan un estado de cosas, tal como pretendieron los ministros. No puede ser obstáculo para arribar a esta conclusión el que en el propio informe se haya dicho previamente que las violaciones no graves o esporádicas deben combatirse mediante el juicio de amparo, y las graves y reiteradas mediante el artículo 97, pues ello llevaría a suponer que lo reiterado no podría ser objeto del amparo, y que lo reiterado sólo podía ser objeto de un procedimiento no jurisdiccional que terminaría por producir un dictamen pero no una resolución. Si lo que los ministros que presentaban el informe estaban buscando (como parece ser por su posición en el cuerpo del informe) era un fundamento de competencia, hubiera sido más apropiado fundar ésta en la resolución dictada por el Pleno el día 5 de mayo de 1986. La confusión en que incurrieran los ministros consistió en suponer que la Suprema Corte sólo podía intervenir cuando hubiera violaciones graves a las garantías individuales, cuando en realidad, y teniendo expedita la facultad de investigación dada la solicitud hecha por el presidente de la República, detener ese tipo de violaciones debió haber sido la conclusión del proceso de averiguación. Una investigación de hechos tiene que considerar hechos concretos, y no partir de un estado de cosas cuyo inicio o responsables no pueden ser precisados puntualmente.

Por las características de generalidad y ambigüedad de las consideraciones iniciales, los ministros que prepararon el informe poco esfuerzo tuvieron que hacer para considerar las pruebas. Es esta carencia uno de los aspectos que más llaman la atención de un informe preparado, precisamente, para demostrar hechos a través de prue-

bas. En el informe se dice que los ministros que prepararon el informe sostuvieron pláticas con diversos funcionarios y ex funcionarios de Guerrero, miembros de organizaciones políticas y sociales de ese estado, dos ex gobernadores, los presidentes de los partidos políticos nacionales, dos diputados federales y distintas autoridades judiciales del estado, y se dice también que se realizaron diversas periciales, y el análisis de las dos versiones del video tomado en Aguas Blancas el día de los hechos de la realización de toda una serie de conductas encaminadas a obtener la verdad; en el informe presentado no se establecen las valoraciones a que mediante ellos puede arribarse. En algunas partes del informe, inclusive, los ministros consideran que las pruebas con que cuentan no les permiten hacer afirmaciones indubitables sobre ciertos hechos (tales como la presencia o ausencia del enviado del gobernador o el disparo de un arma de fuego, cercano a uno de los camiones en que se transportaban las personas que más tarde serían asesinadas), lo que no basta para que con posterioridad fundamenten algunas de sus conclusiones en los hechos que antes fueron considerados dubitables. Esta falta de apreciación de las pruebas en los hechos del día 28 de junio se observa también respecto de la valoración de las conductas de las autoridades del estado que, al decir de los ministros, ordenaron o encubrieron tales hechos delictivos, pues tampoco en este caso se expone de qué pruebas se allegaron ni cómo las valoraron a efecto de obtener un resultado.

A lo largo del informe, la interpretación que de los hechos se obtiene no deriva de las pruebas obtenidas, sino de la afirmación reiterada sobre el clima de violencia en el estado. Al existir ese clima de violencia, los hechos aislados son su expresión, de manera que, al ser evidente de por sí el primero, no es necesario comprobar detalladamente los segundos. Como consecuencia de este modo de proceder, el informe es vago en la determinación de responsabilidades: al no haberse acreditado quién realiza qué conducta, tampoco se puede conocer la responsabilidad que le corresponde. Así, por ejemplo, la responsabilidad del gobernador "[…] se finca en el imprudente manejo de una cuestión sumamente delicada, dentro de una serie de precedentes preocupantes, y la de poner en normas inadecuadas conflictos tan destacados". De una afirmación como ésta difícilmente puede establecerse el supuesto de una sanción.

El informe y la expectativa social generada habrán de quedar prácticamente en nada, puesto que, prácticamente, no pueden desprenderse responsabilidades. Los ministros comisionados actuaron con celeridad en la preparación del informe, prefiriendo hacer declaraciones sobre la cultura política del país que entrar en el nivel del trabajo jurídico detallado y riguroso.

En la parte que es relevante para este trabajo, los ministros que prepararon el informe, y luego la totalidad de los integrantes del máximo tribunal mexicano, sostuvieron un punto de vista de la mayor importancia:

> Tan importante como los acontecimientos concretos y lesionantes de El Vado de Aguas Blancas, resulta el manejo público oficializado de los mismos. Es ahí donde aparece como sumamente preocupante para la sociedad mexicana la persistencia en

> incurrir en una política falta de ética, de ocultamiento, de engaño y de desprecio a la propia sociedad, por parte de quienes son elegidos o designados precisamente para defenderla y servirla.

A partir de esta consideración, la Corte sostuvo una interpretación del artículo 6º constitucional que contrasta con lo resuelto en el caso Burgoa. Es interesante destacar, en primer término, que la Corte de la Novena Época destaca una parte distinta de la exposición de motivos de la iniciativa de adición al propio artículo 6º, al decir que se trata de "un derecho básico para el mejoramiento de una conciencia ciudadana y que contribuirá a que ésta sea más enterada, vigorosa y analítica, lo cual es esencial para el progreso de nuestra sociedad". Adicionalmente a este punto, la Corte sostuvo otros elementos de la propia exposición, destacando del dictamen de la Cámara de Diputados que la información es un factor de primera importancia en las sociedades modernas, que si la información no puede comprobarse "cae en la deformación", y que, para lograr la generalización de este aspecto, debe constituirse una garantía social. En el dictamen de la Cámara de Senadores, se dijo que sólo en los regímenes dictatoriales se entrega información manipulada o incompleta; que mediante la reforma al artículo 6º, el Estado mexicano "eleva a rango constitucional el derecho a la información, que es una de las bases de sustentación de la democracia como forma de vida".

La Suprema Corte estimó que la conducta del entonces gobernador del estado de Guerrero fue constitutiva de una grave violación al artículo 6º, interpretado en los términos acabados de apuntar, y que esa violación es grave y, por lo mismo, queda comprendida en la expresión "grave" utilizada en el párrafo segundo del artículo 97 constitucional. A juicio de los ministros que prepararon el informe, la violación cometida por el gobernador se dio porque, desde un principio, tuvo el propósito deliberado de ocultar la información encaminada a conocer los hechos acaecidos en Aguas Blancas.

El aspecto más importante del caso Aguas Blancas consiste en el cambio de opinión de los ministros en cuanto al contenido del derecho a la información. Como acabamos de ver, las partes transcritas de la exposición de motivos y de los dictámenes tratan de recuperar el sentido de garantía social, al efecto de que la propia sociedad cuente con la información necesaria para sustentar un régimen democrático. Es decir, no se trata ya de sostener el sentido del caso Burgoa, donde el derecho a la información era de ejercicio exclusivo de los partidos políticos. Ahora, y vale la pena repetirlo, se trata de que los miembros de una sociedad estén seguros de que, primero, las autoridades públicas proporcionen información de las actividades que realicen a efecto de mantener una ciudadanía informada y apta para la democracia y, segundo, que la información que produzcan tenga el atributo de veracidad.

Podemos considerar que esta resolución marca una segunda etapa en la evolución del derecho a la información en México, pues se habla de un nuevo carácter y destinatario. La Corte pasó de los partidos a la sociedad e introdujo la variable de la veracidad. Sobre lo primero, conviene destacar que salimos del reducido ámbito que le habíamos asignado, por lo demás justificado en una mala lectura (ésta por sesgada)

de la iniciativa y de los dictámenes. Sobre el segundo aspecto, nos parece que la Corte dio cabida a un error técnico, al admitir que una de las partes componentes del derecho a la información es una especie del "derecho a la verdad" o de una especie de "obligación a comportarse con verdad". A nuestro juicio, no es posible confundir ambas cuestiones, en tanto una es un derecho público subjetivo a obtener información del Estado, y otra es que las autoridades se comporten con veracidad en el otorgamiento de la información. Puede parecer que la segunda cuestión está implícita en la primera, pero en realidad se trata de dos asuntos diversos, sencillamente porque en el caso de Aguas Blancas no se ejerció un derecho a la información y, con independencia de ello, las autoridades mintieron en la información que proporcionaban a los particulares y a los medios de comunicación. Esta extraña "naturaleza" del derecho a la información y su relación con la verdad se suscita de haberle dado el carácter de social. Es decir, un *status* en el que no termina por ser una garantía individual, ni se lo relaciona con una acción o exigibilidad individual, pero sí se estima que las autoridades están obligadas a proporcionar a la ciudadanía la información que produzcan, y hacerlo en las condiciones apuntadas.

Lo importante de esta segunda etapa radica, dejando de lado los defectos de conceptualización en que se incurrió, en que se logró romper la relación entre el derecho a la información y la reforma política, para entenderse que el primero gozaba de un carácter más parecido al del resto de los derechos previstos en los primeros artículos del texto constitucional. A partir de esta posición modificada, quedó abierta la puerta para que, al promoverse un amparo, la corte tuviera que decidir sobre el carácter del derecho a la información, *i. e.*, si se mantenía el carácter social o si, por el contrario, de plano se sustentaba su sentido de derecho o garantía individual. Es claro que, por las condiciones de la facultad de investigación de segundo párrafo del artículo 97 constitucional, resultaba difícil que la Corte se pronunciara sobre el segundo aspecto;[12] de ahí que éste debiera resolverse con posterioridad, en las condiciones acabadas de apuntar.

IV. Amparo en revisión 2137/93, resuelto el 10 de enero de 1997 por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia

Este asunto se originó por la demanda de amparo presentada el 6 de enero de 1993 por el señor Saúl Uribe Ahuja ante la Oficialía de Partes Común de los Juzgados de Distrito en la Ciudad de México, por considerar que el presidente del Tribunal

[12] Por lo demás, tampoco era necesario pronunciarse sobre el carácter social del derecho, salvo que éste quisiera utilizarse como un elemento en la cadena argumentativa que se ha considerado como una forma justificatoria para la emisión de una amplia condena sobre las condiciones prevalecientes en el estado de Guerrero.

Superior de Justicia del Distrito Federal había violado en su perjuicio las garantías previstas en los artículos 1º, 6º, 16 y 17 de la Constitución.[13] Los actos reclamados en la demanda consistieron, fundamentalmente, en el hecho de que el entonces presidente de ese órgano jurisdiccional, Saturnino Agüero, se había negado a proporcionar información sobre la situación que guardaba la justicia en el Distrito Federal, particularmente por no haber incorporado información estadística en los informes correspondientes a los años de 1989 y 1990, así como por haber distorsionado la información proporcionada en los informes de 1991 y 1992; adicionalmente, por haberse negado a responder a las solicitudes de información que le fueron hechas por la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, mediante comunicaciones de fecha 25 de junio, 22 de agosto y 3 de diciembre de 1990. La demanda fue conocida por el juez noveno, el cual la desechó por notoriamente improcedente mediante auto del 7 de enero de 1993.

En contra del acuerdo de desechamiento, Uribe Ahuja promovió recurso de revisión, del cual conoció el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Mediante resolución de 9 de marzo de 1993, revocó el auto recurrido y ordenó al juez de distrito conocer del amparo promovido. Al hacerlo, este último decretó el sobreseimiento del asunto, por considerar que, al ser el acto reclamado el informe de labores rendido por el presidente del Tribunal Superior de Justicia el 14 de diciembre de 1992, el mismo no puede causarle perjuicio o, al menos, debió haber acreditado tal extremo en autos. Contra el sobreseimiento, Uribe Ahuja promovió el correspondiente recurso de revisión, del cual conoció el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa. Éste, a partir de la ponencia presentada por el entonces magistrado Góngora Pimentel, resolvió el 9 de septiembre de 1993 declararse incompetente y remitir el expediente a la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia, esti-

---

[13] "INFORMACIÓN, DERECHO A LA. NO EXISTE INTERÉS JURÍDICO PARA PROMOVER AMPARO CONTRA EL INFORME RENDIDO POR EL TITULAR DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, AL NO SER UN ACTO AUTORITARIO. Si un recurrente sostiene que su interés jurídico deriva del artículo 6o. constitucional, porque como miembro de esa sociedad interesada en que se administre justicia en forma pronta y expedita, le afecta que el informe rendido por el presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal al Pleno del mismo, no contenga datos exactos en relación con el rezago de expedientes, tal afectación resulta inexacta en atención a que ese precepto consagra el derecho de todo gobernado a la información, pero el contenido del mismo como garantía individual debe presuponer la existencia de un acto autoritario que vulnere directamente esa prerrogativa del gobernado. Por tanto, si no se acredita que el quejoso haya solicitado la información de que se trata, no se demuestra que exista un acto de autoridad que vulnere la garantía que estima violada pues, independientemente de que exista un informe de labores rendido por la autoridad antes mencionada, ese acto, al no estar dirigido al promovente, no le causa ningún perjuicio pues, en términos de la ley orgánica respectiva, lo rinde al Tribunal Pleno y no al público en general". *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, V, febrero de 1997, p. 346.

mando que a ella correspondía resolver las impugnaciones a los sobreseimientos en aquellos casos en los que se hubiere impugnado la constitucionalidad de un precepto o el acto reclamado se relacionara con la interpretación directa de un precepto de la Constitución.

El recurso de revisión fue aceptado por la Segunda Sala de la nueva integración. El proyecto fue presentado por el ministro Aguirre Anguiano y votado por unanimidad de votos (Díaz Romero, Azuela, Ortiz, Aguirre y Góngora) el 10 de enero de 1997. Los agravios hechos valer por el recurrente se expresaron de una forma poco técnica y dando lugar a diversas ambigüedades. Sin embargo, y con un ánimo amplio de comprensión, podemos decir que se limitaron a afirmar que el derecho de los particulares a la información consiste en contar con la información necesaria para estar en aptitud de contradecir o rectificar la falsa información, ello derivado de su doble carácter: "el derecho a informar, que constituye una garantía individual de igual naturaleza y contenido que el manifestar las ideas, y el derecho a ser informado como garantía social que aprovecha a la colectividad". Es a partir de esta dualidad como Uribe trató de constituir la columna de su argumentación, es decir, sosteniendo que, además de una dimensión individual consistente en la posibilidad de exigir el otorgamiento de información, está otra de carácter social, consistente en la obligación de que las autoridades se comporten con veracidad en la información que produzcan. Aun cuando de modo imperfecto, con este señalamiento se abría una posibilidad de superación del sentido determinado un año antes, al ejecutarse la facultad de investigación del caso Aguas Blancas.

El sentido del fallo de la Sala fue confirmar la sentencia recurrida, es decir, el sobreseimiento decretado por el juez de distrito. Los agravios se estimaron en parte infundados y en parte inoperantes. En lo que hace a la segunda determinación, ello fue así en virtud de que las apreciaciones del recurrente acerca de las razones del presidente del Tribunal Superior de Justicia para producir un informe distorsionado, en modo alguno estaban dirigidas a combatir el sobreseimiento decretado y se limitan a ser un conjunto de apreciaciones subjetivas respecto del Lic. Agüero. En lo que resulta más interesante para nuestro estudio, la Segunda Sala estima que el recurrente careció de interés jurídico para impugnar el informe reclamado. Este punto es importante, porque demuestra que, al momento de fallar este caso, los ministros no tenían una cabal comprensión de la garantía a estudio, posiblemente porque se encontraban en una etapa de transición.

Veamos las cosas con algún detenimiento. La línea argumental construida por la Sala inicia con la consideración del interés jurídico previsto en el artículo 4º de la Ley de Amparo. Una vez que ese artículo se transcribe, la Sala lo interpreta diciendo que esta disposición exige que el acto reclamado cause un perjuicio a la persona física o moral que se estime afectada, de ahí que concluya esta primera parte afirmando: "Así como la tutela del derecho sólo comprende a bienes jurídicos reales y objetivos, las afectaciones deben igualmente ser susceptibles de apreciarse en forma objetiva para

que puedan constituir un perjuicio, teniendo en cuenta que el interés jurídico debe acreditarse en forma fehaciente y no inferirse a base de presunciones […]". Lo que hasta aquí tenemos es una construcción fuerte y tradicional en cuanto a la forma de apreciar el sentido del agravio y, correspondientemente, del interés jurídico necesario para acudir al amparo. Haber optado por esta solución no deja de ser relevante, por el hecho de que, si la Sala se estaba enfrentando a un problema nuevo y en el cual había pocos o nulos precedentes, resultaba en extremo difícil comenzar la argumentación a partir de la estructura construida para tratar casos de, como suele decirse, "explorado derecho". Es decir, si la Sala comienza considerando una solución extrema del interés y del agravio, es difícil que tengan cabida situaciones nuevas que, por lo demás, podían ser modalizadas. La solución de apertura, por cierto, pudo haberse dado si previamente se hubieran analizado las consideraciones del caso "derecho de acceso a la información" y sus modalidades concretas, para después enfrentarse a los problemas del interés exigido para acudir a juicio.

Definido el interés jurídico, la Sala prosiguió con la línea argumental en los siguientes términos: en el caso, el recurrente afirma que su interés jurídico deriva del propio artículo 6º, "porque como miembro de la sociedad interesada en que se administre justicia en forma pronta y expedita, le afecta que el informe rendido por el Presidente del Tribunal […] no contenga datos exactos en relación al rezago de expedientes en ese tribunal". La parte importante del tema se enuncia inmediatamente después, cuando la Sala expresa: "[…] tal afirmación resulta inexacta en atención a que, si bien es cierto que el artículo 6º constitucional consagra el derecho de todo gobernado de ser enterado o informado, el contenido del derecho a estar informado como garantía individual debe presuponer la existencia de un *acto autoritario que vulnere directamente esa prerrogativa del gobernado*".[14] La confusión en que incurrió la Sala queda de manifiesto, además de en lo acabado de mencionar, a partir de la lectura de los dos siguientes párrafos de la sentencia:

> Por tanto, si en la especie no se acredita que el quejoso haya solicitado la información de que se trata, no se demuestra que existe un acto de autoridad que vulnere la garantía que estima violada, pues independientemente de que exista un informe de labores rendido por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en el año de mil novecientos noventa y dos, ese acto al no estar dirigido al promoverte, no le causa ningún perjuicio en sus derechos, […]
>
> Por tanto, las posibles discrepancias que pudiese tener ese informe de labores con la realidad y que por este motivo pudiesen ser de interés para la sociedad, no acreditan la lesión jurídica al quejoso puesto que éste no demostró haber ejercido el derecho que estima violado por ese "acto de autoridad".

Vistos con cuidado, cada uno de los párrafo transcritos presenta un problema diverso, de ahí que resulten contradictorios. El primero de ellos alude a un problema de cumplimiento de la sentencia, es decir, a determinar cómo puede ser procedente el

[14] Cursivas nuestras.

amparo en contra de un acto que, en esencia, se produjo con la emisión del informe mismo. En otros términos, y de concederse el amparo, ¿cuál sería el sentido del fallo? Por el contrario, en el segundo párrafo, se está ante un problema de contenido del derecho, es decir, ante el más complejo asunto de determinar si la información proporcionada en un informe debe ser o no "verdadera", asunto éste que no podía pasar inadvertido ante una Corte que unos cuantos meses antes se había pronunciado sobre el tema en el caso Aguas Blancas. Si queremos extraer las consistencias entre los dos párrafos, resultaría algo como lo siguiente: debido a que el particular no promovió ninguna acción para obtener la información que reclama (se entiende, la información verdadera), no es posible otorgarle el amparo, ello con independencia de que la información contenida en el informe del presidente del Tribunal sea falsa. Al haber procedido en la forma apuntada, la Sala terminó dándole un carácter peculiar al derecho a la información. Por una parte, estableció que su sentido, prácticamente de modo excluyente, consistía en la posibilidad de obtener información pública; por otra, que el hecho de que se proporcionara información que los particulares consideraran falsa no les daba a éstos la oportunidad de reclamar en amparo su falsedad; finalmente, que la función del juicio de amparo en materia de derecho a la información se reduciría a ser un mecanismo para que, ahí donde la información no se hubiera otorgado al particular, ésta se pusiera a su disposición.

Las consecuencias de este fallo son importantes, pues deja de lado una serie de cuestiones trascendentes. En primer lugar, le asigna un carácter prácticamente formal al derecho a la información, es decir, constriñe el derecho al otorgamiento de la información solicitada, con lo cual se inhibe de participar en cualquier forma de valoración de la información otorgada a los particulares. En segundo lugar, y en consecuencia directa con lo anterior, plantea el inconveniente de que, si la autoridad entrega a petición de parte o *motu proprio* pone a disposición de los particulares cualquier tipo de información, el derecho a la información queda cumplido. Podrá decirse que ése no es el sentido estricto del fallo, por cuanto éste en realidad está indicando que el particular debió haber solicitado información respecto de aquella que la autoridad hubiere proporcionado. Es decir, y tratando de reconstruir el caso concreto al que nos enfrentamos, que el particular, ante los graves vicios que estimó se habían dado en el informe, debió solicitar al presidente del Tribunal su rectificación, y sólo en contra de la negativa solicitar el amparo. De este modo, podríamos seguir diciendo, el sentido del fallo debió haber sido ordenar al propio presidente que otorgara la información solicitada. Si este camino hubiera sido el ordenado por la Sala, tampoco se habría podido resolver el problema planteado, puesto que en todo caso estaría a discusión el tema de la veracidad de la información solicitada. Por otro lado, parecería absurdo hacer recaer la carga de la prueba en el peticionario de la información, sencillamente por el hecho de que es él quien la está solicitando a la autoridad y, evidentemente, al carecer de ella, ni puede portarla a juicio, ni está en posibilidad de refutar aquella que la autoridad le proporcione como verdadera.

La solución que la Sala podía haber aportado al avance del derecho a la información pudo consistir, primero, en tratar de reconstruir su sentido final en términos constitucionales amplios, tales como los relacionados con la construcción de un Estado democrático o constitucional. Luego, pudo haber visto de qué manera ese derecho podía satisfacerse en el caso concreto que se presentó; por ejemplo, estimando la revocación del sobreseimiento a efecto de que el juez de distrito requiriera a la autoridad para que acreditara la forma como había obtenido los datos, los métodos de cuantificación utilizados, la justificación de los dos elementos, etc. Al no haberlo hecho, dejó claro, al menos en ese momento, que las autoridades pueden publicar cualquier cosa y que los particulares cuentan con muy pocas posibilidades para enfrentarse a ello.

En el caso Burgoa, la Sala erró completamente el camino al suponer que la titularidad del derecho recaía sólo en los partidos políticos; en el caso Aguas Blancas, el Pleno estimó que ese mismo derecho tenía el carácter de una garantía social, por lo que, al tener un titular difuso (la sociedad), las autoridades debían acatar en todo momento la verdad; en el caso Uribe Ahuja, ambos sentidos fueron modificados, primero, porque implícitamente se admitió que el titular del derecho era cualquier particular, de un modo semejante al ejercicio de cualquier garantía individual, y segundo, porque no se sostuvo más la idea del carácter social del derecho, determinándose que su sentido y las relaciones jurídicas de él derivadas se agotaban en un ámbito estrictamente individual. El precio de admitir, finalmente, que se estaba frente a una garantía individual pareció ser el dejar de lado cualquier otro sentido, incluyendo un entendimiento amplio de ella que, a final de cuentas, la hiciera eficaz.

V. Amparo en revisión 3137/98, resuelto el 2 de diciembre de 1999 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia

El 20 de julio de 1998, Bruno F. Villaseñor solicitó amparo ante el juez quinto de distrito del estado de Guanajuato, por dos motivos: primero, por estimar que el secretario del Ayuntamiento del municipio de Celaya no había fundado ni motivado la negativa a otorgarle copias certificadas de las actas de sesiones del propio Ayuntamiento; segundo, por considerar que el artículo 112, fracción VII, de la Ley Orgánica Municipal de Guanajuato resultaba inconstitucional al exigir que la expedición de copias de las actas de sesiones del Ayuntamiento estuviera sustentada en un interés legítimo. Estimó que era importante conocer sobre los asuntos tratados en el Ayuntamiento para poder opinar o sugerir en las acciones que llevara a cabo, en particular para saber si se estaba considerando a los templos religiosos dentro de las obras de uso común del municipio. Las garantías violadas fueron las contenidas en los artículos 6º, 14 y 16 constitucionales, señalando como concepto de violación que la ley impugnada deja a la discrecionalidad del Ayuntamiento la definición de interés legítimo, lo cual, en todo caso, debió haberse establecido puntualmente en la propia ley. El 11 de septiembre de 1998 el juez negó el amparo, sosteniendo que el quejoso no había

formulado los argumentos jurídicos necesarios para demostrar la contradicción entre el acto o la norma legal impugnada y la garantía individual violada, citando al efecto diversas tesis y jurisprudencias que estimó aplicables.[15]

El quejoso interpuso recurso de revisión, el cual fue admitido por la Suprema Corte y, de conformidad con el sistema competencial entonces imperante, fue turnado para su resolución al Pleno. Los agravios planteados se hicieron consistir, en lo que hace a la negativa de expedición de copias, en la negativa misma de otorgamiento y en la forma en que ésta fue redactada. Por lo que toca a la impugnación de la Ley Orgánica, el quejoso indica que, al haber mencionado en forma genérica lo previsto en el artículo 6º constitucional, el juez debió haber estimado qué partes de éste resultaban afectadas. El proyecto de resolución fue presentado por el ministro Díaz Romero y aprobado por unanimidad de ocho votos.[16] En contra de lo solicitado por el Ministerio Público, la Corte estimó que sí había interés jurídico para la promoción del amparo, puesto que al quejoso se le había negado la expedición de las copias que había solicitado. Adicionalmente, fijó su competencia en la resolución de los conceptos de violación relacionados con la inconstitucionalidad del artículo 112, fracción VII, de la Ley Orgánica Municipal para el estado de Guanajuato.

A juicio del Pleno, dos son los conceptos de violación contenidos en la demanda de amparo: que no existe causa justificada para limitar la expedición de copias de las actas de sesiones a personas que cuenten con un interés legítimo, y que en la ley no debió haberse conferido discrecionalidad a los ayuntamientos para definir la existencia de ese mismo interés, sino que ello debió establecerse en la propia ley. La Corte relaciona los conceptos con el derecho a la información y realiza de éste una sintética genealogía que va de la Declaración Universal a la reforma constitucional de 1977. La primera cuestión importante de la resolución radica en el señalamiento expreso de sus titulares. Así, mientras que en el caso Uribe Ahuja este supuesto se explicitó sólo de modo indirecto, en esta resolución se expresó:

> Como garantía constitucional que es el derecho a la información, es patente que su titular es todo aquel sujeto que se encuentra en la situación de gobernado, atendiendo al artículo 1º de la Constitución, en consecuencia, la totalidad del derecho debe considerarse atribuida a cualquier persona jurídica, física o moral, en la medida en que las personas jurídicas son reconocidas por la ley.

Al ser el sujeto pasivo del derecho el Estado, sigue diciendo la resolución, la obligación de informar debe recaer en cualquiera de las entidades en que esa expre-

---

[15] Sin embargo, y como la propia Corte lo advirtió, el juez sostuvo que el quejoso debía haber expresado sus conceptos de una forma canónica, cuando no silogística, a lo cual respondió la Corte sustentando la aplicabilidad de la jurisprudencia 63/98, visible en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, 9, VII, septiembre de 1998, p. 323, cuyo rubro es: "Conceptos de violación. Para que se estudien, basta con expresar claramente en la demanda de garantías la causa de pedir".

[16] Aguirre, Azuela, Díaz Romero, Ortiz, Román Palacios, Sánchez Cordero, Silva Meza y presidente en funciones Aguinaco.

sión pueda materializarse. A su vez, en lo que corresponde a la información, es decir, el contenido del derecho, se sostuvo:

> […] es toda aquella que incorporada a un mensaje tenga carácter público y sea de interés general, es decir, todos aquellos datos, hechos, noticias, opiniones e ideas, que puedan ser difundidos, recibidos, investigados, acopiados, almacenados, procesados o sistematizados por cualquier medio, instrumento o sistema.

La información que debe proporcionar el Estado no es un derecho absoluto, de ahí que pueda limitarse por tres causas: el interés nacional e internacional, los intereses sociales y la protección de las personas. Las primeras, se dice, derivan de las atribuciones establecidas en la Constitución para mantener el orden público y la seguridad nacionales, como son las previstas en los artículos 29; 73, fracciones XII, XV y XXI; 76, fracciones III a IV; 89, fracciones IV a VIII, y 118, fracción III. Las segundas, de los artículos 7º; 21; 73, fracción XVI; 89, fracción I; 115, fracción II, y 117, fracción IX. Las últimas, a su vez, de los artículos 5º, 7º, 10, 114, 16 y 24.

Con independencia de continuar luego con el hilo argumental de la resolución, parece bastante complicado sustentar el ejercicio de limitación propuesto, en tanto se lleva a cabo una mezcla poco rigurosa de diversas partes constitucionales. Así, por ejemplo, cabe preguntarse: ¿qué tiene que ver el artículo 29 constitucional con las limitaciones al derecho a la información, cuando ese artículo está estableciendo el procedimiento y las condiciones para suspender las garantías individuales, entre otras las de obtener información? Es decir, no parece adecuado citar el proceso excepcional de restricción como una forma para limitar en condiciones ordinarias a una garantía individual. Así mismo, parece no tenerse en claro que el hecho de que en ciertas fracciones del artículo 73 constitucional se le otorguen atribuciones al Congreso de la Unión, o que en los artículos 115, 117 y 118 se establezcan restricciones o se otorguen facultades a los órganos locales, no puede sino significar que habrán de ejercer sus facultades (primordialmente legislativas) con estricto apego a las garantías individuales. Es decir, que el hecho de que se autorice a un órgano estatal a emitir una ley no puede conllevar la limitación de los derechos fundamentales al expedirse ese ordenamiento. Muy por el contrario de lo que se sostuvo en la resolución, lo que debió haberse hecho era construir los estándares del artículo 6º última parte, para desde ahí establecer su contenido y, en su caso, restricciones.

Volviendo sobre la sentencia, la Corte se planteó, a la luz de las consideraciones acabadas de hacer, el problema de si el precepto legal impugnado resultaba o no inconstitucional. De modo más específico, encuadro el asunto en los siguientes términos:

> [El precepto impugnado] establece la hipótesis tocante a la expedición de copias certificadas de documentos y constancias de archivo, y de los acuerdos asentados en los libros de actas de las sesiones de los ayuntamientos del Estado de Guanajuato, no como un derecho para cualquier gobernado, sino regulado por dos limitantes, una, la de que el solicitante acredite tener un interés legítimo, y otra, que no se perjudique el interés público.

La Corte reformula la cuestión planteada o, si se quiere, le da una dirección específica (además de haberse pronunciado primeramente por las restricciones que por los contenidos del derecho), al preguntarse antes por las competencias de los ayuntamientos que por el derecho de los particulares. Es decir, antes que considerar a qué tiene derecho el gobernado como parte de su derecho a la información, se quiere averiguar qué es lo que hace un ayuntamiento. Después de transcribirse el muy extenso artículo 69 de la Ley Orgánica en cuestión, se dice que cuenta con muy diversas competencias, las cuales "ameritan diversos tratamientos en cuanto a la publicidad y difusión de su discusión y resolución". Por ello, si en las actas se recoge la discusión de diversos, y no sólo de interés general,

> […] su difusión no puede ser indiscriminadamente general, ni obedecer a la simple curiosidad del ciudadano, sino a un interés que legitime o relacione al solicitante con la información deseada y que la difusión de ésta, aun en ámbitos tan reducidos no perjudique el interés público.

La conclusión del asunto es ya por demás evidente: la fracción VII del artículo 112 de la Ley Orgánica Municipal no viola lo dispuesto en el artículo 6º constitucional, toda vez que, como las funciones municipales involucran intereses de diversa índole, no es conveniente que se difundan de forma indiscriminada. En lo que hace a la exigencia de un interés legítimo, la Corte no estimó que existiera problema de constitucionalidad, porque tal expresión es comprensible y porque con ella se "atiende a la particular posición de hecho en que se encuentra un gobernado, que lo hace más sensible que otros frente a un determinado acto administrativo o que lo convierte en destinatario de ese acto".

Lo que resulta de esta resolución es, por una parte, un avance en el proceso de construcción del derecho a la información, por cuanto de modo explícito se definió quiénes eran sus titulares y quiénes los sujetos obligados y, aun cuando de forma más general, su contenido. Sin embargo, se produjo una grave restricción (que no retroceso, en tanto no había nada desde lo cual retroceder) debido a que, lejos de privilegiarse en el juego constitucional la posición del derecho fundamental, se privilegió la posición de la autoridad bajo la construcción de excepciones. Es cierto que esta solución parece querer resolverse a partir de la identificación de ciertas limitaciones "contenidas" en la propia Constitución. Sin embargo, la lectura atenta de la forma y, también, del momento argumentativo utilizado por la Corte, ponen de manifiesto otra cosa. En realidad, nos parece una muy mala decisión de técnica constitucional el suponer que ciertos preceptos constitucionales dan cabida a una serie de limitaciones, sin antes haber hecho una adecuada distinción de las funciones normativas correspondientes a cada uno de los artículos mencionados. Esta solución no es en forma alguna trivial ni circunstancial, por el hecho de que antes de exponer el derecho se tratan sus excepciones; lo que a final de cuentas se logra es poner a los individuos en una posición en la cual, para conocer el contenido de su derecho —supuestamente, una de las partes determinantes de la Constitución—, primero tienen que haberse determinado las excepciones que juegan a favor de las autoridades.

Por otra parte, y ya dentro del campo de esas excepciones, la solución de la Corte tampoco parece sólida. Ello es así debido a que no introdujo ningún tipo de restricción respecto a la forma de manifestarse las atribuciones de los ayuntamientos. Por el contrario —obsérvese el proceder—, comenzó haciendo el largo listado de las competencias otorgadas a ese tipo de órganos en la Ley Orgánica Municipal del Estado. Hecho esto, estimó que había algunas más complejas que otras y, por lo mismo, que al desahogarse todas ellas dentro de la misma sesión, resultaba imposible otorgar el derecho a que los particulares obtuvieran información. Por supuesto que, si en cualquier asunto comienza por confundirse todo, luego resultará difícil proponer distinciones a partir de las cuales resulte posible construir diversos ámbitos normativos. En la propia resolución se cita lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley Municipal de Guanajuato, que, en síntesis, dispone que los ayuntamientos resolverán los asuntos de su competencia de forma colegiada y a través de sesiones ordinarias, extraordinarias y solemnes, todas las cuales serán públicas, con excepción de las previstas en el artículo 59 del mismo ordenamiento. Este último permite la excepción en los casos de asuntos graves que alteren el orden y la tranquilidad públicos de los municipios, comunicaciones dirigidas por el ayuntamiento y los poderes del Estado, "las solicitudes de licencia de remoción [*sic*] de servidores públicos municipales que hayan sido nombrados por el Ayuntamiento" y la aprobación del informe del estado de la administración municipal. A partir de estos elementos, y toda vez que la Corte decidió ser generosa en la comprensión del sentido de los conceptos de violación, bien pudo llevar a cabo una relación entre el tipo de asuntos de la competencia del Ayuntamiento de Celaya y el carácter de las sesiones, ello con el propósito de establecer que sólo los asuntos mencionados en el artículo 59 eran reservados, y el resto, por tener que discutirse en sesión pública, eran accesibles a los particulares. Es decir, con independencia de que la sesión sea pública, la información producida en ella tiene el carácter de privada, sencillamente porque el órgano tiene muchas competencias que desahogar.

Al no haber procedido en los términos apuntados, la Corte determinó que el derecho a la información podía quedar conculcado siempre que los legisladores, por ejemplo, plantearan un amplio listado de atribuciones en favor de un órgano y mezclaran en él todas las competencias que fuera posible. Adicionalmente, dejaron sin efecto las determinaciones que pudieran existir en los mismos cuerpos normativos u otros de jerarquía similar, en el sentido de que las sesiones de los órganos estatales deberían ser públicas, pues dándose la primera de las dos condiciones apuntadas, la segunda, la publicidad, bien podía afectarse al ser imposible jurídicamente obtener la información de la propia sesión.

VI. Amparo en revisión 3008/98, resuelto el 7 de marzo de 2000 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia

El 8 de julio de 1998, Ana Laura Sánchez Montiel promovió amparo en contra de la Ley del Seguro Social, particularmente del párrafo primero de su artículo 22, así

como del oficio del 16 de junio de 1998, dictado por la jefe del Área Civil y de Procedimientos Especiales de la Dirección Jurídica de ese Instituto, reclamando la violación a las garantías contenidas en los artículos 6º, 8º, 14, 16 y 17 constitucionales. Sánchez Montiel señaló que en enero de 1996,[17] en el Hospital General de Zona nº 13 del IMSS, se le implantó sin su consentimiento un dispositivo intrauterino, por lo que decidió demandar a éste por el daño moral recibido. Con ese motivo, en enero de 1998 solicitó al director general del Seguro Social copia certificada a su costa de su expediente clínico, de los expedientes de responsabilidad iniciados en contra de los servidores públicos que llevaron a cabo la implantación del dispositivo y del expediente abierto en la Coordinación General de Atención y Orientación de Derechohabientes de la propia institución. Por no haberse otorgado la información solicitada en el plazo de cuatro meses, Sánchez Montiel promovió un primer amparo, el cual le fue otorgado a efecto de que la autoridad respondiera a su solicitud. Ésta lo hizo fundándose en lo establecido en el párrafo primero del artículo 22 de la Ley del IMSS.[18] Por considerar la respuesta incongruente con lo solicitado, promovió un segundo amparo, en el que expuso que el derecho a la información tiene el carácter de garantía individual y todas las autoridades se encuentran vinculadas directamente a ella. A juicio de la quejosa, el artículo 22 de la ley es violatorio de las garantías de los artículos 6º, 14

---

[17] "DERECHO A LA INFORMACIÓN. LA SUPREMA CORTE INTERPRETÓ ORIGINALMENTE EL ARTÍCULO 6º CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DE PARTIDOS POLÍTICOS, AMPLIANDO POSTERIORMENTE ESE CONCEPTO A GARANTÍA INDIVIDUAL Y A OBLIGACIÓN DEL ESTADO A INFORMAR VERAZMENTE". Inicialmente, la Suprema Corte estableció que el derecho a la información instituido en el último párrafo del artículo 6º constitucional, adicionado mediante reforma publicada el 6 de diciembre de 1977, estaba limitado por la iniciativa de reformas y los dictámenes legislativos correspondientes, a constituir, solamente, una garantía electoral subsumida dentro de la reforma política de esa época, que obligaba al Estado a permitir que los partidos políticos expusieran ordinariamente sus programas, idearios, plataformas y demás características inherentes a tales agrupaciones, a través de los medios masivos de comunicación (*Semanario Judicial de la Federación*, octava época, 2ª sala, tomo X, agosto de 1992, p. 44). Posteriormente, en resolución cuya tesis LXXXIX/96 aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, tomo III, junio de 1996, p. 513, este Tribunal Pleno amplió los alcances de la referida garantía al establecer que el derecho a la información, estrechamente vinculado con el derecho a conocer la verdad, exige que las autoridades se abstengan de dar a la comunidad información manipulada, incompleta o falsa, so pena de incurrir en violación grave a las garantías individuales en términos del artículo 97 constitucional. A través de otros casos, resueltos tanto en la Segunda Sala (AR 2137/93, fallado el 10 de enero de 1997), como en el Pleno (AR 3137/98, fallado el 2 de diciembre de 1999), la Suprema Corte ha ampliado la comprensión de ese derecho entendiéndolo, también, como garantía individual, limitada como es lógico por los intereses nacionales y los de la sociedad, así como por el respeto a los derechos de tercero. *Semanario Judicial de la Federación*, XI, abril de 2000, p. 72.

[18] Este artículo dispone: "Los documentos, datos e informes que los trabajadores, patrones y demás personas proporcionen al Instituto, en cumplimiento de las obligaciones que les impone esta ley, serán estrictamente confidenciales y no podrán comunicarse o darse a conocer en forma nominativa e individual, salvo cuando se trate de juicios o procedimientos en que el Instituto fuere parte y en los casos previstos por ley".

y 16, pues el no poder obtener información le imposibilita probar determinados hechos ante los tribunales civiles ante los que demandó la reparación por el daño moral que dijo haber sufrido.

El juez séptimo de distrito en Materia Administrativa del Primer Circuito resolvió el 11 de agosto de 1998, en el sentido de sobreseer respecto al director del IMSS, negar en contra de las autoridades que integran el órgano legislativo a nivel federal y conceder el amparo en contra de la jefa del Área Civil y de Procedimientos Especiales. El sentido del fallo se sustentó, en lo que se refiere al artículo 6º, en las mismas consideraciones que en el caso Burgoa, de forma tal que el juez al momento de fallar no conoció las decisiones tomadas en los casos Uribe Ahuja y Villaseñor. Adicionalmente, estableció el juzgador que la negativa a proporcionarle información no le causaba ningún perjuicio, "en atención a que con ello se trata de proteger la seguridad individual de las personas respecto de los datos en ellos contenidos […]", además de que el juez de la causa civil solicitó la información a instancia de la propia quejosa. En la parte siguiente de la resolución, el juez de distrito estimó fundada la violación alegada en contra del artículo 8º constitucional, por lo que ordenó a la mencionada jefa del Área Civil y de Procedimientos responder a la solicitud de la quejosa.

Sánchez Montiel promovió recurso de revisión, del cual correspondió conocer al Pleno bajo la ponencia del ministro Castro. La ahora recurrente planteó como agravio el que el juez de distrito estimara que el derecho a la información no tenía el carácter de garantía individual, citando por analogía las tesis producidas por el propio Pleno en el caso Aguas Blancas y en el caso Uribe Ahuja, estimando que aquélla tenía los componentes de veracidad, oportunidad, publicidad y privacidad.

Quedando firmes el sobreseimiento decretado en contra del director del IMSS y el amparo otorgado por la violación al derecho de petición, en la resolución se entró al estudio de la constitucionalidad del precepto legal impugnado. La resolución utiliza la línea de antecedentes históricos expuestos en el caso de Bruno F. Villaseñor, para concluir igualmente con la reforma constitucional de 1977. En lo que es la primera ocasión en que la Corte "dialoga" con sus propios precedentes (tal vez por ser el ministro Castro una de las dos personas designadas para preparar el informe que luego sirvió como base de la determinación del Pleno), se hace referencia a lo sostenido en el caso Aguas Blancas, en el sentido de que se trata de un paso evolutivo respecto de lo sustentado en la propia reforma de 1977. Luego se alude al caso Uribe Ahuja, a fin de determinar el momento en el cual plenamente se le confirió al derecho a la información el carácter de garantía individual. También se menciona el caso Villaseñor, aun cuando no se fija su sentido en lo que se supone viene a ser una evolución continuada en materia de derecho a la información. En lo que es la única contribución de la sentencia al discernimiento del derecho a la información, se estima que éste, además de ser una garantía individual, es también una garantía social, es decir, de aquellas "que se conciben como derechos de grupo, de género o de clase, e independientemente de que no exista ninguna acción social o colectiva para reclamarlos […]".

Al haber desempeñado un papel protagónico el ministro Castro en la preparación del informe de Aguas Blancas, bien pudo haber sostenido el sentido que ahí confirió a las garantías sociales, esto es, no tanto como derechos relacionados con grupos que se estiman vulnerables, sino como uno de los elementos de construcción de una sociedad democrática. Al haberlo hecho así en el proyecto, que luego sería la resolución, bien pudo introducir la dimensión de veracidad utilizada en Aguas Blancas y, de ese modo, formular un componente más del sentido del derecho en cuestión.

En el caso concreto se determinó, por unanimidad de diez votos,[19] confirmar la sentencia recurrida, ello por estimar que, si bien es cierto que a la quejosa se le había negado la información solicitada, esto no podía perjudicarla en tanto ella tenía el carácter de actora en un juicio seguido ante las autoridades judiciales del fuero común, las cuales estaban en posibilidad de solicitar, por intermediación de la propia actora en ese juicio, la información que el artículo 22 de la Ley del IMSS estimaba confidencial. En otras palabras, ¿cómo iba a perjudicar a la quejosa no contar con la información si, a fin de cuentas, tal información podía obtenerla de otra forma? De ahí que se concluya: "entonces, nada se niega a su conocimiento o se le comunica carente de veracidad, bajo ninguna de las perspectivas en que pueda entenderse el derecho a la información que como garantía social, política e individual consagra el invocado artículo 6º constitucional".

A semejanza de la vieja tesis Fraga, la Corte resuelve el caso en términos del daño que efectiva o potencialmente pueda llegar a causársele a la quejosa, y no en razón de los méritos de constitucionalidad de la norma impugnada. Es decir, lo relevante aquí fue determinar si la persona iba o no a sufrir un daño con motivo de la negativa, o si en realidad había una forma alternativa de reparación. Como llegó a la conclusión de que la segunda posibilidad era factible, no estimó necesario considerar y enfrentar el problema de la constitucionalidad del precepto. No deja de ser curioso este estándar, al que seguramente más de uno estimará práctico, en tanto que, mientras al quejoso se le exige la comprobación de un interés jurídico para estar en la posibilidad de promover el amparo, la Corte utiliza un criterio de perjuicio o de no perjuicio para determinar la forma en que habrá de resolver el asunto. Nos parece que, en ese ánimo de expansión del derecho a que se alude en la sentencia mediante la cita de una serie de precedentes, donde el siguiente se hace consistir en la elevación de la posición anterior, habría sido más jurídico entrar a precisar la constitucionalidad del precepto legal o, si se quiere, pronunciarse sobre la razonabilidad de las reservas, y no limitarse a derivar el caso a partir de la situación coyuntural que se presentaba con motivo de la promoción de un juicio de primera instancia. De haber optado por el camino que proponemos, el Pleno del Tribunal habría ido construyendo criterios para

[19] Estuvo ausente la ministra Sánchez Cordero.

enfrentar el complejo problema de las reservas legales respecto del artículo 6º, lo que en definitiva es la forma de establecer el contenido de este precepto constitucional. Aun cuando por la narrativa utilizada quiera hacerse aparecer como una etapa más de la evolución en la expansión del derecho a la información, el caso de Ana Laura Sánchez Montiel no incorpora ningún criterio nuevo o aspecto por el que pueda afirmarse que resulta componente de esa lenta y penosa reformulación de un precepto constitucional determinante de la vida democrática.

VIII. Amparo en revisión 2099/99, resuelto el 7 de marzo de 2000 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia

El 27 de abril de 1988, Evangelina Vázquez Curiel promovió demanda de amparo reclamando, en síntesis, la expedición de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, especialmente de su artículo 48, y del Reglamento Interno de ese órgano, así como el oficio de su presidenta del 27 de febrero de 1997. Los antecedentes del caso consistieron en que la quejosa, en su carácter de estudiante de la UNAM, se acogió al seguro facultativo del IMSS. En ese carácter, solicitó atención médica con motivo de su embarazo, y dijo que se la trató con extraordinaria negligencia, tanto por no determinar adecuadamente su tipo de sangre (previamente identificado por los servicios médicos de la UNAM como A negativo), como porque no se la condujo ni atendió adecuadamente en el proceso de parto, ocurrido el 9 de marzo de 1999. Con motivo de la mala atención recibida, la quejosa afirma que su hijo "tiene un daño cerebral y neurológico irreversible y grave, careciendo de lenguaje y con sus facultades psicomotrices severamente afectadas, lo que determina que sufra una incapacidad permanente total". Ante tales hechos, la quejosa promovió, por una parte, una queja ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos, por la violación al derecho a la salud de ella y de su menor hijo, la cual fue presentada el 14 de febrero de 1996. Adicionalmente, y a efecto de que se fijara el monto de la indemnización por los daños y perjuicios sufridos, demandó al IMSS ante los tribunales civiles a comienzos de marzo de 1997, solicitando a la presidenta de la CNDH la emisión de los documentos que integraban el expediente formado a partir de la queja por ella presentada. Ante la negativa de la presidenta, la quejosa ofreció como prueba esas documentales, las cuales fueron solicitadas por la juez de lo Civil a la propia presidenta mediante oficio del 13 de octubre de 1997. Ante la omisión de esta última, la quejosa promovió el 17 de marzo de 1998 juicio de amparo, el cual fue conocido por el juez quinto de distrito en Materia Administrativa del Primer Circuito. En él, la CNDH rindió informe justificado por conducto del segundo visitador, acompañando copia simple del oficio 00008817. En contra de ese oficio, y por separado, la quejosa promovió juicio de amparo, el que por razón de turno correspondió conocer al juez tercero de la misma materia y circuito, y contra cuya resolución se promovió la revisión en la que se pronunció la Suprema Corte.

La quejosa reclamó como garantías violadas las previstas en los artículos 1º, 6º, 14, 16 y 17 de la Constitución, y adujo los siguientes conceptos de violación. Que el artículo 48 de la ley de la CNDH viola en su perjuicio lo dispuesto en el artículo 1º, puesto que en él se restringe una garantía individual, lo que únicamente puede darse en su ley reglamentaria, y no así en cualquier ordenamiento. En cuanto al derecho a la información, comienza afirmando su carácter de garantía individual, para después afirmar su carácter directamente vinculante sobre las autoridades públicas. Respecto del artículo 14, enfoca su reclamación sobre la garantía de audiencia, ello en el sentido de que todo gobernado debe tener oportunidad de comparecer a juicio o procedimiento antes de ver afectados sus derechos. A partir de las interpretaciones acabadas de producir, estima que el artículo 48 de la ley[20] y el 104 del reglamento interior[21] son inconstitucionales, ello por conferirle a la CNDH una atribución completamente discrecional. En cuanto al oficio mencionado como primer acto de aplicación, se estima que viola la garantía de fundamentación y motivación prevista en el artículo 16 constitucional, por no comprender una adecuada interpretación de los preceptos de la ley que se dice aplica.

El juez de distrito dictó sentencia el 29 de junio de 1998, sobreseyendo en lo que se refiere al acto reclamado de la presidenta de la CNDH, y negando por lo que hace a la ley y al reglamento interno de este órgano. Dejando por ahora de lado las consideraciones para darle a la CNDH el carácter de autoridad a efectos de amparo, pasaremos directamente a considerar aquellas que tienen que ver con el derecho de acceso a la información. En este sentido, a juicio del juez, los artículos impugnados no violan las garantías reclamadas, puesto que "una cosa es la expedición de la propia documentación o las pruebas que constituyen cada uno de los casos que conoce la Comisión Nacional de Derechos Humanos, y otra es el derecho a la información, como respeto a la verdad que es lo que tutela el último párrafo del artículo 6º constitucional". Lo anterior es así, dice el juez, porque la ley y el reglamento tienen la función de proteger las actuaciones restringidas, que se producen dentro de un proceso de conciliación, y no ser el reglamento del artículo 6º constitucional. La distinción hecha por el juez parece poco sólida, en tanto no resulta muy adecuado distinguir entre las pruebas y el derecho como si se tratara de dos cuestiones por completo separadas. En otros términos, ¿qué contenido podría tener el derecho a la información sino el de obtener los documentos que obren en poder de las autoridades públicas? Con ello no queremos

[20] "La Comisión Nacional de Derechos Humanos no estará obligada a entregar ninguna de sus pruebas a la autoridad a la cual dirigió una recomendación o a un particular. Si dichas pruebas le son solicitadas, discrecionalmente determinará si son de entregarse o no".

[21] "La Comisión Nacional de Derechos Humanos no estará obligada a entregar ninguna de las constancias que obran en los expedientes de queja, sea a solicitud del quejoso o de la autoridad. Tampoco estará obligada a entregar ninguna de sus pruebas a la autoridad a la cual dirigió una recomendación o a algún particular. Sin embargo, los Visitadores Generales, previo acuerdo con el Presidente de la Comisión Nacional, podrán determinar discrecionalmente si se accede a la solicitud respectiva".

decir que necesariamente deba otorgarse a los particulares la información que soliciten, pero no parece adecuado comenzar a argumentar desde una posición de desvinculación entre lo que necesariamente parecen ser los extremos de un mismo asunto.

Inconforme con la resolución, la quejosa promovió recurso de revisión el 28 de septiembre de 1999, que fue turnado al Pleno del Tribunal para su resolución, correspondiendo la presentación de la ponencia al ministro Díaz Romero. Los agravios hechos valer por la recurrente fueron sintetizados por la Corte del modo siguiente: que la sentencia viola el principio de congruencia, puesto que la constitucionalidad del precepto legal impugnado se determinó a partir de su contraste con otros preceptos de la ley de la CNDH; que el juez indebidamente estimó que los preceptos reclamados no contravienen el artículo 1º; que aunque el juez de distrito estima que los preceptos reclamados no contravienen la garantía de audiencia, estima que no existe disposición que sustente tal consideración; que no se analizó adecuadamente el que los preceptos reclamados son violatorios de la oportunidad probatoria al restringir la expedición de copias certificadas; que no se sostuvo ninguna violación por una indebida delegación, sino que se sostuvo la inconstitucionalidad por la discrecionalidad otorgada a la CNDH para cumplir con lo dispuesto en los artículos 6º y 14 constitucionales; que el planteamiento de inconstitucionalidad del reglamento se resuelve de forma incongruente, pues lo que se alegó es que en el ejercicio de la facultad reglamentaria se limitan los derechos a la información y a ofrecer pruebas. La Corte desestimó la totalidad de los agravios, salvo el relativo al oficio de 30 de marzo de 1988, por el cual amparó a Evangelina Vázquez Curiel.

Respecto al derecho a la información, en la resolución se retoma la narrativa y los argumentos de las resoluciones que antes hemos reseñado, dando cuenta, por una parte, de los antecedentes del derecho a la información en México, hasta llegar a la reforma de 1977 y, por otra parte, transcribiendo fragmentos extensos de los casos Burgoa, Aguas Blancas, Uribe Ahuja, Villaseñor y Sánchez Montiel, aun cuando este último asunto no se mencione expresamente. En la resolución se dice, sin más, que será a partir de las consideraciones antes expuestas como se analizará la constitucionalidad del artículo 48 de la ley de la CNDH, con lo cual se plantea un primer problema: ¿cuál de todas las consideraciones y en qué grado van a considerarse para determinar la constitucionalidad del artículo 48? Como en muchas ocasiones, tanto en la determinación de la litis como en lo que se refiere a los agravios, la Corte supone que la exposición ordenada de una serie de elementos sin conexión entre sí es capaz de producir un discurso uniforme. En realidad, y sin quedar nunca del todo claro, lo único que se hace con las transcripciones es presentar algunos elementos a los que luego habría que darles el carácter de un discurso, no por las especificidades de la exposición misma, sino por el esfuerzo de concreción y narración llevado a cabo por aquel que tenga la obligación de pronunciarse sobre esos elementos. Así, en el caso concreto la Corte dice que va a pronunciarse a partir de los elementos transcritos, cuando, como hemos visto, ellos son muy diversos y requieren una reformulación a

efecto de ser postulados como punto de partida de un análisis de constitucionalidad. Desde esa posición, nunca explicitada, la Corte estima que, si bien los artículo 48 y 104 establecen una discrecionalidad a favor de la CNDH respecto de todas las personas y todo tipo de documentos, en el caso concreto no se afecta a la recurrente, pues desde el momento en que ella es parte en el expediente formado ante la propia Comisión, se encuentra plenamente informada de su contenido, es decir, de lo que solicita. De lo anterior se concluye:

> […] luego, nada se niega a su conocimiento o se le comunica carente de veracidad, bajo ninguna de las perspectivas en que puede entenderse el derecho a la información que como garantía social, política e individual consagra el invocado artículo 6º constitucional.

Vista en su totalidad, la resolución del Pleno es desafortunada.[22] Más o menos, viene a decir algo como "si ya sabe, si ya está informada, ¿para qué quiere información?". Esto es, lo que la resolución aprobada por unanimidad de diez votos[23] viene a decirle a la recurrente es que su derecho de información se reduce a estar informada y, como ella es parte en el proceso del cual requiere información, es evidente que ya lo está y el asunto no puede causarle agravio.

VIII. Conclusiones

Es evidente que, desde la primera sentencia en materia de acceso a la información hasta la última, se ha producido un avance. Ello se debe, primordialmente, al hecho de que la Suprema Corte de Justicia ha aceptado su carácter de garantía individual y ha admitido que el juicio de amparo es la forma de lograr su protección. Sin embargo, fuera de este hecho, es poco lo que se ha avanzado. Ello es así por cuanto la Corte ha privilegiado un sentido reduccionista de interpretación, donde parecería que lo más importante es mantener la reserva de los documentos producidos por el Estado, con el pretexto de que las partes ya conocen el contenido de la información o de

---

[22] "DERECHO A LA INFORMACIÓN. EL ARTÍCULO 22 DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL NO VIOLA AL ESTABLECER LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS DOCUMENTOS, DATOS E INFORMES PROPORCIONARLOS AL INSTITUTO RELATIVO, YA QUE PERMITE PROPORCIONARLOS PARA JUICIOS Y PROCEDIMIENTOS LEGALES". El precepto mencionado establece que los documentos, datos e informes que los trabajadores, patrones y demás personas proporcionen al Instituto Mexicano del Seguro Social, en cumplimiento de las obligaciones que les impone la ley relativa, son estrictamente confidenciales y no pueden comunicarse o darse a conocer en forma nominativa e individual, salvo cuando se trate de juicios y procedimientos en los que dicho instituto sea parte en los casos previstos por la ley. Por tanto, si dicha confidencialidad tiene por objeto evitar que la información se conozca indiscriminadamente, pero se permite proporcionarla para juicios y procedimientos legales, indudablemente se trata de una restricción que no viola el derecho a la información. *Semanario Judicial de la Federación*, XI, abril de 2000.

[23] Estuvo ausente la ministra Sánchez Cordero.

que existen formas de reserva fundadas en ciertos criterios de excepción. Si es común admitir que el derecho a la información es una condición de la democracia, en tanto permite a los ciudadanos conocer de los asuntos públicos y participar de forma más puntual, no es posible que la Corte reduzca su argumentación a una especie de principio *in dubio pro stato*.

Al referirnos de modo general a las sentencias comentadas, cabe concluir que ellas son muy conservadoras, aun cuando pretendan estar revestidas de un barniz democrático. ¿Para qué hablar de la larga vida del derecho constitucional mexicano, para qué denunciar la mentira en nuestra sociedad, para qué alentar el sentido de garantía individual, si a final de cuentas se va a terminar encontrando un subterfugio para negar el amparo y, con ello, hacer prácticamente irrelevante el sentido de un derecho definido como fundamental?

Aristides Royo (Panamá) *

Las medidas cautelares personales en el Derecho Positivo panameño y en el Derecho Comparado **

Los países no están cultivados en razón de su fertilidad, sino en razón de su libertad.
Montesquieu

Sería ilusorio pretender, en una breve exposición, analizar todas las medidas cautelares personales previstas en el Derecho Positivo panameño y en el Derecho Comparado. En esta oportunidad me limitaré a formular varias preocupaciones y a exteriorizar algunas sugerencias en torno al ámbito de la medida cautelar personal más importante, cual es la detención preventiva.

Decía el pensador inglés John Stuart Mill, en su ensayo titulado *Sobre la libertad*:

> No es libre ninguna sociedad, cualquiera que sea su forma de gobierno, en la cual las libertades no estén respetadas en su totalidad, y ninguna es libre por completo si no están en ella absoluta y plenamente garantizadas.

Entre las garantías o derechos fundamentales que reconoce la Constitución Política de Panamá, figura el derecho a la libertad personal, ésa que le brinda al individuo, según la clasificación de Jellinek, la oportunidad de contar con un espacio de libertad inmune a la acción del poder público, es decir, el que consagra su *status libertatis*.

---

* Abogado. Presidente de la República de Panamá entre 1978 y 1982. Fue embajador de Panamá en España y Francia, ministro de Educación y negociador de los Tratados del Canal de Panamá. Ha escrito varios libros, novelas y ensayos.

** Charla pronunciada el 4 de abril de 2002 en el VII Congreso Nacional de Procuradores, Fiscales y Personeros, celebrado en la ciudad de Panamá.

Luis Prieto Sanchís, en sus *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, al referirse a los derechos de libertad, expresa que esta última comprende las garantías contra la detención arbitraria y las garantías penales y procesales.

El primer párrafo del artículo 21 de la Constitución Política de Panamá expresa:

> Nadie puede ser privado de su libertad, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, expedido de acuerdo con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

El segundo párrafo del artículo 22 de la Constitución citada señala:

> Las personas acusadas de haber cometido un delito, tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en juicio público, que le haya asegurado todas las garantías establecidas para su defensa.

Desde el momento en que nuestra Constitución Política regula los derechos y libertades fundamentales, implícita y explícitamente comprende los límites del poder punitivo y los principios informadores del Derecho Penal. Es algo indiscutible que de la Constitución se derivan los principios y reglas esenciales que deben ser respetados, tanto en el proceso de incriminación, como en la imputación del comportamiento y en el fin de la pena.

Concebido el *ius puniendi* como la potestad atribuida a determinados órganos del Estado para imponer las penas y las medidas de seguridad determinadas en las leyes, cuando concurran los presupuestos establecidos en ellas, ese *ius puniendi* se encuentra sujeto a una serie de límites que cobran una expresión sintética en los diversos principios penales. Según Cobo del Rosal y Vives Antón, autores de una obra titulada *Derecho Penal*, estos principios son "el de legalidad, el de prohibición de exceso o de proporcionalidad en sentido amplio, el principio *ne bis in idem*, el principio de igualdad y la presunción de inocencia".

La detención preventiva, limitativa de la libertad personal del imputado, sólo podrá ser aplicada cuando existen graves indicios de responsabilidad en su contra. Es pues, la *extrema ratio*, y prueba de ello es que el artículo 2147.D del Código Judicial expresa, en su párrafo tercero: "La detención preventiva en establecimientos carcelarios sólo podrá decretarse cuando todas las otras medidas cautelares resultaren inadecuadas".

Gilberto Martínez, en reciente obra titulada *De procedimiento penal colombiano*, en la que analiza la ley hace poco promulgada en ese país, cita como motivos para la detención preventiva, los siguientes:

a. seguridad personal del sindicado, ya que evita el peligro de venganza por parte de amigos y familiares de la víctima;
b. seguridad de la prueba: el sindicado no puede destruir o perturbar la prueba en su contra, pues está privado de su libertad;
c. el sindicado debe estar a disposición del funcionario para el cumplimiento de determinadas diligencias (reconocimiento, declaraciones, reconstrucción de los hechos) que requieren la presencia del sindicado;

d. seguridad de que el sindicado cumplirá la pena o sanción que el juez le imponga (se evita la fuga del presunto responsable);
e. protección social (para que el sindicado no vuelva a delinquir);
f. satisfacción y tranquilidad del grupo social (evita que el sindicado de un crimen pueda ejercer normalmente sus actividades).

Alberto Suárez Sánchez, en su obra *El debido proceso penal*, señala:

> Debe tenerse en cuenta que la detención preventiva tiene como única finalidad que el imputado estará a disposición del juez para ser juzgado y no necesariamente a la del fiscal para ser investigado. De ahí que no resulte legítimo evitar la libertad con otros fines, como prevenir escándalos probables, cuidar la prueba de los posibles embates del imputado, precaver supuestos constreñimientos del procesado a los testigos o a la víctima como sobornos para los testigos, etc., anticipar una pena que se considera segura o evitar la comisión de nuevos delitos.

En Panamá, los motivos para la aplicación de las medidas cautelares están descritos en el artículo 2147.C del Código Judicial, y se relacionan con el peligro para la adquisición o la autenticidad de las pruebas, con la posible fuga o la posibilidad de que el imputado pueda cometer, mientras goza de libertad, delitos graves mediante el uso de armas u otros medios de violencia personal.

En cuanto a los delitos que autorizan la detención preventiva del imputado, el artículo 2148 del Código Judicial prescribe que tiene que tratarse de "delito que tenga señalada pena mínima de dos años de prisión", además de otros requisitos relativos a la prueba que acredite el delito y la vinculación del imputado, posibilidad de fuga, desatención al proceso, peligro de destrucción de pruebas, o la posibilidad de que el imputado pueda atentar contra la vida o la salud de otra persona o contra sí mismo.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado:

> Ni siquiera frente a la comisión de delitos graves, como el homicidio doloso, es obligatoria la imposición de una determinada medida cautelar personal, como la detención preventiva, porque son las exigencias cautelares del caso concreto las que deben orientar al funcionario competente.

Valdría la pena saber en cuántos casos de homicidio doloso el imputado no ha visto restringida su libertad personal mediante la detención preventiva. Lo cierto es que, de conformidad con la exigencia de los dos años de prisión como pena mínima para el delito imputado, son muchos los delitos que permiten la detención preventiva del sindicado, verbigracia el homicidio; las lesiones de que trata el artículo 137 del Código Penal; la riña tumultuaria con muerte, del artículo 140 de dicho Código; el aborto provocado con consentimiento de la mujer; el abandono de niños con muerte; el hecho de privar de libertad a un ascendiente, descendiente, cónyuge, legislador, representante de corregimiento o funcionario público; el hurto; el hurto agravado; el de automóvil; el robo con violencia o intimidación en las personas; el de una o más cabezas de ganado; y la falsificación de documentos por particulares o por servidores públicos. Es amplio el abanico de delitos que conllevan la detención preventiva, como medida cautelar personal.

Si se analizan las estadísticas de la Dirección General del Sistema Penitenciario del Ministerio de Gobierno y Justicia, se podrá observar que, del total de detenidos al mes de diciembre de 2001, el 34,6% de la población penitenciaria estaba integrada por condenados a órdenes de la Dirección General del Sistema Penitenciario; un 29,6% a órdenes del Órgano Judicial; y el 27,4% a órdenes del Ministerio Público. Un 8,6% eran condenados administrativos. En otras palabras, un 57% de los recluidos eran imputados en procesos penales, y un 42% eran condenados. Si nos referimos a cantidades específicas en lugar de porcentajes, ello se traduce, a la fecha de diciembre de 2001, en 5.510 imputados detenidos preventivamente, frente a 3.451 que ya habían sido condenados.

Es el Órgano Ejecutivo, mediante la Dirección General del Sistema Penitenciario, el que administra los sitios de reclusión, en los cuales observamos varias anomalías. La primera es la capacidad física de los centros penitenciarios, que aparece desbordada: las cárceles pueden albergar, en el territorio nacional, un total de 7.368 detenidos y, sin embargo, al 18 de marzo de 2002 la población penal era de 10.012; es decir, hay una población en exceso de 2.644.

Este exceso es más notorio en los lugares de mayor población. En la ciudad de Panamá hay un total de 2.066 detenidos que exceden la capacidad física de los centros. En La Joyita, por ejemplo, hay 1.517 reclusos de más. La situación es aún más grave porque, además del hacinamiento de los reclusos, el presupuesto de los últimos seis años para el sostenimiento de las cárceles se ha mantenido prácticamente igual. En el año 2002 se solicitaron 14,33 millones de balboas y se aprobaron solamente 9,47 millones y, para que tengamos una idea de la deplorable condición en la que se encuentran los reclusos, el presupuesto para medicinas, en la actualidad es de 17.946 balboas, aproximadamente un balboa con 70 centésimos por recluso, por año. O bien el Órgano Ejecutivo aumenta las partidas por sí mismo, o crea partidas especiales para que el Órgano Judicial y el Ministerio Público, proveedores del 57% de la población penal, coadyuven al sostenimiento de ésta.

Otra de las anomalías consiste en que no se ha logrado —por diversos motivos, entre los cuales parece que el principal es el de la conducta de los reclusos— la separación de los detenidos preventivamente, es decir, la de aquellos cuya inocencia se presume, aunque ella esté en duda en virtud del proceso, de los que ya han sido condenados. No deberían estar juntos los sentenciados por delitos contra la vida y los que penan por delitos contra la fe pública o contra la propiedad. Por razones parecidas, especialmente porque aún no se ha dictado sentencia, los detenidos preventivamente no deberían compartir la misma celda con los reos ya condenados.

El aspecto más preocupante, a mi juicio, de la justicia penal, es el que atañe al tiempo en el cual se sufre la detención preventiva, que en muchos casos resulta extenso en demasía. El artículo 2148.A del Código Judicial estipula, en su parte pertinente: "La detención preventiva será revocada por el juez sin más trámites, de oficio o a petición de parte, cuando se exceda el mínimo de la pena que señala la ley por el delito que se imputa, de conformidad con las constancias procesales".

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, suscrita por Panamá mediante la ley 15 de 28 de octubre de 1977, expresa en su artículo 7.5 que la persona detenida o retenida "tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso".

El artículo 2148.A, citado parcialmente, expresa que, cuando el imputado exceda en su detención preventiva el mínimo de la pena que le sería aplicable, se lo dejará en libertad y se sustituirá dicha detención por otra medida cautelar personal, esto es, la prohibición de abandonar el territorio de la República, el deber de presentarse periódicamente ante una autoridad pública, la obligación de residir en un determinado lugar, o la de reclusión domiciliaria o en un establecimiento de salud.

No poseo información estadística acerca de las revocatorias judiciales de la detención preventiva debidas al tiempo de exceso de ésta respecto al mínimo de la pena aplicable. Tengo no obstante la impresión de que los jueces no están cumpliendo con lo que dispone el artículo 2148.A del Código Judicial, y no están revocando las detenciones según lo ordena la ley. Por una razón u otra, bien sea porque las medidas supletorias son insuficientes o porque no garantizan el aseguramiento del imputado para que se le imparta justicia, el caso es que la detención preventiva suele mantenerse hasta la celebración del juicio.

En un ensayo titulado *La detención preventiva y los derechos humanos en Panamá*, sostuve lo siguiente:

> En algunos países europeos la detención preventiva tiene plazos máximos, límites temporales que derivan de las Constituciones y éstas, a su vez, de diversos textos internacionales, tales como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la ONU (artículo 9); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 9 y 10); el Pacto Europeo de Derechos Humanos (artículo 5); y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9.3). En esencia, tales leyes fundamentales reconocen principios tales como el de excepcionalidad de la prisión preventiva, el del *in dubio pro libertate* y el de la prioridad y especial diligencia con que deben ser atendidas las causas con preso preventivo.

En España, el artículo 17.4 de la Constitución aprobada el 6 de diciembre de 1978 alude expresamente al plazo máximo de la prisión provisional, y añade que éste se determinará por la ley. El artículo 24.4 de dicho texto dispone que todos tienen derecho "a un proceso público sin dilaciones indebidas". De esta manera, España se inspira directamente en el artículo 5.3 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma en 1950, en plena posguerra, el cual estipula que toda persona, detenida preventivamente, tiene derecho a ser juzgada en un plazo "razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento". La aplicación e interpretación que de dicho texto ha realizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos centra la cuestión en la delimitación del plazo de detención dentro de los límites de lo razonable.

El artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, tal como quedó modificado por la ley 7 de 23 de abril de 1983, regula el plazo máximo de la prisión provisional, en cumplimiento del artículo 17.4 de la Constitución española, ya que el "plazo razonable" a que se remiten los convenios internacionales en la materia, sino que expresó que la ley determinaría estos plazos.

El artículo 504 citado expresa en la parte pertinente:

> La situación de prisión provisional no durará más de tres meses cuando se trate de causa por delito al que corresponda pena de arresto mayor, ni más de un año cuando la pena sea de prisión menor, o de dos años cuando la pena sea superior. En estos dos últimos casos, concurriendo circunstancias que hagan prever que la causa no podrá ser juzgada en estos plazos y que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión podrá prolongarse hasta dos y cuatro años respectivamente. La prolongación de la prisión provisional se acordará mediante auto, con audiencia del inculpado y del Ministerio Fiscal.
>
> Una vez condenado el inculpado, la prisión provisional podrá prolongarse hasta el límite de la mitad de la pena impuesta en la sentencia cuando ésta hubiere sido recurrida.
>
> No se tendrá en cuenta, para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo, el tiempo en que la causa sufriere dilaciones no imputables a la administración de justicia.
>
> Contra los autos que decreten la prisión provisional o los que dispongan su prolongación o libertad provisional podrán ejercitarse los recursos de reforma y apelación.
>
> Concedida la libertad por transcurso de los plazos máximos previstos para la prisión provisional, será también de aplicación lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo.

En los primeros años de vigencia de la ley 7 de 1983, algunos tribunales españoles interpretaron que el artículo 504 antes transcrito empleaba la palabra *delito* en singular y que, en consecuencia, los plazos de limitación de la libertad sólo se constreñían a los supuestos de unidad delictiva, es decir, si el acusado lo era de la comisión de un solo delito, y que el límite de la prisión no se aplicaba cuando la inculpación fuese por varios delitos. Como en España los casos de detención preventiva pueden ser vistos por el Tribunal Constitucional, dado que el tema aparece en la Constitución española, éste ha señalado, en diversas ocasiones, que tal interpretación de la unidad delictiva como requisito para la concesión de la libertad transcurrido un plazo máximo supondría hacer depender el plazo máximo de duración de la prisión provisional de un elemento incierto, como es el número de delitos de que pueda acusarse a una persona. Sería contrario a los pactos internacionales ratificados por España, añade el alto Tribunal especial, el poder conducir, por simples operaciones aritméticas, a resultados notoriamente superiores a todo plazo razonable. "Ello supondría, además, olvidar que la comisión de varios delitos no implica su total individualización".

En Alemania, la Ley Procesal señala un plazo de seis meses para la detención preventiva, y el artículo 121, que ésta se puede extender a un año cuando la especial dificultad, o la especial extensión de la investigación, o cualquier otro motivo importante no permitiesen todavía dictar sentencia y justificasen la continuación de la detención preventiva.

En Italia, el artículo 303 de su Código de Procedimiento Penal establece plazos de duración máxima de la prisión provisional. Antes del juicio oral, la medida cautelar personal cesa a los tres meses cuando se trata de un delito al que la ley impone un máximo de seis años de prisión; a los seis meses, cuando la pena prevista para el delito no sea superior a veinte años; y al año, cuando el delito imputado apareje la pena de reclusión perpetua o la pena sea superior a veinte años. Cuando ya se haya instaurado el juicio, se establecen otros plazos que van de seis meses a un año, y cuando se haya dictado sentencia condenatoria y el condenado apele, se dan otros plazos de seis meses a un año.

El numeral 4 del artículo 303 citado concluye en el sentido de que nunca la duración de la prisión provisional será superior a cuatro años, salvo las excepciones que dispone el artículo 304, verbigracia, en la fase del juicio oral, durante el tiempo en que el debate se haya suspendido por impedimento del imputado o de su defensor, o a instancia del imputado o del defensor. También, cuando el debate se haya tenido que suspender por ausencia o falta de presentación de uno o más defensores.

En Francia, el Código de Procesamiento Penal establece limitaciones a la detención preventiva en cuanto al tiempo. En este país resulta muy interesante la existencia de una Sala que conoce de las detenciones preventivas. La ley 93 de 4 de enero de 1993 creó esa Sala, con un magistrado presidente y dos asesores. El juez de instrucción se remite a esta Sala cada vez que se produce un ingreso por detención preventiva o una prolongación de dicha medida. El juez deberá citar al abogado. El magistrado de la Sala de Detención Preventiva no podrá participar, so pena de nulidad, en el enjuiciamiento de las causas penales de que haya conocido como miembro de dicha Sala.

Salvo algunas excepciones de carácter procesal, el principio general, consagrado en el artículo 65.III, es el de que la detención preventiva no puede ser mantenida por más de un año. El artículo 66 de la ley 93 de 1993 modificó el artículo 145 del Código mencionado, en la siguiente forma: “En materia criminal, el procesado no podrá ser detenido durante más de un año. La sala de detención preventiva podrá, cuando transcurra dicho plazo, prolongar la detención por un período que no podrá superar un año”.

En Portugal, el decreto-ley 78, de 17 de febrero de 1987, modificó el artículo 215 del Código de Procesamiento Penal, el cual establece ahora que la duración máxima de la detención preventiva será de dos años sin que el sindicado haya sido condenado, y hasta de cuatro años en caso de algunos delitos, tales como los que atentan contra la seguridad marítima y aérea, y el tráfico de drogas.

Señala la profesora Teresa Aguado Correa, en su obra *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*:

> La importancia del principio de proporcionalidad en el ámbito procesal penal se debe a la confrontación individuo-Estado que tiene lugar en el seno del proceso penal y la consiguiente lesión de derechos fundamentales, tales como la libertad personal, el secreto de las comunicaciones, el honor, la inviolabilidad del domicilio. Tales restricciones no se justifican si no es en orden a la consecución de los fines que persigue el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

Tal como lo expresó Fairén Guillén, "De nada sirve el principio de proporcionalidad de la pena si ha sido precedida ésta de medidas cautelares desproporcionadas". Tanto en la legislación procesal alemana, como en la italiana y portuguesa, se consagra expresamente el principio de proporcionalidad en sentido amplio. La vigencia de este principio en sentido estricto implica comprobar si el sacrificio de los intereses individuales que comporta toda injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se intenta salvaguardar.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Panamá mediante la ley 14 de 28 de octubre de 1976, se refiere en su artículo 9, numeral 3, a la prisión preventiva de las personas que han de juzgarse, y considera que tal medida no debe ser la regla general. Añade que, "la libertad podrá ser subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales, y, en su caso, para la ejecución del fallo".

A diferencia de otros países, el aspecto de la indemnización para quien ha sufrido detención preventiva y luego resulta absuelto ha sido muy poco atendido en Panamá, donde hay una ausencia casi total de normativa al respecto. El Título VI del Libro I del Código Penal, sobre la responsabilidad civil derivada del delito, consagra apenas un artículo al tema. En efecto, el artículo 129 de dicha excerta prescribe:

> El Estado estará igualmente obligado a la reparación civil cuando el procesado obtuviere sobreseimiento definitivo después de haber sufrido más de un año de detención preventiva.

Valdría la pena conocer en cuántas ocasiones se ha cumplido con esta disposición, si la reparación civil se efectúa de oficio por el Estado, o si es necesario que el procesado interponga el reclamo o la demanda. No tengo las estadísticas, pero me gustaría saber qué porcentaje de los sobreseimientos es definitivo y en cuántos se ha producido algún tipo de reparación. O mucho han cambiado las cosas en este país, o es probable que la inmensa mayoría de los sobreseimientos sigan siendo provisionales, aun cuando también es probable que una gran parte de esos procesos no se vuelvan a abrir jamás. No son los más recientes, pero los datos estadísticos correspondientes al año 1999 señalan que, de un total de 28.722 casos penales resueltos en ese año, 14.401, prácticamente el 50%, se resolvieron con sobreseimiento, y sólo 3.931, es decir, un 14 %, terminaron con sentencia condenatoria.

Es justo y humanitario que, a quienes han estado privados preventivamente de su libertad durante varios años —tiempo en el que, aparte de haber perdido el bien más preciado de un ser humano, como es su libertad, han perdido igualmente su hogar, su trabajo, su vida de relación en sociedad, entre otros—, se los compense, aunque sólo sea pecuniariamente, por los daños inferidos, una vez que han sido declarados como no culpables de un delito.

En Europa, el fundamento de la indemnización que merece quien habiendo sufrido detención preventiva no es posteriormente condenado, o lo es a pena no privati-

va de la libertad, o por tiempo inferior al cumplido, se encuentra en los correspondientes preceptos de los convenios internacionalaes y, en algunos casos, como el de España, en la propia Constitución, tal como dispone su artículo 121.

En España esta materia la regula la Ley Orgánica del Poder Judicial, y los supuestos de procedencia e improcedencia de la indemnización los podemos esquematizar del siguiente modo:

1. Prisión preventiva sufrida por comportamiento doloso o culposo del sujeto (no comparecencia injustificada a un llamamiento judicial). No procede indemnización dado que no se puede considerar el caso como error judicial ni se ha producido anormal funcionamiento de la justicia (artículo 295).
2. Prisión preventiva en un procedimiento que termine por sobreseimiento o sentencia absolutoria "por inexistencia del hecho imputado" (artículo 294). Procede *ope legis* la indemnización, sin necesidad de que la Sala Segunda del Tribunal Supremo (de lo Penal) declare la existencia de error judicial, ni haya que probar anormal funcionamiento de la justicia, pudiendo plantearse directamente la reclamación ante el Ministerio de Justicia (artículo 293).
3. Prisión preventiva indebidamente sufrida en otros casos. Procede también la reclamación ante el Ministerio de Justicia, pero previa declaración de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, del error judicial (artículo 293). En su caso cabría también plantear la reclamación por anormal funcionamiento de la administración de justicia (artículo 292) e inclusive por su "normal" funcionamiento.

En Italia, el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal expresa que quien haya sido absuelto en virtud de sentencia firme porque el hecho no existió, no fue cometido por el acusado, o no era constitutivo de delito, o no se hallaba previsto por la ley como delito, tendrá derecho a una indemnización equitativa por la prisión provisional sufrida, siempre que no haya dado o concurrido a dar causa a la resolución por dolo o culpa grave. En Italia se le pone un máximo a la cuantía de la indemnización, que el artículo 313 fija en cien millones de liras, es decir, unos cincuenta mil balboas. El error judicial también queda comprendido entre los motivos para la indemnización. Lo que resulta evidente, en cualquier país con sensibilidad para los derechos humanos, es que la detención preventiva del que luego resulta absuelto debe indemnizarse.

En Panamá, para llenar las lagunas legales comentadas, no hace falta modificar la Constitución Política, aunque ello sería deseable, tanto en esta materia como en otras. Bastaría con la aprobación de una ley que refuerce aún más la seguridad jurídica, que estipule que la privación de la libertad no se prolongue de ninguna forma, y que se compense al inocente por los daños que se le causaron.

No sería oportuno entrar ahora en el análisis de las medidas sustitutivas de la detención preventiva. Éste es un tema que requiere un estudio especial que ojalá hiciese algún acucioso funcionario del Ministerio Público. En la investigación experimen-

tal titulada "La excarcelación bajo caución juratoria como una de las alternativas para reducir el número de presos sin condena", escrita por Elías Carranza, Mario Houed y Luis Paulino Mora, se expresa:

> En los países de América Latina, la prisión preventiva, lejos de ser utilizada como una medida de excepción, tiene un uso tan extendido que se hace evidente que funciona en la práctica como una pena dentro de un proceso distorsionado, pues en el momento de la instrucción, se dicta y ejecuta la pena de prisión, y en el momento del juicio, se confirma formalmente la "condena" dictada en la instrucción, pero suele disponerse al mismo tiempo la soltura del preso, dado el largo tiempo transcurrido o bien por habérsele absuelto en juicio luego de haber cumplido su "condena", o por haberse acordado en su favor algún beneficio que lo desinstitucionaliza. Esto produce la paradoja de que, cuando la persona debe estar en libertad en razón del "estado de inocencia" garantizado constitucionalmente de que goza durante el juicio, está detenida, y cuando debería restringirse su libertad por haberse acreditado su responsabilidad penal, se la deja en libertad.

Algunas de las decisiones relativas a las restricciones a la libertad corresponden a los miembros del Ministerio Público, quienes tienen a su cargo la instrucción de los procesos, y otras a los funcionarios del Órgano Judicial. Ambos sectores deben velar con cuidado para que, de conformidad con la Constitución y las leyes, se afecte lo menos posible el derecho a la libertad. La duración de la detención preventiva, las alternativas a esta medida cautelar personal, tan utilizada, la situación de los detenidos preventivamente en los centros penitenciarios, la indemnización que debe recibir toda persona inocente que se haya visto privada de su libertad, forman parte importante de una recta administración de justicia. La sana aplicación del Derecho constituye para la Nación un elemento fundamental, tan o más importante que el estado de la economía, la salud o la educación, puesto que contribuye a definir con precisión la calidad de la democracia, el grado de gobernabilidad, la fortaleza de las instituciones jurídicas y el nivel de desarrollo del Estado.

Bibliografía

AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Edersa, Madrid, 1999 (pp. 93-94).

CARRANZA, Elías; Mario HOUED y Luis Paulino MORA, "La excarcelación bajo caución juratoria, como una de las alternativas para reducir el número de presos sin condena. Investigación experimental", en Elías CARRANZA, Mario HOUED, Nicholas Jo. O. LIVERPOOL, Luis P. MORA, Luis RODRÍGUEZ MANZANERA, *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*, Depalma, Buenos Aires, 1992 (p. 109).

COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, Parte General, 4ª ed., Valencia, 1996.

GUILLÉN, Fairén, "Lagunas de la Ley de 28 de diciembre de 1988, de reforma procesal en materia de medidas cautelares y necesidad de integrarla", *Revista Tapia*, diciembre de 1989, San José, Costa Rica (p. 55).

MARTÍNEZ, Gilberto, *De procedimiento penal colombiano*, Bogotá, 2001 (pp. 431-432).

ROYO, Aristides. *La detención preventiva y los derechos humanos en Panamá. Laberintos de ausencia*, Círculo Editorial y de Lectura. Panamá, 2000 (pp. 412-416).

SANCHÍS PRIETO, Luis, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debates, Madrid, 1990 (p. 127).

SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, *El debido proceso penal*, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001 (p. 113).

IV. Derecho Internacional

- *Felipe Tredinnick Abasto (Bolivia)*
  Derecho Internacional de los Derechos Humanos: su aplicación directa

- *Mara Gómez Pérez (México)*
  La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional

- *Héctor Gros Espiell (Uruguay)*
  La prevención de conflictos bélicos en el Derecho Internacional actual. Las Naciones Unidas y el sistema interamericano

- *Javier Llobet Rodríguez (Costa Rica)*
  La Justicia Penal Juvenil en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

- *Jayme Antonio Evros Ayala y*
  Norbert Bernsdorff (Alemania)
  Strafschadensersatz: algunas reflesiones sobre su ejecución desde el punto de vista teórico y práctico

Felipe Tredinnick Abasto (Bolivia) *

Derecho Internacional de los Derechos Humanos: su aplicación directa **

I

La historia de la lucha por el respeto y protección de la dignidad humana es, con probabilidad, tan antigua como la aparición del ser humano sobre la Tierra.

Contando a partir del código de Hammurabi, podemos pensar que, en más de 4.000 años de historia registrada, son perceptibles los atisbos, esfuerzos nacionales y convenciones mundiales respecto de los marcos jurídicos que deben existir para impedir o atenuar los abusos de los poderosos. Visto el mundo desde una óptica sociológica, en la vida de relación entre personas se tiene que aplicar al menos un mínimo de humanidad, en lo que todos estamos de pleno acuerdo.

Sin embargo, como un hecho preocupante, el apocalíptico mensaje difundido por Hobbes, *Homo homine lupus* (el hombre es lobo del hombre), sigue resonando con cruel ironía inclusive en este comienzo del siglo XXI, a despecho de los fantásticos progresos científicos y tecnológicos.

Los esfuerzos de protección y respeto de la dignidad humana son evidentemente nacionales, regionales y mundiales, en que despuntan nítidamente tanto países como tratadistas, inspirados en principios heredados de las civilizaciones griega y romana, raíces de la civilización cristiana, que aporta a su vez importantes valores y encíclicas.

---

* Magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Doctorado en Derecho Público por la Universidad del Brasil (Río de Janeiro). Catedrático de Derecho Constitucional y Derecho Internacional en varias universidades.

** Este trabajo forma parte de un proyecto de investigación financiado por la Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) sobre las funciones y el funcionamiento del Senado en Argentina, Brasil, Chile y Uruguay, que se lleva a cabo en el Instituto de Estudios Iberoamericanos de Hamburgo, Alemania.

II

Desde los albores de su independencia, América Latina tiene la poco envidiable fama de registrar en su historia una incómoda inestabilidad política, con muchos regímenes surgidos al margen de los procedimientos constitucionales, pero al mismo tiempo ostenta el raro y honroso privilegio de anotar luminosamente su vocación democrática y jurídica con su notable y además trascendental aportación a la ciencia del Derecho con numerosas y conocidas doctrinas, orgullo del género humano y de la región.

Desde la temprana creación de las ciudades Estado, las famosas *polis*, van surgiendo nociones elementales de relaciones internacionales, Derecho Internacional, política exterior y política internacional, además de la aparición de un constitucionalismo emergente. Estos sucesos se limitaban en un comienzo a reconocer el encuentro inevitable, primero, entre seres humanos, luego entre nacionales y extranjeros, y finalmente entre Estados de orígenes diferentes. Sin embargo, las polis o ciudades Estado eran muy vulnerables por su escasa población y pequeña extensión geográfica, hechos que motivaron la ampliación de las ciudades Estado con la creación de las anfictionías o confederaciones de Estados y que, casi dos mil años más tarde, inspirarían a Bolívar en su sueño frustrado de la confederación latinoamericana.

En el interior de las polis es obvio que surgiera la necesidad de orientar la vida de relación en círculos concéntricos de orden jurídico, de norma jurídica y de facultad jurídica que se clarifican y sintetizan en la llamada por los griegos *politeia*, por los romanos *constitutio*, que actualmente conocemos bajo el nombre genérico de Constitución Política del Estado. Nótese que es política y es del Estado, no de un gobierno.

Las constituciones, inicialmente, son el fruto de verdaderas conquistas sociales que disminuyen o limitan las atribuciones de los gobernantes dentro de las fronteras nacionales, organizan los Estados permanentes, estructuran los gobiernos transitorios, otorgan derechos e imponen deberes a los habitantes de un Estado, señalan el tipo de país que se quiere tener en el interior de las fronteras nacionales y la forma de encarar las relaciones exteriores con otros países.

III

Sin embargo, hoy el mundo no está formado por un solo país. En la Asamblea General de la ONU es muy perceptible el crecimiento cuantitativo de países soberanos que utilizan la organización mundial para lograr acuerdos y consensos para el mantenimiento de la paz y de la seguridad mundiales, como determina la Carta de 111 artículos de la ONU a los que se suman obligatoriamente los 70 artículos del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya. En el decenio de 1980 atendían la lista de llamada 159 Estados. A comienzos del 2002, con el ingreso de otros países, el cambio del estatuto de neutralidad permanente de Suiza, ésta merced a un referéndum, y la presencia independiente de Timor Oriental, a mediados de mayo de 2002,

que han pedido su ingreso a la Asamblea General de la ONU, son ya 191 Estados miembros, sin contar los países meramente observadores.

Este hecho nos muestra el hondo significado de que el mundo cuenta con casi 200 constituciones diferentes que deben compatibilizarse y armonizarse. ¿Cómo? Sólo a través de tratados suscritos en el marco del Derecho Internacional, que fundamentalmente es el público, entendido como el conjunto sistematizado de reglas y normas jurídicas que rigen las relaciones entre Estados, organismos internacionales y seres humanos. A su turno, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos abarca la regulación y protección de los derechos llamados de primera y segunda generaciones, conocidos como derechos fundamentales, que no son taxativos. Sin embargo, en un sensacional avance en el cuadro de la conciencia jurídica de la humanidad, se habla ya de los derechos humanos de tercera y hasta de cuarta generaciones.

Los derechos humanos de la primera generación se conquistaron en la época de los movimientos revolucionarios de las clases medias o burguesas y las guerras de independencia política y búsqueda de la unidad nacional de varios países, tanto en Europa como en Iberoamérica, entre los siglos XVIII y XIX, y comprenden básicamente derechos civiles y políticos, que se leen en las Constituciones nacionales.

La segunda generación aparece por inspiración de las revoluciones nacionalistas y socialistas de comienzos del siglo XX y abarca derechos sociales, económicos y culturales que, asimismo, constan en la mayoría de las Constituciones nacionales.

La tercera generación se origina después de la Segunda Guerra Mundial y presenta, entre otras, una nueva reivindicación: los derechos colectivos de los pueblos.

Como se sigue haciendo conciencia de la clase de planeta que tenemos y sus necesidades vitales que buscan la supervivencia de la humanidad, se habla ya de la cuarta generación de derechos humanos, que incluiría los derechos de las generaciones futuras e hipotéticos derechos de otros seres vivos, como los animales y la naturaleza.

IV

Desde la creación de la ONU en 1945, como una de las grandes conquistas del Derecho Internacional,[1] surgen nuevas y reveladoras ramas especializadas, como el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional del Refugiado, el Derecho Internacional Ambiental o Ecológico, el Derecho Internacional Económico y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

---

[1] El Derecho Internacional por excelencia es el Público, como está ya definido *ut supra*. El Derecho Internacional Privado es, para el autor, la búsqueda de la solución satisfactoria a los conflictos subjetivos que se presentan entre leyes nacionales divergentes en el tiempo y en el espacio.

El desarrollo de los derechos humanos parte obviamente de la protección que aparece en las Constituciones nacionales, no completas ni uniformes en su fondo sustantivo ni en su articulado. Además, la disparidad de regímenes políticos hacía más compleja y difícil esa protección. Es decir, gobiernos que respetan realmente la Constitución, otros que la siguen parcialmente y en varios casos la presencia no deseada de dictaduras secantes de varios orígenes y tendencias, que ignoran no sólo los derechos humanos sino la existencia de la propia Constitución. Estos hechos, a mi juicio, hicieron absolutamente necesaria la ampliación geográfica y la extensión jurídica de esa protección. Los derechos humanos culminan así, como esfuerzo coincidente y convergente, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como normas innegociables e inderogables en cualquier parte del mundo.

V

Esta nueva perspectiva universal del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se cristaliza en Constituciones nacionales modernas y en tratados, convenios, convenciones, acuerdos, pactos, cartas, declaraciones, que no solamente crean doctrina internacional sino principios y normas imperativas (*ius cogens*) de Derecho Internacional. Dichos principios y normas demuestran la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno de los Estados, habida cuenta inclusive de que tenemos ya numerosos ejemplos de la aplicación directa de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por jueces, vocales, ministros y magistrados del Poder Judicial de muchos países, en sentencias que consagran precisamente esa vocación democrática, jurídica y universal del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

VI

Líneas arriba mencionamos la existencia de casi doscientos Estados soberanos en el mundo e igual número de Constituciones nacionales diferentes que deben ser compatibilizadas y armonizadas. ¿A través del Derecho Interno? ¿O por intermedio del Derecho Internacional?

Acaso, para orientar el desenlace, sería constructivo remontarnos a algunas de las líneas maestras de las relaciones internacionales. Apoyándonos en la teoría del *linkage*, diríamos con Rosenau que “es toda secuencia recurrente de comportamiento que originada en un sistema produce una reacción en otro”. O sea que lo generado en el Derecho Internacional produce efectos en el Derecho Interno y viceversa. Sin embargo, debemos analizar si existe primacía de un sistema sobre el otro. Arenal, otro prestigioso tratadista, aclara los alcances de la teoría del *linkage*, diciendo “[...] las situaciones inicial y terminal del *linkage* son descritas como *inputs* y *outputs* y se diferencian según se originen en el Estado o en el sistema internacional”. Lo anterior nos muestra que existe, sin sombra de dudas, una interacción e interdependencia entre

la política interna y la política internacional, o sea, entre el sistema estatal y el sistema internacional. La política interna de un país se proyecta hacia el resto de países por intermedio de la política exterior, que es unilateral, nacional, subjetiva, mientras que la política internacional es general, amplia, objetiva y consiste en el encuentro convergente o divergente de las políticas exteriores de dos o más países.

VII

Esto nos hace recordar la vieja polémica libresca entre los partidarios de la teoría dualista y de la teoría monista del Derecho.

La teoría o doctrina dualista, desarrollada por Triepel, a quien acompaña Anzilotti, se orienta en el sentido de la coexistencia separada del Derecho Interno (que corresponde a cada uno de los 200 Estados del planeta) con el Derecho Internacional. Triepel sostenía que las personas no pueden nunca ser obligadas ni beneficiadas por normas del Derecho Internacional. Decía que sólo el Estado puede ser obligado o favorecido por ellas, en sus relaciones con los otros Estados. Según Triepel y Anzilotti, las normas de Derecho Internacional, para que alcancen a las personas, deben ser transformadas primero en normas de Derecho Interno. Para Triepel: "El Derecho Internacional y el Derecho Interno no sólo son partes diferentes del Derecho, sino sistemas jurídicos diversos. Son dos círculos que están en contacto íntimo, pero que no se superponen nunca".[2]

Otra figura que ilustra la divergencia entre las teorías monista y dualista del Derecho se refiere a que —según los dualistas— son como dos rieles de tren, que corren paralelos y no se encuentran nunca.

Hans Kelsen, al mismo tiempo, se encargaría de la construcción de la teoría o doctrina monista de la unidad del Derecho y de la primacía del Derecho Internacional frente al Derecho Interno de los Estados.[3] La teoría o doctrina monista se manifiesta en el sentido de que "el Derecho Internacional preside una concepción unitaria de todo el Derecho, del cual forman parte en un plano de subordinación los ordenamientos jurídicos internos de los Estados".[4]

VIII

El modelo kelseniano sigue vigente y opera aún como paradigma de justicia constitucional. Es sabido de todos que la construcción kelseniana consiste en un orde-

---

[2] Triepel, *Droit International et Droit Interne*, París, Oxford, 1920, p.110.

[3] Hans Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado* (traducción de Eduardo García Maynez), 3ª ed., México, 1969, pp. 219-230, citado por Humberto Nogueira Alcalá, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2000*, Fundación Konrad Adenauer-CIEDLA, Buenos Aires, p. 166.

[4] Nogueira Alcalá, ibidem.

namiento jurídico piramidal, la *pirámide de Kelsen*, que parte de las normas jurídicas más elementales y gradualmente va ascendiendo hasta culminar, en la cúspide, con la Constitución, lo cual es una visión estrictamente nacional de las proyecciones del Derecho. Analizando la pirámide de Kelsen, parece necesaria su complementación, que da como resultado lo que denominamos el *reloj de arena de Tredinnick*, con la inclusión de otra pirámide, pero invertida, que se encuentra hacia arriba de la cúspide de la Constitución y donde figuran todas las denominaciones de los compromisos internacionales que asumen los gobiernos de 200 Estados en el mundo, y fundamentalmente los tratados internacionales. Este reloj de arena, que se proyecta en sentido vertical, hacia abajo, matiza la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno de los Estados, todas las veces que un gobierno asuma algún compromiso internacional con otro.

IX

Reloj de arena de Tredinnick
(es la suma de ambos triángulos o pirámides)

X

Aquí puede ya surgir una duda cartesiana: en caso de que se presentara un conflicto entre una norma de Derecho Interno y otra de Derecho Internacional, ¿cuál prevalecería?

Es posible que algunos constitucionalistas radicales se coloquen en una posición meramente defensiva, que en el fondo podría ser calificada como fundamentalista, al considerar exclusivamente el Derecho Interno de un Estado y no el Derecho Internacional, al que algunos de ellos califican equivocadamente como subconstitucional, a pesar de que todas las constituciones integran o contienen valiosos y numerosos elementos de Derecho Internacional.

El interrogante, sin embargo, y a la luz de todo lo avanzado en la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional, sólo tiene una respuesta positiva: la norma internacional prevalece sobre la norma interna.

Tenemos un ejemplo muy valioso. En el decenio de 1970 los países marítimos entraron a una verdadera orgía de ampliaciones unilaterales de la anchura del mar territorial, que tradicionalmente era de sólo tres millas náuticas. Entre otros países, Brasil entró al llamado popularmente Club de las 200 Millas y amplió su mar territorial a esa anchura. Este hecho Brasil lo consignó en su Constitución federal, en el capítulo referido al territorio nacional brasileño. Sin embargo, la Convención de Jamaica sobre el Derecho del Mar de 1982, suscrita por la delegación brasileña, sólo reconoce un mar territorial de 12 millas. Entonces, ¿qué sucedió con la Constitución federal brasileña y la Convención de Jamaica sobre el Derecho del Mar de 1982? La Constitución federal del Brasil tuvo que ceder el paso al Derecho Internacional y fue reformada, no la Convención. Por otra parte, la existencia del Derecho Comunitario en la Unión Europea y el otro Derecho Comunitario en la Comunidad Andina de Naciones demuestran claramente la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno de los Estados.

XI

La escuela normativista de Kelsen y, coincidentemente, la escuela sociológica de Scelle consideran que el Derecho Internacional y el Derecho Interno son un solo sistema. En la teoría kelseniana las normas jurídicas encuentran su fundamento en una norma superior. La propia pirámide de Kelsen determina la norma superior. Inicialmente, para Kelsen la norma superior era exclusivamente la constitucional, pero a partir de 1934 Kelsen corrigió su orientación y señaló que la norma fundamental reside en el Derecho Internacional.

Obviamente, optar por la teoría o doctrina monista significa admitir la aplicación directa de las normas del Derecho Internacional dentro de los Estados, lo cual viene siendo ya largamente practicado por muchos jueces, vocales, ministros y magistrados, especialmente en materia de protección de derechos fundamentales.

XII

Como todos nuestros países son partes de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, vale la pena recordar el contenido del artículo 27 de ésta, que no permite a un Estado invocar normas de su Derecho Interno (por más constitucionales que sean) como justificación del incumplimiento de un tratado.

Sin duda, los principios tradicionales en que se fundamentan los tratados internacionales, como el *pacta sunt servanda* (cumplimiento obligatorio de los tratados) y *bona fide* (buena fe) son de carácter imperativo. Sin embargo, si existiera por alguna razón poco o nada jurídica un tratado injusto o desigual, se debería aplicar el principio del *rebus sic stantibus*, que implica la posibilidad de su anulación o de su revisión, habida cuenta de que un tratado puede surgir de la ocupación militar de territorios ajenos o pueden existir presiones económicas o financieras de tal magnitud que llevarían a un país débil a suscribir un tratado "estando así las cosas", o sea, sin otra salida coyuntural, a que se refiere el principio del *rebus sic stantibus*.

En consecuencia, entiendo que los jueces (de toda jerarquía) no sólo pueden sino que deben aplicar de oficio el Derecho Internacional general o regional, invocando los tratados, convenios, acuerdos y convenciones que se refieran a la protección de los derechos fundamentales de las personas, habida cuenta de que se trata de normas imperativas de Derecho Internacional, también conocidas como normas de *ius cogens*; es decir, como afirma Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano, de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, que el *ius cogens* es "el derecho obligatorio *per se* para la comunidad jurídica internacional en general, ya que ella lo ha consagrado por su uso inveterado y por la conciencia de su propia imperatividad".

Entre otras constituciones, la de Guatemala de 1985 es muy clara en este aspecto, pues su artículo 46 determina:

> Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el Derecho Interno.

Actualmente son ya varias constituciones que reconocen la supraconstitucionalidad de los tratados internacionales, o al menos su consideración al mismo nivel de las normas del Derecho Interno.

XIII

La elaboración de un tratado internacional es algo muy complejo y obligatoriamente tiene que respetar, primero, sus condiciones o requisitos de validez, que son:

1. Capacidad de las partes contratantes (sólo los Estados soberanos pueden ser partes en un tratado).
2. Negociadores válidos (deben poseer plenos poderes presidenciales o estar legitimados para ello en razón del cargo que ostentan, como Jefe de Estado, Jefe de gobierno, Ministro o Secretario de Estado de Relaciones Exteriores).

3. Objeto lícito y posible.
4. Mutuo consentimiento (el error, el dolo, la coacción y la ocupación militar de territorios ajenos vician de nulidad un tratado).

Sin embargo, esos requisitos o condiciones de validez de un tratado, como menciona Charles Rousseau, deben completarse con siete etapas sucesivas para el perfeccionamiento o conclusión de un tratado:

1. Etapa de la negociación. El Derecho Internacional no prevé un tiempo preciso para la negociación de un tratado. Igual puede durar cinco segundos o 50 años. Lo importante es que exista el diálogo y la voluntad política de llegar a completar un tratado justo y además respetable.
2. Suscripción o firma del tratado. Los negociadores tienen que contar con plenos poderes presidenciales, que son mostrados y canjeados, y si se encuentran dichos plenos poderes buenos y válidos, recién se procede a suscribir el tratado.
3. Ratificación o aprobación legislativa. La única instancia en que interviene el Parlamento, que tiene cuatro opciones: a) ratifica en su totalidad el tratado; b) rechaza el tratado, caso en el cual todo vuelve al punto inicial de la negociación; c) rechaza sólo algún o algunos artículos y en este caso el tratado retorna a la primera etapa; y d) el Parlamento congela *sine die* el tratado.
4. Promulgación del tratado, mediante una fórmula común en todos los países, que convierte el tratado en ley nacional.
5. Canje de instrumentos de la ratificación legislativa. Interesa a los gobiernos contratantes el tener una prueba documental de la ratificación legislativa.
6. Publicación del tratado (en algún órgano oficial de difusión pública). Desde 1920 no existen tratados secretos.
7. Registro en la Secretaría General de la ONU, para efectos de su mayor difusión en los medios de publicidad con que cuenta la organización mundial.

De estas siete etapas para el perfeccionamiento o conclusión de un tratado internacional, subrayo la tercera, referida a la promulgación del tratado, que lo convierte en ley nacional. Sin embargo, debemos anotar que, en materia de derechos humanos, la vigencia de los tratados, acuerdos o convenciones que los consagren tienen vigencia *ipso facto* dentro de los países y además tienen valor *erga homnes*.

XIV

Como dice Héctor Faúndez Ledesma en su libro *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*,

> [...] los derechos humanos se caracterizan porque sus obligaciones correlativas recaen en los Estados (a mi juicio, los gobiernos) y no en los individuos, aspecto al que la doctrina se ha referido como el efecto vertical de los derechos humanos […] esta característica de los derechos humanos, que es una de sus notas inconfundibles, de ninguna manera implica desconocer las repercusiones que las relaciones con otros

> individuos tienen para el goce y ejercicio de esos derechos —lo que constituye su llamado efecto horizontal—, y que también trae consigo obligaciones específicas para los Estados, en cuanto garantes de esos mismos derechos.

Personalmente diría que esos derechos no los garantizan los Estados sino los gobiernos, que son una parte de los Estados, habida cuenta de que los elementos constitutivos de un Estado son cuatro: a) territorio; b) población, pueblo o nación; c) gobierno, y d) soberanía. Este último elemento constitutivo entendido en el sentido que nos enseña Rousseau: "el poder de dar órdenes no condicionadas y el derecho de no recibirlas de ninguna otra autoridad humana". Subraya Faúndez:

> El efecto vertical también se puede explicar desde la perspectiva del Derecho Internacional, pudiendo observarse una diferencia radical entre el Derecho Internacional clásico y el Derecho Internacional de los derechos humanos. En el primero, las relaciones entre los Estados, como únicos sujetos de ese ordenamiento jurídico, se plantean fundamentalmente en términos horizontales; es decir, como relaciones entre iguales; en cambio, el Derecho Internacional de los derechos humanos supone una relación desigual entre el Estado y los individuos bajo su jurisdicción, que bien puede caracterizarse como una relación vertical.

Sin embargo, según entiendo, no exime al gobierno de un Estado de sus responsabilidades no sólo nacionales sino internacionales. Más allá de lo afirmado por Faúndez, todos sabemos que modernamente los sujetos del Derecho Internacional, además de los Estados, son los organismos internacionales y los seres humanos.

XV

La lucha o los esfuerzos interminables por la vigencia y protección de los derechos humanos se manifiestan en muchos puntos del planeta. Dentro de la Unión Europea, no sólo se ha creado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la Corte Europea de Derechos Humanos (ésta que funciona en Estrasburgo, Francia). Mucho se ha discutido en la Unión Europea sobre la conveniencia de tener una Carta de Derechos Fundamentales vinculante para las instituciones comunitarias (y, dentro de ciertos límites, para los Estados miembros, como recuerda Torsten Stein).

La Resolución de Colonia, República Federal de Alemania, establece "que la evolución actual de la Unión [Europea] exige la redacción de una Carta de Derechos Fundamentales que permita poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance". Más adelante se añadió, según Stein, que una Carta de Derechos Fundamentales contribuiría a aportar claridad sobre los derechos garantizados y su alcance por parte de la Unión; también se decía que el ciudadano podría reconocer mejor sus derechos, lo cual aumentaría el grado de aceptación de la integración europea y la identificación de los ciudadanos con Europa. Otros opinaban que la Carta de los Derechos Fundamentales constituiría una ayuda interpretativa adicional para el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Lo curioso de esta etapa estriba en que en la redacción de la Carta Europea de Derechos Fundamenta-

les han influido esencialmente consideraciones políticas y en un segundo plano los principios jurídicos. Es que las relaciones entre los Estados son fundamentalmente de naturaleza política, y en una proporción menor, de naturaleza jurídica.

El Tratado de Maastricht y posteriormente el Tratado de Amsterdam fueron más categóricos y fijaron las pautas esenciales de la protección comunitaria de los derechos fundamentales en los siguientes términos:

> La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal como resultan de las tradiciones comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario.

Como se puede apreciar, la Unión Europea admite y reconoce el Derecho consuetudinario.

XVI

Si bien la experiencia europea es sumamente valiosa, las Américas, en la esfera del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, hacen honor a su larga tradición jurídica e institucional.

Se presenta con todo su esplendor jurídico la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del 2 de mayo de 1948, que se anticipa en varios meses a la famosa Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, suscrita el 10 de diciembre también de 1948.

La importantísima Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José, suscrita el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José, Costa Rica, consagra en sus artículos 34 a 51 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esta Comisión, en el artículo 41, inciso *a*, tiene la misión de "estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América"; es decir, en diálogo directo y sin intermediarios con las poblaciones de las Américas. En los artículos 52 a 73 se crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A mi juicio, la clave del funcionamiento de esta Corte estriba en que el artículo 61, numeral 1, del Pacto de San José, determina que "sólo los Estados parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte". Esta previsión es muy eficaz cuando un país se resista a someter algún caso de violación de derechos humanos a la Corte, pues en su lugar lo hará la Comisión, por cuanto parece que, en la práctica internacional, viene cediendo gradualmente parte de sus atribuciones en favor del derecho de acceso directo del ser humano, por ejemplo a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para que los Estados sean parte en la Corte, se debe cumplir fundamentalmente lo dispuesto por el artículo 62, numeral 1, del Pacto de San José:

> 1. Todo Estado puede [...] declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

Considero de enorme trascendencia el cumplimiento del depósito, por los países miembros, en la Secretaría General de la OEA, del instrumento de reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62, inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, suscrita el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

Sin el cumplimiento de dicho reconocimiento, la Corte no tendría jurisdicción ni competencia dentro de un país que no lo hubiera hecho. En general, los gobiernos de los Estados miembros de la OEA, mediante un documento oficial, están reconociendo como obligatoria de pleno derecho, incondicionalmente y por plazo indefinido, la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual es un notable empuje en la esfera de la protección de los derechos humanos y la sanción irrevisable en caso de que sean violados.

Por otra parte, es digno de destacarse el ámbito de las opiniones consultivas que la Corte viene cumpliendo como su mayor actividad hasta el presente. La Corte, no cabe duda, está creando doctrina internacional judicial, precisamente en el campo de la protección de los derechos humanos, habida cuenta de que, cuando un país tiene ya cumplida la etapa de la aceptación voluntaria de la jurisdicción y competencia de la Corte, ésta se encuentra absolviendo consultas y, en otros y acaso dramáticos casos, aplicando sanciones, por el momento meramente financieras.

Cuando los poderes judiciales de los diferentes Estados, por alguna razón o por algún error, no dan una solución satisfactoria al problema de la violación o atentados contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, surge la esperanza de que la Corte Interamericana lo haga directamente, como lo viene haciendo.

XVII

Repasando nuestra opinión inicial en sentido de que el ser humano es sujeto de Derecho Internacional, y mayormente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, vemos que es innegable la evolución del mundo hacia el reconocimiento y aceptación del derecho de acceso directo de las personas a la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*ius standi in juditio*), circunstancia en que el ser humano puede llevar directamente a la Corte mencionada un caso concreto de violación (o amenaza real, debiéramos añadir) a los derechos humanos. De esta forma, en algunos casos, se podría inclusive prescindir de la intermediación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a imagen y semejanza del Sistema Europeo, éste a partir del Protocolo 11 Complementario de la Convención Europea de Derechos Humanos. Como se sabe, el Protocolo 11 data de 1994 y entró en vigor el 11 de noviembre de 1998.

El presidente (en 2002) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio Augusto Cançado Trindade, subrayó el tema al afirmar, con visión prospectiva, que “será éste el punto culminante, también en nuestro Sistema Interamericano, de un

gran movimiento de dimensión universal de lograr el rescate del ser humano, dotado de plena capacidad jurídica internacional, como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos".

Para finalizar, me viene a la memoria un oportuno aforismo, que debemos a Bracton, sobre el que debemos meditar: "el rey tiene un superior no sólo en Dios, sino en el Derecho que lo ha hecho rey, y si el rey no tiene freno, hay que ponerle uno".

Bibliografía

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (ediciones de 1996, 1999, 2000), Fundación Konrad Adenauer-CIEDLA.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Secretaría de la Corte y Unión Europea, 1999.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 2ª ed., Fundación Ford y Comisión de la Unión Europea, 1999.

FERRER LLORET, J., *Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos*, Universidad de Alicante-Tecnos, 1998.

El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998.

GLENNON, Michael J., *Diplomacia constitucional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos*, 3ª ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Comisión Europea, 1999.

Integración y supranacionalidad. Soberanía y Derecho Comunitario en los países andinos, Comunidad Andina, Secretaría General, 2001.

Ius et Praxis. Derechos en la Región (1998), Universidad de Talca.

O'DONNELL, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, Fundación Friedrich Naumann, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Comisión Andina de Juristas, 1988.

PIZA R., Rodolfo, y Gerardo TREJOS, *Derechos internacionales de los Derechos Humanos: la Convención Americana*, Judicentro, San José de Costa Rica, 1989.

RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito A., *Derecho Procesal Constitucional*, 2ª ed., Grijley, Lima, 1999.

TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986.

TREDINNICK ABASTO, Felipe, *Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales*, 3ª ed., Los Amigos del Libro, La Paz, 2000.

Mara Gómez Pérez (México) *

La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional

I. Nota introductoria

El desarrollo de los sistemas de protección de los derechos humanos está estrechamente relacionado con el establecimiento del Estado de Derecho. Una administración pública elegida democráticamente, sujeta al ordenamiento constitucional que libremente haya dictado el pueblo a través de sus legisladores, junto con la existencia de una justicia independiente, son garantías fundamentales de un régimen justo.

Sin embargo, la ingenua creencia del siglo XVIII y primera mitad del XIX de que era suficiente consagrar los derechos humanos en los textos constitucionales de las naciones para que fuesen respetados por las autoridades y los propios ciudadanos ha caído junto con el desbordamiento constante de los poderes públicos.[1] La realidad ha dado múltiples ejemplos que demuestran que la Constitución ya no es suficiente para garantizar la libertad, la justicia y el bienestar de los ciudadanos.[2]

De ahí precisamente surge la necesidad de instrumentar la protección internacional de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, pues la sumisión del Estado a todos los sistemas de protección de derechos humanos, ya sean nacionales, regionales o universales, hoy día constituye la manera más sólida, y en algunos casos la única, de asegurar el efectivo reconocimiento y respeto de la dignidad de la persona humana.[3]

---

* Candidato a Doctor por la Universidad Complutense. Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de México.

[1] Héctor Fix-Zamudio, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, México, CNDH, 1999, p. 26.

[2] Félix Laviña, *Sistemas internacionales de protección de los derechos humanos*, De Palma, Buenos Aires, 1987, p. 2.

[3] Cf. Héctor Gros Espiell, "La protección internacional de los derechos humanos y la eficacia de las estructuras de protección en el ámbito regional americano", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 4, 1984.

II. Universalismo y regionalismo en la protección internacional de los derechos humanos

Durante los siglos XIX y XX se operó un proceso lento pero progresivo hacia la internacionalización de la protección de los derechos humanos que se intensificó sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial.

El Derecho Internacional Público estableció como uno de sus fines esenciales la protección de los derechos humanos y paso a paso, desde la proscripción de la trata de esclavos por los tratados de Viena de 1815, hasta la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, fue consagrando una normatividad internacional progresista y progresiva que ha ido creando cada vez más y mejores sistemas de protección de estos derechos.

Esta protección se ha ido dando a través de esquemas tanto universales como regionales. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos constituye un instrumento de tipo universal en el sistema de las Naciones Unidas que, si bien no es un tratado sino una resolución de la Asamblea General, es una fuente de Derecho y constituye el fundamento esencial de todo el sistema de la ONU en esta materia.

Predominantemente y además de esta Declaración Universal, el sistema universal se integra por el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (ambos de diciembre de 1996) y el Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, instrumentos internacionales que, además, han creado órganos de protección de los derechos humanos y procedimientos especiales para ello.

Pero, a su vez, se han creado sistemas regionales como el de Europa, cuyo origen se cifra en la Convención de 1950, desarrollada a través de varios protocolos adicionales, y el sistema regional americano, que comprende a todos los países que son parte en la Carta de la Organización de Estados Americanos y de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

La coexistencia de sistemas regionales y universales de protección de los derechos humanos nos lleva al estudio de la cuestión del universalismo y el regionalismo en la materia. Al respecto, coincidimos con la doctrina dominante[4] en el sentido de que no son fórmulas antitéticas ni excluyentes, y que, en la medida de lo posible, deben adecuarse para sumar sus ventajas con el fin de obtener un mejor resultado en función de la defensa de los derechos y libertades del ser humano.

Sobre el tema, la doctrina ha analizado la interacción del universalismo y el regionalismo en la creación de las normas internacionales, observando que tanto los

[4] Laviña, op. cit., p. 11.

textos universales han influido en los regionales, como éstos en aquéllos. Merece aquí anotarse que la Declaración Americana de 1948 antecedió en unos siete meses a la Declaración Universal de los Derechos Humanos.[5]

De igual manera, se han estudiado las consecuencias de la coexistencia de dichos sistemas y sus respectivos órganos. A este respecto se entiende que la previa consideración de un determinado caso en el sistema regional no debe impedir la acción del sistema universal, y a la inversa, la investigación iniciada en el sistema universal no impide la acción del regional e incluso, se estima que es perfectamente admisible la intercomunicación de informaciones y resultados entre los órganos de uno y otro sistema. No obstante, tratándose de procedimientos ya iniciados, los diversos tratados sí han pretendido impedir la existencia de dos o más procedimientos sobre el mismo caso y, con ello, la posible emisión de resoluciones contradictorias, señalando expresamente que una demanda sólo será admitida cuando el asunto no haya sido sometido a otra instancia internacional, ya sea regional o universal.

III. México y la protección de los derechos humanos. Los orígenes de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos

Si bien México ha mostrado una marcada proclividad a la tutela de los derechos humanos, como lo demuestran el establecimiento en la Constitución de las garantías individuales y políticas, su avanzada legislación en materia de derechos sociales, la instauración y difusión internacional del juicio de amparo, la reciente creación de otros medios de control constitucional y su perfeccionamiento jurisprudencial, y la suscripción de múltiples y muy diversos instrumentos internacionales que establecen catálogos y crean sistemas alternos de protección de esos derechos, lo cierto es que también en ciertos momentos se ha mostrado receloso a este respecto.[6]

Las experiencias negativas de América Latina en la Sociedad de Naciones provocaron cierta desconfianza en los sistemas universales y en un principio nuestro país optó por pugnar por una declaración regional, convencido de que en un ámbito territorial más estrecho podían obtenerse documentos más acordes con la realidad del continente.[7]

En el siglo XX, incluso antes de la Segunda Guerra Mundial, la preocupación regional por los derechos humanos se expresó mediante la suscripción de convencio-

---

[5] Thomas Buergenthal, Robert. E. Norris y Dinah Shelton, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Civitas-IIDH, Madrid, 1990, p. 34; y Jorge Madrazo, *Derechos humanos: El nuevo enfoque mexicano*, FCE, México, 1993, p. 24.

[6] Cesar Sepúlveda, "México, la Comisión Interamericana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *La protección internacional de los Derechos del Hombre. Balances y perspectivas*, UNAM, México, 1983, pp, 191 y ss.

[7] Ibídem.

nes en materia de derechos de los extranjeros, nacionalidad y asilo, derechos de la mujer, condiciones de los trabajadores, protección a la niñez, etcétera.[8]

No obstante, el gobierno mexicano fue controlando paulatinamente su ímpetu inicial y sus criterios respecto a un sistema regional de protección de los derechos del hombre, porque conceptuaba que ello iba en contra del principio de la no intervención, que ha sido una de las normas fundamentales de las relaciones internacionales de México. Ello también explica que, posteriormente, México haya abogado sólo por una declaración de derechos humanos y no por un mecanismo intergubernamental de tutela de estos derechos.

Como sea, hacia el año de 1959 se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Y no deja de sorprender porque, como se señalaba, el concepto de la no intervención estaba fuertemente arraigado, y un cuerpo de esta naturaleza no dejaba de significar un posible escrutinio de los asuntos domésticos que el nacionalismo de los países americanos reserva exclusivamente al dominio interno.

Muy probablemente influyó que para entonces ya habían madurado muchas nociones sobre la tutela internacional de los derechos de la persona humana y se había observado que el funcionamiento de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas no había suscitado mayores problemas, además de que ya había ganado terreno la idea de que la transgresión de los derechos humanos en un país no sólo afecta a éste, sino que constituye un factor de alteración de la paz en toda la región.

Si bien en un inicio la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue concebida como un órgano con funciones que podríamos calificar de inocuas o anodinas (estimular la conciencia de los derechos humanos en América Latina, preparar estudios o informes sobre el desempeño de sus funciones, servir de cuerpo consultivo de la OEA en materia de derechos humanos, etc.), curiosamente su buen desempeño, sobre todo en ciertos conflictos clave de la región, demostró pronto que se le había puesto un cerco demasiado estrecho.

Así, entre 1965 y 1967 (primero en la Conferencia Extraordinaria de Río de Janeiro y luego en el Protocolo de Buenos Aires) se reexaminaron el papel y las funciones de la Comisión y se le confirieron nuevas y más importantes atribuciones, y casi inmediatamente después, en el año de 1969, se creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano de fundamental importancia en nuestros días, por cuanto tiene competencia contenciosa, esto es, para decidir casos en los que se alega la violación, por un Estado miembro, de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además de competencia consultiva, la que la autoriza a interpretar esta Convención y otros instrumentos de derechos humanos a petición de los Estados miembros de la OEA o de algunos órganos de ésta.[9]

---

[8] Buergenthal, et al., op. cit., p. 33.
[9] Ibídem, pp. 54 y 55.

IV. La Convención Americana de Derechos Humanos

Esta Convención fue aprobada en 1969 durante la conferencia intergubernamental convocada por la OEA que se celebró en San José de Costa Rica, por lo que también se la conoce como Pacto de San José. No obstante, no entró en vigor hasta 1978, después de recibirse el depósito del instrumento de ratificación número once en términos de su artículo 74.2.

La Convención Americana es más extensa que la mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Contiene 82 artículos y codifica más de dos docenas de derechos que incluyen: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, a la privacidad, al nombre, a la nacionalidad, a participar en el gobierno, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial. Asimismo, proscribe la esclavitud y proclama la libertad de conciencia y de religión, de pensamiento y de expresión, así como la libertad de reunión, asociación, circulación y de resistencia, además de prohibir la aplicación retroactiva de las leyes y de las sanciones penales.

Los Estados parte se comprometen a *respetar* y *garantizar* el libre y pleno ejercicio de estos derechos a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, por lo que bien puede afirmarse que tienen tanto deberes positivos como negativos. Por un lado, tienen la obligación de no violar los derechos de los seres humanos (verbigracia, no torturar a una persona) pero las obligaciones de los Estados se extienden más allá de este deber negativo, de tal forma que también se les puede exigir a las autoridades internas la adopción de las medidas positivas necesarias y razonables, según las circunstancias, que garanticen el pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención (por ejemplo, garantizar la no tortura de sus nacionales aun cuando dicha tortura no sea llevada a cabo por agentes públicos).

Se ha dicho que los derechos que la Convención Americana proclama son tantos y de tal magnitud (incluso mayores que los contenidos en la Convención Europea o el Pacto de Derechos Civiles y Políticos) que puede dudarse de que exista algún país en América que cumpla con todos ellos.[10] Este hecho, sin embargo, no impidió que la Convención obtuviese el número necesario de ratificaciones para entrar en vigor y, más aun, que curiosamente la mayoría de dichas ratificaciones no contuviesen ninguna reserva, pese a que las condiciones jurídicas y fácticas de por lo menos algunos países ratificantes tal vez debieron haber dado lugar a un mayor número de reservas.

Por último, vale la pena remarcar que la Convención Americana establece dos órganos para asegurar su cumplimiento, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cada una compuesta por siete expertos en materia de derechos humanos, elegidos a título personal y no como

[10] Ibídem, p. 42.

representantes gubernamentales. Las normas que regulan el funcionamiento de la Corte están contenidas en tres instrumentos que son, en orden jerárquico: la Convención, el Estatuto de la Corte y el Reglamento expedido por los propios miembros de la Corte.

V. Las relaciones entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional

El Derecho Interno debe velar por la observancia de los derechos humanos excluyendo la razón de Estado. A su vez, el Derecho Internacional debe actuar eficazmente protegiendo dichos derechos fuera de las soberanías nacionales.[11] Estas expresiones, lógicas en sí mismas, adquieren un valor paradójico cuando las normas de cada uno de estos sistemas se contraponen o de alguna manera entran en contradicción.

En nuestro país, la Constitución mexicana es la norma de normas. Impone deberes, crea limitaciones, otorga facultades y concede derechos. Nada ni nadie puede estar sobre ella, pues su naturaleza de suprema niega la posibilidad de que esté sometida a otro cuerpo normativo superior y, en cambio, requiere que todo le sea inferior y que cada acto de autoridad esté de acuerdo con ella. Toda la estructura normativa del país descansa sobre esta idea.

El principio que determina la superioridad de nuestra Constitución se puede constatar de muy diversas maneras. Por un lado, los artículos 40 y 133 le otorgan la cualidad de *Ley Fundamental* y de *Ley Suprema de la toda la Unión*. Esta supremacía se evidencia también en el término que se utiliza para denominarla: *Constitución*; es decir, lo que constituye, lo que funda, crea o establece, lo que organiza, faculta o limita. Pero además y muy especialmente, su supremacía deriva de las garantías de cumplimiento, pervivencia y defensa de la Constitución que consagra este mismo cuerpo normativo, verbigracia, la protesta de los funcionarios públicos, el procedimiento investigatorio de la Suprema Corte de Justicia, el juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, el juicio político, los principios relativos a la inviolabilidad de la Constitución, entre otras.[12]

En nuestro derecho, ella es la norma de normas; la que da validez y coherencia a todo el orden jurídico, la norma que organiza cada uno de los componentes de ese orden y los jerarquiza a fin de que puedan aplicarse e interpretarse de una manera armónica y funcional. En ese sentido, cualquier otra norma, ya sea internacional o bien nacional, siempre estará subordinada a la Constitución.

Estos principios, consagrados no sólo en nuestra Constitución sino en la de muchos otros países, encuentran una franca oposición al contrastarlos con los

---

[11] Juan Antonio Travieso, *Derechos humanos y Derecho Internacional*, Heliasta, Buenos Aires, 1996, p. 28.

[12] Para mayor información sobre el tema veáse: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, “Garantías de cumplimiento, defensa y pervivencia de la Constitución”, artículo inédito.

tratados internacionales y, en especial, con aquellos relativos a la materia de derechos humanos.

Conviene precisar aquí que la doctrina internacionalista encuentra en el derecho comparado cuatro tipos de jerarquía o interrelación entre los tratados internacionales sobre derechos humanos y el derecho interno:

1. *Supraconstitucional:* en la cual los tratados sobre derechos humanos, por disposición expresa de la propia Constitución, tienen una jerarquía superior a ella. Éste es el sistema que rige en Holanda.
2. *Constitucional:* donde, también por disposición expresa de la Constitución, los tratados sobre derechos humanos tienen una jerarquía exactamente igual a la de la propia Constitución. Este método funciona en Argentina y en 1999 fue introducido en la nueva Constitución Bolivariana de Venezuela.

En los dos sistemas antes apuntados, los tratados internacionales sobre materias diversas a los derechos humanos tienen una jerarquía inferior a la Constitución.

3. *Supralegal:* en la que los tratados internacionales sobre derechos humanos o, incluso, sobre cualquier otra materia, se colocan por debajo de la Constitución pero por encima de las leyes internas. Este sistema rige en Colombia y, aunque no de manera totalmente definida, también en México.[13]
4. *Legal:* donde los tratados internacionales, sean de la materia que sea, tienen un rango inferior a la Constitución e idéntico a una ley interna. Éste es el sistema que todavía se sigue en la mayoría de las naciones.

Empero, para el derecho internacional la jerarquía interna de un tratado o su adecuación con las normas internas es prácticamente irrelevante.

De conformidad con los artículos 26, 27 y 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe y, por ello mismo, un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incum-

---

[13] Por muchos años se sostuvo en México que las leyes federales y los tratados internacionales tenían la misma jerarquía normativa, esto es, justo el rango inmediato inferior a la Constitución; de tal forma que un tratado internacional no podía servir de criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Este criterio fue abandonado en el año 1999 cuando la Suprema Corte de Justicia mexicana, al resolver el amparo en revisión 1475/98 promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, emitió una tesis aislada en la que dijo que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución. Empero, este criterio no resulta obligatorio y, hasta el día de hoy, tampoco ha sido reiterado en la solución de ningún otro juicio. Para mayor información sobre el tema veáse: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, "Derecho Internacional y Derecho Constitucional: un fallo interesante", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2000*, Fundación Konrad Adenauer-CIEDLA, Buenos Aires, 2000, pp. 529 a 539; y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (Dimensión transnacional del Derecho Procesal Constitucional)", en *Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 2001, p. 711.

plimiento de un tratado, salvo en lo relativo a las normas concernientes a la competencia para celebrar los tratados, pero de una manera muy restringida.

En efecto, una vez que un tratado internacional es propalado en el ámbito internacional y en tanto éste se encuentre en vigor (es decir, mientras no se solicite su anulación, terminación, suspensión o el retiro del Estado), no existe ningún procedimiento o mecanismo por virtud del cual el Estado se pueda desligar de las obligaciones asumidas por su causa, lo que implica que, más allá de que dicho documento internacional vaya en contra de cualquiera de las normas internas o, incluso, de la propia Ley Fundamental, la nación está obligada a su cumplimiento y dicho acatamiento le puede ser exigido a través de cualquiera de los medios que el mismo derecho internacional público establece.

Estas premisas, que de alguna manera son evidentes y hasta asequibles casi para cualquiera, suscitan no pocas complicaciones cuando se las aprecia en su funcionamiento ordinario, pues lo cierto es que, por un lado, en ocasiones los órganos internos de los Estados signatarios de un instrumento internacional no conocen la trascendencia de éstos ni la intromisión que implica para su propio orden jurídico y, además, porque los tribunales creados por estos tratados, al ir definiendo su competencia a través del conocimiento de procesos y la emisión de sentencias, han tomado cauces que muy probablemente nunca imaginaron los redactores de dichos documentos internacionales.

Para explicar estas nociones con más claridad nos referiremos a continuación a dos casos resueltos recientemente por la Corte Interamericana de derechos humanos.

VI. Los casos “Barrios Altos” y “La última tentación de Cristo”

Recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió un par de casos que sentaron sendos precedentes de fundamental importancia. Nos referimos a los casos conocidos como “La última tentación de Cristo” y “Barrios Altos”.

El último de ellos, es decir, el caso “Barrios Altos”, llamado así por ser éste el nombre con el que se conoce al vecindario limeño donde se sucedieron flagrantes transgresiones a los derechos humanos por parte de un escuadrón de eliminación del ejército peruano llamado Grupo Colina, se suscitó con motivo de la impugnación de que fueron objeto ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos dos leyes peruanas emitidas bajo el “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional” al mando del ahora ex presidente Alberto Fujimori.

Estos ordenamientos, es decir, las leyes n° 26.479 y n° 26.492, tuvieron por objeto, por un lado, exonerar de responsabilidad a los militares, policías y también civiles que hubieran cometido, entre 1980 y 1995, violaciones a los derechos humanos o participado en esas violaciones, y por el otro, neutralizar o de alguna manera detener las actuaciones de los tribunales peruanos sobre este particular.

Al cabo de un largo y controvertido procedimiento, y pese a que el Estado peruano se allanó a la demanda, los magistrados de la Corte Interamericana resolvieron que las referidas leyes n° 26.479 y n° 26.492 transgredían los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que concluyeron señalando que dichas leyes:

> […] carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.

A pesar del eufemismo utilizado por los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta por demás evidente que la declaración relativa a que dichas leyes "carecen de efectos jurídicos" implica, necesariamente, su nulidad.

Es decir que la Corte Interamericana, al igual que lo hace cualquier tribunal constitucional, asumió una función de legislador negativo y, desde su ámbito internacional, anuló con efectos generales ambos ordenamientos.

Las consecuencias en el hermano país latinoamericano no se hicieron esperar. Poco después del fallo de la Corte comenzaron a dictarse numerosas órdenes de detención en contra de los responsables y a ejecutarse con prontitud aunque, vale decir, ello en cierta medida gracias a que el régimen político bajo el cual se habían dictado las referidas leyes ya había cesado.

Pero lo que para nuestros efectos destaca en relación con esta sentencia es la facultad que de alguna manera ha asumido dicho tribunal internacional para declarar la nulidad con efectos generales de una ley nacional.

En el orden jurídico mexicano, las leyes sólo pueden emitirse o reformarse mediante el procedimiento que dispone el artículo 72 constitucional, en el ámbito federal, y los correspondientes preceptos, en el orden local, y en igual medida, solamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su carácter de Tribunal Constitucional, está facultada para declarar la nulidad total o parcial de una ley. Igual o análogos sistemas rigen en la mayoría de las naciones.

Aunado a ello, la nulidad que puede declarar nuestro Máximo Tribunal, única y exclusivamente puede ser motivada por razones de orden constitucional, esto es, cuando la ley haya sido dictada sin atender al procedimiento de creación respectivo o cuando su contenido vaya en contra del texto de nuestra Norma Fundamental.

Además, la sentencia que sobre el particular emita nuestra Suprema Corte de Justicia será, por el simple hecho de haberla emitido ella, inapelable, firme, ejecutoria, y ningún otro órgano colegiado o unipersonal de nuestro país podrá revocarla, puesto que goza del privilegio de convertirse automáticamente en cosa juzgada. Pero ¿podría un tribunal internacional revocar un fallo del Máximo Tribunal de una nación?

Veamos el segundo caso al que hicimos referencia desde un inicio: el denominado caso "La última tentación de Cristo".

El artículo 19, punto 12, de la Constitución Política de Chile establece un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica. Con base en dicho precepto constitucional y en el decreto ley 679, el Consejo de Calificación Cinematográfica chileno rechazó la exhibición en este país de la película *La última tentación de Cristo*, previa petición que para tales efectos le formulase la empresa United International Pictures Ltd. Dicha compañía, en un intento por conseguir la exhibición de la película, recurrió la resolución del Consejo ante un tribunal de apelación, pero la resolución fue confirmada por este último.

Siete años después, ante una nueva petición de esta misma compañía norteamericana, el Consejo de Calificación Cinematográfica revisó su resolución y en esta ocasión, por mayoría de votos, autorizó la exhibición de la película para espectadores mayores de 18 años.

La resolución del Consejo nuevamente fue recurrida, pero esta vez por siete personas físicas "por y a nombre de Jesucristo, la Iglesia Católica y por sí mismos" ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la que tras el trámite correspondiente emitió su sentencia estimando el recurso de apelación promovido y dejando con ello sin efectos la resolución administrativa del Consejo de Calificación Cinematográfica, con lo cual nuevamente quedó prohibida la exhibición del film.

Sin embargo, nuevamente diversas personas físicas interpusieron en contra de este último fallo una apelación ante la Corte Suprema de Justicia de Chile, esto es, la máxima autoridad judicial en ese país, la que de nueva cuenta confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago y, por ende, ratificó la prohibición para exhibir en Chile el referido film.

Cabe decir que, si bien el entonces presidente de Chile, Eduardo Frei, presentó un proyecto de reforma al artículo 19, punto 12, constitucional y que dicha iniciativa fue aprobada casi de inmediato por la Cámara de Diputados, hasta el momento no ha sido completado el proceso de reforma constitucional.

A este respecto la Corte Interamericana, tras la tramitación del procedimiento correspondiente, resolvió por unanimidad de votos que el Estado chileno había violado el derecho a la libertad de pensamiento y expresión consagrados en el artículo 13 de la Convención Americana sobre derechos humanos y que, por ende, debía modificar su ordenamiento jurídico interno en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa y permitir la exhibición de la película *La última tentación de Cristo*.

Necesario resulta hacer notar en este punto que la modificación al derecho interno a que se refería la Corte Interamericana concretamente aludía al decreto ley 679 y, muy especialmente, al artículo 19, punto 12, de la Constitución Política de Chile. Es decir que, por virtud de la sentencia de este tribunal constitucional, no sólo se revocó una sentencia ejecutoria del Máximo Tribunal chileno, sino que además se obligó a la nación a reformar su texto constitucional.

Pero hay asimismo un punto en este fallo que destaca de manera fundamental: si bien la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (que es la que formalmente somete todos los asuntos a la jurisdicción de la Corte) había expresado en sus alegatos "un acto contrario al derecho internacional producido por el Poder Judicial puede generar responsabilidad internacional del Estado siempre y cuando éste en su conjunto asuma los criterios dados por el Poder Judicial" y, en orden a ello, había solicitado a la Corte que declarase que Chile se encontraba "en un proceso para que […] se adopten las medidas necesarias para eliminar la censura cinematográfica y permitir así la exhibición de la película", haciendo con ello alusión a la iniciativa de reforma constitucional al artículo 19, punto 12, promovida por el entones presidente Eduardo Frei y que, como se dijo, se encontraba ya en discusión ante el Poder Legislativo de dicha nación, el referido tribunal internacional sentenció lo siguiente:

> Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los derechos humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Como puede apreciarse, si bien es cierto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no dijo literalmente que revocaba la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, lo cierto es que prácticamente la dejó sin efecto o, de alguna manera, pasó sobre ella y, además, claramente señaló que los actos u omisiones provenientes de cualquier autoridad nacional, sean de la jerarquía que sea y sin importar que hayan sido emitidos por un órgano de funciones esencialmente técnicas y apolítico como lo es un Tribunal Constitucional, pueden dar lugar a que el Estado incurra en responsabilidad internacional.

Todo esto tiene una gran importancia para todas las naciones pero, de manera muy particular, para aquéllas en las que rigen sistemas jurídicos como el nuestro, que todavía se encuentran estructurados bajo la idea de que no existe nada ni nadie por encima de la Corte Suprema y mucho menos de la Constitución.

VII. Conclusiones

De todo lo expresado podemos concluir, en primer término, que pese a lo que señalen las normas internas de una nación y sin que obste para ello lo que al respecto ejecuten, establezcan o sentencien las autoridades nacionales, los tratados internacionales, y sobre todo aquellos que se refieren a la protección de los derechos humanos, tienen una jerarquía superior a la Constitución de los Estados signatarios.

En esa medida, menester es reconocer que los jueces internos de cada nación signataria tienen obligación de conducirse como verdaderos jueces internacionales,

interpretando y aplicando, de la misma forma en que lo haría un juez internacional, los tratados internacionales sobre derechos humanos.

A este respecto resulta particularmente importante señalar que en lo relativo a los derechos de la persona humana se han reconocido dos principios o reglas de actuación jurisdiccional: 1º el principio de progresividad, conforme al cual un individuo puede invocar los derechos del ordenamiento jurídico que más lo favorezcan, sin importar si éste es nacional o internacional, y 2º que en materia de derechos humanos nunca es válida la interpretación restrictiva, de tal forma que siempre deben interpretarse de la manera más favorable para la persona humana.

Queda de manifiesto, asimismo, que los tribunales protectores de los derechos humanos tienden a convertirse en verdaderos tribunales constitucionales internacionales, y no sólo la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la cual se ha hecho aquí especial referencia, sino también la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo y, desde luego, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo.[14]

Sobre el particular, resulta interesante hacer notar cómo estos tribunales de alguna manera definen su propia competencia a través de sus fallos, y que, por lo menos en lo que respecta a la Corte Interamericana, esta competencia ha tendido a dilatarse cada vez más.

Una forma a través de la cual se podría evitar toda la problemática que de alguna manera se deja ver en líneas anteriores respecto al enfrentamiento entre el derecho nacional y el internacional es el llamado *control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales,* mediante el cual la máxima autoridad jurisdiccional de una nación juzga sobre la adecuación del instrumento internacional a las normas internas del Estado antes de que el tratado sea propalado, determinando así de antemano si éste contraviene o no alguna norma constitucional.[15]

Así, por ejemplo, en Colombia la Corte Constitucional determina a través de este procedimiento si existe un vicio superable o uno no superable. En el primer caso, dicha Corte emite un fallo provisional y el tratado regresa al órgano encargado de su celebración para su ajuste, retornando posteriormente a la propia Corte Constitucional para que ésta falle en definitiva si es posible su celebración o no. En el caso de que la Corte advierta un vicio no superable, emite una declaración inmediata de inconsti-

---

[14] Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "Los Tribunales Constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México", en *Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 2001, p. 67

[15] Humberto Nogueira Alcalá, "Las Constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2000,* Fundación Konrad Adenauer-CIEDLA, Buenos Aires, 2000, p. 174; y Ferrer Mac-Gregor, "La Corte Interamericana...", op. cit., p. 713.

tucionalidad que puede ser total o únicamente parcial, y conforme a la cual no podrá ser celebrado dicho tratado si previamente no se modifica la norma constitucional.

Como sea, es ya un hecho que la protección internacional de los derechos humanos va más allá de la soberanía nacional. Es ésta una tendencia que cada vez se consolida con más fuerza y que, al día de hoy, es imposible desconocer.

Bibliografía

BUERGENTHAL, Thomas, Robert E. NORRIS y Dinah SHELTON, *La protección de los derechos humanos en las Américas* (trad. de Rodolfo Piza Escante), 1ª reimp., Civitas-Instituto Interamericano de derechos humanos, Madrid, 1990.

BUERGENTHAL, Thomas, *Derechos humanos internacionales* (trad. de Ángel Carlos González Ruiz), 2ª ed., Gernika, México, 1996.

CUADRA, Héctor, *La proyección internacional de los derechos humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1970.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos (a propósito de la Constitución española de 1978)*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "Los Tribunales Constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México", en *Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 2001.

— "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión transnacional del Derecho Procesal Constitucional)", en *Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 2001.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2ª ed., México, Comisión Nacional de derechos humanos, 1999.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *El Derecho Procesal Constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías)*, UNAM, México, 1995.

GROS ESPIELL, Héctor, "La protección internacional de los derechos humanos y la eficacia de las estructuras de protección en el ámbito regional americano", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 4, 1984.

LAVIÑA, Félix, *Sistemas internacionales de protección de los derechos humanos*, De Palma, Buenos Aires, 1987.

MADRAZO, Jorge, *Derechos humanos: el nuevo enfoque mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Las Constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2000*, Fundación Konrad Adenauer-CIEDLA, Buenos Aires, 2000.

ORTIZ MAYAGOITIA, Guillermo I., "Derecho Internacional y Derecho Constitucional: un fallo interesante", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2000*, Fundación Konrad Adenauer-CIEDLA, Buenos Aires, 2000.

— "Garantías de cumplimiento, defensa y pervivencia de la Constitución", artículo inédito.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús, *Estudios sobre derechos humanos. Aspectos nacionales e internacionales*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Colección Manuales, México, 1990.

RUIZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un estudio sobre la relación entre el Derecho Nacional y el Internacional*, Tecnos, Madrid, 1997.

SEPÚLVEDA, Cesar, "México, la Comisión Interamericana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *La protección internacional de los derechos del hombre. Balances y perspectivas*, UNAM, México, 1983.

SQUELLA, Agustín, *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos*, 2ª ed., Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, 1998.

TRAVIESO, Juan Antonio, *Derechos humanos y Derecho Internacional*, Buenos Aires, Heliasta, 1996.

Héctor Gros Espiell (Uruguay) *

La prevención de conflictos bélicos en el Derecho Internacional actual. Las Naciones Unidas y el sistema interamericano

I

La prevención de conflictos constituye hoy un elemento esencial, absolutamente necesario, para que pueda cumplirse y tener efectividad el "propósito" primario de las Naciones Unidas de "mantener la paz y la seguridad internacionales" (artículo 1.1 de la Carta de las Naciones Unidas).

Esta idea de que el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales exige no sólo "suprimir actos de agresión y otros quebrantamientos de la paz" sino también prevenirlos para impedir su estallido, no es únicamente una afirmación conceptual y un resultado de la experiencia histórica, sino que ya se encuentra en la Carta de las Naciones Unidas. En efecto, en el citado artículo 1.1, se establece que "con tal fin [mantener la paz y la seguridad internacionales], las Naciones Unidas deben tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz".

La idea de que la prevención de los conflictos constituye un aspecto esencial para lograr el propósito de asegurar y mantener la paz y la seguridad internacionales ya fue consagrada jurídica y políticamente en la Carta.[1] La exégesis de la Carta permi-

---

* Profesor de Derecho Internacional. Miembro de l'Institut de Droit International, miembro del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional. Miembro de Honor del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional. Ex ministro de Relaciones Exteriores del Uruguay. Ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ex presidente del Istituto Internazionale di Diritto Umanitario (San Remo). Miembro del Consejo del Istituto Internazionale di Studi sui Diritti dell'Uomo (Trieste). Ex secretario general del Organismo para la Proscripción de las Armas Nucleares en América Latina (OPANAL) (Tratado de Tlatelolco).

[1] La doctrina, durante años, no analizó especialmente el sentido, el alcance ni la proyección de la referencia que hace el artículo 1.1 a "prevenir y eliminar amenazas a la paz" (Goodrich y Hambro, *Commentaire de la Charte des Nations Unies*, Ginebra, 1946, p. 120-121; Eduardo Jiménez de

te distinguir entre la prevención para mantener la paz y las acciones a adoptar luego de que la paz se ha roto, para restaurarla y restablecerla. La experiencia histórica cumplida desde 1946 hasta hoy no ha hecho sino confirmar este enfoque, agregando ahora las medidas posteriores de consolidación de la paz. Estas medidas, al estar dirigidas a impedir el renacimiento de conflictos respecto de los cuales se aplicarían medidas de restablecimiento de la paz, constituyen, a su vez, formas de prevención.

La prevención, siempre necesaria, es además menos costosa, menos traumática, y produce consecuencias políticas y económicas menos graves y menos hirientes que las medidas que es necesario aplicar para restablecer la paz y la seguridad una vez que el conflicto ha estallado.

La Carta de las Naciones Unidas ha proyectado la idea de la necesaria prevención de los conflictos, en las competencias atribuidas al Consejo de Seguridad, a la Asamblea General y al Secretario General (artículos 11.3, 12, 14, 24.2 y 99).

Es cierto que estas normas no se refieren expresamente a la prevención ni a la forma de prevenir los conflictos. Pero al referirse a "situaciones susceptibles de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales" (artículo 11.3), al establecer que se deberá actuar "de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas" (artículo 24.2) y al señalar el caso de los asuntos que pueden "poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales" (artículo 99), con referencia a competencias de la Asamblea General, del Consejo de Seguridad y del Secretario General, la Carta está determinando competencias de tipo preventivo de estos órganos, respecto de conflictos que pueden llegar a estallar bélicamente y que, por su mera existencia, ya constituyen en sí mismos, y más aún potencialmente, una amenaza para la paz y la seguridad internacionales.

La prevención supone la posibilidad —y el deber— de encarar la solución de los conflictos por el arreglo pacífico (Carta de las Naciones Unidas, artículo 2.3 y capítulo VI, artículos 33 y 38, artículo 2.3 y Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados [resolución 2625, XXV] y por la acción en caso de "toda amenaza a la paz" (capítulo VII, artículo 39 de la Carta). En uno u otro caso, ya sea por la vía de la solución pacífica o de la acción "preventiva" (artículo 50), se trata de formas de prevención de conflictos bélicos.

Hay que destacar que, con respecto al "principio" de interdicción de uso de la fuerza, el artículo 2.4 de la Carta impone la abstención de la utilización de ésta y también de la "amenaza" del uso de la fuerza (Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre

---

Aréchaga, *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas*, Madrid, 1958, p. 36). Una notable excepción es la de Hans Kelsen, quien con sin igual precisión distinguió entre el "mantenimiento de la paz por medio de la prevención de conflictos bélicos, del restablecimiento de la paz", porque cuando la paz ya ha sido rota no puede ser mantenida sino restaurada (*The Law of the United Nations*, Stevens & Sons, Londres, 1951, p. 13).

los Estados; el principio de que los Estados en sus relaciones internacionales se abstendrán de recurrir a la amenaza o uso de la fuerza).

La amenaza del uso de la fuerza es, en consecuencia, uno de los elementos que puede llevar a la adopción de medidas de prevención de los conflictos, antes de que haga efecto el uso de la fuerza.

Es interesante destacar que el artículo 50 de la Carta, retomando la terminología del artículo 1.1 ("prevenir y eliminar amenazas a la paz"), se refiere a las "medidas preventivas".

El artículo 52 de la Carta (capítulo VIII, Acuerdos regionales), al establecer: "Ninguna disposición de la Carta se opone a la existencia de acuerdos u organismos regionales cuyo fin sea entender en los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y susceptibles de acción regional", está aceptando que estos acuerdos u organismos pueden actuar para prevenir conflictos regionales. Esta acción regional, de carácter previsional, no implicaría naturalmente la aplicación de "medidas coercitivas" sin autorización del Consejo de Seguridad (artículo 53).[2]

II

El concepto de lo que es la prevención de los conflictos bélicos —prevención que no sólo es un deber, sino que como hemos ya dicho es necesaria y constituye una esencial contribución al mantenimiento de la paz—, es algo totalmente distinto de la que se ha llamado *legítima defensa preventiva*.

La legítima defensa —pese a ser un derecho inmanente de los Estados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas—, sólo se configura en caso "de ataque armado". No puede invocarse el derecho de legítima defensa, individual o colectivo, para prevenir un posible ataque armado que aún no se ha hecho efectivo. En una situación de peligro de un ataque armado previsible o posible, sólo cabe poner el hecho y la situación en conocimiento del Consejo de Seguridad para que éste tome de inmediato todas las medidas requeridas para mantener la paz y la seguridad internacionales.

Aunque la solución que sostengo puede ser discutible y ha dividido a la doctrina, pienso hoy, y me reafirmo, en el criterio de que, en aras de la paz y la seguridad, no puede aceptarse la llamada legítima defensa preventiva. Incluso los que se resisten a aceptar de manera total la afirmación de la ilicitud de la legítima defensa preventiva reconocen la enorme peligrosidad de su admisión.[3]

---

[2] Jean Louis Dufour, "De la Gestion des Crises à la Prévention des Conflits, Prévision de la Guerre et Prévention de la Guerre", Symposium "Des Insécurités Particuliers á la Sécurité Globale", Unesco, París, 1996.

[3] Alejandro J. Rodríguez Carrión, *Uso de la fuerza por los Estados*, Organización Sindical, Málaga, 1974, p. 209-217; Cesáreo Gutiérrez Espada, *El uso de la fuerza y el Derecho Internacional después de la Colonización*, Valladolid, 1988, pp. 14-16; Jiménez de Aréchaga, op. cit., capítulo XIV;

Creo que lo que hay que afirmar, jurídica y políticamente, es que no hay un derecho de legítima defensa preventiva y que conceptualmente la prevención de los conflictos bélicos no puede realizarse mediante el uso de la fuerza, invocando la legítima defensa.

III

El mantenimiento de la paz, que obliga a la adopción de medidas de prevención de los conflictos, a aplicar antes de que éstos estallen, supone para su eficacia un sistema de información, de prevención y de reacción urgente, adecuada, justa, equilibrada y no discriminatoria. Esto ha sido señalado por los sucesivos secretarios generales de las Naciones Unidas en los documentos a los que luego nos referiremos especialmente. Algo se ha hecho, pero es mucho más lo que resta por hacer.[4]

El mantenimiento de la paz (*peace keeping*) debe ser paralelo a la construcción de la paz (*peace building*),[5] concepto más amplio y global, que abarca la prevención de los conflictos pero también la lucha por eliminar las causas (políticas, económicas, sociales y culturales) de la violencia y de la confrontación, las hondas y profundas raíces de los conflictos bélicos.

La prevención de conflictos bélicos debe ser adecuada en el tiempo, rápida, inmediata y oportuna. Si no lo es, el conflicto puede estallar y habría que tratar de restablecer la paz, paz ya rota en un conflicto bélico ya producido.

Por eso en el caso de la prevención es plenamente aplicable la afirmación de que "mañana siempre es tarde".[6]

La prevención de los conflictos bélicos internacionales obliga a considerar y actuar, por las Naciones Unidas y en lo pertinente por los organismos y acuerdos

---

Joe Verhoeven, *Droit International Public*, Larcier, Bruselas, 2000, p. 684; Ronald St. John Macdonald, "L'Emploi de la Force par les États en Droit International", en *Droit International, bilan et perspectives*, t. 2 (M. Bedjaoui, rédacteur général), Unesco, París, 1991, pp. 774-778; Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, Oxford University Press, 2000 (Anticipatory self-defense), pp. 111-115; Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1997 (El Casus operandi de la legítima defensa. La legítima defensa preventiva), pp. 924-926; Brun-Otto Bryde, "Self-Defense", en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, 2000, pp. 361-364; Yan Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford and Clarendon Press, 1963 (Anticipatory Defense and the UN Charter), pp. 275-278; K. Skubiszewski, "Use of Force by States, Collective Security, Law of War and Neutrality", en *Manual of Public International Law*, M. Sorensen, Nueva York, 1968, p. 767; Hans Kelsen, "Collective Security and Collection Self Defense Under The Charter of the United Nations", *A J IL*, 42, 1948), p. 784.

[4] Federico Mayor Zaragoza, *Un mundo nuevo*, Círculo de Lectores, Unesco, 2000, p. 533; Clovis Brgação, "Prevenir, mantener e Construir a Paz: Novos Desafios a Segurança International", en *O Brasil e as Novas Dimensões de Segurança International*, San Pablo, 1999.

[5] Federico Mayor Zaragoza, *Mañana siempre es tarde*, Espasa Calpe, Madrid, 1987.

[6] Ibídem.

regionales —dentro de sus competencias y con el respeto del Derecho Internacional—, ante conflictos bélicos internos que pueden tener una proyección internacional, transformándose así en conflictos bélicos internacionales.

La prevención de los conflictos debe ser global y totalizante. Si no posee este carácter, será siempre ineficaz e incompleta.

IV

La Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) —es decir, del sistema regional americano, que constituye un acuerdo y un organismo regional según la Carta de las Naciones Unidas— no contiene normas especiales sobre la forma de ejercer la prevención de conflictos bélicos regionales.

Pero la remisión expresa a los "propósitos" de las Naciones Unidas ("Preámbulo", § 6), y su propio propósito de "afianzar la paz y la seguridad del Continente" (artículo 2.a), de "prevenir las posibles causas del dificultades y asegurar la solución pacífica de controversias que surjan entre los Estados miembros (artículo 2.c), muestra que la prevención de los conflictos bélicos está entre las acciones que la OEA —en cuanto acuerdo y organismo regional— puede y debe desarrollar.

Esta prevención se ejercerá por medio de la solución pacífica de controversias (capítulo V, artículos 23-26) o por la aplicación del sistema de "seguridad colectiva" (capítulo VI), en virtud del cual se podrán aplicar "medidas y procedimientos", entre otros casos, ante "cualquier hecho o situación que puede poner en peligro la paz de América", desarrollando así "los principios de la solidaridad continental" (artículo 28).

Al referirse a "cualquier hecho o situación que pueda poner en peligro la paz de América" (artículo 28), la Carta de la OEA encara la posible acción ante eventualidades que pueden exigir la adopción de medidas o acciones preventivas.

Será el Consejo de la Organización (capítulo XII) el que, sin perjuicio de las Competencias de la Asamblea General (artículo 53), deberá actuar con respecto a la adopción de las acciones o medidas preventivas (artículos 81-90).

V

Con el correr de los años, la conciencia de la importancia determinante de la prevención de los conflictos bélicos ha permitido tanto a escala universal como regional construir, sobre las bases normativas antes citadas, todo un sistema conceptual relativo a la prevención de los conflictos bélicos, los medios a utilizar y la estrategia a seguir. Incluso se ha ido precisando lo relativo a la "diplomacia preventiva",[7] espe-

---

[7] Sobre la "diplomacia preventiva", respecto de la que hay una abundante bibliografía, véase especialmente Boutros Boutros Ghali, *Agenda pour la Paix*, Naciones Unidas, Nueva York, 1992; y Sipri-Unesco, *Peace, Security and Conflict Prevention*, Oxford University Press, 1998, pp. 38 y 143.

cialmente multilateral, ya sea en el ámbito de las Naciones Unidas o de la OEA —y, en ocasiones, de la acción conjunta y coordinada de ambos—, como un ejercicio cada día más necesario.

VI

Es imposible en este breve trabajo citar el largo catálogo de documentos de las Naciones Unidas que han ido construyendo en el Derecho Internacional y, en la práctica de la vida internacional, el concepto de prevención de conflictos bélicos en su relación con el mantenimiento de la paz.[8] Citaremos, por tanto, sólo dos textos, a los que atribuimos singular importancia.

Uno es la "Introducción" a la *Memoria del Sistema General sobre la Labor de la Organización* (1991). En este documento Javier Pérez de Cuellar afirmó:

> Una labor de esta naturaleza parece indispensable si queremos desarrollar la capacidad preventiva a que puede recurrir el Secretario General. La falta perenne de este tipo de capacidad entorpece la aplicación del Artículo 99 de la Carta, sobre todo en su aspecto de anticipación. En la Carta no se prevé que las Naciones Unidas deben esperar a que se desencadenen las hostilidades, se produzca una agresión o sean desproporcionadas las violaciones de los derechos humanos antes de tomar medidas para rectificar la situación. Son demasiados los casos en que, en situaciones en que se cernía la amenaza de conflictos en gran escala, se ha mantenido en reserva la capacidad de mediación o de investigación de la Organización, en tanto que se desencadenaban guerras y se enconaban las controversias. Hay complementariedad en que el Secretario General disponga de todos los medios que presupone el Artículo 99 de la Carta y el Consejo de Seguridad (de conformidad con el espíritu del Artículo 34) mantenga un temario de paz que no se limite únicamente a los temas inscriptos oficialmente a solicitud del Estado o los Estados interesados. A mi juicio, esta complementariedad puede hacer que la diplomacia preventiva, de ser una frase, pase a ser una realidad práctica.

---

[8] Esta enumeración puede encontrase en la abundantísima bibliografía, especialmente anglosajona, que existe al respecto. En ella cabe destacar: Chopra, Jarat & Thomas G. Weiss, *Preventing Conflict in the Post-Comunist World: Mobilizing International and Regional Organizations*, Washington, DC; Brookings Press, 1996; Michael Lound, *Preventing Violent Conflicts: A Strategy for Preventive Diplomacy*, Washington DC, Institute for Peace Press, 1995; William J. Dixon, *Thirt-Party Techniques for Preventing Conflict Escalation and Promoting Peaceful Settlement*, International Organization, Autumn, 1996; Stephen John Stedman, "Alchemy for a New World Order: Overselling 'Preventive Diplomacy'", *Foreign Affairs*, mayo-junio de 1995; Michael S. Lund, "Underrating Preventive Diplomacy", *Foreign Affairs*, julio-agosto de 1995; Kevin M. Cahill, *Preventive Diplomacy: stopping wars before they start*, Routledge-Center for International Health and Cooperation, Nueva York, 2000; William Zartman, *Preventive negotiation, avoiding conflict escalation*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2001; J. Cohen, *Conflicts Prevention in the OSCE: an assessment of capacities*, Netherlands Institute of International Relations "Clingendeal", La Haya, 1999; Carnegie Commission on Preventing Deadly Conflict, *Preventing Deadly Conflict: Final Report*, Nueva York, 1997; "Conflict prevention", G8 Foreingn Minister Meeting, Miyazaki (Japón), julio de 2000.

> La contención o solución de los conflictos está comprendida en el arreglo pacífico de controversias —al cual la Carta dedica todo un capítulo—, pero no es sinónimo exacto de él. La hipótesis básica del Capítulo VI —que repito para hacer hincapié en ella— es que ni el propio Consejo de Seguridad ni los Estados Miembros de las Naciones Unidas pueden quedarse cruzados de brazos mientras una situación de fricción desemboca en actos de beligerancia. No obstante, el requisito primordial para que funcionen los mecanismos de arreglo es que cambie radicalmente la opinión que merecen a las partes en las grandes controversias internacionales la función y la capacidad de las Naciones Unidas, y no sólo su órgano judicial, son una tribuna de litigios que en cada caso probablemente emitirá un veredicto negativo para una u otra parte. Creo que debemos empezar a promover activamente el concepto de que, salvo en los casos en que se adopten medidas respecto de quebrantamiento de la paz o actos de agresión (cuestiones de las que se ocupa Capítulo VII), las Naciones Unidas son, más bien, un instrumento de mediación que puede contribuir a conciliar reclamaciones e intereses legítimos y a alcanzar soluciones justas y honorables.[9]

Un año después, en 1992, el siguiente secretario general, en aplicación de la reunión cumbre en el Consejo de Seguridad, celebrada el 31 de enero del 92, preparó un documento, titulado *Agenda pour la Paix*, en el que dedica, inteligentemente, varias páginas al análisis de la "Diplomacia Preventiva" y al "Mantenimiento de la Paz".

Dice así en alguno de los párrafos incluidos en esas páginas:

> *[…] le Conseil de sécurité est devenu un instrument central dans la prévention et le réclement des conflits aussi bien que dans la préservation de la paix. Nos buts doivent être désormais les suivantes:*
>
> *– D'essayer de déceler aussi tôt que possible les situations porteuses de conflit et de parer au danger, par la voie diplomatique, avant que la violence ne se déclare.*
>
> *– Au sens le plus large, enfin, d'essayer, d'extirper les causes les plus profondes du conflit; misère économique, injustice sociale et oppression politique. Une morale nouvelle se discerne dès à présent. Que partagent de plus en plus largement les nations et les peuples du monde et qui trouve á s'exprimer dans les dispositions du droit international, dont un bon nombre son le fruit des efforts de notre Organisation.*
>
> *La diplomatie préventive a pour objet d'éviter que des différends en surgissent entre les parties, d'empêcher qu'un différend existant ne se transforme en conflit ouvert et, si un conflit éclate, de faire en sorte qu'íl s'étende le moins possible.*
>
> *La diplomatie préventive vise à régler les conflit avant que la violence n'éclate; le rétablissement et le maintien de la paix ont pour objet de mettre fin aux conflits et de préserver la paix une fois qu'elle a été instituée. En cas de succès, l'une et les autres débouchert sur la consolidation de la paix après les conflits, contribuant ainsi á empêcher que les actes de violence ne reprennent entre les nations et les peuples.*[10]

---

[9] Javier Pérez de Cuellar, *Memoria del Secretario General sobre la Labor de la Organización*, "Introducción", Naciones Unidas, Nueva York, 1991, pp. 10-11.

[10] Boutros Boutros-Ghali, *Agenda pour la Paix*, 1992, Naciones Unidas, Nueva York, pp. 8, 9 y 10.

VII

La existencia de una justicia internacional en general y de una justicia penal de carácter individual, también internacional, constituyen elementos que no pueden olvidarse en la prevención de los conflictos bélicos.

Con respecto a la justicia internacional, en especial en el caso de la Corte Internacional de Justicia, esta contribución a la prevención de conflictos es muy importante. En la competencia contenciosa, aunque la Corte actúa respecto de casos ya producidos, a posteriori de los hechos, el aporte puede ser significativo en cuanto la solución judicial del diferendo puede significar impedir su desviación hacia fórmulas bélicas para encararlo.

Lo mismo puede decirse de lo que, en vía contenciosa, puede resultar de la acción de otras jurisdicciones internacionales y, en especial, de la actuación de tribunales arbitrales.

La historia muestra y prueba lo que la existencia de fórmulas de solución pacífica de controversias por vía judicial o arbitral ha significado positivamente como instrumento o manera de evitar o prevenir el estallido de conflictos bélicos.

Pero además, hay que señalar que la Corte Internacional de Justicia, en el ejercicio de su competencia consultiva, puede acrecentar esta contribución a la prevención de conflictos. En efecto, a diferencia de la contenciosa, la competencia consultiva no tiene necesariamente que referirse a situaciones ya ocurridas, sino a cuestiones jurídicas interpretativas que pueden constituir asuntos previos a eventuales conflictos. Y la opinión consultiva de la Corte, al delimitar jurídicamente el asunto y fijar el criterio jurídico aplicable, puede constituir una forma eficaz de prevenir un posible conflicto bélico futuro. Ello ha ocurrido, felizmente así, en varias ocasiones en el pasado.[11]

---

[11] El presidente de la Corte Internacional de Justicia, señor Mohamed Bedjaoui, ha tratado este asunto, con especial fineza, en los discursos pronunciados ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en la 49 sesión (13 de octubre de 1994) y 51 sesión (15 de octubre de 1995).

En 1994 dijo:

"The consideration I have just advanced with essential reference to the contentious procedure before the Court applies, mutatis mutandis, to the advisory procedure, the importance of which has been long underestimated. Only of late has there has been a real awareness of the potential impact that the Advisory Opinions of the Court can, whether directly or indirectly, have upon the maintenance of peace. A relevant legal question put in a timely manner to the Court may, by the answer it elicits, or indeed of itself, prove to be an effective tool of preventive diplomacy or contribute, even substantially, to the settlement of a dispute that has already arisen. Many an Advisory Opinion has, in the past, had diplomatic and political implications that were by no means inconsiderable".

Y en 1996 agregó:

"A moment ago, I referred to another trait of the judicial function as characteristic as it is constant. It is the function of courts to heal rather than prevent: contrary to the legislator or the executive, the decisions by which it's commonly termed an 'existing and pending interest'. From this angle, the function of the courts is more to 'restore' than to 'maintain peace'; the way they function is rendered as the most delicate because, as it is the case in the international

Los tribunales internacionales, como los actuales relativos a la antigua Yugoslavia y Ruanda, pero especialmente el futuro Tribunal Penal Internacional de Roma, pueden ejercer una importante labor en la prevención de conflictos bélicos. El procesamiento y castigo de los responsables de los delitos, especialmente de los crímenes contra la humanidad, contra la paz y los vinculados con la agresión, puede tener un efecto disuasorio muy importante en la prevención de los conflictos bélicos.

VIII

Un interesante ejemplo de la aplicación de la prevención de conflictos, que aunque estuvo referido a las relaciones soviético-estadounidenses tenía una proyección general por la materia tratada y por el significado universal de las relaciones internacionales de las dos superpotencias, fue el Acuerdo para la Prevención de la Guerra Nuclear (PNW, *Prevention of Nuclear War*), que se comenzó a negociar en 1973, durante la visita de Nixon a Moscú, y se concretó poco después, durante la visita de Breznev a Washington.

El PNW fue la expresión más lograda de la política de "detente" de esos días. Aunque interpretado en forma distinta por Moscú y por Washington,[12] hoy debe recordarse como la más importante expresión de la necesidad de encarar la prevención ante el más grave conflicto al que la humanidad puede verse enfrentada: el conflicto bélico nuclear.

Pese a que se señaló que el principal defecto de este acuerdo era que no contenía medidas prácticas viables para poner en aplicación sus disposiciones,[13] constituye un antecedente esencial, que podría servir de fuente para otros análogos, referidos a los otros tipos posibles de confrontaciones bélicas, que tuvieran en cuenta la experiencia y las enseñanzas políticas de los últimos treinta años.

Marcó un posible camino a seguir que, lamentablemente, no se transitó. Pero la idea puede no estar muerta y, en nuevas circunstancias, condiciones, membresía y alcance, renacer.

---

society, this function does not form part of a structure with an operational machinery. In this respect, the wholly unique nature of the advisory proceedings before the International Court of Justice, whose 'preventive' virtues no longer need to be demonstrated, must be stressed once again".

[12] Anatoly Dobrynin, *En confianza (1962-1986)*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pp. 287-292; Henry Kissinger, *Memorias*, t. II (1973-1977), que cubre el período posterior a enero de 1973, en que ocupó la Secretaría de Estado, lapso durante el que se negoció y firmó el Acuerdo.

[13] Dobrynin, op. cit., p. 292.

IX

Evidentemente, la manera de encarar la prevención de conflictos bélicos puede seguir diversas vías y formas, entre ellas las de la diplomacia preventiva de las Naciones Unidas, las acciones de diversa naturaleza adoptadas por los órganos competentes de la Organización, teniendo en cuenta los lineamientos conceptuales dados, entre otros, por los dos secretarios generales antes citados y por los aportes que ha hecho el actual secretario general, Kofi Anan.[14]

Una de estas formas, ya ensayada, es la constituida por las llamadas *medidas de confianza*,[15] que han tenido un gran desarrollo a escala universal y regional, en especial luego de la atención que les prestó la Conferencia de Helsinky en 1975, sobre Seguridad y Cooperación en Europa, que las encaró en su Acta Final. Estas medidas pueden tomar formas distintas de muy diferente intensidad y extensión, como por ejemplo, la notificación de la fecha y características de maniobras militares, la observación recíproca, la información y el control de los procesos armamentistas.

A esto hay que agregar la importancia creciente de las operaciones de mantenimiento de la paz, por fuerzas militares suministradas por diversos países que actúan por las Naciones Unidas, previa decisión de sus órganos competentes, y que en múltiples lugares del mundo, en zonas potencialmente explosivas y en las que pueden estallar conflictos bélicos, en los últimos años han logrado prevenirlos, de maneras diversas.[16]

La relación de la acción militar de las Naciones Unidas con las operaciones para el mantenimiento de la paz y con el respeto y aplicación del Derecho Internacional Humanitario constituye un tema de gran importancia e interés actual, unido conceptualmente a la cuestión de la prevención de los conflictos.[17]

---

[14] Kofi Anan, *Towards a Culture of Prevention*, Carnegie Commission of Preventing Deadly Conflicts, Nueva York, 1999.

[15] Hugo Palma, *Medidas de confianza recíproca*, Comisión Sudamericana de Paz, Santiago de Chile, 1998; Hugo Palma, *Confianza, desarme y relaciones internacionales*, CEPEI, Lima, 1991; Hugo Palma, *Seguridad, desarme y cooperación internacional*, Prat, Lima, 1992, capítulo III (Fomento de la Confianza); *Medidas de Confianza en Europa y en América Latina*, Instituto de Relaciones Europeas Latino-Americanas (Irela), Informe 7/95; *Sobre mediados de confianza mutua*, Documentos de Base, Irela, octubre 1995.

[16] La bibliografía sobre las operaciones de mantenimiento de la paz es enorme. Una buena reseña se encuentra en Jacques Balladoud, *L'ONU et les opérations de maintien de la Paix*, Pedone, París, 1971; Ngurgen Quoc Dinh, Patrick Daillier y Alain Pellet, *Droit International Public*, 5ª ed., LGDJ, París, 1994, pp. 939-940; y Joe Verhoeven, *Droit International Public*, Lacier, Bruselas, 2000, pp. 799-802. Un ejemplo es el caso de Uruguay, cuyas fuerzas armadas tienen una larga tradición en misiones de paz; véase al respecto *El Ejército uruguayo en misiones de paz, 1935-1993*, Ejército Nacional, Montevideo, 1993. Otro es el de Brasil; véase Veisser Lisboa Perazizo Lanner, "O Brasil e as operações de manutenção de paz", en *O Brasil e as novas dimensões de segurança international*, San Pablo, 1999.

[17] Véanse los estudios de Wahlgren, Vieira de Mello, De Courten, Shraga, Pfaner y Geiger sobre esta relación en: Comité Internacional de la Cruz Roja, *Simposio sobre Acción Humanitaria y Opera-*

Es también importante considerar —lo que se hará a continuación— las operaciones de las Naciones Unidas a este respecto en cooperación con organismos o acuerdos regionales, cuando ello es posible.

Naturalmente, además, toda la enorme gama de medidas en materia de desarme y de limitación armamentista, así como la proscripción de armas nucleares, la creación de zonas libres de armas nucleares o de zonas de paz o la prohibición de ciertos tipos de armas, como por ejemplo las químicas, bacteriológicas y de destrucción masiva,[18] constituyen formas, *latu sensu*, de prevención de conflictos.

Finalmente no puede dejar de considerarse la prevención en relación con el fenómeno de la "destructuración" del Estado y del caos consiguiente, como factor de crisis y generador de violencia bélica, tema que la doctrina ha comenzado a analizar. El caso de Somalia es un ejemplo, entre otros, que no puede dejar de evocarse a este respecto.[19]

X

Veamos ahora esta prevención en el ámbito regional americano.

Ya hemos señalado el papel, lícito, posible y positivo que los acuerdos u organismos regionales pueden jugar —por múltiples y diversos medios y formas— en materia de prevención de conflictos bélicos. Al respecto es pertinente recordar lo que dijeron los dos secretarios generales antes citados.

Javier Pérez de Cuellar ha expresado:

> A este respecto debo destacar que, en esencia, las Naciones Unidas no se idearon para monopolizar el proceso de paz. En el párrafo 1 del Artículo 33 y en el párrafo 2 del Artículo 52 de la Carta se reconoce expresamente la función de los organismos o acuerdos regionales en el arreglo pacífico de controversias. En tanto se esté desarrollando un proceso de paz digno de crédito conforme a lo previsto en los dos Artículos, no habrá motivo alguno para quejarse de que se ha dejado de lado a las Naciones Unidas. No obstante, si no se ha iniciado un proceso de este tipo o bien parece haberse suspendido indefinidamente o haber fracasado rotundamente, no hay mayores motivos para seguir evitando recurrir a las Naciones Unidas. El reconocimiento de la función central de las Naciones Unidas en el sistema internacional no debe ser puramente teórico.

---

ciones de Mantenimiento de la Paz, Informe, 22-24 de junio de 1994, Ginebra, 1995; Anne Ryniker, "Respeto de Derecho Internacional Humanitario por las Fuerzas de las Naciones Unidas", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 152, diciembre de 1999, pp. 255-264 y, sobre todo, el informe del Secretario General de las Naciones Unidas del 6 de agosto de 1999.

[18] La relación del desarme con la prevención de conflictos bélicos ha sido destacada por toda la doctrina correspondiente. Yo mismo la he señalado expresamente en los trabajos citados. Véase, además, Celso Lafer, "As novas dimensões do desarmamento: os regimenes de controle das armas de destrução em massa e as perspectivas para a eliminação das armas nucleares", en *O Brasil e as novas dimensões de segurança international*, San Pablo, 1999.

[19] Véase el excelente estudio del Prof. Daniel Thurer, "El Estado desestructurado y el Derecho Internacional", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 152, diciembre de 1999, pp. 193-221.

> En este contexto es también importante recordar que en el párrafo 1 del Artículo 52 de la Carta se dispone que las actividades de los acuerdos y organismos regionales sean compatibles con los propósitos y principios de las Naciones Unidas. Esta disposición ha adquirido aún mayor validez en el mundo interdependiente de hoy, en que es inevitable que los acontecimientos de importancia de una región repercutan en otras. Por lo tanto, las actividades que se lleven a cabo en el marco de un regionalismo resurgente deberían complementar y no competir con las de las Naciones Unidas ni complicarlas. Para lograrlo hace falta una relación de trabajo entre las Naciones Unidas y los organismos regionales basada en la armonía y la confianza mutua. De lo contrario, la falta de coherencia y la fragmentación de las actividades de paz podrían actuar en desmedro de los propios mecanismos de paz.[20]

Boutros Boutros-Ghali dedicó todo el capítulo VII de su *Agenda pour la Paix* a tratar el tema de la cooperación entre las Naciones Unidas con los acuerdos y organismos regionales para el mantenimiento o el restablecimiento de la paz. Después de citar, en lo que se refiere a la América Latina, los casos de El Salvador y Nicaragua, como ejemplos de esa cooperación, ha dicho:

> *Ce qui est clair toutefois, c'est que les accords et organismes régionaux possèdent dans de nombreux cas un potentiel qui pourrait contribuer à l'accomplissement des fonctions examinées dans le présent rapport: diplomatie préventive, maintien de la paix, rétablissement de la paix et consolidation de la paix après les conflits. Aux termes de la charte, le Conseil de sécurité a —et continuera d'avoir— la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales, mais l'action régionale, par le biais de la décentralisation, de la délégation et de la coopération aux efforts de l'Organisation des Nations Unies, pourrait non seulement rendre plus légère la tâche du Conseil, mais contribuer également a la création d'un sentiment plus fort de participation, de consensus et de démocratisation en ce qui concerne les affaires internationales*.[21]

A este respecto es preciso citar, entre otros muchos ejemplos posibles, la resolución 49/57, adoptada en el 49 Período de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1994 (*Déclaration sur le Renforcement de la Coopération entre l'Organisation des Nations Unies et les Accords ou Organismes régionaux dans le Domaine du Maintien de la Paix et de la Sécurité International*), que al tratar del mantenimiento de la paz, se refiere a "la solución pacífica de diferendos y a la diplomacia preventiva".

---

[20] Pérez de Cuellar, op. cit., pp. 11-12.

[21] Boutros Boutros Ghali, op. cit., pp. 11 y 12. Véase a este respecto: Jorge Cardona Llorens, "La Coopération entre las Nations Unies et les Accords et Organismes Régionaux pour le Règlement Pacifique des Affaires Relatives au Maintien de la Paix et de la Sécurité Internationales", en Boutros Boutros Ghali, *Amirocum Liber*, vol II, Bruylant, Bruselas, 1998; Ramiro Píriz Ballón y Gustavo Álvarez Goyoaga, "Algunos aspectos jurídicos que se plantean en relación a 'Un Programa de Paz', propuesto por el Secretario General de las Naciones Unidas, Dr. Boutros Boutros Ghali", en *Liber Amicorum*, Eduardo Jiménez de Aréchaga, t. I, FCU, Montevideo, 1994, pp. 479-502.

XI

En América, especialmente en América Latina, la prevención de los conflictos bélicos se fundó, durante largos años, en la existencia de un complejo y desarrollado sistema de solución pacífica de controversias,[22] en iniciativas de diversa naturaleza[23] y en limitadas y parciales decisiones respecto del desarme de armas convencionales y de destrucción masiva.[24]

Pero fundamentalmente, se basó en el establecimiento, pionero y exitoso, de una zona de libre de armas nucleares, establecida por el Tratado de Tlatelolco,[25] que creó

---

[22] El antiguo y completo sistema interamericano de solución pacífica de controversias, que culminó con el Tratado Americano de solución Pacífica o Pacto de Bogotá de 1948, incluyó ya en 1923 un Tratado para Evitar o Prevenir Conflictos entre los Estados Americanos (Pacto Gondra) y el Tratado General de Arbitraje Interamericano, de 1929, que tuvo como objetivo hacer más eficiente el Pacto Gondra de 1923 y que se refiere especialmente a la forma de "prevenir" los conflictos.

[23] Estas iniciativas se han ido individualizando y precisando con el transcurso del tiempo, especialmente en las dos últimas décadas, por medio de múltiples resoluciones de la Asamblea General, particularmente en lo que se refiere a las medidas de confianza.

[24] Héctor Gros Espiell, "El Sistema Interamericano y el Desarme", Comité Jurídico Interamericano, *Curso de Derecho Internacional*, XXV, 1998, Washington DC, pp. 195-230; Declaración de Ayacucho del 9 de diciembre de 1974; Reunión de México de agosto de 1978; Compromiso de Mendoza del 5 de septiembre de 1991 (Argentina, Brasil, Chile, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Ecuador); Declaración de Cartagena de Indias del 4 de diciembre de 1991 (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela).

[25] Alfonso García Robles, *Mesures de Désarmement dans des Zones Particulières: le Traité Visant l'Interdiction des Armes Nucléaires en Amérique Latine*, Recueil des Cours, Académie de Droit International, vol. I, 1971; *The Desnuclearization of Latin America*, Carnegie Edowmen for International Peace, 1967; *La proscripción de armas nucleares en la América Latina*, El Colegio Nacional, México, 1975; Héctor Gros Espiell: En torno al Tratado del Tratelolco y la proscripción de las armas nucleares en América Latina, OPANAL, México, 1979; "Le Traité de Tlatelolco, un Texte Novateurs", *Le Monde Diplomatique*, París, julio de 1973; *El Tratado de Tlatelolco y el Derecho de los Tratados*, OPANAL, México, 1973; *El Tratado de Tlatelolco. Algunas consideraciones sobre aspectos específicos*, OPANAL, México, 1970; "Las Zonas Libres de Armas Nucleares", *Revista de Occidente*, 3ª época, nº 5-6, Madrid, 1979; "Los Tratados del Canal de Panamá y las Zonas Libres de Armas Nucleares de la América Latina", *Estudios en Honor de Adolfo Miaja de la Muela*, t. II, Madrid, 1979; "El Tratado de Tlatelolco", *Boletín del Organismo Internacional de Energía Atómica*, vol. 20, nº 5, Viena 1978, "Proscripção de armas nucleares na América Latina", *Revista de Dereito Nuclear*, nº 1, Rio de Janeiro, 1979; "El Tratado de Tlatelolco", *Disarmament*, vol II, nº 2, Naciones Unidas, Nueva York, 1980; "La No Proliferación de Armas Nucleares en América Latina", *Boletín del Organismo Internacional de Energía Atómica*, vol. 22, nº 3-4, Viena, 1980; "América Latina y el uso pacífico de la energía nuclear", *Revista Mexicana de Política Exterior*, nº 50 (El Tratado de Tlatelolco hoy), México, 1996; Héctor Gros Espiell, "Strengthening of Opanal: New Challengers for the Future", en *Nuclear-Weapon-Free Zones in the Next Century*, Naciones Unidas, 1997; Giorgio Bosco, "II Trattato di Tlatelolco", *La Comunitá Internazionale*, vol XXI, nº 1-2, Roma, 1974; John Redick, "Regional Nuclear Arms Control in Latin America", *International Organization*, primavera de 1975; *Vigésimo Aniversario del Tratado de Tlatelolco (1967-1987)*, OPANAL, México, 1988, con trabajos de Alfonso García Robles, Hans Blix, Julio César Carasales, Héctor Gros Espiell, Jorge Morelli Pando, Klauso Tornudd, Cristina Montaño, Daniel Lund, William Billinger, Michael Petrov, Djka Julius, Yosef Goldblal, Víctor Millán, David

la zona libre de Armas de la América Latina. Esta gran realización, que sirvió de ejemplo y de modelo a la creación posterior de otras zonas análogas (Pacífico Sur, África, Asia del Sudeste, etc.),[26] constituye sin duda la más original y exitosa contribución latinoamericana a la prevención de la guerra nuclear.

Una idea paralela es la creación de una zona de paz, concepto más amplio y totalizador que el de una zona libre de armas nucleares, que al incluir la proscripción de bases militares extranjeras y contener una serie de restricciones políticas y militares, aseguraría una prevención bélica amplia y comprensiva.[27] Lamentablemente, pese a la existencia de múltiples iniciativas y a declaraciones de jefes de Estado (por ejemplo de los países del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay), esta idea aún no se ha concretado en América Latina en un tratado constitutivo.

XII

En Latinoamérica, otras formas de medidas de prevención de conflictos bélicos, como las medidas de confianza, del tipo de la notificación de maniobras militares, observación de éstas, información cruzada, etc., han sido aplicadas en las décadas de los ochenta y noventa, con positivos resultados.[28] Deben citarse al respecto las Declaraciones de Santiago (1955) y de El Salvador (1998) sobre Medidas de la Confianza y de la Seguridad, originadas en lo dispuesto en la Cumbre de Miami (1994), así

Sadleir, Pilar Armanet, Nigel Fyfe, Christopher Beeby, José R. Martínez Cobo y Antonio Stempel, París; "Armas nucleares, desarme y carrera armamentista. Homenaje a Alfonso García Robles", con estudios de Miguel Marín, Hubert Thierry, Modesto Seara Vázquez, Alicia Cabera, Saúl Mandujano, Margarita González, Héctor Gros Espiell, Manfred Lachs, Sergio González Galvez y Antonio Remiro Brotons, en *Jurídica*, Universidad Iberoamericana, México, 1985.

[26] Héctor Gros Espiell, *Las zonas de armas nucleares*, México; Boutros Boutros Ghali, "Le Traité de Pelindaba", *Jeune Afrique*, nº 1840, abril de 1996; Fernando Mariño Menéndez, *Zonas libres de armas nucleares en el Derecho Internacional*, Vitoria, 1985; Enrique Román Morey, "El Tratado de Tlatelolco como ejemplo para la creación de nuevas Zonas Libres de Armas Nucleares", *Revista Mexicana de Política Exterior*, nº 50 (El Tratado de Tlatelolco hoy), México, 1996.

[27] Héctor Gros Espiell, *El concepto de Zona de Paz*, Comisión Sudamericana de Paz, Santiago de Chile, 1988; Héctor Gros Espiell, "América del Sur, Zona de Paz", *Revista Diplomacia*, nº 61, Santiago de Chile, 1993; Héctor Gros Espiell, "Desarme regional, Zonas Libres de Armas Nucleares y Zonas de Paz", *Revista Española de Derecho Militar*, nº 42, Madrid, 1943; Sergio González Galves, "América Latina como Zona de Paz", *Revista Mexicana de Política Exterior*, nº 50, México, 1990; *Zona de Paz en Centro América y el Caribe*, Universidad para la Paz, Flacso, San José (Costa Rica), 1989. Un análisis del tema de las Zonas de Paz, referido especialmente al Océano Jurídico, el Atlántico Sur y el Mediterráneo, América Central y el Caribe y el Sudeste Asiático, Nepal y el Tibet, con olvido total de las iniciativas sudamericanas, puede verse en Peter Macalister-Smith, "Zones of Peace", en R. Bernhart (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, 2000, pp. 1621-1633.

[28] Para una nómina (inventario) de estas medidas de confianza en América Latina, véase el Anexo II del Documento de Base elaborado por Irela en 1995, "Sobre medidas de fomento de la confianza mutua".

como una larga serie de resoluciones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, entre las que pueden citarse las AG/Res. 1179 (XXII - 0/92), 1284 (XXIV - 0/94) y 1288 (XXIV-0/94).

Las resoluciones de la Asamblea General de la OEA en los últimos años, en especial desde 1990 a 2000, sobre temas vinculados con el mantenimiento de la paz (Seguridad Hemisférica, Armas Pequeñas y Ligeras, Zonas Libre de Minas Terrestres, Armas Químicas, Zona Libre de Armas Nucleares, Transparencia en las Adquisiciones de Armas Convencionales, Fomento de Confianza, No Proliferación, Gastos Militares y Registro de Armas y Tráfico Clandestino de Armas) son muy abundantes y reiterativas.

Hay que señalar, sin embargo, que esta proliferación resolutiva no se ha manifestado, en su proyección en la realidad, en una efectividad integral y en la forma como hubiera sido deseable.

XIII

En los casos de El Salvador, Honduras y Nicaragua, en los años pasados, medidas de confianza —como formas de prevención del posible resurgimiento de conflictos— para mantener la paz, aplicadas luego de la finalización de anteriores conflictos militares, han impedido el renacimiento de esos conflictos o el estallido de nuevos enfrentamientos. Estas medidas han estado previstas en tratados, en acuerdos o en políticas regionales y mantienen hoy su importancia y efectividad. Permitieron llegar a la situación actual de tranquilidad y paz regional. Muchas veces se han referido a conflictos bélicos internos con proyección o posible proyección internacional.[29]

Los acuerdos de paz entre Ecuador y Perú, firmados en Brasilia el 26 de octubre de 1998, ratificados por ambas partes, pusieron fin exitosamente a una intermitente situación de enfrentamiento bélico, que se remontaba al Protocolo de Rio de Janeiro de 1942. Estos acuerdos incluyeron fórmulas de prevención que se han demostrado eficaces en su aplicación, en una región en la que hoy reina la tranquilidad y la paz. Los seis acuerdos de Brasilia, firmados y aplicados por Ecuador y Perú, pueden considerarse en su conjunto como dirigidos a restablecer la paz, a mantenerla, a consolidarla y a prevenir el renacimiento de eventuales conflictos bélicos futuros. Pero hay que destacar entre ellas las Notas Reversales y el Acuerdo sobre Medidas de Confianza Mutua y Seguridad.

Situaciones recientes, potencialmente peligrosas, como las que se dieron, por ejemplo, entre Belice y Guatemala y entre Nicaragua y Costa Rica, no llegaron a

---

[29] Pedro Nikken, "El manejo del pasado y la cuestión de la imparcialidad en la solución de los conflictos armados en El Salvador y Guatemala", en *Liber Amicorum,* Héctor Fix Zamudio, vol. I, CIDH, San José (Costa Rica), 1998, pp. 143-167; Thomas Buerghental, "La Comisión de la Verdad para el Salvador", en Buerghental y Cançado Trindade, *Estudios especializados en Derechos Humanos*, IIDH, San José, 1996, t. I, p. 11-62.

plantear confrontaciones bélicas en razón de la utilización de activas formas de diplomacia preventiva, a veces de tipo bilateral, pero en la mayoría de los casos apoyadas por acciones —de diferente naturaleza— emanadas de la Organización de Estados Americanos.

XIV

La preservación de la democracia y la acción en caso de conflictos bélicos internos de posible grave proyección internacional han permitido en América Latina concebir y emplear formas atípicas, pero necesarias, de prevención de conflictos.[30] En esta prevención no puede olvidarse el peligro de la violación gravísima, masiva y reiterada de los derechos humanos, así como los genocidios y la existencia de crímenes contra la humanidad, sus efectos desestabilizadores y sus proyecciones negativas para la seguridad internacional, con los consiguientes imperativos de acción.

El caso de Haití —entre otros ejemplos en que existió una cooperación de naturaleza muy especial ONU-OEA— es particularmente destacable.

XV

En conclusión:

La prevención de conflictos bélicos es un elemento esencial para que se pueda cumplir con el primer propósito de la Carta de las Naciones Unidas de mantener la paz y la seguridad internacionales.

La prevención de los conflictos bélicos constituye una forma, hoy imprescindible, para encarar la lucha por la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza (artículo 2, § 4 de la Carta de las Naciones Unidas).[31]

Esta prevención puede ejercerse mediante una gama muy amplia de posibles medidas, de diferente naturaleza y características. Supone actualmente la necesaria existencia de un sistema desarrollado de información y previsión.

La prevención puede cumplirse por medio de acciones inmediatas, contemporáneas con los hechos que pueden llevar al estallido bélico, pero no puede olvidarse en

---

[30] L. Reychler, "Democratic Peacebuilding and Conflicts Prevention", en Karel Wellen (ed.), *International Law: Theory and Practice, Essays in Honour of Eric Suy*, Nijhoff, La Haya, 1998; Héctor Gros Espiell, "La Democracia en el Sistema Interamericano", en Boutros Boutros-Ghali, *Amicorum Liber*, Bruylant, Bruselas, 1997.

[31] Los más recientes estudios sobre el uso de la fuerza incluyen el tema de la prevención de conflictos, asunto que estaba casi siempre ausente en las obras dedicadas al tema del uso de la fuerza entre 1946 y los años noventa. Por ejemplo, el libro de Christine Gray (*International Law and the Use of Force*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 2000), en el capítulo 6 ("The UN and the Use of Force"), trata lo relativo a "Preventive Peacekeeping Forces" y "Cooperation with Regional Forces" (pp. 198-199).

la prevención de conflictos el combate contra las causas o razones de éstas, sean de carácter político, militar, económico, social o cultural.

Los medios de solución pacífica de los conflictos constituyen conceptualmente una forma de prevenirlos.

Esto es especialmente importante con respecto a la acción de los tribunales internacionales, en particular de la Corte Internacional de Justicia y de los tribunales penales internacionales —como en los casos actuales de los de la ex Yugoeslavia y de Ruanda— y de la futura Corte Penal Internacional de Roma.

Las fuerzas de paz, si actúan en los límites fijados por el Derecho Internacional, son un elemento de suma importancia en la prevención de los conflictos bélicos.

La prevención se complementa necesariamente con las medidas de mantenimiento y consolidación de la paz, a adoptar luego de finalizado un conflicto.

Los conflictos bélicos internos pueden ser la causa o el origen de conflictos bélicos internacionales. De aquí la necesidad de analizarlos y, en lo posible, en ciertos casos, prevenirlos.

La diplomacia preventiva es actualmente un instrumento necesario para utilizar en la prevención de los conflictos bélicos.

La preservación de la democracia, la acción ante violaciones gravísimas, masivas y reiteradas de los derechos humanos y frente a genocidios y otros crímenes contra la humanidad, comienza a constituir una forma de prevención de conflictos bélicos que se ha de acentuar y generalizar en el futuro.

En la prevención de los conflictos bélicos es esencial la coordinación armónica de las Naciones Unidas con la acción que puedan llegar a desarrollar los acuerdos u organismos regionales.

En el caso del Sistema Interamericano, esta acción conjunta de la OEA y de las Naciones Unidas ante posibles conflictos bélicos ha dado excelentes resultados. Cabe esperar que esta situación continúe.

La prevención de conflictos en Latinoamérica ha conocido también formas de prevención de conflictos bélicos basadas en acuerdos bilaterales o subregionales entre Estados de la región.

Javier Llobet Rodríguez (Costa Rica) *

La Justicia Penal Juvenil en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

I. Instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en materia penal juvenil

El tratamiento especializado del Derecho de la Infancia dentro del marco de las Naciones Unidas se inicia con la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de dicho organismo el 20 de noviembre de 1959 (resolución 1386 [XIV]),[1] de contenido claramente proteccionista. Sin embargo, debe reconocerse que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la ONU en 1948, con un afán también proteccionista, decía que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales (artículo 25, inciso 2). En el mismo sentido se había pronunciado la Declaración americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo VII), que había sido aprobada unos meses antes.

La Declaración de los Derechos del Niño de 1959 tiene como antecedente la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño, que contiene cinco puntos. Debe tenerse en cuenta que la Sociedad de las Naciones la aprobó en su V Asamblea General, sobre todo debido a la preocupación por las consecuencias para la infancia de la Primera Guerra Mundial y de la Revolución Rusa, ello a iniciativa de la organización Save the Children International Union, creada por la inglesa Eglantyne Jebb.[2] Se trata de un texto de una gran generalidad, lo que no es sino una consecuencia

---

* Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Costa Rica. Juez del Tribunal de Casación Penal. Consultor del ILANUD en materia penal juvenil.

[1] Véase el texto en: Máximo Pacheco (ed.), *Los derechos humanos. Documentos básicos*, Jurídica, Santiago de Chile, 1987, pp. 616-619.

[2] Sobre esta declaración: Esperanza Ochaíta y María Ángeles Espinoza, "El menor como sujeto de derechos", en María Teresa Martín López (ed.), *La protección de los menores. Derechos y recursos*, Civitas y otros, Madrid, 2001, pp. 53-54; Marianella Montenegro, *Fundamentos y principios del Derecho Penal de Adolescentes*, UNICEF, Panamá, 1999, p. 65.

del poco desarrollo que había tenido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.[3] Deben resaltarse de esta declaración expresiones como "para los niños lo mejor" y "los niños primero", antecedentes del principio de interés superior del niño,[4] que hoy día se considera expresado a través del principio educativo.

En 1978 Polonia presentó un proyecto de Convención de Derechos del Niño, que en una versión modificada fue presentado a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. La Convención que se elaboró con base en ello fue aprobada por la Asamblea General de la ONU por resolución 44/25 del 5 de diciembre de 1989 y entró en vigencia el 2 de setiembre de 1990.[5] La aceptación de la comunidad internacional que ha recibido dicha Convención no encuentra paralelo en ninguna otra; ha llegado a ser ratificada por la casi totalidad de los países, con la excepción de dos: Estados Unidos de América, cuya política es no ratificar tratados de derechos humanos, y Somalia.

Antes de la Convención de Derechos del Niño, la ONU, por resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985, aprobó las reglas mínimas para la Administración de Justicia de menores, conocidas como *reglas de Beijing*.[6] Además, luego de la Convención se aprobaron las reglas para la protección de los menores privados de libertad, por resolución de la Asamblea General de la ONU 45/113 del 14 de diciembre de 1990.[7] En la misma fecha, por resolución 45/112, dicha Asamblea aprobó también las directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, denominadas *directrices de Riad*.[8]

Con respecto a los instrumentos internacionales es importante mencionar, en lo relativo al Derecho Penal Juvenil, la resolución (78) 62 del 29 de noviembre de 1978, tomada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que se refiere a la transformación social y delincuencia juvenil. Igualmente es relevante la recomendación R (87) 20, adoptada el 17 de setiembre de 1987 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, referente a las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil. Ya no respecto al Derecho Penal Juvenil, sino al Derecho de la Infancia en general, es de relevancia la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, adoptada el 25 de enero de 1996 y vigente desde el 1º de julio del 2000.[9] En África se aprobó en

---

[3] Cf. Ochaíta y Espinoza, op. cit., pp. 53-54.

[4] Sobre dicho principio: Javier Llobet Rodríguez, "Seguridad ciudadana y prevención del delito en Costa Rica", en Edgardo Rotman, *La prevención del delito*, Investigaciones Jurídicas, San José, 1998.

[5] Véase el texto de la convención en Carlos Tiffer Sotomayor, *Ley de Justicia Penal Juvenil comentada y concordada*, Juritexto, San José, 1996, pp. 225-247; Rodolfo Saborío Valverde (ed.), *Instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en Costa Rica*, San José, 1993, pp. 54-67.

[6] Véase el texto de dichas reglas en Tiffer Sotomayor, op. cit., pp. 249-258.

[7] Véase el texto de estas reglas en Tiffer Sotomayor, op. cit., pp. 259-275.

[8] Véase el texto de las directrices en Tiffer Sotomayor, op. cit., pp. 277-287.

[9] Véase <www.legal.coe.int>.

1990 la Carta Africana de Derechos y Bienestar del Niño, que entró en vigencia el 29 de noviembre de 1999. Dicha carta contiene reglas de Derecho Penal Juvenil (artículos 16 y 17).[10]

Es discutible que la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no fuesen aplicables a los niños y adolescentes en cuanto fueran acusados de un hecho delictivo, ello aun antes de la aprobación de la Convención sobre Derechos del Niño. De hecho la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al referirse a las garantías judiciales, hace mención a "toda persona inculpada de delito"[11] o a "toda persona detenida";[12] dentro de este concepto debe comprenderse a los niños o adolescentes a quienes se les atribuya un hecho delictivo. La misma Convención Americana es clara en cuanto a su aplicación a los menores de edad, puesto que en particular dice: "Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento".[13] Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tiene una referencia expresa a los niños y adolescentes que se enfrentan al sistema de justicia por hechos delictivos: "Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento".[14]

La existencia de dichas normas junto a la normativa sobre las personas procesadas y privadas de libertad es un argumento importante para extraer que la normativa sobre dichas personas es aplicable a los menores de edad; nótese, como se dijo, la referencia que se hace a "toda persona" o a "toda persona detenida".[15] Es importante

---

[10] Véase <www.umn.edu/humanrts/africa/afchild.htm>.

[11] Artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[12] Artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[13] Artículo 5, inciso 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[14] Artículo 10, inciso 2.b, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[15] En este sentido véase Daniel O'Donnell, *Protección internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988, pp. 327-328. Sobre ello véase también Miguel Cillero Bruñol, "Los derechos de los niños y los límites del sistema penal", en UNICEF-ILANUD (eds.), *Adolescentes y justicia penal*, UNICEF-ILANUD-Unión Europea, Santiago de Chile, 2000, pp. 18-22. Debe mencionarse un trabajo pionero en Latinoamérica en cuanto a la exigencia del respeto de los derechos humanos para la persecución de los delitos de los jóvenes; es el que realizó en la década de los ochenta Enrique Bacigalupo, quien llevó a cabo un estudio de las legislaciones tutelares de menores en Latinoamérica, resaltando en ellas la violación de los derechos humanos. Cf. Enrique Bacigalupo, *Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal*, Akal-Iure, Madrid, 1991, pp. 409-427; ídem, "Entwicklung des Jugendstrafrechts und der kriminalrechtlichen Behandlung Jugendlicher in ausgewählten Länder Lateinamerika (Argentinien, Costa Rica, Mexiko, Kolumbien, Venezuela)", en Dünkel y Meyer (comps.), *Jugendstrafe und Jugendstrafvollzug*, t. II, 1986, pp. 1377-1388. A finales de la década de los ochenta debe ser mencionado el trabajo realizado por Tiffer y Dünkel, con énfasis en la legislación costarricense. Cf. Carlos Tiffer y Frieder Dünkel, "Das Jugendstrafrecht in Lateinamerika unter besonderer Berücksichtigung des Jugendrechts und der Sanktionspraxis in Costa Rica", en *ZStW* (Alemania), 1989, pp. 206-228.

anotar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que en el procedimiento aplicable a los menores de edad se tendrá en cuenta esa circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social,[16] lo que implicaba la reconocimiento de las características propias del Derecho Penal Juvenil y la vigencia en éste del principio educativo; pero dicho artículo no debe llevar a interpretar, como sucedía en la época en que se aprobó el Pacto, que con base en ese principio se dejan sin efecto las garantías que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece para toda persona, sino más bien que debe llegarse al reconocimiento de derechos adicionales de los menores de edad.

Por lo anterior, lo que hizo la Convención de Derechos Del niño en materia de garantías penales y procesales fue resaltar la aplicación al juzgamiento de niños y adolescentes de la normativa establecida para la protección de los imputados por el Derecho Internacional de Derechos Humanos,[17] además de establecer la existencia de derechos adicionales de los que gozan los menores de edad, lo que ya se extraía del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ello con base en las normas arriba transcritas.

II. El nuevo paradigma del Derecho Penal Juvenil

La doctrina latinoamericana llega a denominar con el término *Doctrina de la Protección Integral de los Derechos de la Infancia* al nuevo paradigma del Derecho Penal Juvenil, compuesto por la Convención Internacional de Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal Juvenil y las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil, admitiendo además como antecedente la Declaración Universal de Derechos del Niño.[18]

El aspecto más relevante del Derecho de la Infancia, producto del nuevo paradigma, es que el niño —o sea, el menor de dieciocho años— llega a ser considerado como un sujeto de derecho, con derechos y obligaciones, y no como un mero objeto

---

[16] Artículo 14, inciso 4, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[17] Véase Rita Maxera, "La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales: el caso de Costa Rica", en Emilio García Méndez y Elías Carranza (eds.), *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina*, Galerna, Buenos Aires, 1992, pp. 187-215. En dicho texto la autora hace referencia a las garantías existentes para la justicia penal juvenil en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y menciona constantemente no sólo la Convención de Derechos del Niño y los instrumentos que la complementan, sino también la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[18] Cf. Emilio García Méndez, *Derechos de la infancia-adolescencia en América Latina*, Edino, Guayaquil, 1994, pp. 89-90.

de la tutela estatal y familiar. Ello queda reflejado en particular en el artículo 12, inciso 1, de la Convención de Derechos del Niño, que dice: "Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño".[19] Es importante al respecto citar lo indicado por Emiliano Borja:

> El artículo 12 [de la Convención de Derechos del Niño] nos está diciendo que en todos los actos jurídicos y procesales en los que un menor de edad se vea implicado, éste va a formarse su juicio propio y va a ser oído. De esta manera está otorgándosele al niño la categoría de ser racional, de ser con dignidad, de alguien que tiene algo que decir.[20]

Como consecuencia del reconocimiento del carácter de sujeto de derecho que tiene el niño, uno de los aspectos más relevantes del nuevo paradigma del Derecho Penal Juvenil es la incorporación de los derechos de que goza el imputado en el Derecho de adultos.

Debe recordarse que, en la doctrina de la situación irregular, el *interés superior del niño* hacía que para el Derecho Tutelar Juvenil perdieran importancia las garantías procesales y penales, por cuanto se decía que todo era para "salvar al niño",[21] o sea, en defensa de su *interés superior*. Característica de ello fue una sentencia del Tribunal Supremo de Pensilvania de 1905, en la que se dijo:

> El padre natural no necesita de ningún procedimiento para privar a un hijo de su libertad […] para salvarlo y protegerlo de las consecuencias de que persista en una carrera de desvaríos; de la misma forma el Estado, cuando es compelido, como *parens patriae*, a ocupar el lugar del padre con idéntica finalidad, no tiene por qué adoptar ningún tipo de procedimiento para poner las manos sobre él y someterlo a los tribunales.[22]

---

[19] Sobre las dificultades que han existido para el reconocimiento de lo indicado por dicha norma: Llobet Rodríguez, op. cit., nº 6.

[20] Emiliano Borja Jiménez, *Ensayos de Derecho Penal y Política Criminal*, Continental, San José, 2001, p. 199. Sobre ello dicen Sandra de Kolle y Carlos Tiffer: "Es preciso resaltar que la convención establece un nuevo paradigma al estipular que el niño tiene derecho a ser autor de su desarrollo, a expresar sus opiniones y hacerlas valer en la adopción de decisiones relativas a su vida, y a que se reconozca el hecho de que, en función de su edad y madurez, puede formarse un juicio. Como diría Jamusz Kovzak, la sociedad queda obligada a escuchar, recordándonos que debemos aprender a hablar con un niño, y no a un niño". Sandra de Kolle y Carlos Tiffer Sotomayor, *Justicia juvenil en Bolivia*, ILANUD y otros, San José, 2000, p. 38. Véase también Carlos Tiffer Sotomayor, *Justicia juvenil y policía*, Escuela Judicial-UNICEF-ULANUD, San José, 2001, p. 28, donde dice: "Ya no se ve al adolescente o la adolescente como una extensión de sus padres o del Estado, sino como sujeto en sí mismo. Se elimina, entonces, la presunción de la persona menor de edad como ciudadano del futuro para reconocer su carácter de ciudadano del presente".

[21] Cf. Anthony Platt, *Los salvadores del niño*, Siglo XXI, México, 1982.

[22] Citada por Marino Barbero Santos, *Marginación social y derecho represivo*, Bosch, Barcelona, 1980, pp. 100-101.

Lo cierto es que se llegó a una extensión del control social de los niños, restringiendo sus derechos fundamentales y su vida privada en una medida mucho mayor que en el Derecho Penal de adultos,[23] por lo que, lejos de ser un beneficio el ser sometido a la justicia tutelar de menores, más bien implicaba un perjuicio; se degradaba al niño al carácter de un mero objeto de tutela, sometido a las peores arbitrariedades. La situación más desfavorable en que en realidad se encontraban los sometidos a la justicia tutelar de menores en relación con las personas que eran juzgadas por los tribunales de adultos quedó reflejada en el caso Gault, en los Estados Unidos de América, en el que al joven acusado se le negaron las mínimas garantías procesales, ello unido a que se le impuso una sanción desproporcionada en relación con la que se le hubiera podido imponer a un adulto.[24]

Esta situación se ha tratado de corregir con el nuevo paradigma. Así, se ha realizado una comparación entre las garantías previstas en las Convenciones de Derechos Humanos de carácter general y la Convención de Derechos del Niño y los otros instrumentos internacionales que la complementan. Se indica por ello que en la Justicia Penal Juvenil se reconocen principios como el de humanidad, legalidad, culpabilidad, jurisdiccionalidad, contradictorio, presunción de inocencia, inviolabilidad de la defensa, impugnación, legalidad del procedimiento, etc.[25]

La asunción de las garantías del Derecho Penal de adultos que se ha producido con el nuevo paradigma del Derecho Penal Juvenil ha provocado que, cuando se hace referencia a éste, con frecuencia se tienda a realizar simplemente un desarrollo de las garantías del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, haciéndose una exposición que en definitiva podría ser aplicable tanto al Derecho Penal de adultos como al Derecho Penal Juvenil. Con ello, debe decirse, se contribuye poco para determinar qué es lo característico de éste.

Es importante anotar que en los Estados Unidos de América, a partir de la década de los ochenta, lo que fue acentuado en la de los noventa, se produjo más bien una absorción del Derecho Penal Juvenil por el de adultos, puesto que cada vez más menores de edad son sometidos a la jurisdicción de adultos; muchos de ellos, además, se encuentran privados de libertad en cárceles de adultos o bien incluso son encarcelados junto con adultos. Por otro lado, se continúa aplicando la pena de muerte a los menores de edad, ello como rebote de la aplicación de dicha pena a los adultos.[26] Una situación como ésa debe ser evitada. Es cierto que el Derecho Penal Juvenil, conforme a los lineamientos establecidos en el Derecho Internacional de los Derechos Hu-

---

[23] Así: Platt, op. cit., p. 31.

[24] *In re* Gault (387 US.1). Véase el texto de la resolución del caso *in re* Gault en Licius Barker y Twiley Barker, *Civil Liberties and the Constitution*, Nueva Jersey, 1982, pp. 362-369. Sobre ese caso véase Llobet Rodríguez, op. cit., nº 2.

[25] Cf. Maxera, op. cit., pp. 187-215, García Méndez, op. cit., p. 94.

[26] Sobre ello véase Llobet Rodríguez, op. cit., nº 2.

manos, ha llevado a que, a los menores de edad a quienes se les atribuya un hecho delictivo, se les otorguen las garantías de Derecho Penal sustantivo y Derecho Procesal Penal establecidas en el Derecho de adultos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el principio educativo establece una serie de criterios que llevan a que el Derecho Penal Juvenil tenga una serie de características específicas, que funcionan propiamente como derechos adicionales a aquellos de que gozan los adultos.

III. El principio educativo del Derecho Penal Juvenil

El principio característico del Derecho Penal Juvenil, que lo hace diferente del Derecho Penal de adultos, es el educativo, que no es sino una consecuencia de los principios de interés superior del niño y de protección integral de éste. Sin embargo, la forma en que se concibe el principio educativo en el nuevo paradigma del Derecho Penal Juvenil marca un cambio con respecto al anterior, ya que el joven es considerado como un sujeto de derechos y obligaciones y no como un mero objeto de tutela.

El principio educativo está reconocido de manera expresa en la ley de justicia penal juvenil costarricense. Así, el artículo 123 dice: "Las sanciones señaladas deberán tener una finalidad primordialmente educativa […]".

Se ha discutido cómo debe entenderse el principio educativo. Sobre ello debe partirse de que el Derecho Penal Juvenil está dirigido a sujetos responsables y no a inimputables.[27] La finalidad que debe perseguirse no debe estar dirigida a obtener un cambio interior en el joven, ya que ello implica una violación al principio de dignidad de la persona humana.[28] Más bien el principio educativo debe estar dirigido a evitar la reincidencia, o sea, en el sentido de la prevención especial positiva.[29] En efecto, la finalidad del Derecho Penal Juvenil no debe ser llenar un déficit educativo del joven,[30] salvo que ello esté relacionado con el delito que se le atribuye. Ésta es una

---

[27] Cf. Carmen Alastuey Dobón, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 389.

[28] Cf. ibídem, pp. 388-389.

[29] Cf. ibídem.

[30] Cf. ibídem, p. 389. Albrecht resume de la siguiente manera la posición —no compartida por él— de aquellos que pretenden compensar un déficit educativo a través del Derecho Penal Juvenil: "La pretensión 'educativa' de la Ley de Tribunales de Menores se conecta con la representación teorética de la criminalidad, según la cual la perpetración de hechos punibles no es un fenómeno que aparezca en un proceso de desarrollo normal con educación suficiente de los padres, de modo que cuando se producen hechos punibles hay que presumir un fallo en la educación paterna, que hay que compensar con el catálogo de sanciones de la Ley de Tribunales de Menores. Sea por 'malas cualidades de carácter' o por 'seducción de malas influencias del ambiente', la Ley de Tribunales de Menores se coloca exclusivamente en el plano explicativo de fallo y responsabilidad individual. El menor criminal debe ser 'sanado' de estas causas de su criminalidad mediante contraeducación o bien reeducación. Desde esta perspectiva se puede entender la criminalidad como déficit en la 'educación', que ha de ser superado por medidas de mayor o menor intensidad, según sea la magnitud de aquél" (Peter Alexis Albrecht, *El Derecho Penal de Menores*, PPU, Barcelona, 1990, p. 61).

consecuencia del principio de adecuación o idoneidad, consecuencia del de proporcionalidad, ya que la sanción debe estar relacionada, en su efecto educativo, con el hecho delictivo que se atribuyó al joven.

Además, se deben tratar de evitar los factores estigmatizantes y criminógenos para el joven; por ejemplo: la publicidad del juicio, el dictado de la detención provisional y la sanción de internamiento.

Por supuesto, cuando se priva de libertad al joven, la ejecución de la sanción trasciende los aspectos relacionados con el evitar la reincidencia, puesto que debe cumplirse con los derechos educativos que tiene todo joven.[31]

Aspecto fundamental de la concepción de la llamada *doctrina de la protección integral* es que ni el principio del *interés superior del niño* ni el de la *protección integral* de éste pueden servir para restringir las garantías del derecho penal y procesal penal del niño, más allá de las establecidas con respecto a los mayores.[32] Así, en el Derecho Penal Juvenil el principio del *interés superior del niño* no debe llevar a caer en la "trampa" a la que conduce la *doctrina de la situación irregular* del Derecho Tutelar de Menores, de modo que no debe funcionar para limitar las garantías penales y procesales del niño. Precisamente el temor a que el principio educativo sea utilizado para justificar las violaciones de los derechos fundamentales del niño ha conducido a un sector de la doctrina a cuestionar el principio educativo, el que ha sido catalogado como un *caballo troyano en el Estado de Derecho*.[33] El temor no deja de ser fundado, ya que debe reconocerse que con frecuencia se ha tratado de justificar violaciones a las garantías procesales y penales de los menores de edad, con el argumento de que dicha violación es en su beneficio,[34] con lo que se revive la doctrina de la situación irregular.

---

[31] Sobre el derecho de los jóvenes privados de libertad a cursar estudios, véase Sala Constitucional, voto 8677-97 del 23-12-1997.

[32] En el voto 1772-97 de la Sala Constitucional se dijo: "La idea de esta nueva legislación es dotar, al menor acusado por la comisión de un delito, de todas las garantías procesales que disfruta el imputado en un proceso penal de adultos, más aquellas que sean propias de la condición de menor". Sobre la protección de los derechos humanos del niño en el Derecho Procesal y Penal Juvenil producto de la doctrina de la protección integral, véase Maxera, op. cit., pp. 187-215; Rita Maxera, "Un modelo de responsabilidad penal juvenil", en *Seminario-taller Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Un año de vigencia. Memoria*, UNICEF y otros, 1998, pp. 41-44.

[33] Cf. Jutta Gerkel y Karl Schumann (eds.), *Ein trojanisches Pferd im Rechtsstaat. Der Erziehungsgedanke in der Jugendgerichtspraxis*, Pfaffenweiler, Centaurus, 1988. A esta crítica hace mención Kaiser, quien la rechaza. Günther Kaiser, "Strafen statt Erziehen?", en *ZRP* (Alemania), nº 11, 1997, p. 455.

[34] Véase al respecto lo que se indica en Javier Llobet Rodríguez, "El interés superior del niño y garantías procesales y penales", en *Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica: lecciones aprendidas*, UNICEF, San José, 2000, pp. 45-54; ídem, "Interés superior del niño, protección integral y garantismo", en Tiffer y Llobet, *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica*, ILANUD-UNICEF, San José, 1999, pp. 7-29.

IV. El sistema de sanciones como lo característico del Derecho Penal Juvenil

Aunque el Derecho Penal Juvenil tiene algunas reglas particulares de carácter procesal basadas en el principio educativo,[35] lo característico de dicho Derecho se encuentra en el aspecto sancionatorio, que corresponde al Derecho sustantivo, puesto que es con respecto a éste que el Derecho Penal Juvenil presenta una regulación propia que hace no aplicable el Derecho Penal de adultos subsidiariamente, tal y como ocurre con respecto a la teoría del delito o las normas procesales. Por ello hay que diferir de lo dicho por Emilio García Méndez en el sentido de que el Derecho Penal Juvenil es Derecho Procesal y no derecho de fondo.[36]

Siendo las sanciones lo característico del Derecho Penal Juvenil impulsado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es importante hacer mención a los principios que las rigen, consecuencia en última instancia del principio educativo. Éstos son: prevenir antes que sancionar, prioridad de las formas de desformalización de la Justicia Penal Juvenil, preferencia de las sanciones no privativas de libertad y vigencia del principio educativo en la determinación y ejecución de las sanciones.

1. Prevenir antes que sancionar

Uno de los principios fundamentales del Derecho Penal Juvenil, que surge de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, es que debe dársele prioridad a la prevención antes que a la represión; se parte de que la delincuencia juvenil se combate principalmente a través de una buena política social y no de una "buena" política penal.

Debe reconocerse que una de las grandes preocupaciones de la opinión pública en Costa Rica y en los demás países latinoamericanos es el aumento de la inseguridad de los habitantes de la república, que se asocia en gran parte con la delincuencia juvenil, a la que se atribuyen una serie de hechos violentos, en particular homicidios y robos con violencia sobre las personas.[37] Ese aumento de la delincuencia no se puede negar, aunque debe anotarse que no ha ocurrido con la magnitud que cree la opinión pública.[38]

---

[35] Sobre ello véase en particular: Llobet Rodríguez, "Seguridad…", op. cit., nº 7.

[36] Véase la discusión que he sostenido con García Méndez en UNICEF (ed.), *Jornadas de reflexión sobre la ley de justicia penal juvenil*, UNICEF, San José, 2001, pp. 50, 64-68. Consúltese además: Llobet Rodríguez, "Seguridad…", op. cit., nº 5.

[37] Véase, por ejemplo, *La Nación*, 17 de mayo de 1993, p. 12; *Al Día*, 19 de setiembre de 1993; *La Nación*, 19 de setiembre de 1993; *La Nación*, 13 de mayo de 1994; *La Nación*, 15 de mayo de 1994, p. 4 A; *La República*, 10 de mayo de 1994.

[38] Sobre ello véase: Elías Carranza, *Criminalidad, ¿prevención o promoción?*, Universidad Estatal a Distancia, San José, 1997; ídem, "La ley de armas y la violencia en Costa Rica", en *Ciencias Penales* (Costa Rica), nº 18, 2000.

De relevancia al respecto es el *Estudio multicéntrico sobre actitudes y normas culturales sobre la violencia* (Proyecto Activa), realizado recientemente, que midió los niveles de violencia a través de encuestas a víctimas y concluyó que el sentimiento de inseguridad en Costa Rica es exagerado en relación con la situación real. Indica asimismo que los niveles de victimización son relativamente bajos en comparación con los otros países estudiados (Brasil, Colombia, España, Venezuela, Costa Rica, El Salvador y Chile), a excepción de Chile y España. Sin embargo, el sentimiento de inseguridad es alto, y sobre todo son muy preocupantes las actitudes que se asumen frente a la delincuencia: un 38% justifica el tomar la ley en las propias manos; un 24,6% el detener a jóvenes por su apariencia física; un 14,9% la aplicación de la tortura; un 40,4% el establecimiento de la pena de muerte; un 47,7% matar al violador de la hija, y un 43,9% matar a quien asuste a los vecinos.[39] De hecho se han venido dando una serie de reacciones violentas en contra de jóvenes que han sido atrapados *in fraganti* por vecinos de una localidad.[40]

En definitiva, se ha producido un aumento en la disposición a reaccionar de hecho frente a la delincuencia, de manera que se proceda a torturar y hasta matar a los supuestos delincuentes, como formas de reacción penal no formalizada que se realizan con la participación o tolerancia de la policía estatal. Víctimas de estas acciones son en Latinoamérica en gran parte los llamados *niños de la calle*. En relación con ello, en la investigación sobre las muertes violentas dirigida por Raúl Zaffaroni, éste indicó:

> En 1989, siguiéndose las noticias de homicidios de los diarios *Noticias Populares* de São Paulo, *O Dia* de Río de Janeiro y el *Diario Pernambuco* de Recife, se señaló que sobre 600 víctimas, nada menos que 453 afectaron a menores de 17 años. Este altísimo porcentaje de víctimas de homicidio se inscribe en una realidad social en la que se estima que treinta y siete millones de niños (hasta 17 años) se hallan en estado de pobreza y, entre ellos, siete millones directamente en situación de abandono.[41]

Indica Zaffaroni que, aunque es difícil determinar cuántas de dichas muertes de menores de edad fueron obra de escuadrones de la muerte, ello se calcula en un 33% del total. Manifiesta además que los trabajos sobre el tema coinciden en que: a) las condiciones de extrema miseria llevan a muchos niños a cometer pequeños delitos o a ser empleados por mayores para cometerlos (en particular, transporte de

---

[39] Marcos Fournier, *El caso de Costa Rica: un problema estructural*, Instituto de Investigaciones Psicológicas, Universidad de Costa Rica, San José, s/f.

[40] Acerca de esto véase la referencia que se encuentra en Luis Paulino Mora Mora, "Análisis e impacto de la ley de justicia penal juvenil en Costa Rica en el contexto nacional y comparado", en *Seminario-taller Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Un año de vigencia. Memoria*, UNICEF y otros, 1998, p. 32; Javier Llobet Rodríguez, "Seguridad…", op. cit., pp. 54-56.

[41] Eugenio Raúl Zaffaroni, *Muertes anunciadas*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Temis, Bogotá, 1993, p. 59.

tóxicos); b) muchos niños son testigos de delitos y violencias graves; c) los *justiceiros* actúan amparados por las policías y constituyen una suerte de "privatización" del escuadrón de la muerte; d) las personas que tratan de defender a los menores y denuncian a los *justiceiros* sufren represalias, son eliminadas o deben desistir de la empresa; e) los homicidas de niños considerados "infractores" venden protección a los comercios; f) el fenómeno presenta características alarmantes en Río de Janeiro, São Paulo y Recife; g) la policía deja operar a los *justiceiros* y concentra su actividad de vigilancia en los barrios de clase media y alta; h) la opinión pública recibe las noticias con relativo grado de consentimiento; i) los medios masivos refuerzan el conseentimiento mediante la proyección de casos de menores infractores de "alta peligrosidad" como pequeños monstruos; j) los propios menores que trabajan para las redes distribuidoras de tóxicos amparadas pueden ser ejecutados en razón de la considerable información de que disponen acerca de esta actividad; k) la muerte anunciada de testigos e informantes se conoce como *queima de arquivo*.[42]

Las ejecuciones extrajudiciales y tortura a supuestos delincuentes juveniles no solamente se dan en Brasil, sino que han ido extendiéndose a diversos países latinoamericanos, encontrando un gran apoyo de parte de la opinión pública, dentro de ella la costarricense, tal y como se indicó arriba.

A lo anterior debe agregarse lo siguiente: hay que reconocer que existe un derecho de toda persona a ser protegido por el Estado frente a acciones de terceras personas que perturben su vida, su integridad física o sus derechos. Así por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad física supone, en primer lugar, la obligación del Estado de no lesionar ese derecho, pero también la obligación del Estado de adoptar medidas tendientes a evitar su lesión. No debe olvidarse, sin embargo, que dicha protección debe hacerse dentro del margen de respeto de los derechos humanos. Importante es que todos los derechos humanos en definitiva emanan del principio de respeto de la dignidad humana, el que es heredero de la Ilustración, y se llega a la conclusión de que el hombre es un fin en sí mismo y no puede ser mero objeto del interés de la colectividad o del Estado. La base de la legitimación de un Estado de Derecho es, precisamente, que incluso a aquellos a quienes se acusa de haber quebrantado los derechos humanos o se les ha condenado por ello, deben respetárseles los derechos humanos. Caso contrario, el Estado, en el ejercicio del *ius puniendi*, no podría argumentar ninguna superioridad moral sobre los delincuentes, puesto que se habría puesto al nivel de ellos.[43]

---

[42] Ibídem, p. 60.

[43] "Un estado que mata, que tortura, que humilla a un ciudadano no sólo pierde cualquier legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes". Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón* (trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros), Trotta, Madrid, 1995, p. 396. En Costa Rica, en sentido similar pero refiriéndose a la lucha contra el terrorismo, indica Rafael Ángel Herra: "El estado pone en juego su legitimidad en la manera de reaccionar a la violencia externa. Un ejemplo se da en cómo responde frente al terrorismo y garantiza la paz y la seguridad del conjunto de la sociedad y de los individuos. Si el estado reacciona con medios ilegales, con recursos de terror contra-terrorista indis-

Debe tenerse en cuenta que los particulares que recurren a las ejecuciones extrajudiciales o a la tortura quebrantan las mismas normas del Estado y obligan a éste a reaccionar frente a dicha violación. Los particulares en su actuación deben respetar la dignidad de la persona humana y no proceder a quebrantar la vida o la integridad física de los que estiman son delincuentes. Lo anterior, salvo cuando actúen en ejercicio de la legítima defensa para defenderse de las agresiones ilegítimas de que sean objeto, pero ello dentro del margen de la necesidad razonable de la defensa para repelar la acción. Sin embargo, una vez que el peligro ya ha pasado, no están justificados a satisfacer sus deseos de venganza frente al agresor, agrediéndolo. Si así lo hicieran, se convertirían ellos mismos en delincuentes.

Algunos critican que el proceso penal, y dentro de él el proceso penal juvenil, garantiza demasiado los derechos humanos de los imputados, pero precisamente el proceso penal trata de que la persecución penal se desarrolle dentro del respeto de los derechos humanos.[44] Frente al poderío del Estado, capaz de encarcelar a las personas que habitan en él, deben establecerse mecanismos de garantía de que se respetará el debido proceso cuando se imponga la detención preventiva o una sanción privativa o no de libertad. Si no fuera así, estaríamos no ante el juzgamiento de delitos, sino ante una mera represión policial,[45] con las arbitrariedades a que lleva esto, como lo demuestra la historia universal más reciente. Por ello no es de extrañar que, dentro de las convenciones internacionales de derechos humanos, entre ellas la Convención de

---

criminado, entonces hace de contrapunto al terrorismo, se asocia con él en el otro extremo, le hace el juego dialéctico, y entonces el torbellino de la violencia queda abierto, y se inicia un drama que puede agravarse si ya existe una situación de tensiones latente que nadie, ni el estado ni los grupos dominantes, ha sabido enfrentar, y que los extremistas cosechan. Si el estado contrapesa adecuadamente su reacción con recursos jurídicos pertinentes y mecanismos democráticos, las posibilidades de que subsista la sociedad son mayores. Si comienza a aplicar el terror estatal indiscriminado o a ignorar su aplicación por parte de entidades que le pertenecen, corre graves riesgos de deslegitimarse". Rafael Ángel Herra, "Derechos humanos y terror", en *Revista Filosofía*, XXI, 1983, Universidad de Costa Rica, p. 25.

[44] En este sentido dice Daniel González Álvarez: "[…] Sin garantías no hay proceso, es más, el proceso es eso: una garantía, es decir, no tiene sentido pensar en que un sujeto, lo vamos a someter a proceso, si no es en función de una garantía […]". Daniel González Álvarez, "La reforma del proceso penal en Costa Rica", en *Seminario de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal*, Centro de Estudios y Capacitación Judicial para Centroamérica y Panamá, y otros, San José, 1994, p. 19. Señala Daniel Pastor tres fines del proceso penal: "1) Imponer la pena al culpable, es decir, lograr el restablecimiento de la paz jurídica a través del proceso penal (se aplica la ley penal según el resultado de la averiguación de la verdad, salvo el acuerdo entre los involucrados para encontrar otra salida al conflicto, en los casos en que la ley lo admita); 2) proteger al inocente contra los abusos del poder penal del Estado y 3) respetar la dignidad de la persona del imputado". Daniel Pastor, "¿Es conveniente la aplicación del proceso penal 'convencional' a los delitos no convencionales?", en Maier (ed.), *Delitos no convencionales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994, pp. 287-288.

[45] En este sentido: González Álvarez, op. cit., pp. 19-20.

Derechos del Niño, ocupe un lugar primordial la regulación de los derechos del imputado durante el proceso penal.

Relevante es que las ejecuciones extrajudiciales suponen no solamente una violación del Derecho interno, sino del mismo Derecho Internacional de los Derechos Humanos; hay incluso una tendencia a catalogarlas como un crimen internacional contra los derechos humanos.[46] Por ello existe una obligación internacional del Estado respectivo de prevenirlas e investigarlas.

Aparte de las reacciones de hecho frente a la delincuencia juvenil, la opinión pública procura un endurecimiento del Derecho Penal Juvenil, aumentando la duración de las sanciones privativas de libertad que se aplican a través de él, o bien una reducción de la edad de aplicación del Derecho Penal de adultos, en contravención de los 18 años que la Convención de Derechos del Niño exige como mínimo para que pueda ser aplicable dicho Derecho.

En el caso del Derecho Penal Juvenil costarricense, al aprobar la Asamblea Legislativa la ley de Justicia Penal Juvenil, los legisladores se apartaron del criterio de los técnicos expresado en el proyecto de ley y aumentaron drásticamente la duración máxima de la sanción de internamiento, estableciéndola en 10 años para los mayores de 12 y menores de 15 años, y en 15 años para quienes tengan una edad mayor de 15 pero menor de 18 años.[47]

Importante es que ese aumento de la duración de la sanción de internamiento satisfizo a la opinión pública por unos días. Sin embargo, cuando la prensa continuó informando de nuevos hechos delictivos en los que estaban involucradas personas menores de 18 años, el efecto tranquilizador dejó de funcionar.

Debe agregarse que, como lo han demostrado investigaciones criminológicas, la creencia de que con el aumento draconiano de las penas se va a disminuir la delincuencia es errónea, ya que la mayoría de los delincuentes no calcula las posibles consecuencias del hecho, sino que lo único que les interesa es no ser descubiertos, de modo que un efecto preventivo sí lo es la posibilidad de que ello ocurra.[48] Ello queda claro en el caso costarricense, en que el aumento desproporcionado de las penas del homicidio para los mayores de edad, llevado a cabo en 1994, no produjo una disminución de la cantidad de homicidios, sino más bien al contrario: a partir de ese año se produjo un aumento de las tasas respectivas, que se habían mantenido estables durante varios años.[49]

---

[46] Cf. Altemir Blanc, *La violación de los derechos fundamentales como crimen internacional*, Barcelona, 1990, pp. 377-403.

[47] Artículo 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil. El proyecto de ley lo que proponía era una sanción máxima de tres años de internamiento para los menores de 15 años y de cinco años para los mayores de esa edad y menores de 18 años.

[48] Cf. Claus Roxin *La parte general del Código Penal sustantivo* (trad. Luis Zapatero), en C. Roxin, G. Arzt y K. Tiedemann, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1989, p. 62, § 3, nº 25.

[49] Cf. Carranza, “La ley…”, op. cit., pp. 43-46.

Debe estimarse que la mejor manera de combatir la delincuencia juvenil no es la imposición de sanciones o alternativas a éstas, sino la prevención, a través de una política social y educacional. Desde esta perspectiva, parte fundamental de la *doctrina de la protección integral* es la elaboración de un programa de prevención de la delincuencia juvenil, procurando, conforme al principio de dignidad de la persona humana, que los niños y adolescentes tengan las condiciones educativas y sociales que les permitan el pleno desarrollo de su personalidad.

Por ello mismo es que las Naciones Unidas, además de la Convención de Derechos del Niño, no sólo aprobaron reglas relacionadas con la Justicia Penal Juvenil —como las reglas de Beijing y las reglas para la protección de los menores privados de libertad—, sino también unas directrices para la prevención de la delincuencia juvenil, conocidas como reglas de Riad. Importante es que en éstas se señala, dentro de las políticas de prevención de dicha delincuencia:

> [Debe procederse al] suministro de oportunidades, en particular educativas, para atender las diversas necesidades de los jóvenes y servir de marco de apoyo para velar por el desarrollo personal de todos los jóvenes, en particular de aquellos que están latentemente en peligro o en situación de riesgo social y necesitan un cuidado y una protección especiales.[50]

---

[50] Numeral 5.a de las directrices mencionadas. En la recomendación nº R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 18 de septiembre de 1987, se le da importancia a la prevención: Se indica que se recomienda: "1. Desplegar o proseguir esfuerzos particulares para la prevención de la inadaptación y de la delincuencia juvenil, principalmente: a) por la aplicación de una política global que favorezca la inserción social de los jóvenes: b) mediante una ayuda particular y la introducción de programas especializados, bajo forma experimental, a nivel escolar o de las organizaciones juveniles o deportivas, destinados a integrar mejor a los jóvenes que tienen graves dificultades en ese ámbito; c) mediante medidas de prevención situacional y técnica destinadas a reducir las ocasiones ofrecidas a los jóvenes para cometer infracciones". Con anterioridad a esta recomendación es de destacar la resolución (78) 62 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que se refirió a la transformación social y la delincuencia juvenil, adoptada el 29 de noviembre de 1978. En dicha recomendación se mencionó que debían procurarse las acciones siguientes para la prevención de la delincuencia y la socialización de los jóvenes: "– mejorar las condiciones de alojamiento y de equipamiento social de las familias dotadas de niños, especialmente en las poblaciones grandes, con medidas que permitan el crecimiento de los jóvenes poniendo a su disposición servicios y locales apropiados; – velar para que todo adolescente tenga la posibilidad de adquirir una formación profesional de acuerdo con sus gustos y aptitudes; – emplear los medios necesarios para asociar a los jóvenes con el mundo del trabajo, procurando evitar el paro prolongado de los jóvenes; – reforzar las medidas de apoyo económico y social de las familias que tienen niños, especialmente las más desfavorecidas, y garantizar los cuidados y la seguridad de los niños; – revisar los sistemas escolares a fin de que las escuelas puedan responder a las necesidades de cada alumno y a las exigencias de la vida moderna y asegurar una detección precoz de las dificultades psicológicas y sociales de los jóvenes que tiendan a mantenerlos en los recursos escolares normales; – favorecer o estimular las asociaciones de jóvenes y los movimientos deportivos y de diversión que contribuyen a la inserción de sus miembros en la vida social; – estimular (promover) los medios de comunicación de masas para que se interesen más y de forma positiva por los problemas de los jóvenes, velando para que no se tengan prejuicios ni estereotipos al respecto".

Se menciona en dichas directrices la importancia de un ambiente sano y estable en la familia,[51] de garantizar el acceso a la educación que permita el pleno desarrollo de la personalidad, las aptitudes y capacidad mental y física de los jóvenes.[52] Se resalta además la responsabilidad de la comunidad de prestar asistencia a los jóvenes que no puedan vivir con sus padres o no tengan hogar y a los toxicómanos.[53] Se hace referencia a la responsabilidad de los medios de comunicación en reducir en sus mensajes el nivel de violencia, pornografía y drogadicción,[54] unido todo a la obligación estatal de prestar servicios adecuados de atención médica, salud mental, nutrición, vivienda y los demás servicios necesarios, en particular la prevención y el tratamiento del uso indebido de drogas y alcohol.[55]

En Latinoamérica debe ser mencionada la Declaración de Panamá, adoptada por los jefes de Estado y de Gobierno de 21 países iberoamericanos en la ciudad de Panamá los días 17 y 18 de noviembre del 2000. Este documento menciona, entre otros aspectos:

> 8. Reconocemos la importancia fundamental de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho en nuestras sociedades y el papel rector y normativo del Estado en el diseño y ejecución de políticas sociales en beneficio de ellos y como garante de sus derechos y reiteramos nuestro compromiso en construir las bases para el desarrollo pleno de sus potencialidades y de su integración social, ante las oportunidades y retos que ofrece el mundo globalizado hoy.

La declaración admite:

> […] que la pobreza y extrema pobreza, la desigual distribución del ingreso, la exclusión social y la violencia intrafamiliar son las principales causas de que los niños, niñas y adolescentes ingresen prematuramente al mercado laboral, permanezcan en las calles, sean objeto de explotación económica o sexual, migren, infrinjan la ley y estén expuestos a situaciones de riesgo […].

En la declaración se hace una extensa enumeración de acciones tendientes a lograr la equidad y la justicia social, lo mismo que con respecto a la prevención de la delincuencia, tanto de la cometida en contra de los niños, niñas y adolescentes, como de la llevada a cabo por ellos.[56]

Parte de la discusión en Latinoamérica es si la normativa sobre la Justicia Penal Juvenil debe estar ubicada dentro de un cuerpo legal que abarque en general los derechos de los niños. En el caso costarricense se tomó conciencia de que el tratamiento de la delincuencia juvenil no debía limitarse al derecho sancionatorio. Así, luego de la

---

[51] Numerales 11-19 de las directrices.

[52] Numerales 20-31 de las directrices.

[53] Numerales 32-39 de las directrices.

[54] Numerales 40-44 de las directrices.

[55] Numerales 45-51 de las directrices.

[56] Cf. Declaración de Panamá: “Unidos por la niñez y la adolescencia, base de la justicia y la equidad en el nuevo milenio”, en <www.iin.org.uy/declaracion_de_panama.htm>.

aprobación de la Ley de Justicia Penal Juvenil, se llegó a aprobar el Código de la Niñez y la Adolescencia. En él se determinan los derechos y los deberes de los menores de 18 años, se establece su derecho al desarrollo integral[57] y se prevén no sólo derechos y garantías individuales, sino también sociales. Relevante es que, en cuanto a estos últimos, se contempla el derecho a la vida familiar y a la protección social de la familia por las instituciones estatales,[58] el derecho a la asistencia médica directa y gratuita por el Estado,[59] el derecho a la educación orientada hacia el desarrollo de las potencialidades[60] y el derecho a la cultura, la recreación y el deporte.[61] Igualmente, se establece un régimen de protección especial al trabajador adolescente.[62]

En Costa Rica podríamos estar felices y afirmar que con esta ley hemos eliminado los problemas sociales de la adolescencia. Sin embargo, lo cierto es que la ley no deja aún de ser un catálogo de buenas intenciones, aunque juristas como Gilbert Armijo han abordado el tema desde el punto de vista jurídico, tratando de garantizar la tutela constitucional de los derechos de la niñez y la adolescencia como intereses difusos.[63]

Sobre el problema de la pobreza es importante citar lo dicho en el *Informe del estado mundial de la infancia 1993*, presentado por la directora de Unicef para América Latina, Marta Maurás:

> Cerca de un millón de niños latinoamericanos mueren al año víctimas de condiciones inherentes a la pobreza, tales como la desnutrición, enfermedades previsibles y falta de atención básica de salud y educación. El problema más importante del niño latinoamericano es la pobreza en términos generales. De los casi 180 millones de niños y adolescentes menores de 18 años, más o menos la mitad pertenece a familias pobres y la brecha entre el 20% más pobre y el 20% más rico en América Latina se ha acrecentado.[64]

Carlos Tiffer hace mención a los indicadores generales de la pobreza en América Latina al realizar un repaso por países como México, Guatemala, Brasil, Venezuela y Costa Rica. Alude a la pobreza en América Latina haciendo referencia al problema de la cantidad de niños sin hogar, los llamados *niños de la calle*. Así, por ejemplo, dice que en Guatemala en 1989 había aproximadamente cinco mil niños que deambulaban por las calles y que en Brasil en 1987 existían aproximadamente siete millones de niños que vivían y trabajaban en las calles.[65] Es probable que, como consecuencia de

[57] Artículos 1 y 7 del Código.

[58] Artículos 29-40 del Código.

[59] Artículos 41-55 del Código.

[60] Artículos 56-72 del Código.

[61] Artículos 73-77 del Código.

[62] Artículos 78-103 del Código.

[63] Gilbert Armijo Sancho, *La tutela constitucional del interés difuso. Un estudio según el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica*, UNICEF, San José, 1998.

[64] Citado por Carlos Elbert, "Sueño y pesadilla de los derechos de menores", en Trépanier, Pils y Elbert, *Delincuencia juvenil y derechos humanos*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 69.

[65] Cf. Carlos Tiffer Sotomayor, "Derecho Penal de Menores y derechos humanos en América Latina", en *Ciencias Penales* (Costa Rica), nº 10, 1995, pp. 33-34.

las nuevas políticas de globalización en la época del poscomunismo, que han llevado a un mayor empobrecimiento y a una desatención de los programas sociales en Latinoamérica, dichas cifras sean muy superiores hoy día.[66]

La garantía de un nivel de vida digno reviste una importancia vital para el desarrollo integral de los niños y adolescentes, y con ello, además, para la prevención de la delincuencia juvenil. Como se dijo, la mejor forma de combatir ésta y garantizar la seguridad de los habitantes no es por medio de sanciones a los jóvenes que transgreden la ley penal, sino mediante una labor preventiva que trate de solucionar los problemas sociales que causan la delincuencia, realizando una buena política social, conforme a los postulados del Estado social de Derecho. En otras palabras, prevenir en vez de castigar y Derecho Penal como *ultima ratio*, y no meramente castigar con el pretexto de prevenir y Derecho Penal de primera o única *ratio*. Debe advertirse, sin embargo, que la realización de los postulados del Estado social de Derecho no debe verse en forma meramente utilitarista, como consecuencia de la necesidad de prevenir delitos; esta última sólo opera como una exigencia por "rebote", ya que los postulados de justicia social tienen su base primaria y suficiente en el principio de dignidad de la persona humana.

2. Principio de desformalización o desjudicialización de la Justicia Penal Juvenil

La tendencia en el Derecho Penal Juvenil es a la desformalización, que trata de evitar que se imponga una sanción propiamente dicha, ello a través de la conciliación delincuente-víctima, la suspensión del proceso bajo el cumplimiento de condiciones y el simple archivo del asunto a través de la aplicación de criterios de oportunidad reglados.

---

[66] Sobre el empobrecimiento en la era de la globalización y las políticas represivas del crimen es necesario citar lo dicho por el escritor uruguayo Eduardo Galeano: "En la era de las privatizaciones y el mercado libre, el dinero se propone gobernar sin intermediarios. ¿Cuál es la función que se atribuye al Estado? El Estado debe ocuparse de la disciplina de la mano de obra barata, condenada a salarios enanos, y a la represión de las peligrosas legiones de brazos que no encuentran trabajo: un Estado juez y gendarme y poco más. De los servicios públicos ya se encargará el mercado; y de la pobreza, gente pobre, regiones pobres, ya se ocupará Dios, si la policía no alcanza. La administración pública sólo puede disfrazarse de madre piadosa muy de vez en cuando, atareada como está en consagrar sus menguadas energías a las funciones de vigilancia y castigo […] Mientras tanto, crece la pobreza y crecen las ciudades y crecen los asaltos y las violaciones y los crímenes. 'La criminalidad crece mucho más que los recursos para combatirla', reconoce el ministro del Interior de Uruguay. La explosión del delito se ve en las calles, aunque las estadísticas oficiales se hagan las ciegas, y los gobiernos latinoamericanos confiesan, de alguna manera, su impotencia. Pero el poder jamás confiesa que está en guerra contra los pobres que genera, en pleno combate contra las consecuencias de sus propios actos. 'La delincuencia crece por culpa del narcotráfico', suelen decir los voceros oficiales, para exonerar de responsabilidad a un sistema que arroja cada vez más pobres a las calles y a las cárceles y que condena cada vez más gente a la desesperanza y a la desesperación". Eduardo Galeano, "El sacrificio de la justicia en los altares del orden. Los prisioneros", en *Ciencias Penales* (Costa Rica), nº 14, 1997, p. 3.

Se pretende en particular evitar el dictado de una sentencia condenatoria, con su carácter estigmatizador, y la imposición de una sanción propiamente dicha, especialmente la privativa de libertad.[67]

Es dentro del Derecho Penal Juvenil donde se empezó a buscar la desformalización, como consecuencia de las características propias de éste y del énfasis en el principio educativo. En los últimos tiempos dicha tendencia a la desformalización se aprecia asimismo en el Derecho Penal de adultos, que ha llegado a aprobar también recomendaciones en el ámbito de la ONU en ese sentido.[68] Sin embargo, debe reconocerse que no llegan a tener la amplitud que presentan en el Derecho Penal Juvenil.

El principio de *ultima ratio* y su consecuencia hacia la desformalización se encuentran expresados en la regla 11 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, que dice:

> Remisión de casos
>
> 11.1 Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra (sea Corte, Tribunal, Junta, Consejo, etc.), para que los juzguen oficialmente.
>
> 11.2 La policía, el Ministerio Público y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente con arreglo a los criterios establecidos al efecto, y sin necesidad de visita oficial, en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes reglas.
>
> 11.3. Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así lo solicite.
>
> 11.4. Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación de víctimas.

---

[67] Sin embargo, con respecto a la diversificación, la que se basa, como se dijo, en el principio educativo, se debe ser cauteloso, evitando que en la práctica, lejos de suponer una disminución del control social, lleve más bien a una ampliación de éste, llegándose así a unas "redes distintas, más amplias y sutiles". Sobre ello: Elena Larrauri, "Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (España), 1991, pp. 45-47; ídem, *La herencia de la criminología crítica*, Siglo XXI, Madrid, 1991, pp. 209-216; Javier Llobet Rodríguez, "Garantías procesales y seguridad ciudadana", en Armijo, Rivero y Llobet, *Nuevo proceso penal y Constitución*, Investigaciones Jurídicas, San José, 1998, pp. 158-159; Elías Carranza y Rita Maxera, "El control social sobre niños, niñas y adolescentes en América Latina", en *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*, Ministerio de Justicia de El Salvador y otros, San Salvador, 1995, p. 80; Albrecht, op. cit., p. 159.

[68] A lo anterior hacen referencia, por ejemplo, la declaración de la ONU sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder, de 1985, y las normas para la aplicación de dicha declaración de 1989. Véase también la recomendación nº R (85) 11 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa, de 1985.

En el ámbito europeo es importante mencionar la recomendación R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 18 de septiembre de 1987. Recomendó:

> 2. Alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación a nivel del órgano de prosecución (clasificación sin persecución) o a nivel policial, en los países donde la Policía tenga funciones de persecución, a fin de evitar a los menores la asunción por el sistema de justicia penal y las consecuencias derivadas de ello; asociar a los servicios o comisiones de protección a la infancia de estos procedimientos.
>
> 3. Adoptar las medidas necesarias para que en el curso de estos procedimientos:
>
> – se aseguren la aceptación por el menor de las eventuales medidas que condicionan la desjudicialización y, si es preciso, la colaboración de su familia;
>
> – se conceda una atención adecuada tanto a los derechos e intereses dela víctima como a los del autor.

3. Principio de preferencia de las sanciones no privativas de libertad

En los casos en que no es posible aplicar un criterio de oportunidad reglado ni otra forma anticipada de conclusión del proceso, como la conciliación y la suspensión del proceso a prueba, y se llega al dictado de una sentencia condenatoria y a la imposición de una sanción propiamente dicha, es principio fundamental del Derecho Penal Juvenil que el confinamiento de jóvenes en centros penitenciarios debe ser utilizado como último recurso. La razón que lleva a evitar la imposición de la sanción privativa de libertad radica no sólo en la magnitud de la injerencia en los derechos del joven, sino también en el carácter criminógeno que dicha privación comparte en el Derecho Penal Juvenil con el Derecho Penal de adultos.[69]

Al carácter de *ultima ratio* de la sanción privativa de libertad aluden las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. Ello se traduce en la previsión de sanciones diferentes a las privativas de libertad, las cuales adquieren el carácter preferente, y sólo en forma subsidiaria y extraordina-

---

[69] Al carácter criminógeno de la sanción privativa de libertad en el Derecho Penal Juvenil hace referencia Douglas Durán, quien dice: "[…] Se ha establecido que la prisión agudiza los sentimientos de rechazo que, ya de por sí, ha experimentado, por lo general, toda la clientela del sistema de administración de justicia penal juvenil. Por otra parte, en los sujetos agresivos, se da incluso una exacerbación de la agresividad. Generalmente, se ofrece al menor de edad un mundo fragmentado, con individuos que se caracterizan porque uno de sus componentes específicos es precisamente el no haber podido unificar su personalidad. Todo esto puede llevar a un funcionamiento pulsional y agresivo como consecuencia del medio desestructurante del ambiente carcelario". Douglas Durán Chavarría, "Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad", en Mauricio González Oviedo y Carlos Tiffer Sotomayor, *De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, San José, UNICEF, 2000, p. 493.

ria puede disponerse la privación de libertad. Sobre ello dicen las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas de la Justicia de Menores en su numeral 18.1:

> Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes: a) Órdenes en materia de atención, orientación y supervisión; b) Libertad vigilada; c) Órdenes de prestación de servicios a la comunidad; d) Sanciones socioeconómicas, indemnizaciones y devoluciones; e) Órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; g) Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos; h) Otras órdenes pertinentes.[70]

4. Preponderancia del principio educativo en la determinación y ejecución de las sanciones

El principio educativo del Derecho Penal Juvenil es el que lleva al desarrollo de los principios mencionados arriba, la necesidad de dar prioridad a la prevención antes que a la sanción, la preferencia por la desformalización de la justicia penal juvenil y la prioridad de las sanciones no privativas de libertad. Por ello, en la determinación de la sanción a aplicar, o bien la preferencia por formas de desformalización en vez de la sanción, lo fundamental a considerar es el principio educativo; por supuesto, debe tenerse en cuenta que dicho principio desempeña un papel de protección al menor de edad sometido a la Justicia Penal Juvenil y lo que hace es más bien aminorar la reacción penal estatal, buscando la menor injerencia posible en los derechos del joven. Sobre ello se hizo referencia antes, al indicarse que el principio educativo no debía convertirse en un *caballo troyano en el Estado de Derecho*.

El principio educativo tiene, además, una gran importancia en la ejecución de las sanciones, en particular con respecto a la privativa de libertad, de modo que traten de contrarrestar los efectos negativos del encarcelamiento, compensando las carencias que tenía el joven antes de éste y que puedan haber influido en la comisión del hecho delictivo. Sobre ello indican, por ejemplo, las Reglas Mínimas de la ONU para la Administración de Justicia de menores:

> 36.1. La capacitación y el tratamiento de menores confinados en establecimientos penitenciarios tienen por objeto garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad.
>
> 36.2. Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria —social, educacional, profesional, sicológica, médica y física— que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano.

---

[70] Regla 18.1.

El principio educativo en la ejecución de las sanciones penales juveniles es desarrollado ampliamente en las reglas de la ONU para la protección de los menores privados de libertad.

V. Conclusiones

Con la adopción de las garantías del Derecho Penal y Procesal Penal de adultos se produjo un acercamiento a éste por parte del Derecho Penal Juvenil; pero a su vez se puede afirmar la existencia de un acercamiento del Derecho Penal de adultos al Derecho Penal Juvenil. Así, los principios que caracterizan al Derecho Penal Juvenil sustantivo, tales como el de prevenir antes que sancionar, *ultima ratio* de la sanción, *ultima ratio* de la sanción privativa de libertad, así como el carácter rehabilitador de que debe dotarse a todas las sanciones, se encuentran hoy admitidos en la normativa de Derecho Internacional de los Derechos Humanos referida al Derecho Penal de adultos.

En definitiva, la diferencia al respecto entre el Derecho Penal Juvenil y el de adultos es de intensidad, ya que, como con frecuencia se menciona en la exposición de motivos de la ley de Justicia Penal Juvenil costarricense, en el Derecho Penal Juvenil dichas garantías se encuentran "reforzadas"; o sea, se traducen en definitiva en *más* prevención, *más ultima ratio* de la sanción y de la privativa de libertad y *más* consideración del principio rehabilitador de las sanciones, tanto en el momento de la imposición como en el de la ejecución.

Por otro lado, no se puede negar que el fin rehabilitador de la pena privativa de libertad en el Derecho Penal de adultos no es tomado muy en serio en Latinoamérica, ni desde el punto de vista presupuestario ni desde las prioridades de la ejecución penal, mientras que en el Derecho Penal Juvenil al menos existe una mayor voluntad de dotar en alguna medida de carácter educativo la ejecución de la sanción privativa de libertad.

Bibliografía

ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ALBRECHT, Peter Alexis, *El Derecho Penal de Menores*, PPU, Barcelona, 1990.

— "Respecto del futuro del Derecho Penal de Menores. Peligros y chances", en BUSTOS RAMÍREZ (ed.), *Un Derecho Penal del menor*, Cono Sur, Santiago de Chile, 1992, pp. 55-72.

ARMIJO SANCHO, Gilbert, *La tutela constitucional del interés difuso. Un estudio según el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica*, UNICEF, San José, 1998.

BACIGALUPO, Enrique, "Entwicklung des Jugendstrafrechts und der kriminalrechtlichen Behandlung Jugendlicher in ausgewählten Länder Lateinamerika (Argenti-

nien, Costa Rica, Mexiko, Kolumbien, Venezuela)", en DÜNKEL y MEYER (comps.), *Jugendstrafe und Jugendstrafvollzug*, t. II, 1986, pp. 1367-1388.

— *Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal*, Akal-Iure, Madrid, 1991.

BARBERO SANTOS, Marino, *Marginación social y derecho represivo*, Bosch, Barcelona, 1980.

BARKER, Licius, y Twiley BARKER, *Civil liberties and the Constitution*, Nueva Jersey, 1982.

BLANC, Altemir, *La violación de los derechos fundamentales como crimen internacional*, Barcelona, 1990.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Ensayos de Derecho Penal y Política Criminal*, Continental, San José, 2001.

CARRANZA, Elías, *Criminalidad, ¿prevención o promoción?*, Universidad Estatal a Distancia, San José, 1997.

— "La ley de armas y la violencia en Costa Rica", en *Ciencias Penales* (Costa Rica), nº 18, 2000, pp. 43-46.

CARRANZA, Elías, y Rita MAXERA, "El control social sobre niños, niñas y adolescentes en América Latina", en *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*, Ministerio de Justicia de El Salvador y otros, San Salvador, 1995, pp. 63-82.

CILLERO BRUÑOL, Miguel, "Los derechos de los niños y los límites del sistema penal", en UNICEF-ILANUD (eds.), *Adolescentes y justicia penal*, UNICEF-ILANUD-Unión Europea, Santiago de Chile, 2000, pp. 11-26.

DURÁN CHAVARRÍA, Douglas, "Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad", en Mauricio GONZÁLEZ OVIEDO y Carlos TIFFER SOTOMAYOR, *De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, San José, UNICEF, 2000, pp. 485-507.

ELBERT, Carlos, "Sueño y pesadilla de los derechos de menores", en TRÉPANIER, PILS y ELBERT, *Delincuencia juvenil y derechos humanos*, Depalma, Buenos Aires, 1995, pp. 59-80.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón* (trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros), Trotta, Madrid, 1995.

FOURNIER, Marcos, *El caso de Costa Rica: un problema estructural*, Instituto de Investigaciones Psicológicas, Universidad de Costa Rica, San José, s/f.

GALEANO, Eduardo, "El sacrificio de la justicia en los altares del orden. Los prisioneros", en *Ciencias Penales* (Costa Rica), nº 14, 1997.

GARCÍA Méndez, Emilio, *Derechos de la infancia-adolescencia en América Latina*, Edino, Guayaquil, 1994.

GERKEL, Jutta, y Karl SCHUMANN (eds.), *Ein trojanisches Pferd im Rechtsstaat. Der Erziehungsgedanke in der Jugendgerichtspraxis*, Pfaffenweiler, Centaurus, 1988.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel, "La reforma del proceso penal en Costa Rica", en *Seminario de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal*, Centro de Estudios y

Capacitación Judicial para Centroamérica y Panamá, y otros, San José, 1994, pp. 10-25.

HERRA, Rafael Ángel, "Derechos humanos y terror", en *Revista Filosofía*, XXI, 1983, Universidad de Costa Rica, pp. 23-26.

KAISER, Günther, "Strafen statt Erziehen?", en *ZRP* (Alemania), nº 11, 1997, pp. 451-458.

KOLLE, Sandra de, y Carlos TIFFER SOTOMAYOR, *Justicia juvenil en Bolivia*, ILANUD y otros, San José, 2000.

LARRAURI, Elena, *La herencia de la criminología crítica*, Siglo XXI, Madrid, 1991.

— "Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (España), 1991, pp. 45-47.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, "Garantías en el proceso penal juvenil", en TIFFER, LLOBET y DÜNKEL, *Derecho Penal Juvenil*, ILANUD-DAAD, San José, 2002, pp. 142-201.

— "Garantías procesales y seguridad ciudadana", en ARMIJO, RIVERO y LLOBET, *Nuevo proceso penal y Constitución*, Investigaciones Jurídicas, San José, 1998, pp. 135-162.

— "Interés superior del niño, protección integral y garantismo", en TIFFER y LLOBET, *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica*, ILANUD-UNICEF, San José, 1999, pp. 7-29.

— "El interés superior del niño y garantías procesales y penales", en *Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica: lecciones aprendidas*, UNICEF, San José, 2000, pp. 45-54.

— "Seguridad ciudadana y prevención del delito en Costa Rica", en Edgardo ROTMAN, *La prevención del delito*, Investigaciones Jurídicas, San José, 1998, pp. 7-66.

MAXERA, Rita, "La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales: el caso de Costa Rica", en Emilio GARCÍA MÉNDEZ y Elías CARRANZA (eds.), *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina*, Galerna, Buenos Aires, 1992, pp. 187-215.

— "Un modelo de responsabilidad penal juvenil", en *Seminario-taller Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Un año de vigencia. Memoria*, UNICEF y otros, 1998, pp. 41-44.

MONTENEGRO, Marianella, *Fundamentos y principios del Derecho Penal de Adolescentes*, UNICEF, Panamá, 1999.

MORA MORA, Luis Paulino, "Análisis e impacto de la ley de justicia penal juvenil en Costa Rica en el contexto nacional y comparado", en *Seminario-taller Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Un año de vigencia. Memoria*, UNICEF y otros, 1998, pp. 28-34.

OCHAÍTA, Esperanza, y María Ángeles ESPINOZA, "El menor como sujeto de derechos", en María Teresa MARTÍN LÓPEZ (ed.), *La protección de los menores. Derechos y recursos*, Civitas y otros, Madrid, 2001, pp. 33-66.

O'DONNELL, Daniel, *Protección internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988.

PACHECO, Máximo (ed.), *Los derechos humanos. Documentos básicos*, Jurídica, Santiago de Chile, 1987.

PASTOR, Daniel, "¿Es conveniente la aplicación del proceso penal 'convencional' a los delitos no convencionales?", en MAIER (ed.), *Delitos no convencionales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994, pp. 269-301.

PLATT, Anthony, *Los salvadores del niño*, Siglo XXI, México, 1982.

UNICEF (ed.), *Jornadas de reflexión sobre la ley de justicia penal juvenil*, UNICEF, San José, 2001.

ROXIN, Claus, *La parte general del Código Penal sustantivo* (trad. Luis Zapatero), en C. ROXIN, G. ARZT y K. TIEDEMANN, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1989, pp. 17-80.

— *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Múnich, 1992.

SABORÍO VALVERDE (ed.), *Instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en Costa Rica*, San José, 1993.

TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, "Derecho Penal de Menores y derechos humanos en América Latina", en *Ciencias Penales* (Costa Rica), nº 10, 1995, pp. 28-38.

— *Justicia juvenil y policía*, Escuela Judicial-UNICEF-ULANUD, San José, 2001.

— *Ley de Justicia Penal Juvenil comentada y concordada*, Juritexto, San José, 1996.

TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, y Frieder DÜNKEL, "Das Jugendstrafrecht in Lateinamerika unter besonderer Berücksichtigung des Jugendrechts und der Sanktionspraxis in Costa Rica", en *ZStW* (Alemania), 1989, pp. 206-228.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Muertes anunciadas*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Temis, Bogotá, 1993.

Jayme Antonio Evros Ayala (Alemania)*
y Norbert Bernsdorff (Alemania)**

Strafschadensersatz: algunas reflexiones sobre su ejecución desde el punto de vista teórico y práctico

I. Introducción

La institución del *Strafschadensersatz (punitive damages)* ha dado lugar a numerosos interrogantes ante los tribunales del continente europeo a partir de la pasada década, en razón de sus objetivos de sanción y prevención, de carácter penal, que no quedan ocultos por el dato de su otorgamiento en procedimientos civiles. Es el sistema jurídico alemán que es más afectado por la cuestión, lo que a todas luces se justifica en el volumen y envergadura de las relaciones comerciales entre los Estados Unidos y la República Federal Alemana. Pero evidentemente no quedan excluidos planteamientos semejantes en otros países europeos. De las cuestiones que en relación con los *punitive damages* se han planteado, dos han sido objeto de especial atención por la doctrina. La primera es la relativa al reconocimiento de las sentencias condenatorias a *punitive damages*, a los efectos de su ejecución en el país europeo en el cual posee bienes el condenado. La segunda contempla la institución en un estadio previo desde el punto de vista temporal, cual es el de la notificación de una demanda en la que se solicita la condena a *punitive damages* ante una Corte estadounidense, en el país europeo donde se encuentra el demandado. Por un lado, se discute si la naturaleza (función) penal que desempeñan los *punitive damages* los excluye directamente de los regímenes de notificación o reconocimiento que exigen como primera condi-

* Doctor en Ciencias Jurídicas, abogado y miembro de honor del Instituto de Derecho Constitucional en Concepción.

** Doctor en Ciencias Jurídicas, ex asistente científico en la Corte Constitucional Federal Alemana. Juez de segunda instancia en lo Social en Celle, Alemania.

ción que la materia sobre la que versa la demanda o la decisión sea civil o mercantil. Salvado este obstáculo, surge la pregunta sobre la eventual contrariedad entre la institución y el orden público (interno o internacional) del foro querido.

II. Naturaleza del *Strafschadensersatz*

1. Definición y estado de opinión en la doctrina europea

Los *punitive damages,* desconocidos para los sistemas de Derecho Civil, pueden por el contrario ser reclamados ante la jurisdicción civil en los de *common law*.[1] Dentro de estos sistemas, son de gran trascendencia en la práctica totalidad de los estados de los Estados Unidos, a cuya tradición jurídica pertenecen, y de mucha *menor relevancia en el Reino Unido y otros países de* common law.[2] *Los punitive damages* se conocen en 46 de los 50 estados de los Estados Unidos; de los cuatro restantes, la definición de *compensatory damages* en dos de ellos hace que se pueda afirmar que contienen un elemento de punición. Es prácticamente unánime la opinión conforme a la cual los *punitive o exemplary damages* son otorgados para castigar al demandado y evitar la reiteración de la conducta que originó el daño, por su parte o por parte de otros. Desde esta perspectiva, poseen una naturaleza diferente de la de los daños compensatorios, puesto que no tratan simplemente de devolver al damnificado a la posición que ocupaba antes del daño: su cuantía no mide la diferencia entre la situación original y la situación actual de la víctima, sino que sirve a enriquecerla, por lo que es frecuente que las condenas se cifren en elevadas cantidades. La actividad de quien lleva ante los tribunales una conducta susceptible de dar lugar a condena de *punitive damages* se ha considerado en ocasiones un servicio prestado en beneficio general, de manera que se ha dicho también que los *punitive damages* sirven a su remuneración. Con todo, la doctrina aprecia también con carácter general en los *punitive damages* un elemento de compensación, si bien de menor relevancia.[3]

---

[1] El origen de los *punitive damages* se remonta al siglo XVIII; Coester-Waltjen ("Deutsches internationales Zivilverfahrensrecht und die *punitive damages* nach US-amerikanischem Recht", en *Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, Tubinga, 1994, pp. 15-34, esp. p. 25) sitúa la filosofía subyacente en el Derecho romano.

[2] En el presente trabajo vamos a referirnos de manera exclusiva a los *punitive damages* tal y como se conciben y utilizan en los Estados Unidos, relegando el examen de otros sistemas donde también existen, como el inglés. Ello se justifica tanto en las diferencias entre estos mismos sistemas en cuanto a la extensión del recurso a los *punitive damages,* como en el hecho de que la problemática en torno a ellos se haya desarrollado hasta el momento con motivo de decisiones o demandas procedentes de los Estados Unidos. El elemento de punición que origina las dificultades de reconocimiento o de notificación de decisiones o demandas de *punitive damages* se encuentra presente a todas luces en el modelo estadounidense, mientras que es mucho menos relevante en otros países de *common law*. Creemos necesario añadir que un estudio de mayores dimensiones deberá probablemente matizar las conclusiones según el estado de los Estados Unidos considerado.

[3] La función compensatoria es incluso predominante en algunos Estados (los menos) en los que los *punitive damages* son *actual damages* incrementados por la concurrencia de ciertas circunstancias

Esta proximidad a las penas criminales, que se acentúa en aquellos sistemas en los que se prevé la desviación de parte de los fondos obtenidos en concepto de *punitive damages* en favor del Estado, ha llevado a que incluso en los Estados Unidos sea discutida su constitucionalidad:[4] la eventual incompatibilidad se produciría en relación con la *Excessive fines clause del 18th Amendment (*"No podrán ser impuestas fianzas o multas excesivas, ni infligidos castigos crueles o no habituales"), y la *Due process clause* del *14th Amendment* ("[…] ninguna persona podrá ser privada de su vida, de libertad o de su propiedad, sin el debido proceso […]"). En este sentido, si los pronunciamientos favorables de la Corte Suprema en las decisiones de 1989, Browning-Ferris, y 1991, Pacific Mutual, pudieron hacer pensar que la polémica quedaba reservada a unos autores, la decisión de 20 de mayo de 1996, por la cual la Corte Suprema anuló por contrariedad con la Constitución una sentencia condenatoria a *punitive damages,* puso en tela de juicio esta afirmación.[5]

Desde aproximadamente 1980 venimos asistiendo en Europa a la proliferación de manifestaciones favorables tanto al carácter civil como al carácter penal de la institución norteamericana, y en los últimos años, a una neta evolución de las posiciones hacia lo primero. Los debates tienen lugar básicamente en un "contexto alemán" y afectan no sólo a la doctrina sino también a la jurisprudencia. Representativa de la primera opinión (carácter civil de los *punitive damages*) ha sido la sentencia del OLG de Múnich, de 15 de julio de 1992,[6] que se suma a la sentencia del OLG de Düsseldorf, de 19 de febrero de 1992. Como precedente de ambas debe ser citado el primer pronunciamiento (publicado) de un tribunal alemán a propósito de la institución norteamericana: la sentencia del OLG de Múnich, de 9 de mayo de 1989, que niega la consideración de los *punitive damages* como institución penal, apoyándose en criterios de carácter formal. Éstos son: que la condena a *punitive damages* no da lugar a antecedentes penales ni queda registrada; se produce independientemente de que recaiga sanción penal; por lo mismo, las condiciones para su otorgamiento son propias del Derecho civil, y no concurren las garantías del proceso penal en favor del demandado.[7]

---

agravantes. En determinados casos, el montante de los *punitive damages* se limita a satisfacer los gastos del juicio.

[4] Cabe añadir que en determinados Estados se ha impuesto por ley un límite al montante de la condena de *punitive damages*.

[5] La anulación fue posible por cinco votos contra cuatro; la motivación básica parece encontrarse en la no concurrencia de la conducta susceptible de generar del derecho a *punitive damages,* así como la desproporcionalidad de su montante. Sobre esta decisión, véase el comentario de Heidenberger, "Punitive damages – Urteil gegen BMW aufgehoben", *RIW*, 1996, pp. 765-766.

[6] Sentencia del Oberlandesgericht de Múnich, de 15 de julio de 1992, *RIW* 1993, pp. 70-71.

[7] La sentencia del Oberlandesgericht de Múnich de 9 de mayo de 1989 puede ser consultada en *RIW* 1989, p. 483, y es objeto de comentario por Stürner y Stadler, "Zustellung von 'punitive damages' –Klagen an deutsche Beklagte nach dem Haager Zustellungsübereinkommen?", *IPRax* 1990, p. 158, así como por Greger, *Neue Juristische Wochenschrift* (*NJW*) 1989, pp. 3103-3104. A favor del carácter civil de la institución se pronunciaba también la Sentencia del Bundesgerichtshof, de 4 de junio de 1992, *NJW* 1992, pp. 3096-3106.

Una parte importante de la doctrina se ha adherido a la solución adoptada por la decisión de Múnich: las disposiciones relativas a asistencia judicial internacional en materia civil deben ser aplicadas en materia de *punitive damages*, por cuanto se trata de una institución civil, y así lo demuestran tanto la naturaleza privada de las partes implicadas, como el hecho de que se hagan valer a través de los procedimientos del Derecho civil.[8] Esta manera de pensar parece encontrar directa inspiración, y desde luego aval, en la de la Comisión Especial de La Haya reunida los días 17 a 20 de abril de 1989; precisamente, una de las primeras preocupaciones en el seno de tal reunión había de ser la relativa al ámbito del Convenio de La Haya de 15 de octubre de 1965, desde el punto de vista material y, en particular, en relación con la negativa de la autoridad central de Múnich de proceder a la notificación en materia de *punitive damages* (autoridad central que por lo demás modificaría su opinión a raíz de la reunión a la que se alude).[9] El Informe de la reunión recoge como opinión mayoritaria la del carácter civil o comercial, sustentada por el dato de que el pago es recibido por una persona privada y no por el Estado que solicita la notificación. Con esta afirmación, la Comisión Especial de 1989 ratifica la postura liberal adoptada por la Comisión Especial de noviembre de 1977 en cuanto a la aplicación del Convenio,[10] y se convierte en un hito fundamental en la evolución de las opiniones doctrinales, no exentas de consecuencias en la práctica, sobre la naturaleza o, cuando menos, la naturaleza predominante de la institución norteamericana. Cierto es que frente a las opiniones favorables a la naturaleza civil de los *punitive damages* se ha pronunciado otra doctrina en sentido contrario, afirmando la preponderancia de la función penal.[11]

---

[8] A favor del carácter civil se manifiestan Koch, "Zur Praxis der Rechtshilfe im amerikanisch-deutschen Prozessrecht – Ergebnisse einer Umfrage zu dem Haager Zustellungs – und Beweisübereinkommen", *IPRax* 1985, pp. 245-249, esp. p. 246-247; Greger, loc. cit., p. 3103.

[9] De los informes relativos a esta reunión se desprende que la idea que preside la conclusión sobre la naturaleza penal de los *punitive damages* es la de su carácter excesivo. El resultado de la Comisión especial ha sido hecho público en español por Borras Rodríguez, "El funcionamiento de los Convenios de La Haya de 1965 sobre notificaciones y de 1970 sobre obtención de pruebas: la Comisión especial de abril de 1989", *REDI* 1989, pp. 660-662.

[10] La reunión de 1977 fue la primera celebrada en el seno de la Conferencia de La Haya, a fin de discutir el funcionamiento de un Convenio, y de ella surgió la idea de la publicación de un manual práctico en materia de notificación, carente de pretensiones científicas.

[11] Ya en 1979, Stiefel, "Discovery-Probleme und Erfahrungen im deutsch-amerikanischen Rechtshilfeverkehr", *RIW-AWD* 1979, pp. 509-520, esp. p. 512; otros son Hollmann, "Auslandszustellung in US-amerikanischen Zivil– und Verwaltungssachen", *RIW* 1982, pp. 784-798, esp. p. 786, donde si bien extiende la solución al Convenio en materia de obtención de pruebas en el extranjero, expresa claramente su convicción de que deben extraerse consecuencias distintas en uno y otro caso; en concreto, en el contexto del Convenio de 1965 cree que la notificación no debe ser denegada en la medida en que los *punitive damages* aparezcan incluidos en una demanda que sea por el resto de carácter civil. Otro autor es Wölki ("Das Haager Zustellungsübereinkommen und die USA", *RIW* 1985, pp. 530-535, esp. p. 533), quien expresamente señala que los *punitive damages* son un "clásico caso civil", excluido sin embargo del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya por cuanto sobre la idea de compensación de daños prevalece el elemento de punición. Thümmel ("Neues zu den *punitive damages* in den

2. *Calificación del* Strafschadensersatz

Una de las razones básicas de las dudas a propósito de la aplicabilidad a los *punitive damages* del Convenio de La Haya de 1965 deriva de la ausencia de una definición auténtica de los términos "materia civil o comercial" del artículo 1. A ello se añade la inexistencia de un enunciado relativo al criterio a seguir a la hora de la calificación. La íntima relación existente entre las operaciones calificatoria y de interpretación, que difumina la distinción entre ambas propiciando su confusión, no alcanza a ocultar la diferencia entre ambas ni el distinto objeto de una y otra: "interpretar no es calificar", aunque "al ser la calificación […] un acto para la identificación de una norma de conflicto, tenemos que, por una parte, la interpretación de ésta es derrotero de aquélla y, por otra, la calificación efectuada contribuye a enriquecer la depuración del ámbito de aplicación de dicha norma". Se hace necesaria, por lo tanto, la distinción lógica de calificación e interpretación en dos apartados; por lo demás, quedan justificadas las remisiones de uno a otro.

Como se acaba de señalar, no parece existir un criterio único de calificación en el marco del Convenio de La Haya sobre notificación: es sabido que, de hecho, la propuesta de introducir una regla especial de calificación fue objeto de expreso rechazo en 1964. Y, sin embargo, en los supuestos en que la solicitud de notificación procede de países anglosajones y se dirige a Estados de ordenamientos de Derecho civil, la cuestión no es banal. Baste recordar que desde el punto de vista de los primeros el desconocimiento de la distinción público-privado deriva en que cualquier procedimiento que no es criminal sea considerado como perteneciente al ámbito civil o mercantil.

Son dos puntos de vista desde los cuales se hace patente la falta de orientación a que acabamos de referirnos:[12] en primer lugar, en cuanto al ordenamiento que debe ser tomado como punto de referencia para efectuar la calificación (el del Estado requirente, el del requerido, el de ambos, otro); en segundo lugar, en cuanto a los criterios materiales o formales en que debe apoyarse la operación calificatoria. Comenzando con la segunda perspectiva, debemos apuntar que no existe unanimidad en cuanto a los elementos a tener en cuenta: parte de la doctrina sostiene que la calificación debería producirse al margen de datos, tales como el orden de la jurisdicción implicada o el tipo de proceso, mientras que de manera más realista otros autores apuntan a tomar en cuenta esos mismos elementos como criterios coadyuvantes en supuestos de difícil decisión. Sea como fuere, lo cierto es que una relectura del apartado precedente pone de manifiesto la prevalencia de los datos formales en la jurisprudencia alemana, y ello, tanto a efectos de notificación de demandas como de reco-

---

USA", *RIW* 1988, pp. 613-614), se pronuncia también por el carácter penal, si bien en relación con la problemática del reconocimiento y ejecución.

[12] Podría incluso añadirse un tercero, relativo a la cuestión de si la calificación debe realizarse conforme al Derecho material, o Derecho internacional privado.

nocimiento, con independencia de que el juego de otros mecanismos de protección, como la contrariedad con el orden público, resulten apoyados sobre el contenido material de la institución.[13]

Desde el primer punto de vista señalado, esto es, desde la pregunta sobre cuál debe ser el sistema jurídico de referencia para la calificación, el número de actitudes posibles parece ser de hasta cinco:[14] la calificación alternativa, la del Estado de origen, la del Estado requerido, la doble calificación, o la calificación autónoma. El criterio más clásico —esto es, el de la calificación del Estado requirente— ha sido adoptado por alguna doctrina, que lo prefiere alegando que redundaría en una ampliación de las posibilidades de aplicación del Convenio; la protección del Estado requerido, en caso de ser necesaria, vendría asegurada por la vía de artículo 13 del Convenio.[15] Otros autores han optado en cambio por la calificación del Estado requerido, que sólo de este modo podrá evitar la notificación en relación con materias que él mismo considera clasificables al margen del Convenio, en atención a su sentido y función; una excepción se admite, en todo caso, para aquellas instituciones que sean desconocidas en el Estado requerido, caso para el cual es admisible la calificación conforme al Estado solicitante.[16] En este intento de identificar una directriz en orden a la calificación, los documentos de la propia Conferencia de La Haya ofrecen hasta 1989 resultados poco satisfactorios. El Informe de la Comisión Especial en 1964 prefería la doble calificación *("Nous pensons que le fonctionnement de la Convention présuppose que la matière qui fait l'objet de l'acte soit qualifiée par la loi de l'État requerrant et celle de l'État requis")*, aunque mencionaba también la posibilidad de la alternativa; pero, finalmente, y como se dijo al comienzo de este apartado, se prefirió eludir un pronunciamiento definitivo.

En la reunión de la Comisión especial de 1977, a la que hemos hecho referencia, los expertos concluyeron en la imposibilidad práctica de llegar a una solución uniforme, aceptable por todos los Estados miembros; en consecuencia, se limitaron a expresar su deseo de que el Convenio de 1965 fuera aplicado "de la manera más liberal, en lo que se refiere al alcance de su ámbito material", lo que, a nuestro juicio, podría desembocar incluso en la no fijación apriorística de ningún mecanismo de calificación. Por su parte, el Informe relativo a la reunión de 1978 señalaba la preferencia

---

[13] En consecuencia, sobre elementos tales como elevado montante de la condena (en relación con el principio de proporcionalidad de las penas), o la actuación de una función punitiva, cuyo monopolio se reserva en el Continente al Estado.

[14] Véase Stürner y Stadler, loc. cit., p. 158.

[15] Entre otros Böckstiegel y Schlafen, "Die Haager Reformübereinkommen über die Zustellung und die Beweisaufnahme im Ausland", *NJW* 1978, pp. 1073-1077, esp. 1074. En el mismo sentido Nagel, *Internationales Zivilprozessrecht*, 3ª ed., Münster, 1991.

[16] Entre otros Hollmann, loc. cit., pp. 785-786: los *punitive damages* son precisamente uno de los supuestos de excepción.

expresada por la mayoría de los expertos a favor de la calificación del Estado requerido; debe recordarse, no obstante, que la reunión de 1978 tenía por objeto el funcionamiento del Convenio sobre obtención de pruebas, y no el de notificación, por lo que era perfectamente imaginable un comportamiento diverso de los Estados en relación con la aplicación de uno y otro. El siguiente dato procedente de la propia Conferencia es proporcionado por la reunión de 1989, que ya supone un considerable cambio en la confusa trayectoria hasta aquí descrita. Efectivamente, una de las conclusiones adoptadas como resultado de la reunión sería la siguiente: "la Comisión considera deseable que los términos 'materias civiles o comerciales' sean interpretados de manera autónoma, sin exclusiva referencia a las leyes del Estado requirente o del requerido, o a ambas".[17] A la interpretación autónoma del artículo 1 debe ciertamente corresponder una calificación autónoma. A nuestro juicio, no cabe duda de que esta opción es la mejor posible, la única compaginable con el numero des Estados parte y las diferencias entre sus sistemas jurídicos.

3. La interpretación del artículo 1 del Convenio de La Haya

La dificultad de la expresión "materia civil o mercantil" en el artículo 1 del Convenio de La Haya de 1965 sobre notificación es común a otros documentos internacionales de la Conferencia, así como a otros comunitarios, como el Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de las resoluciones en materia civil y mercantil, de 27 de septiembre de 1968. El Informe establece que "desde el momento en que hay intereses privados en juego, el Convenio se aplica, con independencia de cual sea la naturaleza de la jurisdicción […]". Esta idea ha sido retomada por la doctrina, que reconoce el carácter civil o mercantil en función de la naturaleza de los intereses y no de la autoridad que conoce: "el carácter civil o mercantil del procedimiento depende de la naturaleza del acto […] Este criterio es independiente del sujeto concernido como demandante o demandado, así como de la competencia ejercida por la autoridad […]". De tal manera, cabe considerar civil o mercantil el supuesto en el que interviene un Estado en una actuación *iure gestionis*, y también ciertos procesos desarrollados ante jurisdicciones penales o administrativas.

A la luz de las observaciones realizadas en apartados precedentes, en relación sobre todo con la sentencia del OLG de Múnich, de 9 de mayo de 1989,[18] no podemos coincidir totalmente con estas opiniones: tal como se expuso entonces, es un criterio predominantemente formal el que ha permitido establecer la pertenencia de los p*unitive damages* al ámbito civil, a efectos de notificación de demandas. Por otro lado, el criterio de la naturaleza de los intereses en juego no es un criterio válido en situacio-

---

[17] Informe de la reunión de 1989, prec., p. 1568. A esta conclusión se llega a pesar de que las discusiones previas apuntaban hacia la preferencia por la calificación conforme al Estado requirente.

[18] Sentencia del Oberlandesgericht de Múnich, de 9 de mayo de 1989, *RIW* 1989, p. 483.

nes límite, como es el caso de los *punitive damages*. Partiendo de una perspectiva general, puede decirse que ante una norma convencional caben, bien la interpretación conforme a criterios de cada Estado en particular, bien la autónoma, desvinculada de los sistemas nacionales, y cuya mayor ventaja es la de proporcionar significados o conceptos unívocos. Esta segunda es la que debe predominar en relación con el Convenio de La Haya. Por lo demás, sabemos que es una postura que goza de acogida por la doctrina y, lo que es más importante, es la de la Comisión de Expertos de 1989.

Establecida esta opción interpretativa, hay que preguntarse por su articulación, en general, y en el Convenio de La Haya de 1965, en particular. La interpretación autónoma se articula en torno a parámetros cuya mejor descripción es la emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a propósito del Convenio de Bruselas, en los casos paradigmáticos Eurocontrol y Rüffer,[19] en los que, como es sabido, las discusiones se centraban precisamente en qué debe entenderse por "materia civil o comercial". Consideramos que a pesar de la evidente diferencia en el objetivo que inspira cada uno de los convenios, las conclusiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas son extrapolables al Convenio de La Haya que nos ocupa, si bien anuncian que encontraremos ciertas dificultades en trasladar el ejemplo comunitario a este caso, y ello por razones que no escapan a nadie: la primera de ellas, la inexistencia de una instancia que para este Convenio haga las veces del Tribunal de Justicia de las Comunidades. Por lo demás, el logro evidente que suponen las precisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los casos citados no oculta la escasa eficacia real de los pronunciamientos de carácter general y, en definitiva, la necesidad de un tratamiento *in concreto* de cada litigio; algo de lo que no creemos que pueda escaparse fácilmente en el contexto del Convenio de 1965. De conformidad con los casos Eurocontrol y Rüffer, la interpretación autónoma se construye sobre la base del objetivo del Convenio, de su sistemática, así como en atención a los principios generales que resultan del conjunto de los Estados parte. Para la distinción de lo que es civil y mercantil, desde el punto de vista del Convenio de La Haya, debemos atender fundamentalmente al primero de los criterios, a diferencia de lo que sucede en relación con el Convenio comunitario;[20] el tercer dato presenta a nuestro juicio dificultades de traslación, dado que no se trata, como en el caso del Convenio de Bruselas, de un Convenio de carácter regional. A continuación trataremos la cuestión de los objetivos del Convenio de La Haya de 1965 sobre notificación de documentos en materia civil y comercial.

---

[19] Eurocontrol, 14 de octubre de 1976 (aff. 29/76) y 14 de julio de 1977 (aff. 9 y 10/77); Rüffer, 16 de diciembre de 1980, aff. 814/74. Debe recordarse la modificación en 1978 del art. 1, en el sentido de precisar la exclusión de las materias fiscal, aduanera y administrativa.

[20] Kropholler, *Europäisches Zivilrecht*, 4ª ed., Heidelberg, 1993, p. 47, num. 4, señala la preferencia por el tercer criterio.

4. Fin y objetivos propios del Convenio de La Haya. El objetivo de información y la protección del demandado

El Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 pertenece al conjunto de documentos de fuente convencional inspirados en la idea de cooperación internacional, imprescindible en el marco de las actuaciones procesales relativas a los actos jurídicos internacionales, por la imposibilidad en que se encuentra el juez ante el que se desarrolla el proceso de llevar a cabo actos procesales fuera de los límites territoriales del Estado de su jurisdicción. Desde este punto de vista genérico, el objetivo del Convenio que nos ocupa es el de coadyuvar "más eficazmente a una adecuada realización de la justicia, y no sólo de la justicia procesal, sino también material", labor en relación con la cual representa un notable avance en cuanto a las exigencias propias de la transmisión de actos procesales (seguridad y rapidez) en comparación con su antecedente inmediato, el Convenio de La Haya sobre procedimiento civil, de 1 de marzo de 1954; entre otras razones, por el hecho de incorporar por vez primera el recurso a una autoridad central.

En este marco general de la asistencia judicial internacional, es objeto específico del Convenio de 1965 la notificación de actos judiciales y extrajudiciales, lo que coloca directamente en el punto de mira el ejercicio de los derechos de defensa. Aunque sin lugar a dudas la comunicación de demandas sirve también a los intereses del demandante y, en sentido amplio, a los fines de una buena administración de justicia, propiciando el carácter contradictorio del proceso, existe conformidad a la hora de apreciar como finalidad principal de la notificación la de proporcionar al demandado información, lo más rápida y amplia posible, acerca del hecho de que se abre en el extranjero un proceso contra él; de este modo no se verá enfrentado a las consecuencias de un juicio que ha tenido lugar en el extranjero, cuya incoación desconocía. Esta finalidad de que los documentos judiciales o extrajudiciales sean puestos en conocimiento de su destinatario a tiempo resulta evidente del Preámbulo del Convenio, de la articulación de una técnica de comunicación que conjuga seguridad y rapidez, así como de los mecanismos de salvaguarda de los artículos 15 y 16 frente a las regulaciones autónomas menos protectoras (por ejemplo, porque admitieran el sistema de conocimiento presunto del acto notificado).

Con todo, no podemos ignorar que, tratándose de los *punitive damages*, el mismo argumento de otorgar la mayor protección al demandado ha sido esgrimido en contra de su inclusión en el artículo 1 del Convenio de La Haya: se dice que quien sea juzgado sin haber recibido la debida notificación podrá oponerse a la eventual solicitud de reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera en otro foro, sobre la base del control de las garantías procesales que exigen tanto los regímenes convencionales de reconocimiento como los autónomos, en atención al derecho de audiencia.[21]

---

[21] Tal posibilidad es apuntada y excluida por Nagel, *Nationale und internationale Rechtshilfe im Zivilprozess – Das europäische Modell*, Baden-Baden, 1971, p. 126; Juenger y Reimann, "Zustellung

Sin embargo, el razonamiento que acabamos de reproducir es ciertamente rebatible: en primer lugar, porque su lógica se apoya en la anticipación del resultado de la demanda, contra el expreso pronunciamiento del Informe Taborda Ferreira sobre el Convenio de 1965, en el sentido de que la notificación no prejuzga el reconocimiento o ejecución posterior, algo que tendremos ocasiones de ver con más detalle en páginas posteriores, al hilo del examen de la sentencia del Bundesverfassungsgericht de 3 de agosto de 1994. En segundo lugar, debe tenerse presente que al denegar la solicitud de notificación se impide la oposición del demandado, ya no a la cuestión de fondo, sino primeramente en lo que hace a la forma (excepciones procesales, esencialmente, la de incompetencia). Desde otra perspectiva, hay que admitir que quien realiza negocios en el extranjero debe ser consciente de que se expone a riesgos ajenos a los que conoce en su propio ordenamiento. Desde el punto de vista práctico, no debe olvidarse que eludir el procedimiento de notificación vía Convenio de La Haya, sobre la base de que la materia objeto de demanda no es civil, no va a proteger al demandado frente a la ejecución de los bienes que pudiera poseer en los Estados Unidos. Además, es perfectamente posible imaginar maniobras del demandante a fin de lograr la notificación, como, por ejemplo, una limitación inicial del montante a lo correspondiente a daños compensatorios, para aumentarlo luego en concepto de *punitive damages.* A ello cabe añadir que, en el caso de que una notificación no sea posible vía Convenio de La Haya, nada obsta que se reproduzca la experiencia del caso Schlunk[22] (esto es, que ante la imposibilidad de notificación se opte por considerar que no se trata de un supuesto de notificación en el extranjero). En definitiva, que ante la falta de colaboración de la autoridad correspondiente en el Estado requerido, el juez norteamericano recurra a mecanismos alternativos.[23]

III. La denegación de la solicitud de notificación por contrariedad con el artículo 13 del Convenio

Una vez que se ha admitido que, cuando menos a los fines del Convenio de La Haya, debe concederse mayor atención a los aspectos civiles que presentan los *punitive damages* que a los de punición y prevención, los autores que se oponen al otorgamiento de la asistencia judicial internacional solicitada avanzan el argumento de la contrariedad con la cláusula de salvaguarda contenida en el artículo 13 del Convenio, que adquiere así una notoriedad inusitada. El artículo 13 parece encontrar su razón de

---

von Klagen auf *punitive damages* nach dem Haager Zustellungsübereinkommen", *NJW* 1994, pp. 3274-3275, esp. p. 3274.

[22] Volkswagen Aktiengesellschaft v. Schlunk, US Supreme Court, 15 de junio de 1988, 108 S. Ct. 2104, reproducido en la *Riv. dir. int. pr.*, pp. 182-195, y comentado en el mismo lugar, pp. 79-86.

[23] Juenger y Reimann, loc. cit., pp. 3274-3275; Heidenberger, loc. cit., p. 708. En el caso Schlunk, la notificación se realizó a una sociedad filial de la demanda alemana, en territorio de los Estados Unidos.

ser en el siguiente clásico presupuesto: la notificación de un documento judicial constituye un ejercicio de soberanía, restringido por consiguiente al territorio de la autoridad; su actuación fuera de los límites del territorio supondría, salvo consentimiento de otro Estado, un ataque a la soberanía de este último.[24] El precepto plantea nuevamente un arduo problema de interpretación, para el que deben valer los mismos criterios expresados en relación con el artículo 1, esto es, la opción por la interpretación autónoma, conforme a los fines del Convenio, lo que apunta ya la necesidad de una interpretación limitada de la excepción. Recientemente, sin embargo, se ha atribuido al artículo 13 un contenido de orden público interno constitucional, que traslada al momento de la notificación el examen de compatibilidad con el orden público del foro que se lleva a cabo en sede de reconocimiento, anticipando así el resultado del proceso cuya incoación se comunica. Estos dos puntos serán desarrollados a continuación.

1. El alcance restringido del artículo 13 (1) del Convenio

Una de las cuestiones más discutidas a propósito del artículo 13 (1) del Convenio de La Haya es la de la identidad o no de la cláusula relativa al atentado a la soberanía y seguridad así como la (imprecisa) noción de orden público. La afirmación de que se trata en realidad de fórmulas equivalentes ha ido cediendo paso la contraria.[25] De hecho, a nuestro juicio, es esta opción la que fue adoptada por la Conferencia de La Haya ya en 1964. En el Informe de la Comisión Especial que introduce la 10ª sesión de la Conferencia, el comentario al artículo 4 (correspondiente al artículo 13 actual) señala que la preferencia por la formulación empleada, en lugar de la habitual cláusula de orden público, fue querida por los Estados parte con el fin de evitar los casos de rechazo. De este modo, se consagra una fórmula restrictiva. Ello es confirmado por la lectura de los debates de la Conferencia, en los que se retoma la expresión *orden público,* pero para aludir al *orden público internacional*, menos extenso que el primero. Lo mismo sucede en el Informe Taborda Ferreira, donde se establece expresamente la equivalencia entre los términos *soberanía* y o*rden público internacional,* que desde entonces utilizan la doctrina y la jurisprudencia, frente a la más amplia noción de *orden público interno (innerstaatlicher ordre public).*[26] *E*sto significa una interpretación del artículo 13 que tiene en cuenta el objetivo expresado en el Preámbulo del Convenio de facilitar la asistencia judicial mutua, ya que una comprensión del artículo 13 que obligara a un análisis detallado de la compatibilidad con el orden público a efectos de la notificación haría imposible alcanzar esa meta. En definitiva, prevalecen las razones que apuntan hacia la interpretación restringida.

---

[24] Pfeil-Kammerer, *Deutsch-amerikanischer Rechtshilfeverkehr in Zivilsachen*, Tubinga, 1987, pp. 60-61.

[25] Nagel, 1971, p. 124; Pfeil-Kammerer, loc. cit., p. 63; Pfennig, *Die internationale Zustellung in Zivil- und Handelssachen*, Köln u.a., 1988, p. 98. Menos claro Greger, 1990, pp. 336-338.

[26] Sentencia del Bundesverfassungsgericht, de 7 de diciembre de 1994, citada, pp. 649-651.

La opción restrictiva no resuelve sin embargo todas las dudas sobre el sentido del artículo 13: sigue siendo necesario fijar en qué consiste el "atentado a la soberanía o la seguridad" del Estado requerido, que justifica la negativa frente a una petición de notificación.[27] En este sentido, cabe señalar lo que en virtud del propio Convenio no constituye un atentado en el contexto del artículo 13 (1), y que viene dado por el párrafo segundo del mismo precepto: el artículo 13 (2) del Convenio de 1965 excluye como causa de denegación de la solicitud la reclamación por el Estado requerido de la competencia judicial exclusiva, así como la inexistencia en él de un procedimiento correspondiente a aquel cuya notificación se solicita. El resto son interpretaciones doctrinales, dotadas de mayor o menor peso específico: la adhesión a ellas debe tener presente, en cualquier caso, el carácter limitado de la excepción a la notificación, tal como acabamos de apuntar.

De conformidad con el Informe Taborda Ferreira, el atentado contra la seguridad o soberanía se cifra en que la ejecución de la solicitud de notificación pueda ir contra el vínculo de nacionalidad que existe entre los Estados y sus nacionales. El mismo Informe aporta otro elemento de trascendental importancia para la comprensión del artículo 13, que no pareció necesario introducir en una disposición expresa, aunque sí había sido propuesta en los debates: la ejecución de la solicitud de notificación no prejuzga el reconocimiento o ejecución posterior de la sentencia correspondiente. Por su parte, la Comisión Especial de 1977 añadió supuestos de carácter ciertamente excepcional, como la demanda contra un juez del Estado requerido por daños causados en el ejercicio de su función, o la citación para comparecer ante una corte extranjera.

Más allá de esta doctrina cualificada, encontramos otras propuestas que exponemos siguiendo un orden de importancia decreciente: así, nos parece plausible excluir que la contrariedad pueda venir dada por el hecho de la comunicación considerada en sí misma; más concretamente, la notificación cuyo objeto es el emplazamiento de una persona, a fin de que pueda comparecer en un determinado proceso, es un mecanismo para la actuación de las garantías procesales, en el marco de los principios constitucionales relativos al proceso. Igualmente, aceptamos la inclusión en el tipo "atentado contra la soberanía y la seguridad" de las solicitudes de notificación de mandatos de pago contra el propio Estado requerido; y creemos que podemos añadir como supuesto del artículo 13, basado como los anteriores en el especial carácter del sujeto destinatario de la notificación, el de la solicitud de notificación de una medida extranjera cuyo efecto fuera la inhibición del juez del Estado requerido, sobre la base de un juicio por parte del Estado requirente sobre la competencia internacional de aquél.

---

[27] Otra interesante cuestión, que excede el objeto de estudio, es la de la posibilidad de reconocimiento y ejecución de una decisión extranjera en relación con una notificación defectuosa en virtud del art. 13 (1). Sobre ello, véase Stürner, *Europäische Urteilsvollstreckung nach Zustellungsmängeln*, Festschrift Nagel, Münster, 1987, pp. 446-456, esp. pp. 453-454.

A las anteriores propuestas interpretativas del artículo 13 (1) del Convenio deben sumarse otras, aparecidas en los últimos años, que giran en torno a la posibilidad de efectuar un control de la solicitud de notificación según parámetros constitucionales. Por su entidad, y en atención a la polémica que han levantado, hemos reservado para ellas el último apartado.

2. *La Constitución como límite a la posibilidad de notificación de una demanda del* **Strafschadensersatz**

En el apartado precedente hemos hecho referencia a una pauta interpretativa del artículo 13 (1), incluida en el Informe Taborda Ferreira, que señala la imposibilidad de responder negativamente a la solicitud de notificación con apoyo en la base del artículo 13 (1) del Convenio, a través de una operación centrada en el fondo de la demanda y la futura reconocibilidad de la resolución estimatoria pronunciada con base en ella. Y, sin embargo, se constata la existencia de una tendencia doctrinal reciente, contraria al otorgamiento de la ayuda judicial en materia de *punitive damages*, para cuya comprensión es necesario partir precisamente de utilizarla a los efectos de abortar un posible reconocimiento ulterior de la sentencia extranjera condenatoria, con base en la contrariedad entre ella y la Constitución. Hay, por lo tanto, una anticipación del resultado del proceso, cuya incoación se comunica, que decide al mismo tiempo la contrariedad con el orden público interno del foro de la sentencia futura.

A. *Denegación de notificación, constitución y previsión de reconocimiento*

La postura que resume el título de este apartado equipara las nociones de contrariedad con la "soberanía y seguridad" del artículo 13, y contrariedad con el orden público que actúa como condición del reconocimiento de decisiones extranjeras.[28] Desde esta perspectiva, la pregunta que ha suscitado mayor interés es la que se refiere a la compatibilidad de la notificación de demanda de punitive damages y la Constitución, pregunta que disfraza en realidad la cuestión de la compatibilidad entre ésta y la institución norteamericana, y que se halla a todas luces imbuida de un prejuicio en sentido negativo. Los argumentos esgrimidos en este sentido son lógicamente los mismos que se han hecho valer contra el reconocimiento actual de una sentencia de *punitive damages* ya pronunciada: el monopolio del Estado en cuanto a la imposición de sanciones (que no debe quedar en manos de los particulares),[29] el *Bestimmtheitsgebot* o mandato de determinación, la prohibición de *Mehrfachbestrafung* o duplica-

[28] En la República Federal Alemana, el art. 328 ZPO.

[29] Claro que este argumento debería devolvernos al art. 1 del Convenio, esto es, a la calificación de los *punitive damages* como civiles o penales.

ción de la pena, el principio de proporcionalidad y la prohibición del enriquecimiento en el marco jurídico relativo a daños y perjuicios.[30]

Con carácter más general se esgrime la libertad de obrar *(Handlungsfreiheit)*, garantizada en el ordenamiento alemán por el artículo 2 (1) de la *Grundgesetz*. Esta actitud conduce en último término a preguntarse por la constitucionalidad misma del Convenio de La Haya, que no prevé ninguna excepción en relación con solicitudes de comunicación cuyo objeto sean demandas de este tipo. Representativa de esta manera de pensar es la ya citada sentencia del Bundesverfassungsgericht, de 3 de agosto de 1994, donde la cuestión es presentada bajo el prisma del deber del Estado alemán de cooperar, a través de la notificación, al pronunciamiento de una sentencia cuyo reconocimiento en el foro se consideró con toda probabilidad incompatible con los principios constitucionales de éste, a lo que se responde en sentido negativo. Frente a ésta, la más reciente sentencia del Bundesverfassungsgericht, de 7 de diciembre de 1994, se pronuncia expresamente en el sentido de excluir que la notificación de una demanda en la que se solicita la condena a punitive damages dé lugar a la violación de la libertad para obrar, conforme al citado artículo 2 (1) de la Constitución alemana. En la argumentación del tribunal se encuentra recogida la de la doctrina favorable a la notificación. Se alude al contenido del artículo 13 del Convenio, limitado al orden público internacional, a los beneficios que desde el punto de vista práctico supone el Convenio de La Haya para el demandado alemán, y al hecho de que la posibilidad de que éste deba efectivamente satisfacer *punitive damages* sólo se verifica al final del proceso. El Tribunal se pronuncia igualmente en sentido positivo en cuanto a la constitucionalidad del propio Convenio de La Haya.[31]

Con todo, no se puede negar el hecho real de que la ejecución de la solicitud de comunicación al demandado en el extranjero despliega determinados efectos que perviven (no pueden ser corregidos) aun cuando finalmente no recaiga una sentencia condenatoria, o si es denegado el reconocimiento por los motivos relacionados con el orden público que se han señalado más arriba. Entre ellos se cifra el desplazamiento del demandado al país donde se ha presentado la demanda para soportar el proceso, con los costes que ello implica, o la ejecución sobre los bienes que allí posee, contra la cual evidentemente no lo protegen las garantías del exequátur.[32] Ahora bien, frente a estos argumentos valen los que ya se utilizaron al examinar los objetivos del Convenio de La Haya en relación con la protección del demandado: sólo si se conoce de la incoación del proceso cabe oponerse a él.

---

[30] Véase la Sentencia del Bundesgerichtshof, de 4 de junio de 1992, citada.

[31] Sentencia del Bundesverfassungsgericht, de 7 de diciembre de 1994, citada.

[32] Greger, 1990, pp. 336-337. El recurso a la protección de la Constitución frente a las desventajas jurídicas que tengan lugar en el extranjero es también discutido, en relación con la extensión del ámbito de aplicación de la norma fundamental.

B. El contenido constitucional del artículo 13 (1) del Convenio de La Haya

Excluida la argumentación que deniega la notificación por contrariedad con la Constitución de la futura condena, queda aún por dilucidar la posibilidad de incluir un contenido constitucional propio en el artículo 13 (1) del Convenio, consecuentemente, en sede y momento de notificación. La respuesta, a nuestro modo de ver, debe ser positiva. Efectivamente, la Constitución incluye una serie de derechos de los individuos y grupos, así como unas opciones de signo democrático y modelos políticos, sin duda ambiguos y susceptibles de adaptación a gobiernos de diversa ideología, pero cuyo núcleo esencial se mantiene invariable. Los atentados a estas opciones y modelos deben caber en la hoy un tanto anacrónica fórmula de "atentado contra la soberanía y seguridad del Estado". En este contexto es posible integrar alguna de las interpretaciones indicadas, esto es, una serie de limites ya en el estadio de la notificación y prescindiendo de cuál parezca ser la actitud verosímil de cara a un futuro reconocimiento de sentencia.

IV. Conclusión

La notificación consiste en la comunicación de una resolución judicial. La falta de ésta puede producir indefinición. Para la notificación en el ámbito internacional proporciona un eficaz instrumento el Convenio relativo a la notificación o el traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, celebrado en La Haya el 15 de noviembre de 1965, del que son parte tanto los Estados Unidos como un elevado número de países de Europa occidental. A efectos del Convenio deben prevalecer aquí tanto la calificación civil de la institución norteamericana de *punitive damages, c*omo una interpretación autónoma de los requisitos exigidos para la aplicabilidad del Convenio al documento cuya notificación se requiere, conforme a los artículos 1 (que la materia sea civil o comercial) y 13 (que el cumplimiento de la obligación de notificación no atente contra la soberanía o la seguridad del Estado requerido). Esta interpretación, acorde con los fines de información y protección a los que sirve el Convenio, posibilita la inclusión de las solicitudes de notificación de demandas de *punitive damages e*n su ámbito de aplicación, al tiempo que impide considerar que es contraria a los derechos fundamentales garantizados por la Constitución la mera notificación de una demanda que podría dar lugar a un pronunciamiento judicial extranjero, cuyo reconocimiento en el foro, de ser instado, sería incompatible con los principios constitucionales allí imperantes. Ello, sin perjuicio de que pueda efectivamente apreciarse un contenido constitucional en la cláusula de salvaguarda del artículo 13 (1) del Convenio, susceptible de paralizar la notificación por razones sólo relacionadas con ella.

La actividad de notificación es beneficiosa para el demandado. El interés que pueda existir en proteger a los ciudadanos europeos frente a las desventajas que eventualmente supongan para ellos las peculiares características del proceso norteamerica-

no deberá canalizarse por vías tales como el condicionamiento del ejercicio de la autonomía privada en cuanto a la elección del foro americano, o por medio de negociaciones internacionales a nivel institucional sobre las condiciones de la presencia europea en el mercado norteamericano; o, incluso, a través de una actitud recelosa de cara a la eficacia de las resoluciones norteamericanas en los foros del continente europeo; pero no mediante la distorsión de la finalidad propia de un Convenio, como es el de La Haya de 1965, concebido a los meros efectos de la asistencia judicial internacional.

V. Corte Penal Internacional

- *Luis Felipe Polo Gálvez (Guatemala)*
  Procesos constitucionales para la ratificación del Estatuto de Roma en los países latinoamericanos

- *Humberto Nogueira Alcalá (Chile)*
  Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional de Chile respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional

- *José Luis González González (Uruguay)*
  Vigencia de la Corte Penal Internacional. El Estatuto de Roma y la ratificación por el Estado uruguayo

Luis Felipe Polo Gálvez (Guatemala) *

Procesos constitucionales para la ratificación del Estatuto de Roma en los países latinoamericanos

I. Antecedentes históricos de la Corte Penal Internacional

En julio de 1998, en la Conferencia de Naciones Unidas en Roma, los Gobiernos aprobaron abrumadoramente el Estatuto que establece la Corte Penal Internacional permanente (CPI), la cual entraría en vigor una vez que 60 países ratificaran el Estatuto. Ello ocurrió el 1º de julio y a la fecha han ratificado 78 países, de los 139 que lo firmaron.

El Estatuto de la CPI es fruto de un largo proceso en la evolución de las normas internacionales de protección de los derechos humanos. El proceso de decisión política y redacción tardó casi cincuenta años.

La idea de un Tribunal Penal Internacional tiene como antecedentes jurídicos más inmediatos los Tribunales de Nüremberg y Tokio y la jurisdicción universal establecida en ese momento para los crímenes cometidos en la Segunda Guerra. Luego, algunos tratados internacionales establecieron una competencia universal permanente para conocer de ciertas conductas. Fuera de lo anterior, en los años noventa se establecieron dos Tribunales *ad hoc* para juzgar los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia y Ruanda.

Si hacemos un poco de historia, en 1945 los tribunales de los aliados, de conformidad con la ley número 10 del Consejo del Control Aliado, comenzaron a ejercer, a nombre de la comunidad internacional, la jurisdicción universal con respecto a los crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mun-

---

* Peruano-guatemalteco. Director general de la Universidad Rafael Landívar en el departamento de Quetzaltenango, Guatemala. Profesor de Derecho Constitucional, Penal, Teoría del Estado y en la Maestría de Derechos Humanos. Consultor de la OEA, IIDH y CICR.

dial, fuera de sus territorios y contra personas que no eran ciudadanos suyos ni residentes en esos territorios.

Más adelante, algunos Estados mantuvieron, en virtud de su derecho interno, la jurisdicción universal sobre tales delitos. En cincuenta años Australia, Canadá, Israel y el Reino Unido ejercieron alguna vez tal jurisdicción, y lo hicieron únicamente respecto a crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial.

El ejercicio de la jurisdicción universal sobre delitos graves comprendidos en el Derecho Internacional cometidos con posterioridad a la guerra ha sido limitado, aun cuando casi todos ellos son partes en al menos cuatro tratados que conceden a los Estados partes jurisdicción universal sobre tales delitos. Sin embargo, se nota cada vez más la intención de hacer uso de tales facultades jurisdiccionales universales.

La idea de soberanía predominante hacía que los tribunales de un Estado sólo tuvieran jurisdicción sobre las personas que habían cometido un crimen en su propio territorio. Con el paso del tiempo y la evolución del Derecho Internacional se ha ido reconociendo que los tribunales pueden extender sus competencias hacia una jurisdicción extraterritorial, mediante diversos instrumentos legales.

Con la existencia de los Tribunales de Nüremberg y Tokio se reafirmó la necesidad de mecanismos de justicia internacional que representaran a toda la comunidad internacional y no estuvieran condicionados en su diseño y funcionamiento por los intereses de un grupo reducido de potencias.

La Corte Penal Internacional es la parte culminante del largo proceso de creación de una jurisdicción internacional garantista, representativa y permanente.

II. Algunos apuntes sobre la Corte Penal Internacional

1. ¿Qué es la Corte Penal Internacional?

La Corte Penal Internacional es una institución de carácter permanente, con funciones judiciales para determinar la responsabilidad penal individual de las personas que hayan cometido los crímenes de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, cuando los Estados no hayan cumplido con su deber de perseguir y castigar a los responsables de dichos crímenes.

2. ¿Qué no es la Corte Penal Internacional?

La CPI no sustituye la jurisdicción nacional en la competencia de los crímenes para los cuales tiene competencia. Esto se debe a que la Corte sólo opera según el principio de *subsidiarida*d, según el cual sobre los Estados continúa recayendo de manera prioritaria la responsabilidad de dichos delitos. Por consiguiente, la CPI sólo tendrá competencia para conocer de los crímenes cuando las jurisdicciones nacionales no cumplan con su obligación de perseguir y castigar a los responsables de estos delitos.

El Estatuto de Roma no distingue las motivaciones que se aleguen sobre la comisión del crimen o el grupo al que pertenezca la persona responsable. Por consiguiente, la CPI procesará a las personas responsables de los crímenes, de acuerdo con las normas de competencia, independientemente de las calidades de la persona o de las circunstancias o motivaciones que hayan dado lugar a la comisión del crimen.

3. Los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional

Están contemplados en los artículos 5º al 10º del Estatuto de Roma.

A. Genocidio (artículo 6)

Definido con claridad desde el tratado multilateral de la Convención de Genocidio de 1948, el Estatuto dice que se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) matanza de miembros del grupo; b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

B. Crímenes de lesa humanidad (artículo 7)

El artículo 7.1 del Estatuto de Roma enuncia los actos incluidos dentro de la definición legal de crímenes de lesa humanidad y el 7.2 consagra definiciones de términos claves para guiar el pronunciamiento de la Corte en cualquier crimen de lesa humanidad.

El alcance general de la aplicación y la cuestión del umbral a alcanzarse antes de que la Corte asuma jurisdicción respecto a los crímenes de lesa humanidad se tratan en el marco del artículo 7.1. Y luego se enuncian: asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población; encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional; tortura; violación, esclavitud sexual o prostitución forzada; embarazo forzado; esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia, fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales religiosos, de género definido en el párrafo 3º, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o cualquier crimen de la competencia de la Corte; desaparición forzada de personas; el crimen de *apartheid*; otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten en forma grave contra la integridad física o la salud mental o física.

C. Crímenes de guerra (artículo 8)

El concepto de crímenes de guerra básicamente se refiere a las violaciones de las leyes de la guerra (*ius in bell*o) que fundamentalmente son las que se hallan contenidas en el Derecho de Guerra de La Haya (IV Acuerdo de 1907 y su reglamento), las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y los dos protocolos adicionales de 1977, así como algunos instrumentos internacionales relativos a la prohibición del empleo de ciertas armas (Declaración de San Petersburgo de 1868, Protocolo de Ginebra de 1925 sobre gases asfixiantes).

En cuanto al conflicto armado internacional, las secciones *a* y *b* del numeral 2 del articulo 8º contienen las graves infracciones a las Convenciones de Ginebra de 1949, literal *a*, mientras que las "serias violaciones de las leyes y costumbres aplicables en conflicto armado internacional dentro del marco del derecho internacional" están contenidas en el literal *b* y dan cabida a un buen número de las disposiciones de los convenios mencionados. En conjunto ambas secciones consagran 23 clases de crímenes de guerra.

En lo que hace referencia al uso de armas prohibidas, el Estatuto sólo penaliza el empleo de las armas envenenadas, gases asfixiantes o venenosos, proyectiles expansivos y, de manera genérica, la utilización de armas proyectiles y material que cause daños superfluos o sufrimiento innecesario. En relación con los crímenes de guerra en conflicto armado interno, el Estatuto emplea un tratamiento homólogo y les dedica los literales *c* y *d*, numeral 2, del artículo 8º a las graves infracciones al artículo 3º común a las cuatro Convenciones de Ginebra y a las "serias violaciones de las leyes y costumbres aplicables en conflicto de carácter no internacional dentro del marco establecido en el derecho internacional". En conjunto se incluyen 16 clases de crímenes, entre los que puede observarse la incorporación de nuevas conductas que amplían el listado que figura en los mencionados instrumentos internacionales.

Además de las serias violaciones como ataques a la población civil, a las instalaciones de misiones humanitarias, a lugares dedicados a la educación, la ciencia, el culto, hospitales y monumentos históricos, pillaje, enrolamiento de menores de quince años, dar muerte a traición, ordenar no otorgar cuartel, etc., se contempla también el ataque a misiones humanitarias o de paz de las Naciones Unidas, así como un listado más amplio de crímenes sexuales que contemplan violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, esterilización y fecundación forzadas. Estas dos últimas son el resultado directo de la naturaleza de los terribles crímenes cometidos durante el conflicto en la antigua Yugoslavia.

III. Proceso constitucional de los países latinoamericanos para la ratificación del Estatuto de Roma

La información en este punto fue verificada hasta el 20 de agosto del año 2002, con base en la excelente información proporcionada por la Corte Penal Internacional.

Puede ser que en el transcurso del trabajo de publicación algunos países hayan ratificado el Estatuto de Roma, situación que sería de victoria para el mundo de la defensa de los derechos humanos.

1. América del Sur

A. Argentina

Firmó el documento el 8 enero de 1999 y la ratificación fue el 8 febrero del 2001. Para el proceso de implementación, a inicios de febrero del 2002, el Comité Interministerial Argentino de Implementación del Estatuto de Roma, conformado por los ministerios de Relaciones Exteriores, Defensa y Justicia, remitió la versión final del proyecto de Ley sobre Crímenes de Competencia de la CPI y del proyecto de Ley sobre Jerarquía Constitucional del Estatuto al presidente de la República para su consideración. Se espera que éstos sean enviados al Parlamento. Adicionalmente, los proyectos fueron circulados por el Comité entre universidades, organizaciones defensoras de los derechos humanos y expertos independientes e incluyen varios de sus comentarios.

El proyecto de Ley sobre Crímenes de Competencia de la Corte Penal Internacional, redactado por el Comité Interministerial Argentino de Implementación del Estatuto de Roma y remitido al presidente de la República para su consideración a inicios de febrero de 2002, estipula en su artículo 1º que dicha ley se aplicará:

> 1. por crímenes cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la República de Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción; 2. por crímenes cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo; 3. por crímenes cometidos fuera del territorio argentino por nacionales argentinos o por personas domiciliadas en la República Argentina, siempre que el imputado no haya sido absuelto o condenado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la pena; y, 4. en los casos previstos en convenios internacionales de los que la República Argentina sea parte.

El proyecto de Ley sobre Jerarquía Constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, redactado por el Comité Interministerial Argentino de Implementación del Estatuto de Roma y remitido al presidente de la República para su consideración a inicios de febrero de 2002, estipula en su artículo 1º:

> […] de acuerdo a lo previsto en la última parte del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución nacional, otórgase jerarquía constitucional al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado por ley 25.390.

B. Bolivia

Firmó el documento el 17 de julio de 1998 y lo ratificó el 27 de junio del 2002. El 24 de abril del 2002, el Grupo de Trabajo Abierto, liderado por el Ministerio de Relaciones Exteriores e integrado por el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Defensa, la Defensoría del Pueblo y organismos de la sociedad civil, firmó el informe

final requerido por la Cámara de Senadores (Cámara de Revisión). En los puntos 136 y 137 correspondientes a sus conclusiones y recomendaciones, el Grupo establece que el Estatuto no se contrapone a la Constitución y recomienda su ratificación. Asimismo, en su punto 138, el Grupo recomienda la creación de una Comisión de Implementación. Bolivia ratificó el Estatuto de Roma mediante ley de la República nº 2.398 del 24 de mayo del 2002. Se convirtió en Estado Parte de la CPI el 27 de junio del 2002.

C. Brasil

Este país firmó el documento el 7 de febrero del 2000 y lo ratificó el 20 de junio del 2002. Para su proceso de ratificación, el 13 de noviembre de 2001, el ministro de Justicia estableció un comité gubernamental de implementación con el objetivo de estudiar y proponer las reformas al ordenamiento jurídico necesarias en materia de derecho penal, constitucional y procesal penal, a fin de implementar el Estatuto de Roma. Este comité tuvo un mandato de seis meses renovable. El 18 de abril del 2002, el proyecto de ratificación fue aprobado por el Plenario de la Cámara de Diputados, y el Senado hizo lo propio el 5 de junio. Brasil se convirtió en Estado parte de la CPI el 20 de junio del 2002.

D. Chile

Este país firmó el 11 setiembre 1998 el Estatuto de Roma. El 9 de abril del 2002, el Poder Ejecutivo remitió al Congreso el proyecto de reforma constitucional, de artículo único, presentado en forma de disposición transitoria, que dice lo siguiente:

> El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional de acuerdo a las condiciones previstas por el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de la Corte Penal Internacional.

La ratificación no podrá ser discutida por el Congreso hasta que la reforma sea votada y aprobada. El 4 de marzo, un grupo de 34 diputados solicitó al Tribunal Constitucional declarar la inconstitucionalidad de la ratificación. El tribunal acogió dicho requerimiento,[1] estimando la necesidad de una reforma constitucional previa aprobación por el Congreso y ratificación por el Presidente de la República. El 22 de enero del 2002, la Cámara de Diputados aprobó el proyecto de ratificación de la CPI. Quedan pendientes su debate y aprobación por el Senado.

---

[1] Un destacado jurista chileno publicó un artículo en el que entre otras cosas decía: “La comunidad jurídica chilena está convulsionada, ya que el Tribunal Constitucional en reciente sentencia declaró inconstitucional el Estatuto de la Corte Penal Internacional, circunstancia que ha impedido que la República de Chile ratifique el Tratado de Roma. Para los juristas que trabajamos en el estudio de los Derechos Humanos a nivel académico, ha sido un duro golpe, y al mismo tiempo se nos ha hecho necesario profundizar la discusión sobre el tema”.

E. Colombia

Ratificó el Estatuto el 6 de agosto del 2002. Colombia, país con un conflicto interno que ha causado la muerte de miles de personas, firmó el Estatuto de Roma el 10 de diciembre de 1998. El 16 de mayo del 2002, el Congreso aprobó en último debate el proyecto que ratifica e incorpora el Estatuto a la legislación nacional. El proyecto fue sancionado por el presidente de la República el 5 de junio.

A principios de la administración del ex presidente Andrés Pastrana, se constituyó un grupo interinstitucional de trabajo conformado por representantes de entidades gubernamentales, organizaciones no gubernamentales y representantes del sector académico, con el fin de hacer seguimiento al tema del Estatuto de la CPI y sus desarrollos. En diciembre de 1998 este grupo recomendó al Gobierno firmar el Estatuto, lo que se hizo el 10 del mismo mes.

El grupo interinstitucional ha desarrollado sus actividades en el marco del proceso de elaboración de los diferentes instrumentos complementarios al Estatuto, ya mencionados, proceso que se realiza en el ámbito de la Comisión Preparatoria de la CPI y que aún no ha concluido. Adicionalmente, se creó otro grupo de trabajo, con el cometido especifico de analizar en detalle el texto del Estatuto de la Corte Penal Internacional y las implicaciones que desde el punto de vista constitucional y legal tendría para el país su ratificación, así como para formular recomendaciones al respecto al Gobierno nacional.

F. Ecuador

El 7 de octubre de 1998 Ecuador firmó el Estatuto de Roma y lo ratificó el 5 de febrero del 2002, convirtiéndose así en el Estado parte nº 52 de la Corte Penal Internacional. El Tribunal Constitucional emitió un dictamen con fecha 21 de febrero del 2001, en el que expresa:

> Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Constitucional debe emitir un dictamen favorable sobre la conformidad con la Constitución de la República del Estatuto de Roma que instituye la Corte Penal Internacional. En consecuencia, debe continuar con el trámite de aprobación por parte del Congreso Nacional.

Luego se formó la Comisión Especial Permanente de Asuntos Internacionales y Defensa Nacional, que con fecha 26 de noviembre del año 2001 manifestó:

> El Tribunal Constitucional ha emitido la Resolución N° 038-2001-TP dictaminando favorablemente sobre la conformidad con la Constitución Política del Ecuador del Estatuto de Roma que instituye la Corte Penal Internacional. Con estos antecedentes, la Comisión Especializada Permanente de Asuntos Internacionales y Defensa Nacional, de conformidad con lo establecido en los artículos 161 número 4 y 162 de la Constitución Política del Ecuador, recomienda al Pleno del Congreso Nacional, la Aprobación del Estatuto de Roma que instituye la Corte Penal Internacional.

G. Paraguay

El 7 de octubre de 1998 firmó el Estatuto de Roma, y con fecha 14 de mayo del mismo año ratificó dicho instrumento. Para tener más argumentos favorables, el gobierno formó una comisión para estudiar la implementación.

El 14 de mayo de 2001 Paraguay entregó al secretario general de la ONU una copia de su instrumento de ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, cuyo texto fue aprobado el 14 de abril de 2001 por el Congreso Nacional de este país, sin ningún problema de orden constitucional.

H. Perú

El 7 de diciembre del 2000, el gobierno transitorio del Perú firmó el Estatuto de Roma y el 10 de noviembre del 2001 ratificó dicho instrumento, convirtiéndose así en otro Estado parte de la Corte Penal Internacional.

Mediante decreto supremo nº 079-2001-RE se decretó la ratificación del Estatuto de Roma, con el siguiente único artículo:

> Ratifícase el "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, celebrada en Roma, República Italiana, el 17 de julio de 1998, y aprobado por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa Nº 27518 de fecha 13 de setiembre del año 2001.

Dicha resolución legislativa del Congreso de la República en un artículo único estipula lo siguiente:

> Apruébese el "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", adoptado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, celebrada en Roma, República Italiana, el 17 de julio de 1998, de conformidad con los artículos 56º y 102º inciso 3 de la Constitución Política del Perú, con las siguientes declaraciones: 1.1 Declaración relativa al Artículo 87º inciso 1 literal a): "Conforme al Artículo 87 inciso 1 literal a) del Estatuto de Roma, la República del Perú declara que las solicitudes de cooperación de la Corte serán transmitidas por vía diplomática". 1.2 Declaración relativa al Artículo 87º inciso 2: "Conforme al Artículo 87º inciso 2 del Estatuto de Roma, la República del Perú declara que las solicitudes de cooperación de la Corte y los documentos que la justifiquen serán redactados en español o acompañados de una traducción al español, idioma oficial de la República del Perú y uno de los idiomas oficiales de la Corte".

Es necesario incluir algunas conclusiones de la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República, que el 10 de septiembre del 2001 emitió un dictamen que entre otras cosas expresa:

> Podemos concluir señalando que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es significativo y trascendental en el avance en la lucha contra la comisión de crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, y crímenes de agresión.
>
> La conveniencia para el Perú de hacerse parte del Estatuto es, pues, evidente. El apoyo a la justicia internacional prestigia nuestra democracia, fortalece nuestra posición en los foros internacionales en los que se lucha contra la impunidad, nos aúna a la tendencia moderna hacia la universalización de la justicia y permite nuestra participación en las esenciales tareas de la Asamblea de Estados parte.

I. Uruguay

Este país firmó el Estatuto el 19 de diciembre del 2000 y lo ratificó el 28 de junio del 2002. El 26 de junio del 2002 la Cámara de Senadores aprobó la ratificación, y la Cámara de Diputados hizo lo propio el 27 de junio. Uruguay se convirtió en Estado parte el 28 de junio del 2002.

Durante el proceso de ratificación, la Corte Suprema de Justicia opinó que el sistema constitucional no se verá afectado por la ratificación de la Corte Penal Internacional y que una declaración interpretativa sería suficiente para resolver algunas dudas de carácter constitucional sobre temas como las inmunidades y las amnistías.

J. Venezuela

Venezuela firmó el 14 de octubre del 1998 y ratificó el 7 de junio del 2000. Fue el primer país de Iberoamérica en ratificar el Estatuto de Roma, ahora ley de aplicación inmediata. Además, incorporó el crimen de desaparición forzada a su código penal. Expertos independientes sostienen que es necesario que esto ocurra también con los otros crímenes y se determinen los límites mínimos y máximos de las penas aplicables.

2. América Central y México

A. Costa Rica

Con fecha 7 de octubre de 1998 firmó el Estatuto de Roma, que ratificó el 7 de junio del 2001, convirtiéndose así en Estado parte de la Corte Penal Internacional. Durante el proceso de ratificación se emitió la ley 8.083 que literalmente establece en su artículo 3:

> El Gobierno de la República de Costa Rica interpreta que lo preceptuado en el segundo párrafo del numeral 27 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, no se aplicará en perjuicio de lo dispuesto en la Constitución Política costarricense, en los artículos 101, 110 y 151, así como en el inciso 9) de su artículo 121.

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de fecha 1 de noviembre del 2000 se pronunció en los términos siguientes:

> El Proyecto de Ley de Aprobación del "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", que se tramita en el expediente legislativo número 13.579, no viola la Constitución Política y los principios que la informan.

B. Cuba

Cuba no ha firmado el Estatuto de Roma. El gobierno formó un grupo interinstitucional de estudio, integrado por los ministerios de Justicia, de Relaciones Exteriores, de Defensa e instituciones jurídicas y académicas.

Sin embargo, en los últimos años Cuba ha sido sede de varios seminarios internacionales organizados por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sobre difusión del Derecho Internacional Humanitario y debates en torno al Estatuto de Roma.

C. El Salvador

Lamentablemente hasta la fecha este país no ha firmado el Estatuto de Roma. Se estableció un comité interministerial para estudiarlo, coordinado por la Cancillería, el cual ha expresado la necesidad de superar algunos conflictos constitucionales para poder ratificar.

D. Guatemala

No firmó el Estatuto de Roma. Con fecha 26 de marzo del 2002, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala emitió su opinión consultiva, en el sentido de que no encuentra incompatibilidad entre el Estatuto y la Constitución de Guatemala. El 7 de mayo, el presidente de la República remitió al Congreso la iniciativa de ley para la aprobación del Estatuto. Luego de que la Comisión de Relaciones Exteriores emita su dictamen, éste deberá ser sometido a votación por el Pleno del Congreso.

La opinión de la Corte de Constitucionalidad, dice que "ninguna norma contenida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional contraviene lo dispuesto en el artículo 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala", y expresa con relación a la competencia:

> Al disponer que la Corte Penal Internacional tendrá competencia para juzgar los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional; en particular el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, el crimen de guerra y el crimen de agresión, NO contraría ninguna disposición de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Finalmente señala:

> El ordenamiento constitucional guatemalteco no presenta ningún inconveniente en que el Estado de Guatemala apruebe y ratifique el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

E. Honduras

Firmó el Estatuto de Roma el 7 de octubre de 1998. El 24 de enero del 2002, la Corte Suprema de Justicia dictaminó a favor de la ratificación del Estatuto. El 30 de mayo, el Congreso lo aprobó por unanimidad. Honduras se convirtió en Estado parte de la CPI el 1 de julio del 2002.

El dictamen de la Corte Suprema de Justicia se manifiesta en sentido favorable a la aprobación y ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Pero antes de terminar,

> considera adecuado invocar las palabras del Papa Juan Pablo II, en su mensaje para la celebración de la Jornada Mundial de la Paz, del primero de enero de dos mil, ocasión en la que expresó lo siguiente: "… quien viola los derechos humanos, ofende la conciencia humana en cuanto tal y ofende a la humanidad misma. El deber de tutelar tales derechos trasciende, pues, los confines geográficos y políticos dentro de los que son conculcados. Los crímenes contra la humanidad no pueden ser considerados asuntos internos de una nación. En ese sentido, la puesta en marcha de la institución de una Corte Penal que los juzgue es un paso importante. Tenemos que dar gracias a Dios que siga creciendo, en la

conciencia de los pueblos y las naciones, la convicción de que los derechos humanos, universales e indivisibles, no tienen fronteras".

F. México

Firmó el Estatuto de Roma el 7 de setiembre del 2000. A inicios del 2002, la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Diputados rechazó la iniciativa del Ejecutivo federal de reformar el artículo 21 de la Constitución a fin de ratificar el Estatuto de Roma. Algunas fuentes indican que se requieren más modificaciones.[2]

Durante una recepción ofrecida a embajadores y encargados de negocios de Europa y otras naciones, el presidente de la República, Vicente Fox, afirmó que su administración busca obtener la autorización del Senado para que México participe en la Corte Penal Internacional. Agregó: "Nos interesa mucho estar dentro de este grupo líder y de vanguardia que se ha propuesto".

G. Nicaragua

A la fecha no ha firmado el Estatuto de Roma y además no se aprecia priorización del tema de la Corte Penal Internacional en la agenda gubernamental. Sin embargo, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha impulsado un programa de difusión y capacitación del Derecho Internacional Humanitario.

H. Panamá

Este país firmó el Estatuto de Roma el 18 de julio de 1998 y lo ratificó el 21 de marzo del 2002, convirtiéndose así en Estado parte de la Corte Penal Internacional. Para su implementación el Gobierno formó un Comité especial. Panamá es uno de los pocos países del continente que han firmado y ratificado casi todos los instrumentos internacionales del Derecho Internacional Humanitario.

I. República Dominicana

Firmó el estatuto de Roma el 8 de setiembre del 2000. Aún no lo ha ratificado. Existe interés en conformar un grupo de trabajo integrado por la Secretaría de Relaciones Exteriores y las organizaciones no gubernamentales, miembros de la Coalición Dominicana por la Corte Penal Internacional. La Cancillería envió un estudio prelimi-

---

[2] La propuesta de reforma constitucional enviada por el Ejecutivo se ubicaba en el artículo 21 de la Constitución (garantías individuales) y reconocía la jurisdicción de las cortes internacionales, entre ellas la CPI.

nar a todos los poderes, incluyendo el Congreso, la Suprema Corte de Justicia, la Procuraduría General de la Nación y la Policía, entre otros. Una vez que cada uno de ellos emita su opinión, la Cancillería podrá emitir su dictamen definitivo y lo enviará al Congreso para que sea votado.

IV. Firmas, ratificaciones y adhesiones y necesidad de reformas constitucionales

Estado	Firma	Ratificación/Adhesión	Reforma constitucional
Argentina	8.1.1999	8.2.2001	No
Brasil	7.2.2000	20.6.2002	No
Chile	11.9.1998	No	Sí
Colombia	10.12.1998	5.8.2002	No
Costa Rica	7.10.1998	7.6.2001	No
Cuba	**No**	**No**	**No**
Ecuador	7.10.1998	5.2.2002	No
El Salvador	**No**	**No**	**Sí**
Guatemala	**No**	**No**	**No**
Honduras	7.10.1998	1.7.2002	No
México	7.9.2000	No	Sí
Nicaragua	**No**	**No**	**No**
Panamá	18.7.1998	21.3.2002	No
Paraguay	7.10.1998	14.5.2001	No
Perú	7.12.2000	10.11.2001	No
Rca. Dominicana	8.9.2000	No	No
Uruguay	19.12.2000	28.6.2002	No
Venezuela	14.10.1998	7.6.2000	No
Totales	**18**	**11**	**—**

V. A modo de conclusión

1. En julio de 1998, en la conferencia de Naciones Unidas en Roma, los Gobiernos aprobaron abrumadoramente el Estatuto que establece la Corte Penal Internacional permanente (CPI), la cual entraría en vigor una vez que 60 países ratificaran el Estatuto. Ello ocurrió el 1º de julio y a la fecha han ratificado 78 países de los 139 que la firmaron.

2. La Corte Penal Internacional es una institución de carácter permanente, con funciones judiciales para determinar la responsabilidad penal individual de las perso-

nas que hayan cometido los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o el crimen de agresión, cuando los Estados no hayan cumplido con su deber de perseguir y castigar a los responsables de dichos crímenes.

3. De los 18 países analizados en este ensayo, cuatro no han firmado el Estatuto de Roma: Cuba, El Salvador, Guatemala y Nicaragua.

4. De los 18 países analizados, 11 han ratificado el Estatuto de Roma, convirtiéndose así en Estados partes de la Corte Penal Internacional. Los que han firmado el Estatuto y aún no lo han ratificado son Chile, México y la República Dominicana.

5. Chile y México deberán hacer una reforma a su Constitución de la República para proceder a la ratificación.

6. De los cuatro países que no han firmado el Estatuto, sólo El Salvador debe reformar su Constitución Política.

7. La mayoría de las Constituciones Políticas de los países analizados no tienen normas que pudieran impedir su adhesión al Estatuto y convertirse en Estados partes de la Corte Penal Internacional.

8. En todos los países analizados, tal vez con la única excepción de Nicaragua, los Estados han realizado un trabajo profundo para ratificar el Estatuto de Roma y formar parte de la Corte Penal Internacional.

Humberto Nogueira Alcalá (Chile) *

Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional de Chile respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional

La sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 8 de abril de 2002, rol número 346, que se pronuncia respecto de la constitucionalidad del Tratado de Roma que determina el estatuto de la Corte Penal Internacional, constituye un fallo controvertido y que muestra las falencias de nuestro texto constitucional en materia de tratados internacionales, lo que exige una normativa constitucional explícita acorde con los cambios suscitados en el derecho público y su dogmática, como asimismo, en la inserción de los Estados en el nuevo derecho internacional de los derechos humanos, además de asumir los principios contenidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, vigente en Chile, luego de su ratificación y publicación en 1981.

I. El contenido básico del fallo de mayoría del Tribunal Constitucional

1. El estatuto de la Corte Penal Internacional, por afectar la soberanía nacional, no puede incorporarse al ordenamiento jurídico nacional

La mayoría del Tribunal Constitucional sostiene que la Corte Penal Internacional es un "órgano jurisdiccional permanente de carácter internacional destinado a hacer efectivas las responsabilidades penales individuales de los autores de determinados y graves delitos contra la humanidad", "facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes mas graves de trascendencia internacional"

---

* Doctor en Derecho Constitucional (Universidad Católica de Lovaina la Nueva, Bélgica). Profesor titular de Derecho Político y Constitucional. Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca.

(considerando 16°), con "facultades de imperio para hacer ejecutar sus resoluciones" (considerando 18°). A juicio de la mayoría del Tribunal Constitucional, dicha Corte Internacional, atendiendo a la naturaleza de la jurisdicción que ejerce, más que una jurisdicción complementaria de los tribunales nacionales, se considera que es "de carácter correctiva y sustitutiva o supletoria, en determinados casos, de las jurisdicciones nacionales" (considerando 23°, reiterado en considerandos 28° al 31°), lo que se concluye de acuerdo al análisis hecho del artículo 17 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (considerando 24° al 27°).

De acuerdo con el análisis anterior, el Tribunal Constitucional concluye que la Corte Penal Internacional puede ser calificada como "un Tribunal Supranacional" (considerando 32°), que se diferenciaría de los tribunales internacionales establecidos en tratados ratificados por Chile, como por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos y el estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, por el hecho de que estos últimos "no tienen una supervigilancia correctiva o sustitutiva de las resoluciones de los tribunales nacionales".

El Tribunal Constitucional precisa que, residiendo la soberanía en la nación, "las únicas autoridades que pueden ejercitar soberanía son las que la Constitución establece"; así, "las funciones y atribuciones que la Constitución entrega a estas autoridades constituyen la forma en que la soberanía se manifiesta y se hace realidad" (considerando 41°), entre las cuales se encuentra "la función jurisdiccional, que viene a ser un aspecto de cómo se ejercita la soberanía nacional" (considerando 42°). El Tribunal Constitucional precisa que la jurisdicción es "una función pública emanada de la soberanía", entregando la Constitución su "ejercicio en forma privativa y excluyente a los tribunales establecidos por ella o la ley", los cuales son "las autoridades que esta Constitución establece" (considerando 44°).

El Tribunal Constitucional, considerando que la "función jurisdiccional es expresión del ejercicio de la soberanía", concluye que sólo la pueden cumplir las autoridades que la Constitución establece" (considerando 45°). Por tanto, al otorgarle el Tratado de Roma a la Corte Penal Internacional "jurisdicción para eventualmente conocer de conflictos ocurridos dentro del territorio de la república, y que deberían ser de competencia de algún tribunal nacional", se le está atribuyendo "potestad jurisdiccional para ser ejercida por una autoridad no establecida por nuestra Carta", lo que entra en "frontal colisión" con el artículo 5 inciso 1 de la Constitución, haciéndose "evidente su inconciliabilidad" (considerando 45°). La mayoría del Tribunal Constitucional considera que la potestad jurisdiccional del Estado, entregada a los tribunales para "conocer, resolver y hacer cumplir lo juzgado" de acuerdo con el artículo 73 de la Constitución, excluye "en el área de los conflictos sometidos a su poder cualquier injerencia de autoridad alguna, nacional o internacional", por lo que para que se "incluyan disposiciones de un tratado que complementen o eventualmente corrijan la situación antes descrita, deberán necesariamente incorporarse a nuestro sistema jurídico a través de una reforma de la Constitución" (considerando 46°).

El fallo de mayoría del Tribunal Constitucional agregará que "todo conflicto en cuya solución exista un interés público comprometido queda necesariamente sometido al conocimiento y decisión de los tribunales establecidos por la ley chilena". Sólo si estamos en presencia de derechos disponibles, podrá prorrogarse la competencia entre tribunales nacionales e incluso, como se ha hecho, a tribunales internacionales o de otros países"; como las "materias cuyo conocimiento se entrega a la Corte Penal Internacional, por su naturaleza, son improrrogables, por lo cual, para que Chile reconozca la jurisdicción de tribunales supranacionales deberá incorporar una nueva preceptiva constitucional a su sistema interno" (considerando 50°). "No es admisible que la ley o el tratado, sin previa credencial constitucional, reduzca la esfera de competencia soberana, constitucionalmente conformada, de órganos expresamente representados como autoridades que la Constitución establece".

2. El problema de la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos

El Tribunal Constitucional en su voto de mayoría asume el tema correspondiente al inciso 2 del artículo 5 de la Constitución, intentando dilucidar la controversia doctrinal sobre el rango de los tratados internacionales sobre derechos humanos, "máxime cuando en la fundamentación de las observaciones formuladas por el Presidente de la República subyace la idea que el derecho convencional sobre derechos humanos prevalece sobre la Constitución" (considerando 60°).

El Tribunal Constitucional señala que la reforma constitucional de 1989 "no consagró que los tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental" (considerando 62°), considerando que la reforma de 1989, al establecer "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes" (artículo 5 inciso 2, segunda frase), implica que "el Estado está al servicio de la persona y que, por tanto, el ejercicio de la soberanía no puede vulnerar los derechos esenciales que emanan de su naturaleza", correspondiendo a la autoridad la promoción de los derechos humanos, "pudiendo las leyes y los tratados desarrollarlos sin afectar su esencia", considerando además que su vigencia, "no obsta a la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de acuerdo a las reglas generales".

Esto lleva a sostener al Tribunal Constitucional que "no estuvo en la mente del constituyente que los tratados no quedaran sujetos a la supremacía de la Constitución ni menos que su jerarquía permitiera enmendar normas de la Ley Fundamental, ya que si así no fuere carece de toda explicación lógica y jurídica que se hubiese afirmado que era procedente el recurso de inaplicabilidad de una norma de un tratado por ser contraria a la Constitución, habida consideración que dicho recurso reconoce como causa inmediata, precisamente, la prevalencia de la Constitución sobre la ley o el

tratado" (considerando 63°). Posición que ya había afirmado la sentencia de 21 de diciembre de 1987, rol número 46, en el sentido de que "las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en tratados internacionales" (considerando 64°).

A su vez, el Tribunal Constitucional precisa que en sentencia de 4 de agosto de 2000, rol número 309, señaló que "si un tratado internacional contiene normas propias de ley orgánica constitucional, el acuerdo del Congreso para su aprobación o rechazo exige el quórum establecido por la Constitución para esa clase de leyes" (considerando 17°, rol 309, considerando 67° del fallo en análisis), considerando que el quórum de aprobación de los acuerdos del Congreso Nacional sobre los tratados debe seguir las materias de ley según lo dispuesto en el artículo 63 de la Constitución (considerando 67°), de lo contrario se podría atentar "contra el delicado mecanismo de reforma de la Constitución, contenido en un capítulo especial, el Capítulo XIV, y que se caracteriza por su notable rigidez, especialmente tratándose del capítulo relativo a los derechos y deberes constitucionales", respecto del cual el constituyente aseguró un quórum reforzado de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio" (considerando 68°).

El Tribunal Constitucional considera que sostener que los tratados internacionales sobre derechos humanos pueden modificar la Constitución, conduce a que pierdan eficacia los artículos 82 número 2, que establece el control preventivo de los tratados internacionales, y el artículo 80, que establece el control represivo sobre los preceptos legales (considerando 69°), como asimismo, que podría modificarse la Constitución con el quórum simple y no el quórum de dos tercios que exige el capítulo de derechos fundamentales (considerando 70°).

El Tribunal Constitucional cita en la materia la opinión del profesor Alejandro Silva Bascuñan, el cual sostiene que los tratados regularmente aprobados, ratificados y promulgados, prevalecen en el derecho interno en cuanto sean aplicables y su contenido no se oponga a los preceptos de esta Constitución, lo que conserva plenamente su valor, "incluso sobre los tratados sobre derechos humanos esenciales" (considerando 75°).

3. Consideraciones sobre los indultos y las amnistías

El fallo de mayoría considera que son atribuciones especiales del Presidente de la República otorgar indultos particulares, como asimismo es materia de ley conceder indultos generales y amnistías, como también "las que fijen las normas generales con arreglo a las cuales debe ejercerse la facultad del Presidente de la República para conceder indultos particulares y pensiones de gracia" (considerando 78°). El Tribunal Constitucional considera incompatibles con las normas constitucionales los artículos 17 y 110 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, los cuales limitan la potestad de

los órganos estatales para establecer amnistías e indultos. Este "quebrantamiento se produce en razón que la Corte Penal Internacional podría desconocer en sus sentencias indultos o amnistías previamente concedidas por las autoridades nacionales competentes" (considerando 79°).

4. Fuero parlamentario y prerrogativa de los jueces

Al establecer el Estatuto de Roma, en su artículo 27, que las inmunidades y normas de procedimiento especiales que conlleva el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte Penal Internacional ejerza su competencia sobre ella, el Tribunal Constitucional determina que el fuero parlamentario y las prerrogativas penales de los magistrados de los tribunales superiores de justicia, fiscales judiciales y jueces del Poder Judicial, como asimismo de los magistrados del Tribunal Constitucional, el Fiscal Nacional, los fiscales regionales y los fiscales adjuntos quedan sin efecto, al prever el Estatuto de Roma un procedimiento directo ante la Corte Penal Internacional, lo que resulta incompatible con las normas constitucionales de los artículos 58, inciso 2, y 78 (considerandos 84° a 88°).

5. Conclusiones del Tribunal Constitucional

El fallo de mayoría del Tribunal Constitucional precisa que una jurisdicción de carácter supranacional debe insertarse dentro del sistema constitucional nacional procediéndose previamente a modificar el texto de la Constitución (considerando 92°). Que si se "aceptara el texto actual del Tribunal Penal Internacional, ello implicaría una violación a normas de rango constitucional", no debiendo olvidarse que hoy se "acepta universalmente que la gran garantía de los derechos fundamentales es la Constitución", de manera que "la violación de la Carta Política viene a significar en último término, la desprotección de los derechos" (considerando 93°).

Resolviendo en definitiva que el "Tratado que contiene el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, materia de estos autos, para su aprobación por el Congreso Nacional y su posterior ratificación por el Presidente de la República, requiere de reforma constitucional previa".

Es necesario señalar que todo el acápite correspondiente a la jerarquía de los tratados en materia de derechos humanos (considerandos 59° a 73° de la sentencia) es rechazado por el ministro Juan Agustín Figueroa, quien considera que esta materia es ajena al asunto *sub lite*, como asimismo, en virtud de su disidencia total de fallo, por el ministro Marcos Libedinsky, quien consideró que debió rechazarse la petición de inconstitucionalidad y declarar que el Tratado de Roma no requiere de reforma constitucional previa para su aprobación por el Congreso y posterior ratificación por el Presidente de la República.

II. Consideraciones críticas respecto del fallo del Tribunal Constitucional

1. Una concepción de la soberanía superada en el contexto del mundo contemporáneo y en nuestra Carta Fundamental

El fallo de mayoría señala que la soberanía es una cualidad del poder del Estado que "no admite otro por encima de él ni en concurrencia con él"; dicho poder reside en la nación y se ejercita por el pueblo a través de las elecciones y plebiscitos, como asimismo por las autoridades que la Constitución establece. El Tribunal Constitucional sostiene una concepción de la soberanía superada históricamente por la doctrina y el derecho internacional público, como asimismo por el propio texto de la Constitución de 1980.

La mayoría del Tribunal Constitucional sabe que el poder estatal o soberanía perdió, con la Carta de Naciones Unidas de 1945, el carácter de poder supremo incondicionado e ilimitado en el plano externo, al establecerse la ilegitimidad del derecho de hacer la guerra (*Ius ad Bellum*) el que quedó desplazado por el derecho a la paz y el arreglo pacífico de las controversias (artículo 2 numerales 3 y 4 de la Carta de Naciones Unidas), como asimismo, la potestad suprema del Estado o soberanía quedó limitada por los derechos humanos asegurados por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los pactos y convenciones complementarios en el plano internacional.

El concepto de soberanía que usa el Tribunal Constitucional es anterior a la Segunda Guerra Mundial, desconociendo o desnaturalizando el verdadero sentido y alcance el inciso 2 del artículo 5, reforzado con la reforma de 1989 que le agregó la segunda frase: "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

A su vez, se desconoce que el jefe de Estado de la época, general Augusto Pinochet, ratificó la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados el 9 de abril de 1981, menos de un mes después de la entrada en vigencia de la Constitución, habiendo sido aprobada por decreto ley 3.633 de 1981 por la Junta de Gobierno (época en que la Junta ejercía el poder constituyente y legislativo). Al momento de la ratificación de la Convención, el Estado de Chile adhirió al principio de inmutabilidad de los tratados contenido en el artículo 62 de la Convención de Viena, lo que quedó expresamente señalado, junto con la reserva del derecho de los Estados parte de estipular, particularmente en los casos pertinentes, normas que modifiquen dichos principios. Así el poder constituyente, legislativo y ejecutivo en 1981, acepta con plena conciencia que las normas imperativas de derecho internacional o normas de *ius cogens* que contiene la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, limitan la potestad estatal, sin que ellas necesariamente representen un acto de aceptación voluntaria por la potestad suprema de un Estado determinado.

La Convención de Viena define en su artículo 53 lo que es una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*): "Una norma que no admite acuerdo en

contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter". Las normas de *ius cogens* son asumidas y exigidas por la Convención de Viena antes señalada; el mismo artículo 53, a modo ejemplar determina que "es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general"; a su vez, el artículo 64 de la misma Convención dispone que, "si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará".

La Corte Permanente de Justicia Internacional ha sostenido uniforme y reiteradamente en sus sentencias: "Un Estado que ha contraído obligaciones internacionales está obligado a hacer en su derecho interno las modificaciones que sean necesarias para el cumplimiento de estas obligaciones".

Todo ello es, además, una consecuencia lógica de que los tratados tienen su fundamento de validez en el derecho internacional y no en el derecho interno. Es un principio jurídico básico que no existe obligación si ella depende de la libre voluntad y actividad del obligado. Por ello son normas imperativas de derecho internacional las de *bona fide* y *pacta sunt servanda*, el respeto a la dignidad de la persona humana, el rechazo incondicionado de la tortura, el principio de no discriminación, entre otras.

Asimismo, la interpretación constitucional realizada por el Tribunal Constitucional tiene un carácter forzado, privilegia los artículos 5 inciso 1 (residencia y ejercicio de la soberanía), y los artículos 6 y 7 (referentes al ejercicio de competencias internas de los órganos estatales) sobre el artículo 5 inciso 2 que establece los derechos esenciales contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales como límites a la soberanía, y el artículo 1 que establece la dignidad humana y los derechos humanos como inherentes a la persona, los cuales el Estado debe asegurar, respetar y promover, artículos estos últimos que establecen las claves interpretativas sustantivas del sentido, alcance y límites de la potestad suprema estatal, la que se encuentra al servicio de las personas y del bien común.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional en su fallo de mayoría no realiza ningún esfuerzo para integrar el sentido y alcance de la reforma de julio de 1989 al artículo 5 inciso 2, el contexto en que ella se logró, el objeto y fin de la reforma introducida, como asimismo la regla hermenéutica elemental de derecho público de otorgar siempre un efecto útil a los enunciados normativos introducidos por las nuevas reglas jurídicas. Una vez más el fallo de mayoría del Tribunal Constitucional asume una concepción de "Constitución testamento o estatua", quedándose en la voluntad de la Junta de Gobierno del régimen autoritario militar, en vez de asumir la perspectiva de una interpretación actualizadora de las normas constitucionales conforme a los valores y perspectivas democráticas que inspiraron el cambio constitucional de 1989, que se debió no a la voluntad del régimen autoritario militar (el cual se oponía a reformar el texto de la Carta Fundamental, que finalmente aceptó por la fuerza política de los acontecimientos), sino a la voluntad mayoritaria democrática y

respetuosa de los derechos humanos que emergía con una fuerte legitimidad después del plebiscito de 1988, en que fue derrotada la perspectiva de continuidad del autoritarismo militar.

El fin y sentido de la reforma constitucional al artículo 5 inciso 2 de la Constitución de 1989 fue precisar los derechos esenciales que se entendía formaban parte del bloque constitucional de derechos. Así lo han señalado en forma explícita quienes participaron en la generación de la reforma. En tal sentido se pronuncia claramente el profesor Francisco Cumplido Cereceda, quien participó como actor relevante en la negociación de dicha reforma constitucional. Cumplido afirma que la modificación del artículo 5 inciso 2 surge del acuerdo entre la Concertación de Partidos por la Democracia y Renovación Nacional, los que concordaron en "que había que incorporar al sistema constitucional chileno (los derechos) contenidos en tratados internacionales que Chile había ratificado y que estaban en vigor",[1] y agregaron: "Por consiguiente, nos pusimos de acuerdo para que en la aprobación de esta reforma al artículo 5, los derechos esenciales contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, que conocía el constituyente —Junta de Gobierno en ese momento— y que conocían los negociadores, se entendiera que pasaban a formar parte de la Constitución Política de 1980. Para eso había que darle una redacción. De ahí que se diga claramente que los órganos del Estado están obligados, están vinculados a promover y respetar los derechos de la Constitución, como asimismo los contenidos en los tratados sobre derechos humanos cuya vigencia, aplicabilidad, interpretación, están claramente establecidos en la Convención de Viena […] De manera entonces, que los que negociamos la reforma entendimos que colocamos en un mismo nivel los derechos esenciales de la persona contenidos en la Constitución y en los tratados".[2]

La misma perspectiva es ratificada por el profesor José Luis Cea Egaña, quien formó parte de la Comisión Político Técnica de Renovación Nacional que negoció la reforma de 1989, quien sostiene: "Yo estimo que en el plano del derecho internacional convencional, los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen el mismo valor […] estas disposiciones fueron concebidas y redactadas con la intención que —a mi juicio, el artículo 5 inciso 2 trasunta con entera claridad— tuvieran jerarquía formal y sustantiva material de Constitución".[3] Y agregará que hay una discusión que le parece bizantina sobre si lo "que considera el constituyente son los derechos como tales, o el documento jurídico en el cual dichos derechos se encuentran articulados, es

---

[1] Francisco Cumplido Cereceda, "Los Tratados Internacionales y el artículo 5 de la Constitución", en *Ius et Praxis*, año 2, nº 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile, 1997, p. 94.

[2] Ibídem, pp. 95-96.

[3] José Luis Cea Egaña, "Los tratados de derechos humanos y la Constitución Política de la República", en *Ius et Praxis*, año 2, nº 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile, 1997, pp. 82-83.

decir, el texto en el cual se encuentran positivamente contemplados. A mí me parece que el precepto se refiere a los derechos fundamentales".[4] El profesor Cea precisa que la "reforma de 1989 hizo parte de la Carta Fundamental lo preceptuado en esos tratados internacionales sobre derechos humanos. No solamente los que se hallaban vigentes al 17 de agosto de 1989, sino que como toda Constitución tiene que ser siempre interpretada con una intencionalidad perdurable, se abrió a todos los tratados internacionales que se puedan dictar en el futuro sobre derechos humanos".[5]

El profesor Cumplido, en el artículo referido, señala que la propuesta de reforma original consideraba, "no sólo los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, sino que además el proyecto hacía alusión expresa a las costumbres y a los principios generales del derecho internacional. En el partido Renovación Nacional y en su comisión política se estimó que aludir a la costumbre y a los principios generales agregaba un margen de incertidumbre en relación con la materia. Para ellos era mucho más claro que los derechos que había que incorporar al sistema constitucional chileno eran los contenidos en tratados que Chile había ratificado y que estaban en vigor. Nosotros no insistimos en nuestra posición, primero porque las normas de la costumbre internacional y los principios son de general aplicación de acuerdo con las normas internacionales. Lo que queríamos era que no hubiera ninguna duda en Chile de que esas normas regían. Si lo decíamos expresamente contribuíamos a la certeza jurídica, pero, por la razón mencionada, se excluyó esa parte de la reforma propuesta".[6]

El profesor Cea confirmará las afirmaciones de Francisco Cumplido en el sentido de que en el anteproyecto de reforma del artículo 5 inciso 2, del cual participó: "es cierto que allí se intentó, y a mi juicio habría sido conveniente, incorporar una referencia expresa al derecho no convencional, al derecho de gentes, a los principios generales del derecho internacional y que constituyen el *ius cogens*. Pero, lamentablemente, en las esferas del gobierno de la época, se pensó que esto carecía de certeza o de contornos precisos y, por lo tanto, que era preferible dejarla a un lado. Dada la situación de transacción o de compromiso que hizo posible esa reforma constitucional, se optó en definitiva por dejar únicamente reconocidos, en el artículo 5 inciso 2, los tratados internacionales".[7]

Parece una ligereza de parte de la mayoría del Tribunal Constitucional tratar de desarrollar una interpretación del artículo 5 inciso 2 absolutamente sesgada, fuera de contexto y contraria al objeto y fin de dicha reforma, contra los testimonios de los actores directos de la reforma antes reproducidos, de cuya calidad y honestidad nadie podrá dudar.

---

[4] Ibídem, p. 83.
[5] Ibídem, pp. 83-84.
[6] Cumplido Cereceda, op. cit., p. 94.
[7] Cea Egaña, op. cit., p. 84.

No está de más señalar que la concepción sobre la soberanía y la jerarquía de los tratados de derechos humanos no es consensual en el Tribunal Constitucional. Los ministros Marcos Libedinsky y Juan Agustín Figueroa discrepan del fallo, a través del voto disidente y las prevenciones respectivamente.

El ministro Libedinsky en su voto disidente se preguntará: "¿Frente al tenor categórico de esta cláusula podría el intérprete sostener que son contrarias a la Constitución disposiciones contenidas en el Tratado de Roma que posibilitan la intervención de una Corte Penal Internacional que permita el castigo efectivo de quienes han atropellado derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana? ¡En otras palabras, es concebible que la Constitución, por una parte, imponga a todos los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos que emanan de la naturaleza humana y, por otro lado, ella misma considere que mecanismos dirigidos, inequívocamente, a cumplir el mandato y obtener el respeto que ella exige, sean declarados inconstitucionales?".[8] A su vez agregará que lo que se encuentra vedado "es la creación de tribunales de rango y jerarquía inferior a la legal. Pues bien, sin necesidad de adentrarse en el debatido problema acerca de cuál es el rango y jerarquía que corresponde a los tratados internacionales en nuestro derecho interno, en particular, los que versen sobre derechos humanos, toda vez que existen opiniones que les asignan un rango supraconstitucional, o constitucional, o inferior a la Constitución y superior a las leyes y a otras disposiciones de derecho interno, lo cierto es que ningún autor que se haya preocupado de este punto asigna a los tratados un rango o jerarquía inferior al de la ley".[9]

En el caso del ministro Figueroa su prevención precisa que no acepta lo expresado en los considerandos 59° a 73°, ambos inclusive, considerando que la supremacía de la Constitución sobre esta última fuente (tratado de derechos humanos) es una cuestión que surge cuando el aludido compromiso internacional se incorpora a nuestro derecho interno, para dilucidar —en tal evento y momento— su efecto sobre las normas constitucionales".[10] Podríamos agregar algunos elementos adicionales que él no explicita en la materia, pero que explicó claramente como perito ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *La última tentación de Cristo*, cuyas expresiones están recogidas en dicho fallo de fecha 5 de febrero de 2001,[11] donde el magistrado Figueroa señala:

---

[8] Voto disidente del ministro Libedinsky, fallo comentado, fojas 514 vuelta, considerando 9°.

[9] Voto disidente del ministro Libedinsky, fojas 515 vuelta, considerando 11°.

[10] Prevención del ministro Juan Agustín Figueroa, fallo comentado, fojas 510 y 510 vuelta.

[11] Véase *Ius et Praxis*, año 7, nº 1, 2001, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile, pp. 585-648.

> Respecto de la jerarquía del derecho internacional, un paso fundamental ocurrió en 1989 con la modificación constitucional del inciso 2 del artículo 5 de la Constitución Política que estableció, en cuanto a los derechos esenciales, que ellos no tan sólo están señalados o reconocidos por la Constitución misma, sino también por los tratados internacionales de derechos humanos.
>
> No hay disposición alguna en la legislación interna que pueda tener preeminencia y que de alguna manera obste al efectivo y real cumplimiento de lo que resuelva la Corte Interamericana. Los tratados internacionales se entienden incorporados al ordenamiento jurídico y la mayoría de la doctrina considera que se incorporan por lo menos al mismo nivel que el del ordenamiento constitucional. Es decir, los tratados pueden ampliar el ámbito del ordenamiento constitucional y, aun más, debe entenderse la preeminencia de la norma internacional sobre la interna.[12]

El fallo comentado prescinde completamente del sentido y alcance que los actores relevantes otorgan a los derechos contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. La interpretación actualizadora de la Constitución y su reforma del artículo 5 inciso 2, es asumida por los integrantes de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado en 2001, al aprobar en la Sala del Senado la reforma constitucional al artículo 19 número 12, senadores Sergio Diez (RN), Juan Hamilton (DC), Augusto Parra (designado, socialdemócrata), al fundar sus votos de aprobación a la reforma constitucional al artículo 19 número 12 de la Constitución en la sala del Senado, para modificar el inciso final de dicho artículo, considerado contrario a la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana en su sentencia sobre el caso *La última tentación de Cristo*.[13]

El senador Diez señala "Señor presidente, para entender a cabalidad la enmienda constitucional sometida a nuestra consideración, debe tenerse en cuenta el texto de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, incorporado en el artículo 5 de nuestra Carta Fundamental en lo que dice relación a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana".[14]

El senador Hamilton precisará: "[…] la disposición contenida en la indicación está absolutamente demás. Es una copia del artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 89 y del artículo 13, número 5 del Pacto de San José de Costa Rica. Ambas disposiciones, de acuerdo con el artículo 5 de la Constitución Política de la República, tienen rango constitucional […]".[15]

El senador Augusto Parra señalará: "El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —vigentes en nuestro país y que, conforme al artículo 5

---

[12] Peritaje de Juan Agustín Figueroa Yavar ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en fallo antes citado. *Ius et Praxis*, año 7, nº 1, p. 602.

[13] Véase *Diario de sesiones del Senado*, legislatura 343, extraordinaria, sesión 40, de 2 de mayo de 2001. Intervención senador Diez, p. 4796.

[14] Ibídem.

[15] Ibídem, p. 4821.

del texto constitucional, es parte de nuestro ordenamiento político (Constitución)— une claramente las libertades de creación artística y de investigación científica".[16]

El claro contexto, antecedentes, sentido y alcance, como asimismo, el efecto útil de la reforma constitucional al inciso 2 del artículo 5, no es otro que el de incorporar a la Constitución los derechos asegurados por tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, derechos que limitan la soberanía, vale decir, al poder constituyente y los poderes instituidos, todos los cuales por imperativo constitucional deben respetar y promover tales derechos.

2. Los tratados o los derechos contenidos en los tratados ¿limitan la soberanía y tienen jerarquía constitucional?

Sobre la materia, nos parece necesario realizar algunas consideraciones básicas.

La Constitución debe precisar, y la nuestra lo hace en forma muy precaria, la posibilidad y el alcance de la potestad de los órganos para comprometer al Estado de Chile en el ámbito del derecho internacional; nos parece necesario, mas aun imprescindible y urgente, remozar y poner a la altura de la realidad del siglo XXI el texto constitucional en materia de derecho internacional y su incorporación al derecho interno.

La Carta Fundamental debe determinar el proceso de validación e incorporación de las normas internacionales al ordenamiento jurídico nacional, lo que, concretado de acuerdo al procedimiento constitucional, convierte a la norma internacional válida en norma internamente aplicable, siendo ya no sólo norma internacional válidamente aplicable en Chile, sino también norma integrante del ordenamiento jurídico chileno, vinculante y obligatoria para todos los órganos y todas las personas del Estado chileno.

Así, el ordenamiento jurídico nacional en su conjunto, presidido por la Constitución, se descompone en dos subsistemas normativos, uno de los cuales depende de la Carta Fundamental para producir normas válidas (el subsistema nacional), en tanto, respecto del otro, la Constitución dota a las normas de la necesaria aplicabilidad en el derecho interno (subsistema internacional).

La Constitución como norma superior nacional posibilita remitirse a normas internacionales que le son indisponibles en su propia validez, siendo el derecho internacional el que determina su creación o validez, a las cuales el Estado de Chile sólo les otorga aplicabilidad en el ámbito interno si se verifican las condiciones determinadas constitucionalmente, remitiéndose a un ordenamiento de derecho internacional público que lo considera como propio, aun cuando dichas normas son indisponibles al Estado en su existencia o validez.

---

[16] Ibídem, p. 4800.

Una vez incorporado el tratado válidamente al ordenamiento jurídico nacional por su ratificación, deben tenerse presentes los principios de *ius cogens, pacta sunt servanda* y *bona fide*, codificados en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, los cuales como normas imperativas de derecho internacional deben ser respetados por Chile, además de establecer dicho tratado que el derecho convencional internacional válidamente ratificado tiene primacía sobre el derecho interno, no pudiendo un Estado invocar ninguna razón legítima para atropellar el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas según dispone el artículo 26; a su vez, el artículo 27 de la misma Convención determina que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.[17]

Además, de acuerdo con las normas de los artículos 54 y siguientes de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, la fuerza vinculante de los enunciados normativos de un tratado solamente pierde eficacia para el Estado parte conforme a las propias disposiciones del tratado o por concurrir las causales reconocidas por el derecho internacional.

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en el artículo 46 establece una sola excepción en materia de aplicabilidad de un tratado: cuando se invoca por un Estado parte para anular su vinculación a la convención respectiva el hecho de ser concluido por personeros del Estado u órgano de éste sin capacidad para comprometerlo, encontrándose viciado el consentimiento.

Es coherente con la lógica de las fuentes de nuestro derecho constitucional que no exista control de constitucionalidad represivo a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ya que el tratado no puede ser entendido como un "precepto legal", dado que aun en el más amplio sentido de dicha expresión sólo puede involucrar la producción de normas jurídicas por parte de los órganos constituyentes o colegisladores de un Estado parte, mientras que el tratado internacional incluye la actuación de la voluntad de dos o más Estados y no la voluntad unilateral de un Estado; a ello debe agregarse que los términos o vocablos jurídicos deben entenderse en su sentido técnico jurídico, el cual respecto del concepto "tratado" está expresamente definido por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en su artículo 2, convención internacional que se encuentra ratificada por Chile y vigente, vinculante para todos los órganos estatales nacionales. Tal perspectiva se refuerza con el artículo 82 número 2 de la Constitución que distingue claramente en el control

---

[17] La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados ratificada por Chile el 9 de abril de 1981, promulgada por decreto supremo nº 381 de 1981 y publicada en el *Diario Oficial* del 22 de junio de 1981.

Chile apoyó decididamente el artículo 27 de la Convención de Viena. Véase Rosales, "La Convención de Viena de 1969 y sus relaciones con el derecho interno", *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, nº 165, enero-diciembre de 1977, pp. 257 y 263.

preventivo de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional entre preceptos legales y tratados internacionales, siendo este control el único posible, el que se realiza antes que el Estado se vincule por el tratado internacional. Así lo prevé, por lo demás, la reforma constitucional al artículo 82 de la Constitución en actual trámite en el Senado.

Todo tratado internacional ratificado por un Estado, espontánea y libremente aceptado por éste, constituye un límite externo en el ejercicio de la soberanía del Estado que se asume voluntaria y conscientemente, el que tiene como efecto impedir que en dicho ordenamiento jurídico se dicten normas violatorias de las disposiciones del tratado, teniendo así el tratado una fuerza pasiva que actúa como un límite al ejercicio de la potestad del Estado, el que no puede aplicar en el ordenamiento jurídico, a ningún nivel, normas que contradigan las obligaciones internacionales contraídas; salvo denuncia, término o pérdida de vigencia y aplicabilidad del tratado respecto del Estado, de acuerdo a las normas del derecho internacional.

Por otra parte, la Constitución es la fuente suprema del ordenamiento jurídico nacional, en la medida en que ordena la prelación y aplicabilidad del resto de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico interno, como asimismo de las que derivan del derecho internacional incorporándose al ordenamiento jurídico nacional —de acuerdo al procedimiento de incorporación señalado por la Constitución—, sin perder la calidad de derecho internacional. La fuerza normativa de la Constitución no se relaciona con el lugar que ocupa en la gradación y fuerza aplicativa de las fuentes, sino con el hecho de que ella define dicha gradación y aplicabilidad**.** Así la Constitución puede definir, como lo hace en el artículo 5 inciso 2, que los derechos esenciales incorporados vía tratados internacionales constituyen un límite de la soberanía, vale decir, un límite al poder constituyente y los poderes constituidos, respecto de lo cual hay que extraer las consecuencias jurídicas pertinentes, a diferencia de lo que hace el Tribunal Constitucional en su fallo de mayoría en comento.

No son aplicables a las normas internacionales de los tratados los principios aplicados en el derecho interno de que la norma posterior deroga la anterior, que la norma especial deroga la norma general, ni que la norma superior deroga a la inferior, ya que tales principios operan cuando existe contradicción entre normas que puede resolverse de acuerdo al criterio de validez, por recibir las normas en conflicto su condición de normas válidas por una norma jerárquicamente superior a ambas, lo que no ocurre en el caso del conflicto de una norma que tiene su fuente de validez en el derecho interno y otra que tiene su fuente de validez en el derecho internacional.

En el caso de conflicto de dos normas, una de carácter interno cuya validez depende del ordenamiento jurídico nacional, y otra cuya validez depende del ordenamiento jurídico internacional, prima esta última sobre la interna, porque así lo determina el derecho internacional, el que se aplica porque así lo han determinado los órganos constitucionales pertinentes en el ejercicio de la potestad pública o soberanía a través de una decisión libre y responsable, que debe respetar y aplicar los principios

imperativos de derecho internacional *pacta sunt servanda*, *bona fide* y la doctrina de los actos propios, esta última invalidante de toda actuación del propio Estado que viole las obligaciones y compromisos adquiridos libre y responsablemente; todo lo cual exige cumplir de buena fe las obligaciones asumidas por el Estado; así lo exigen el honor, la responsabilidad y la honestidad con que el Estado de Chile debe participar en el orden internacional.

Tales principios y enunciados normativos los ha reconocido nuestra Corte Suprema a través de diversos fallos de la década de los años 90; algunos ejemplos de ellos son los siguientes:

Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, confirmada por la unanimidad de la Corte Suprema: "4.- Que una vez incorporados al derecho interno los tratados deben cumplirse de buena fe de acuerdo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados [...] debiendo aplicarse sus artículos 31 y 27 [...]. 5.- Que la convención internacional se aplica preferentemente frente a la ley interna mientras el tratado no sea denunciado por el Estado de Chile o pierde validez internacional".[18]

La misma Corte Suprema en sentencia del 26 de octubre de 1995, en recurso de queja número 5566, determina en su considerando 14°: "que se comprometería la seguridad y el honor del Estado de Chile ante la comunidad internacional, como se destaca en la sentencia recurrida, si este Tribunal efectivamente prescindiera de aplicar las normas internacionales cuando ello fuera procedente. Pues, es un principio reconocido universalmente que las naciones civilizadas no pueden invocar su derecho interno para eludir las obligaciones y compromisos internacionales asumidos por dichos tratados, lo que, ciertamente de producirse debilitaría el Estado de Derecho".

Diversas sentencias de la Corte Suprema han determinado que, en el caso de pactos o convenciones internacionales que persiguen garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, ellos tienen aplicación preeminente, puesto que "esta Corte Suprema, en reiteradas sentencias ha reconocido que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma Constitucional contenida en el artículo 5 de la Carta Fundamental se deduce que los derechos esenciales limitan la soberanía y son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder constituyente, lo que impide sean desconocidos".[19]

Asimismo, la Corte Suprema en fallo rol 459-98 de septiembre de 1998, en recurso de casación penal, en su considerando 10° determina: "en tales circunstancias omitir aplicar dichas disposiciones (tratado internacional) importa un error de Derecho que debe ser corregido por la vía de este recurso, en especial si se tiene presente que de acuerdo a los principios del derecho internacional los tratados internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe por los Estados, de lo que se colige que el derecho interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que

---

[18] *Gaceta Jurídica*, marzo de 1995, pp. 165-168.

[19] Revista *Fallos del Mes*, nº 446, sección Criminal, p. 2066, considerando 4º.

dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios, sin la previa denuncia de los convenios respectivos".

El problema recurrente ha sido la falta de coherencia de la jurisprudencia de los tribunales chilenos, que operan con parámetros ambiguos producto de que en algunos casos se asumen las consecuencias del "vino nuevo" (reforma constitucional de 1989 al artículo 5 inciso 2), y en otros casos se desnaturaliza o descompone dicho vino al ponerse en "odres viejos" (paradigmas interpretativos del concepto de soberanía clásico, no asumiendo la reforma constitucional al artículo 5 inciso 2 de la Constitución), generando una inseguridad jurídica y una desigualdad en la aplicación del Derecho muy grave en un Estado constitucional.

El ministro Libedinsky expresa en su voto disidente, "ante la contundencia de la afirmación constitucional del artículo 5 inciso 2 que limita la potestad estatal por los derechos que emanan de la naturaleza humana, los que deben imperativamente ser respetados y promovidos por todos los órganos constitucionales, incluidos los órganos jurisdiccionales, ¿es concebible sostener que el establecimiento de garantías jurisdiccionales destinadas a cumplir dicho mandato puedan ser declaradas inconstitucionales?". La respuesta categórica es que la mentalidad de odres viejos que asume en sus considerandos o fundamentos la mayoría del Tribunal Constitucional no permite asumir el paradigma del vino nuevo del artículo 5 inciso 2. El fallo de mayoría del Tribunal Constitucional no tuvo voluntad para concretar una interpretación sistemática y finalista de la Constitución, ni quiso otorgarle un efecto útil a la segunda frase del artículo 5 inciso 2 de la Constitución introducido por la reforma constitucional de 1989.

3. Los precedentes en materia de entrega de jurisdicción a Tribunales Internacionales bajo la Constitución de 1980 y precedentes bajo el imperio de la Carta de 1925

Es necesario precisar, además, que el poder constituyente radicado en la Junta de Gobierno por la Constitución de 1980, en el período 81-89, desmiente a través de su actuación como órganos colegisladores en conjunto con el jefe de Estado, que pudiera considerarse inconstitucional el uso de las atribuciones que confieren los artículos 32 número 17 y 50 número 1 de la Constitución para habilitar a tribunales extranjeros para ejercer jurisdicción sobre ilícitos ocurridos en Chile, contrariamente a la interpretación realizada por la mayoría del Tribunal Constitucional; en efecto, la Junta de Gobierno militar y el jefe de Estado de la época, general Augusto Pinochet Ugarte, aprobaron y ratificaron la Convención contra la Tortura cuyas disposiciones entregan potestad jurisdiccional universal subsidiaria o supletoria a los tribunales de cualquier Estado para hacer efectiva la responsabilidad y sancionar criminalmente a los autores, cómplices o encubridores de actos de tortura, cometidos dentro del ámbito territorial de cualquier Estado parte que no haya ejercicio la potestad jurisdiccional sobre la

materia. Dicha actuación implicó una autorización expresa de quienes fueron poder constituyente originario, que entrega jurisdicción penal a tribunales que no están previstos en nuestro ordenamiento jurídico, los cuales pueden ejercer jurisdicción respecto de personas que hayan cometido actos delictivos dentro del territorio del Estado de Chile. Así, la Junta de Gobierno no consideró contrario a la Constitución transferir a tribunales extranjeros por dicha Convención una jurisdicción subsidiaria o supletoria en materia penal que la Constitución no establece.

Todo ello es reconocido explícita y oficialmente por el Informe Técnico, firmado por el ministro de Relaciones Exteriores del Gobierno del general Pinochet, don Ricardo García Rodríguez, acompañado por dicho jefe de Estado al mensaje dirigido a la Junta de Gobierno e ingresado a la Secretaría de Legislación de ella con fecha 11 de noviembre de 1987, para la aprobación de la Convención contra la Tortura sin que nadie cuestionara su constitucionalidad.

El mismo informe reconoce expresamente en su página 2, párrafo 5°, que la "Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", en sus "artículos 5, 6 y 7 están destinados a configurar un sistema de jurisdicción universal en relación con el delito descrito por la convención. Conforme a este sistema se tiende a evitar la impunidad para los autores de las conductas ilícitas ya mencionadas. A su vez, el artículo 5, párrafo 3º de la Convención sobre la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ratificado por Chile el 30 de septiembre de 1988, determina que "la presente convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida en conformidad con las leyes nacionales". Así todo Estado parte se obliga a procesar al presunto culpable o en su defecto, a extraditarlo. Este mecanismo es uno de los elementos esenciales para dar plena eficacia a la Convención". Así el presidente de la República, don Augusto Pinochet Ugarte, en mérito de las consideraciones y razones expuestas, solicita a la Junta de Gobierno la aprobación del tratado, lo que acontece sin reparos de ningún tipo, convención que luego es ratificada por el propio presidente Pinochet.

A su vez, el Estado de Chile, bajo el imperio de la Constitución de 1925, ratificó el 3 de junio de 1953 la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio**,** a través de la cual se comprometió a que "las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la Corte Penal Internacional que sea competente respecto de aquella de las partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción" (artículo VI).

Así el Tribunal Constitucional opta por una interpretación que no asume la práctica del quienes establecieron el texto de la Carta Fundamental (Junta de Gobierno y presidente Augusto Pinochet), como asimismo, tampoco asume prácticamente la perspectiva de los límites de la soberanía que establece expresamente el artículo 5 inciso 2 de la Constitución.

III. Consideraciones finales

La sentencia analizada hace necesario que los órganos que forman parte del poder constituyente instituido se activen para considerar una adecuada normativa constitucional para participar en la vida internacional y supranacional, en lo cual nuestra Carta Fundamental no tiene ningún avance sustantivo desde hace un siglo, salvo en el artículo 5 inciso 2, lo que es absolutamente insuficiente, al generar inseguridad jurídica y una jurisprudencia de los tribunales contradictoria, como hemos podido determinar.

Es necesario por seguridad jurídica constitucional precisar el trámite de aprobación de los tratados internacionales en el Congreso Nacional; el procedimiento de entrega de jurisdicción o competencia a organismos jurisdiccionales inter o supranacionales; precisar los quórum de aprobación de los distintos tipos de tratados según las materias que aborden; asumir que las normas de derecho interno, incluida la Constitución, no pueden generar obstáculos al cumplimiento de las obligaciones internacionales libre y voluntariamente contraídas por el Estado (cumplimiento de buena fe y sin oponer obstáculos internos, como lo exige la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados); determinar la manera de ejecución de los fallos de los tribunales internacionales o supranacionales de derechos humanos a los que se les ha otorgado jurisdicción vinculante y cuyas decisiones el Estado se ha comprometido a ejecutar (obligaciones de resultado respecto de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos); la aplicación de una interpretación de los órganos jurisdiccionales internos conforme con los tratados de derechos humanos; constitucionalizar el principio hermenéutico de aplicación de la norma interna o internacional que mejor favorezca el ejercicio de los derechos esenciales, entre otras materias.

José Luis González González (Uruguay) *

Vigencia de la Corte Penal Internacional. El Estatuto de Roma y la ratificación por el Estado uruguayo

I. Introducción

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional fue aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas el 17 de julio de 1998 en Roma, República de Italia.

En la oportunidad participaron Estados e innumerables organizaciones no gubernamentales. De los 160 Estados participantes, 120 aprobaron el proyecto del Estatuto —incluido Uruguay—, 7 Estados votaron en contra, 21 se abstuvieron y 12 no participaron en la votación.

Aquella primera etapa constituyó un hito en la historia de la humanidad, ya que por primera vez se lograba un acuerdo interestatal sobre un órgano jurisdiccional-internacional permanente, que tuviera competencia para juzgar las conductas de criminales que atentaran contra los derechos humanos y que no fueran sometidos a la justicia ordinaria de sus respectivos países.[1]

Hasta el presente los intentos para crear un tribunal internacional de justicia se limitaban a la creación de tribunales *ad hoc* destinados a juzgar a los responsables de crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad, como en los juicios de Nuremberg y de Tokio que siguieron a la II Guerra Mundial o los tribunales de Ruanda y la antigua Yugoslavia,[2] entre otros.

---

* Abogado. Profesor de Derecho Penal en la Universidad de la República Oriental del Uruguay.

[1] Luego de entrada en vigencia comienza otra etapa: como dice Carlos Albín (director del Instituto del Tercer Mundo) "[…] la lucha continúa y continuará, porque después de la entrada en vigor del Tratado, tendremos que seguir defendiendo la Corte y su jurisdicción […] tendremos que contribuir a sus investigaciones con datos, informaciones y testimonios, tendremos que sensibilizar a otros gobiernos para que se incorporen al Tratado, tendremos que impulsar la actualización de nuestras legislacio-

Salvo excepciones, el derecho internacional penal se ha caracterizado por juzgar la responsabilidad de los Estados, no de los individuos. Son los Estados a los que se condena a resarcir los daños ocasionados por sus nacionales por el ejercicio abusivo de autoridad.

La Corte Penal Internacional saneará una histórica deuda jurisdiccional con la humanidad, posibilitando el juzgamiento *personal* de quienes sean denunciados ante sus estrados.

Como dijo el secretario general de las Naciones Unidas, Kofi Annan: "[…] el largamente acariciado sueño de una Corte Penal Internacional se ha convertido en una realidad. La impunidad recibió un golpe duro".[3]

II. Cronología del proceso de creación de la Corte Penal Internacional

Año 1948. Las Naciones Unidas adoptan el Tratado sobre Genocidio, que proclama internacionalmente como un acto criminal las acciones cometidas con la intención de destruir un grupo nacional, racial, étnico o religioso.

Años 1950. La Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la ONU fue encargada de compilar las normas de los procesos de Nüremberg y de preparar un proyecto del estatuto para una CPI. (La Guerra Fría estancó los proyectos).[4]

Año 1989. En el contexto del fin de la Guerra Fría, Trinidad y Tobago propone nuevamente a la Asamblea General la idea de la Corte. La Asamblea encarga a la CDI la preparación del proyecto.

---

nes nacionales incorporando figuras delictivas presentes en el Estatuto" (L. Nicolás Guigou y Marisa Ruiz [comps.] *Seminario: Corte Penal Internacional, desafíos y proyecciones para el Uruguay y el mundo*, Universidad de la República, Montevideo, 15-18 de mayo de 2001, p. 135).

[2] El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó los dos tribunales *ad hoc* para Ruanda y la antigua Yugoslavia, a fin de abordar situaciones específicas resultantes de *crímenes que se habían cometido*. La jurisdicción de estos tribunales está limitada al tiempo y los territorios en cuestión. Su propósito no era abordar violaciones que ocurrieran en otras partes o evitar violaciones en el futuro.

Por su parte, la Corte Penal Internacional, con sede en La Haya, Países Bajos, será una institución *permanente, sin restricciones espaciales ni temporales*. Estará en capacidad de actuar en forma más rápida de lo que lo haría un tribunal *ad hoc*. Como entidad permanente, su sola existencia será un factor para disuadir a los eventuales infractores, enviando mensajes de advertencia. También estimulará a los Estados para que investiguen y enjuicien los crímenes graves que cometan sus habitantes, en su territorio, ya que, si se abstienen de hacerlo, la Corte Penal podrá ejercer su jurisdicción.

[3] Cita invocada en el informe oficial remitido por la Comisión de Asuntos Internacionales del Poder Legislativo al Senado de la República (carpeta nº 794/2002, repartido nº 468/2002, p.137).

[4] En 1951 Uruguay fue elegido como uno de los quince países miembros que integraron la Comisión Redactora del Proyecto del Estatuto de la Corte (la delegación estuvo integrada por el ex canciller de la República, Dr. Héctor Gross Espiell).

Año 1993. El Consejo de Seguridad de la ONU constituye el Tribunal *ad hoc* para juzgar los crímenes de guerra cometidos en el conflicto de la antigua Yugoslavia.[5]

Año 1994. La CDI somete a la Asamblea General un primer proyecto. El Consejo de Seguridad crea un segundo tribunal *ad hoc* para el caso de Ruanda.[6]

Año 1995. La Asamblea General crea el Comité Preparatorio (PrepCom) para completar el texto que deberá adoptarse en una conferencia diplomática.

Año 1996. Luego de dos reuniones de PrepCom, la Asamblea General convoca a la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios para 1998.

Año 1997. Tres reuniones de PrepCom discuten la definición de los crímenes, los principios generales del derecho penal, temas de procedimiento, la cooperación internacional y las penas a imponerse.

Año 1998. Del 16 de marzo al 3 de abril se reúne la sexta reunión de PrepCom para finalizar el proyecto y acordar el procedimiento de la Conferencia. Del 15 de junio al 17 de julio, con la asistencia de plenipotenciarios de todos los Estados y la invitación a ONG de todo el mundo, la Conferencia de Roma aprobó el Estatuto de la CPI e inició el proceso de ratificación por los Estados.

III. La República Oriental del Uruguay y la ratificación del Estatuto de Roma (ley nº 17.510 de 27/6/2002)[7]

> Artículo 1º. Apruébase el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma, República de Italia, el 17 de julio de 1998 y suscrito el 19 de diciembre de 2000.

Antecedentes. La República Oriental del Uruguay es el primer país del mundo que aceptó sin reservas la jurisdicción obligatoria internacional, primero de la Corte Permanente de Justicia, luego de la Corte Internacional de Justicia. Respecto a los derechos humanos, ratificó el Pacto Universal de Derechos Civiles y Políticos[8] y en el ámbito americano la Convención de Derechos Humanos,[9] aceptando la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Conforme a la tradición nacional, el país participó activamente en las negociaciones que culminaron con la aprobación del Estatuto de la Corte —en Roma—, así como en posteriores tareas reglamentarias de éste, tendientes a determinar el alcance de los *elementos del crimen, reglas de procedimiento y prueba.*

---

[5] Tiene su sede en La Haya, Países Bajos.

[6] Su sede es Tanzania.

[7] Publicada en el *Diario Oficial* nº 26.044, 8.7.2002.

[8] Aprobado por la ley nº 13.751 de 11 de junio de 1969.

[9] Aprobada por la ley nº 15.737 de 8 de marzo de 1985.

El discurso inaugural de la delegación uruguaya[10] estuvo precedido por la valoración del Estado de Derecho y las instituciones democráticas dentro del mecanismo de aplicación del principio de *complementariedad*.

En la oportunidad se subrayó que las soluciones adoptadas deberían "asegurar garantías para los unos y los otros, de tal manera que los Estados y las personas reconozcan a este Tribunal Penal Internacional como una referencias ineludible, independiente, imparcial y efectiva".[11]

El Estatuto fue firmado por el Gobierno de la República el día 19 de diciembre de 2000.[12]

Posteriormente, fue ratificado el 27 de junio de 2002 por la ley de referencia nº 17.510.

Conforme a lo establecido en el artículo 126 del Estatuto, éste entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir del depósito de la ratificación número sesenta. En los hechos, comenzó a regir el día 1º de julio de 2002.[13]

> Artículo 2º. En su condición de Estado parte del Estatuto de Roma, la República Oriental del Uruguay asegurará su aplicación en el marco del pleno funcionamiento de los poderes del Estado en el ámbito de sus respectivas competencias y con estricta observancia del ordenamiento constitucional de la República.

El Estatuto no apunta solamente a la actividad de la futura Corte Penal Internacional. Surge también de este instrumento el impulso dado a la actividad de los Estados parte para que responsabilicen de sus actos a las personas culpables de crímenes graves del Derecho Internacional. El texto aborda deberes y funciones para los Estados parte con vistas al fiel cumplimiento de dichos fines. En primer lugar impone obligaciones jurídicas directas, especialmente en todo lo relativo a la cooperación de la Corte. En segundo lugar, también hay disposiciones que obligan a los Estados parte a adoptar medidas de ejecución en el ámbito nacional.[14] Si bien la Corte ha definido

---

[10] A cargo del ministro de Relaciones Exteriores, Dr. Didier Opertti.

[11] *Diario de sesiones de la Cámara de Senadores*, t. 411, nº 181, p. 523.

[12] Siete Estados votaron contra el Estatuto. Tres de ellos —China, Estados Unidos e Israel— expresaron sus razones para votar en contra. El representante de *China* manifestó que el poder que se le daba a la Cámara de juicio previo para bloquear la iniciativa del fiscal no era suficiente y que la adopción del Estatuto debería haberse hecho por consenso y no por votación. La principal objeción de los *Estados Unidos* se refería al concepto de jurisdicción y su aplicación a los Estados no partes. Su representante manifestó también que el Estatuto debe reconocer el papel del Consejo de Seguridad en la determinación de un acto de agresión. El representante de *Israel* expresó no comprender por qué el acto de trasladar habitantes a un territorio ocupado se incluía en la lista de crímenes de guerra.

[13] A esa fecha 139 Estados ya habían firmado el Estatuto, y habían ratificado 66.

[14] Por ejemplo, con relación a los delitos contra la *Administración de Justicia* (Código Penal Uruguayo, libro II, título V, capítulo I), en aplicación del artículo 70.4 del Estatuto, que prescribe que "todo Estado Parte hará extensivas sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la administración de justicia a que se hace referencia en el presente artículo y sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales".

los crímenes respecto de los cuales ejercerá competencia, no ha impuesto sin embargo a los Estados parte la obligación de legislar sobre los mismos crímenes en el ámbito jurídico nacional. Ello quiere decir que, si los Estados no quieren ver alterada su competencia primaria en un caso particular, frente a la competencia complementaria de la Corte, deberían incluir en su jurisdicción penal nacional los delitos tipificados en el Estatuto de Roma.

> Artículo 3º. De conformidad con lo previsto en el Estatuto de Roma sección IX del Estatuto titulada "De la Cooperación Internacional y la Asistencia Judicial", el Poder Ejecutivo remitirá al Poder Legislativo en el plazo de seis meses un proyecto de ley con el objeto de establecer los procedimientos para asegurar la aplicación del Estatuto.

Conforme lo establece el artículo 86 del Estatuto,[15] los Estados parte tienen el deber de prever en su legislación interna los procedimientos que les permitan cooperar con la Corte. La cooperación implica ayudar en la investigación y el enjuiciamiento de personas que cometan crímenes de su competencia. De allí que el Gobierno nacional fijó un plazo —de seis meses— para determinar los procedimientos que aseguren la aplicación del Estatuto.[16]

La importancia de la sanción de una ley especial de cooperación obedece a la naturaleza *sui generis* diferente de la cooperación jurídica clásica entre Estados. La futura ley deberá contemplar las obligaciones de los Estados que emergen de los capítulos V,[17] IX [18] y X.[19]

Este ámbito normativo nacional podrá comprender tanto las normas procesales como las sustantivas relativas a la tipificación y penalización de los delitos de competencia de la Corte.

IV. La soberanía de los Estados parte. El caso uruguayo

La primera cuestión importante que se plantea desde el punto de vista constitucional se vincula con el referido principio de *complementariedad* de la jurisdicción penal internacional de la Corte respecto de las jurisdicciones penales nacionales

---

[15] "Artículo 86. Los Estados Partes, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto, cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y enjuiciamiento de crímenes de su competencia".

[16] En realidad, la fijación de un plazo para determinar los procedimientos aplicables en determinada materia parece innecesaria, ya que el Poder Ejecutivo no necesita plazos para presentar estos proyectos de ley, pudiéndolo hacer en cualquier momento. El Estatuto de la Corte no lo estableció, el Parlamento no tenía por qué hacerlo. La única explicación posible es haber pretendido un efecto jurídico ante él incumpliendo, esto es, llamar a responsabilidad al Ministro del ramo —en este caso, Relaciones Exteriores— si el Poder Ejecutivo no remite en tiempo y forma el proyecto de ley anunciado.

[17] "De la Investigación y el Enjuiciamiento".

[18] "De la Cooperación Internacional y la Asistencia Judicial".

[19] "De la Ejecución de la Pena del Estatuto".

(artículos 1, 17 a 20 del Estatuto). Las funciones que cumplen dichas disposiciones son permitir la transferencia a la Corte Penal Internacional de potestades jurisdiccionales que la Constitución nacional reserva en forma exclusiva a los tribunales del Poder Judicial (artículos 18 y ss., 82, y 233 y ss. de la Constitución uruguaya).

Si bien Uruguay carece de normas que regulen expresamente dicha transferencia, no sería la primera vez que el Gobierno nacional reconozca como obligatoria la vía convencional de un tribunal internacional en asuntos reservados a nuestros poderes y órganos nacionales.[20]

El fundamento, de cuño constitucional, radica en que en materia de derechos humanos nuestro sistema se estructura sobre la base de los derechos inherentes a la personalidad humana (artículo 7 y 72 de la Constitución), es decir, anteriores al Estado y superiores a él.[21] De tal modo, la organización estatal tiene entre sus cometidos defender y proteger esos derechos. En consecuencia, si el sistema está orientado a defender y proteger esos derechos, no puede haber ninguna inconstitucionalidad cuando el Estado uruguayo —libremente— por acuerdos internacionales establece un sistema de garantía más amplio, precisamente para proteger esos derechos.[22] En este caso el Estado estará colaborando para que los nacionales que cometan los crímenes prescritos en el Estatuto, o quienes los hayan cometido en su territorio, puedan ser juzgados por una Corte Internacional y sujetos a la pena que se les imponga.

En otras palabras, el hecho de que la Constitución no haya previsto un sistema internacional de protección a los derechos humanos no significa que la *transferencia* de competencias sea inconstitucional, pues, en rigor de verdad, se trata de organizar junto al orden interno una protección y defensa internacionales.

Naturalmente, esta transferencia o reconocimiento nunca son plenos o absolutos; queda reservada al Estado uruguayo una importante porción de soberanía, tal como sucede en la Convención Internacional de Derechos Humanos cuando consagra el derecho a solicitar ante la jurisdicción estatal la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena[23] (artículo 4.6 de la CIDH).[24]

---

[20] Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

[21] Dice Alberto Pérez Pérez, profesor titular, catedrático de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay: "[…] el principio fundamental es que todo ser humano tiene derechos antes de que ningún ordenamiento jurídico se los reconozca, de tal modo que no hay un ordenamiento jurídico legítimo si no está destinado a proteger y a tutelar esos derechos humanos […]" (Guigou y Ruiz, op. cit., p.142).

[22] Décadas atrás ya imperaba similar concepto en el ámbito parlamentario. El senador César Mayo Gutiérrez decía: "El concepto de la soberanía absoluta debe experimentar limitaciones, como las sufre en la sociedad organizada la libertad individual, para prevenir sus extravíos cuando éstos sean contrarios a la comunidad internacional" (*Diario de sesiones de la Cámara de Senadores*, t. 411, nº 181, p. 591).

[23] Aunque restringe este derecho a las personas condenadas a muerte.

[24] De todos modos, aunque Uruguay no hubiera ratificado el Estatuto de la Corte, no por ello evadiría la responsabilidad internacional de que se juzgara a aquellos nacionales que cometieran críme-

En conclusión, la Corte Penal Internacional no será un reemplazo sino un *complemento* para la jurisdicción nacional. Las cortes nacionales seguirán teniendo prioridad en la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes en su jurisdicción. De conformidad con el *principio de complementariedad*, la Corte Penal Internacional actuará sólo cuando las cortes nacionales sean incapaces de ejercer su jurisdicción o se muestren renuentes a hacerlo; de lo contrario, la CPI no puede intervenir y ningún ciudadano de ese Estado puede ser llevado ante ella, excepto en los casos en que lo remita el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de conformidad con el capítulo VII de la Carta de la ONU. El Estatuto especifica los motivos para que la Corte admita un caso, y las circunstancias que determinan la incapacidad o renuencia están escrupulosamente definidas con el fin de evitar decisiones arbitrarias. Además, el acusado y los Estados implicados, sean o no partes del Estatuto, pueden impugnar la jurisdicción de la Corte o la admisibilidad del caso. Tienen asimismo el derecho de apelar cualquier decisión pertinente.

V. Declaración interpretativa

El artículo 120 del Estatuto prevé que no se "admitirán reservas al presente Estatuto". Ello obedece al fin de no resquebrajar su unidad normativa con relación a los Estados parte.

A pesar de la referida disposición, el Poder Ejecutivo envió un proyecto de ley —el original— incorporando disposiciones de carácter interpretativo. Lo fundaba principalmente en "cuestiones de constitucionalidad que presentan algunas disposiciones del Estatuto".[25] El proyecto original hacía especial hincapié en los artículos 17.2 y 27.2 del Estatuto. El artículo 17.2 se refiere a la competencia de la Corte en aquellos casos en que un Estado parte no quiere o no puede promover la investigación o el enjuiciamiento por la comisión de delitos previstos en el Estatuto, lo que podría significar una injerencia en la jurisdicción nacional, merced a lo establecido en el artículo 85 de la Constitución, que faculta al Poder Legislativo a acordar *amnistías* en determinados casos extraordinarios. De la misma manera, el artículo 27.2 del Estatuto, al establecer que las inmunidades de que gozan ciertas altas autoridades no obstan a que la Corte ejerza su competencia, aparecería como incompatible con el artículo 93

---

nes contra la humanidad, ya que sería posible que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas instalara en el país tribunales *ad hoc*, como en los casos de la antigua Yugoslavia y Ruanda, y conforme a nuestra pertenencia a la ONU, no habría objeciones para formular (Pérez Pérez, en Guigou y Ruiz, op. cit., p. 145). Similar concepto expresó Hugo Adrían Relva (Amnistía Internacional, Sección Argentina): "Los estatutos de estos Tribunales 'ad hoc' para la antigua Yugoslavia y para Ruanda son vinculantes para el Estado uruguayo como lo son también para la República Argentina […]" (ibídem, p. 152).

[25] Véase Cámara de Senadores, carpeta nº 794 de 2002, repartido nº 468 de junio de 2002, pp. 18-19.

de la Carta Magna, que prevé este tipo de inmunidades y reglamenta su levantamiento dentro de un Estado de Derecho.

Decía el proyecto original del Poder Ejecutivo que esta preocupación constitucional no es patrimonio de los uruguayos, sino que a su vez otros Estados la han enfrentado; empero, también la han resuelto —por ejemplo, Francia por la vía de la reforma constitucional, o Bélgica postergando el proceso de ratificación a una futura reforma de la Constitución.[26]

Formuladas las observaciones por la Comisión de Asuntos Internacionales del Senado, se revisaron las disposiciones de carácter interpretativo y quedaron sin efecto. El proyecto de ley sustitutivo no las contiene, como se advierte del propio texto de la ley.

Sin perjuicio de lo expuesto, existe un argumento de texto (el artículo 239, numeral 1º, de la Constitución) que refiere a la competencia de la Suprema Corte de Justicia, cuando es llamada a resolver "cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados".

VI. Normas básicas de cooperación

La cooperación de los Estados parte con la Corte está contemplada fundamentalmente en los capítulos IX y X del Estatuto. La Corte no dispone de servicios de policía judicial y, por regla general, no está habilitada para proceder a efectuar investigaciones en el territorio de los Estados parte.[27] Es, por consiguiente, tributaria en importante medida de la cooperación de los Estados parte. De allí que cuando el artículo 86 dispone a los Estados parte la obligación de cooperar "plenamente" con la Corte, el vocablo significa que el Estatuto no admite en principio expresiones de motivos para rechazar una orden de detención y entrega de un acusado de los crímenes que reprime, y sólo acepta, tratándose de otras formas de cooperación, como causal de rechazo, que la cooperación atente contra la seguridad nacional de los Estados.[28]

La solicitud de cooperación se tramita por vía diplomática (artículo 87.a), por conducto de la Organización de Policía Criminal o de cualquier organización regional competente (87.b).

Admitida la cooperación, los Estados parte cumplirán las solicitudes de detención y entrega de conformidad con las disposiciones del Estatuto y del procedimiento establecido en el derecho interno (artículo 89.1).

---

[26] Ibídem, p.19.

[27] Salvo excepciones: "El Fiscal podrá realizar, en casos especiales, investigaciones en el territorio de un Estado" (artículo 54.2.a.b. y 57.3.d).

[28] O se invoque la primacía de un procedimiento nacional a iniciarse contra el acusado, o que esté en curso.

Es importante señalar que la Corte carece de competencia sancionatoria ante el incumplimiento de los Estados parte en cooperar. Las divergencias en tal sentido, que no se resuelvan a través del mecanismo de la consulta, serán elevadas por la Corte a la Asamblea de los Estados parte, a sus efectos (artículo 87.7).[29]

VII. Naturaleza jurídica de la Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional (CPI) es una *institución permanente* que está facultada para ejercer su jurisdicción sobre *personas* respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional, de conformidad con su propio Estatuto, y tendrá *carácter complementario* de las jurisdicciones penales nacionales (parte I del Estatuto, artículo 1).

Cuando se refiere a *personas* es con independencia del rango que ocupan, es decir, la responsabilidad penal se aplicará igualmente a todas las personas sin distinción de su categoría de jefes de Estado o de Gobierno, de miembros de un Gobierno o Parlamento, de representantes elegidos o de funcionarios gubernamentales (artículo 27).

El hecho de que una persona haya cometido un crimen por orden de un superior (*obediencia debida*) no exime a esa persona de responsabilidad penal, salvo que estuviera obligada por ley a obedecer órdenes emitidas por el Gobierno al superior de que se trate (artículo 33.1.a), no supiera que la orden era ilícita (33.1.b), o la orden no fuera manifiestamente ilícita (33.1.c).[30]

Un comandante militar es penalmente responsable de los crímenes que cometan las fuerzas que están bajo su comando o control. También da pie a la responsabilidad penal el hecho de que el comandante militar sepa o deba saber que sus fuerzas están cometiendo o van a cometer tales crímenes y, sin embargo, no evite que se cometan o no reprima a los responsables (artículo 28).

---

[29] La cooperación del Estado uruguayo con la Corte deberá cumplirse en instancias a desarrollarse en dos niveles: una en el ámbito del Poder Ejecutivo, como responsable de las relaciones internacionales del país, y otra en el del Poder Judicial, encargado del dictado de actos jurisdiccionales que disponen la sujeción física de las personas y la disponibilidad de los bienes. A dichos efectos el mensaje del proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo (carpeta nº 794 de 2002, repartido nº 468/2002) preveía la creación de una *Autoridad Central* para funcionar dentro de la órbita del Ministerio de Relaciones Exteriores. En tal caso, tendría a su cargo el cometido específico de atender las demandas de cooperación de la Corte y de actuar no sólo como interlocutor sino como el órgano responsable de la cooperación. La Comisión de Asuntos Internacionales entendió que crear una *Autoridad Central* en la órbita del Poder Ejecutivo, con potestad para designar a sus integrantes, y realizar —en esencia— actividad jurisdiccional era inconstitucional, ya que tal cometido la Constitución de la República lo pone a cargo de la Suprema Corte de Justicia (artículo 239) (carpeta nº 794, cit. 154).

[30] Las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son consideradas manifiestamente ilícitas (artículo 33.2).

Asimismo, la Corte tendrá personalidad jurídica internacional, y capacidad jurídica para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos (artículo 4, numeral 1).

Podrá ejercer sus funciones y atribuciones en el territorio de cualquier Estado parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado (artículo 4, numeral 2).

VIII. Diferencias con la Corte Internacional de Justicia

La Corte Internacional de Justicia es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas. Se creó principalmente para entender en los conflictos entre *Estados*. No tiene jurisdicción sobre asuntos que involucren la responsabilidad individual en un crimen.

La Corte Penal Internacional tendrá jurisdicción sobre los *individuos* (artículo 25).

IX. Los crímenes de competencia de la Corte

La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más *graves* de trascendencia[31] para la comunidad internacional en su conjunto.[32] Ellos están taxativamente descriptos:[33] *genocidio* (artículo 6), *crímenes contra la humanidad* (artículo 7), *crímenes de guerra* (artículo 8), y *crimen de agresión* (artículo 5.2).[34] El concepto de *gravedad* reviste un carácter esencial para el ejercicio de la competencia y debe ser compatible con lo enunciado en el Estatuto; de lo contrario, si el hecho delictivo, aun constituyendo una grave violación a los derechos humanos, no encaja típicamente en la definición contenida en el texto, la Corte podrá resolver que no es competente (artículo 17.1.d), y en ese caso habrá que perseguir los delitos a través de los mecanismos tradicionales propios de cada Estado, o en el ámbito del derecho internacional vigente.[35]

---

[31] El carácter de *gravedad* y *trascendencia* de los crímenes está dado por la realización sistemática y/o por la comisión de éstos en gran escala.

[32] Los antecedentes en cuanto a la tipificación de estos crímenes se encuentran en: 1º) los Convenios de La Haya, de 1907; 2º) los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales; 3º) la Convención contra la Tortura y los Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes, de 1984; la Convención sobre Prevención y Castigo del Delito de Genocidio, de 1998.

[33] La Dra. Ofelia Gressi dice que estos textos —artículos 5 y ss.— "[…] no son leyes penales en sentido estricto, por lo cual son notorias sus deficiencias técnicas en lo relativo a la descripción de la conducta, que es vaga, abierta y nada estricta" (Guigou y Ruiz, op. cit., p. 191).

[34] El concepto y alcance de *crimen de agresión* no fue definido en el Estatuto. Su análisis quedó postergado para cuando se celebre la Conferencia de Revisión, que tendrá lugar dentro de siete años, a partir de la entrada en vigor del Estatuto (artículo 5.2 y 123).

[35] Por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Americana de Derechos Humanos, etc.

Asimismo, corresponde precisar que estos crímenes no difieren de los delitos comunes en cuanto a su materialidad, pero para que sea competencia de la Corte, la gravedad del crimen debe estar precedida, además, de un elemento de *carácter subjetivo*: por ejemplo, en los casos de *genocidio*, que haya sido perpetrado con "la *intención* de destruir total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso"; respecto de los *crímenes contra la humanidad*, que los ataques generalizados o sistemáticos contra una población civil sean "con *conocimiento* de dicho ataque"; respecto de los *crímenes de guerra*, que respondan a un "*plan o política* como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes".

En suma, deberá verificarse la tipicidad plena de las conductas para que la Corte pueda ejercer su competencia, sin admitirse ninguna interpretación extensiva de las conductas descriptas normativamente y las características enunciadas.

En cuanto al ejercicio efectivo jurisdiccional de la Corte, es necesario que sea parte del Tratado el Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen o el Estado del que sea nacional la persona objeto de investigación o enjuiciamiento (artículo 12.2.a.b). En otras palabras, la Corte sólo asumirá jurisdicción cuando se trata de crímenes cometidos en algún Estado parte o cuando éste acepte su competencia (artículo 12.3).

El crimen de *genocidio* incluye la lista de actos prohibidos constitutivos del delito (lesiones graves, sometimiento y/o matanzas de miembros de grupos, impedir nacimientos, trasladar por la fuerza a niños, etc.) cometidos con el intento de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso (artículo 6).

Los *crímenes contra la humanidad* cubren una lista de actos concretamente prohibidos cuando forman parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

Los actos prohibidos comprenden: el asesinato, el exterminio (imposición de condición de vida, privación de alimentos, medicinas, etc.), la violación,[36] la esclavi-

---

[36] En Ruanda y en la antigua Yugoslavia se utilizaron ampliamente la violación y la violencia por cuestión de género como armas para crear terror y degradar a las mujeres de un grupo étnico particular al mismo tiempo que a la totalidad de la comunidad a la que pertenecían. Al llevar a juicio los casos de violación y de otros crímenes por cuestión de género, los tribunales *ad hoc* descubrieron que las víctimas tenían miedo de revelar sus historias y más aún de ser víctimas del proceso legal. Con el fin de *ayudar a las víctimas* y a los testigos para enfrentar el proceso judicial, la Corte Penal Internacional dispondrá de una *Unidad de Víctimas y Testigos* para proporcionar medidas de protección y dispositivos de seguridad, consejería y otras formas de asistencia, con respeto pleno de los derechos del acusado. La Corte deberá tomar asimismo medidas apropiadas para proteger la intimidad, la dignidad, el bienestar físico y sicológico y la seguridad de víctimas y testigos, principalmente cuando se trata de crímenes sexuales o de violencia relacionada con el género. Sin perjuicio de ello, el Estatuto establece el derecho a compensación de las víctimas, incluyendo restitución, compensación y rehabilitación. La Corte tiene poderes para determinar el alcance y extensión de cualquier daño, pérdida o herida que las víctimas hayan sufrido y para ordenar a los convictos que hagan las reparaciones correspondientes. Puede establecerse un Fondo Fiduciario para beneficio de las víctimas y de sus familias. Sus fondos procederán, entre otras fuentes, del dinero y de propiedades obtenidas mediante multas y decomisos que imponga la Corte (artículo 75).

tud (ejercicio del derecho de propiedad sobre las personas, sexual, prostitución forzada, embarazos forzados, esterilización forzada), la desaparición forzada de personas (aprehensión, detención o secuestro de personas por un Estado o una organización política con su autorización o apoyo, seguido de la negativa a informar de su suerte o su paradero); la tortura (causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que esté sometida a la custodia o al control de la autoridad aprehensora), el crimen de *apartheid* (actos inhumanos de los referidos, pero cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemática de un grupo racial sobre otro grupo racial), el exterminio (imposición intencional de condiciones de vida, privación de alimentos o medicinas, etc.), el embarazo forzado (confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza) (artículo 7).[37]

Los *crímenes de guerra*[38] se aplican a violaciones graves de las Convenciones de Ginebra en 1949 y a otras violaciones graves que se enumeran en el Estatuto, cometidas a gran escala en conflictos armados internacionales (artículo 8). Entre ellas se destacan: matar intencionalmente; someter a torturas o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; destruir bienes o apropiarse de ellos sin una necesidad militar; tomar rehenes; realizar ataques intencionales contra la población civil, o contra el personal, sus instalaciones o vehículos de una misión de paz o ayuda humanitaria; lanzar ataques excesivos que produzcan graves daños al medio natural y efectos duraderos entre la población civil; utilizar indebidamente la bandera blanca; atacar edificios no militares como hospitales, institutos de enseñanzas, museos, etc.; utilizar veneno o armas envenenadas, o gases asfixiantes o tóxicos; emplear balas que se abran al contacto con el cuerpo; naturalmente, actos de violación, prostitución forzada, reclutamiento de menores de 15 años, etc.[39]

---

[37] El genocidio y los crímenes contra la humanidad se castigan independientemente de que se realicen en tiempo de paz o en tiempo de guerra.

[38] Sin perjuicio que los *crímenes de guerra* fueron definidos por el Estatuto, están sometidos a una cláusula *opting out* —durante siete años— que faculta a cualquier Estado parte a declarar que no acepta la competencia de la Corte para estos crímenes cuando se denuncia que fueron cometidos "por sus nacionales o en su territorio" (Disposición de transición, artículo 124).

[39] En los últimos 50 años las violaciones más graves de los derechos humanos no han ocurrido en conflictos internacionales sino dentro de los Estados. Por lo tanto, el Estatuto de la Corte incorpora las normas de la ley humanitaria internacional contemporánea que condenan, como crímenes de guerra, las violaciones graves que se cometen en los conflictos armados internos que no sean perturbaciones internas o motines, por ejemplo, entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, etc.

Las definiciones de los crímenes que contiene el Estatuto son el producto de años de trabajo realizado por muchas delegaciones y por sus expertos. Cada definición está formulada de manera precisa para que refleje las normas internacionales existentes y está redactada de acuerdo con los requisitos de claridad de la justicia penal. A los jueces de la Corte se les exige que interpreten las definiciones de manera estricta y no hagan extensiones por analogía. El objetivo es establecer normas internacionales objetivas y evitar decisiones arbitrarias. En casos de ambigüedad, las definiciones se deben interpretar en favor del acusado.

Los crímenes de la competencia de la Corte *no prescriben* (artículo 29).

Para que la Corte Penal Internacional pueda ejercer su competencia se requiere, además, que se cumpla alguna de las siguientes condiciones:

– que el Estado en que se ha cometido el crimen sea parte del Tratado; o
– que la persona investigada o enjuiciada sea nacional de un Estado parte.

El principio de territorialidad y el de la nacionalidad activa son entonces los que se han recogido en esta solución (artículo 12.2).

X. La estructura de la Corte Penal Internacional

El Estatuto prevé la siguiente estructura institucional:

– la *Presidencia*, encargada de velar por la administración de la Corte (artículo 38);
– una *Sección de Cuestiones Preliminares*, integrada por no menos de seis magistrados, y encargada de autorizar la investigación o el enjuiciamiento de eventuales responsables de los crímenes denunciados (artículo 39, nº 1 y 2, y 56 y ss.);
– una *Sección de Primera Instancia* (artículo 39, nº 1 y 2), encargada de instruir el proceso (64 y ss.);
– una *Sección de Apelaciones*, formada por magistrados de distintos Estados, representantes de los principales sistemas jurídicos del mundo (artículo 39, nº 1 y 2), y competentes para entender en los recursos previstos en el Estatuto;
– la *Fiscalía*, que investigará y ejercerá las acciones penales (artículo 42);
– la *Secretaría*, que será un órgano administrativo (artículo 43).

XI. El procedimiento jurisdiccional. Sus diversas etapas

La Corte puede ejercer competencia si la denuncia de que se ha cometido un delito de los previstos en el artículo 5 del Estatuto proviene de un *Estado parte* (artículo 13, literal *a*); del *Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas* (literal *b*), o si el *fiscal* inicia *de oficio* una investigación (artículo 15).

Lo primero que va a hacer el fiscal es analizar la veracidad de la información recibida; puede recabar más información de los Estados, de las Naciones Unidas, de las ONG, recibir testimonios, etc.

Si el fiscal llega a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, debe solicitar *autorización a la Sala de Cuestiones Preliminares* (artículo 15, nº 3).

Concluida la etapa de admisibilidad por la Corte (artículo 17), el fiscal iniciará la investigación (artículo 53), gozando de amplios poderes inquisitivos para la averiguación de la verdad y la determinación de las pruebas pertinentes para determinar si hay responsabilidad penal de conformidad con el Estatuto (artículo 24).

En cualquier momento después de iniciada la investigación, el fiscal podrá solicitar a la Sala de Cuestiones Preliminares una orden de detención contra una persona sobre la que recaen motivos razonables para creer que ha cometido un crimen de competencia de la Corte (artículo 58).

Puede ser una orden de detención o una orden de comparecencia (artículos 58, 59 y 91).

El Estado parte que haya recibido una orden de detención de un nacional de dicho Estado, o de una persona que se encuentre en su territorio, examinará su procedencia conforme a derecho (artículo 59) y la pondrá inmediatamente a disposición de la Corte, la cual le hará saber, en una audiencia preliminar, los crímenes que se le imputan y los derechos que le reconoce el Estatuto (artículo 60 y 61).

El juicio se llevará a cabo en la Sede de la Corte (La Haya), con las garantías del debido proceso —audiencias, diligenciamiento de pruebas, presencia del abogado del acusado, interposición de apelaciones, etc. (parte VI, artículos 62 y ss.).

Concluido el juicio, y en caso de que se dicte un fallo de condena, la Sala de Primera Instancia fijará la pena que proceda imponer (artículo 76). El fallo podrá ser apelado ante la Sala de Apelaciones de la Corte (artículo 83).

XII. La Fiscalía

El fiscal es el soporte del órgano acusador; por eso una de las mayores inquietudes es saber el grado de independencia que tendrá. Durante las negociaciones de la Conferencia de Roma se defendió la existencia de un fiscal independiente con poderes para iniciar investigaciones cuando haya suficientes evidencias que demuestren violaciones graves a los derechos humanos. Sin perjuicio de lo expuesto, el Estatuto incluye disposiciones detalladas para asegurar adecuadas *restricciones y equilibrio de sus poderes.* En primer lugar, el fiscal debe tener deferencia con los Estados que quieran o estén en capacidad de adelantar sus propias investigaciones. *Se le exige que, antes de iniciar una investigación, presente todos los materiales de base que ha reunido y que obtenga el permiso de la Sala de Cuestiones Preliminares* (artículos 13.c y artículos 15 a 18).

El acusado y los Estados implicados tienen asimismo el derecho de impugnar en el período investigativo la acción iniciada por el fiscal. Los Estados y el acusado pueden también impugnar la jurisdicción de la Corte o la admisibilidad del caso en el período de acción judicial. Estas medidas proporcionan amplias oportunidades para asegurarse de que el caso es substancial y merece que la Corte lo investigue y le siga acción judicial.

El fiscal será elegido por el voto secreto y por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea de los Estados partes (artículo 42.4). No se le permitirá participar en ningún caso en el que se pueda poner en duda su imparcialidad.[40] La Cámara de

[40] "Artículo 42.5. El Fiscal y los fiscales adjuntos no realizarán actividad alguna que pueda interferir en el ejercicio de sus funciones o menoscabar la confianza en su independencia. No podrán desempeñar ninguna otra ocupación de carácter profesional".

Apelaciones de la Corte decidirá cualquier cuestión relativa a su descalificación. La Asamblea de los Estados parte tiene poder para destituir al fiscal si, a su juicio, éste ha cometido faltas graves o ha violado seriamente sus obligaciones.

XIII. El acusado

El Estatuto de la Corte crea un verdadero sistema de justicia penal internacional. Tendrá jueces imparciales y calificados a disposición de los acusados de los crímenes que caigan bajo su jurisdicción para asegurarles debido proceso y juicio imparcial. El Estatuto reconoce una gama completa de los derechos del acusado y llega hasta ampliar las normas incorporadas en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos.

El Estatuto posee algunas ventajas particulares. Una es la de los mecanismos de selección de sus órganos de investigación, enjuiciamiento y juicio, diseñados para proteger a los individuos inocentes contra investigaciones o acciones judiciales de carácter penal basadas en motivos políticos, vejatorios o frívolos. Además, las personas encargadas de tomar decisiones en relación con la iniciación de una investigación o juicio por crímenes deben poseer las más altas calificaciones de competencia, independencia e imparcialidad. Todo individuo tiene derecho a las más altas normas y garantías internacionales de debido proceso y juicio imparcial.

El Estatuto contiene, además, disposiciones cuidadosas (más de sesenta artículos) sobre principios de legislación penal, investigación, enjuiciamiento, juicio, cooperación, asistencia judicial y ejecución de las normas. Estas disposiciones exigieron que se armonizaran procedimientos y leyes penales nacionales divergentes y a veces diametralmente opuestas.

XIV. Los jueces

Los jueces deben poseer la más alta competencia profesional y deben seleccionarse entre personas de elevado carácter moral, imparcialidad e integridad, que llenen los requisitos exigidos en sus respectivos Estados para acceder a los más altos peldaños de la jerarquía judicial (artículo 36.3.a). Deben ser también independientes en el desempeño de sus funciones y abstenerse de actividades que puedan interferir con sus funciones judiciales o afectar la confianza en su independencia.

La Corte dispondrá de 18 jueces competentes en legislación penal y procesos y con la experiencia pertinente y necesaria en procedimientos penales. Además, los jueces tendrán competencia en campos pertinentes del derecho internacional como el derecho internacional humanitario y la legislación en derechos humanos. Para asegurar una composición verdaderamente equilibrada e internacional, se tendrá en cuenta para la elección de los jueces la necesidad de representar los principales sistemas legislativos del mundo, la representación geográfica equitativa, la representación justa de hombres y mujeres, y sus conocimientos y habilidades en cuanto a la violencia

contra las mujeres y los niños. No puede haber dos jueces que sean ciudadanos del mismo Estado y los jueces sólo prestarán sus servicios por un período de nueve años. Serán elegidos por votación secreta, con el más alto número de votos, pero este número no será inferior a los dos tercios de los Estados parte que estén presentes y voten.

El juez podrá ser destituido de su cargo si se comprueba que ha cometido faltas graves o ha violado seriamente sus obligaciones. Todas estas precauciones tienen el propósito de asegurar independencia, integridad y competencia y de evitar influencias políticas externas.

XV. Principios fundamentales contenidos en el Estatuto de la Corte

1. Principio de complementariedad

El artículo 17 del Estatuto refiere a que la Corte determinará por sí y ante sí la admisibilidad de un asunto respecto de los crímenes ante ella denunciados. El criterio a seguir es, primero, determinar si se trata o no de un Estado parte, y segundo, atender a su voluntad política, en el sentido de *no querer* o *no poder* ejercer su jurisdicción propia. *No querer* significa no juzgar ni investigar por razones de política de Estado. *No poder* significa la imposibilidad de hacerlo, ya sea por no tener el poder suficiente para investigar o juzgar, o porque formalmente, de acuerdo con el orden jurídico interno, esté impedido de hacerlo. Analizada en estos términos la situación, si la Corte decide intervenir, es cuando se aplica entonces su jurisdicción en carácter de *complementariedad*.[41] De esta manera no quedarán impunes los crímenes cometidos.[42]

---

[41] No debe confundirse en este caso la "entrega" de un ciudadano a la jurisdicción de la Corte, como si se tratara de un proceso de extradición (artículo 13 y 14, CPU). El artículo 102.a del Estatuto dice: "[…] por 'entrega' se entenderá la entrega de una persona por un Estado a la Corte de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto […]", y en el apartado 102.b, dice que por "[…] 'extradición' se entenderá la entrega de una persona por un Estado a otro de conformidad con lo dispuesto en un tratado o convención o en el derecho interno […]". De manera que el Estado parte que *entrega* a un nacional o habitante que haya cometido un crimen en su territorio no se desliga absolutamente de su responsabilidad en el juzgamiento del autor del crimen, sino que opera una suerte de extensión de su misma jurisdicción. La Corte no será un tribunal foráneo, sino que es parte del sistema jurisdiccional de cada uno de los Estados parte.

[42] Debe recordarse, asimismo, que el § VI del Preámbulo del Estatuto de Roma considera un deber de los Estados parte (no una potestad) el ejercicio de su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales. Por otro lado, ello es absolutamente compatible con la aplicación del principio de territorialidad dispuesto en el libro I, título I, capítulo II, artículo 9, del Código Penal Uruguayo: "Los delitos cometidos en el territorio de la República, serán castigados con arreglo a la ley uruguaya, fueren los autores nacionales o extranjeros, sin perjuicio de las excepciones establecidas por el derecho público interno o por el Derecho Internacional". Uruguay también ratificó la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (aprobada por ley nº 16.294 de 11 de agosto de 1992), que prescribe en su artículo 8 la obligación de los Estados parte de garantizar que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre los casos denunciados de tortura.

Ahora bien, sin perjuicio de la preeminencia o preferencia de los Estados parte en la instrucción y el juzgamiento de los crímenes, se plantea el problema del denominado *principio de injerencia*, es decir, si la intervención de la Corte al "apropiarse" del conflicto y ejercer jurisdicción de un delito cometido en el territorio de ese Estado parte, o de uno de sus nacionales, no estará vulnerando la esfera privada de aquél.

Contra dicha objeción se levantan tres argumentos: 1) La defensa de los derechos humanos es un asunto supranacional; está más allá de la jurisdicción doméstica. 2) La tradición internacional en la materia ha sido de colaboración permanente por parte de los Estados, materializada a través de sus legislaciones internas, que en mayor o menor medida ceden una parte de jurisdicción y transfieren parcialmente competencia. En este supuesto, de advertirse una colisión entre las decisiones adoptadas por la Corte y las que surgen del derecho interno del Estado, no se interpretan como una forma de intromisión violatoria del principio de injerencia, sino en todo caso como el ejercicio de una competencia previamente consentida. 3) Aun advirtiendo el Estado parte que un conflicto planteado entre jurisdicciones no puede resolverse por los principios generales, siempre gozan de las garantías conferidas en el Estatuto, que incluyen el poder solicitar la inhibición del fiscal (artículo 18) y/o impugnar la competencia de la Corte o la admisibilidad de la causa (artículo 19).

2. Principio de inocencia

Se presume que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad (artículo 66.1).

3. Principio de irretroactividad

El Estatuto de Roma comenzará a regir a partir del momento de su entrada en vigor (1º de julio de 2002) y no se formula en sus disposiciones ninguna excepción, vale decir, la Corte no tiene jurisdicción retroactiva.[43] Aquí se plantea el problema de los delitos continuados o permanentes, como lo son la desaparición forzada de personas, la privación de libertad o la supresión de estado civil.[44]

---

[43] "Artículo 11. La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto […] Artículo 24. […] nadie será finalmente responsable, de conformidad con el presente Estatuto, de una conducta anterior a su entrada en vigor".

[44] Al respecto existen —según Carlos Alvín— (Guigou y Ruiz, op. cit., p. 140) diversas interpretaciones doctrinarias. Quienes sostienen que la jurisdicción es irretroactiva a pesar de que se trate de delitos que, por su naturaleza jurídica, aún permanezcan sus efectos (continuados o permanentes), argumento para mantener la impunidad de los autores; y quienes sostienen que no debe aplicarse el Estatuto, no para preservar la impunidad, sino para no obstaculizar el funcionamiento de la Corte. En nuestro país se plantea el problema de si la Corte podrá juzgar a los responsables de las graves violaciones a los

4. Principio de legalidad

Significa que toda conducta perseguible penalmente debe estar previamente escrita (definida en un tipo) y determinada su pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).[45] La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada a favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena (artículo 22.2).

5. Principio de culpabilidad

La culpabilidad penal es una relación subjetiva entre el acto cometido y el autor de hecho.[46] Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el Estatuto (artículo 23).

---

derechos humanos realizadas durante el período dictatorial (1973-1985). Desde un punto de vista formal, el Estado uruguayo puede jerarquizar la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado ante la jurisdicción de la Corte, por tratarse de una cuestión de derecho interno que impide legislativamente incoar acción contra los responsables (la ley nº 15.842 es de fecha 22/12/1986), y especialmente por lo enunciado en el artículo 2º de la reciente ley nº 17.510 —ratificatoria del Estatuto—, que sostiene que asegura su aplicación "[…] con estricta observancia del ordenamiento constitucional de la República […]". La Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado es una ley de amnistía (ley nº 15.848 de 22.12.86) que forma parte del ordenamiento constitucional de la República. La Suprema Corte de Justicia declaró su constitucionalidad reafirmando su naturaleza de ley de amnistía (sentencia nº 184 de 2.5.1988) y el plebiscito de fecha 16.4.1989 ratificó la ley. En este contexto, y la luz del principio de *irretroactividad ratione personae,* no podría aplicarse el Estatuto, por lo menos en lo que tiene relación con los crímenes cometidos antes del 1º de julio de 2002. Con los crímenes cometidos con posterioridad y/o que continúan cometiéndose, como aquellos delitos calificados como *permanentes* (privación de libertad, supresión de estado, etc.), al continuar consumándose mientras no cesa su situación jurídica, implica *per se* la posibilidad de juzgamiento e instrucción luego del 1º de julio de 2002. Conforme al principio de *complementariedad* la Corte podría ejercer su jurisdicción porque el Estado "[…] no está dispuesto a llevar a cabo la investigación […]" (artículo 17.1.a.b).

[45] Sobre el alcance del principio pueden consultarse, entre otras, las siguientes obras: Milton Cairoli Martínez, *El Derecho Penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales,* t. I (La ley. El delito), FCU, Montevideo, 2000; Bayardo Bengoa, *Derecho Penal Uruguayo,* t. I, Universidad de la República, Montevideo, 1978; Camaño Rosa, *Estudios penales y procesales,* Analio Fernández, Montevideo, 1973; Armin Kaufmann, *Teoría de las normas,* Di Palma, Buenos Aires, 1977; Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino,* t. I, Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1967; Francisco Antolisei, *Manual de Derecho Penal,* Parte general, Tamis, 1998; Enrique Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal,* Parte general, Tamis-Ilanud, 1984; Eugenio Cuello Calon, *Derecho Penal,* t. I, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1980; Carlos Fontan Balestra, *Derecho penal,* Parte general, El Gráfico, Buenos Aires, 1957; Alfredo Giribaldi Oddo, *Derecho Penal,* t. I, Median; Eusebio Gómez, *Tratado de Derecho Penal,* t. I, Buenos Aires, 1939; Hans-Heinrich Juscheck, *Tratado de Derecho Penal,* Parte general, Bosch, Barcelona, 1981; Luis Jiménez de Asúa, *La ley y el delito,* Sudamericana, Buenos Aires, 1980; Miguel Langón Cuñarro, *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal,* t. I, Primera parte (El derecho Penal en general), Del Foro, Montevideo, 2000.

[46] Sobre el concepto de culpabilidad puede consultarse la obra de los siguientes autores, entre otros: Juan Bustos Ramírez, *Bases críticas de un nuevo derecho penal,* Cono Sur, Santiago de Chile,

XVI. Derechos de los Estados parte

Los Estados parte del Estatuto gozan de garantías institucionales, dado que, ante eventuales y presuntas irregularidades jurisdiccionales o jurídicas, pueden solicitar la inhibición del fiscal (artículo 18) y/o impugnar la competencia de la Corte o la admisibilidad de la causa (artículo 19). Se prevé la existencia de una Asamblea de los Estados parte que examinará y aprobará recomendaciones, ejercerá supervisión respecto de la Presidencia, el fiscal y la Secretaría, examinará informes y decidirá el presupuesto de la Corte (artículo 112.a.b.c.d).

XVII. Obligaciones de los Estados parte

A los Estados que son parte del Estatuto se les exige que apoyen plenamente a la Corte, colaboren con ella en todas las etapas de su trabajo y respeten las normas internacionales relativas a los derechos de las víctimas, los sospechosos y los acusados que participan en las investigaciones, las acciones judiciales y los juicios, salvo casos excepcionales determinados.[47] Si un Estado parte se niega a cumplir con una solicitud de cooperación, la Asamblea de Estados parte o el Consejo de Seguridad pueden revisar el asunto, y/o la Corte asumir jurisdicción conforme al principio ya referido de complementariedad (artículo 17).

XVIII. Las penas

El Estatuto prevé penas de diversa naturaleza. Podrá aplicar una pena de reclusión hasta un máximo de treinta años (artículo 77.a.), o la reclusión perpetua cuando lo justifiquen la gravedad del crimen y la personalidad del condenado (artículo 77.b).[48]

Sin perjuicio de lo expuesto, también puede imponer multas, o el decomiso del producto, los bienes y los haberes directa o indirectamente obtenidos del crimen cometido (artículo 77 *in fine*).

1994; Enrique Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal,* Temis, 1998; Alberto Arteaga Sánchez, *La culpabilidad en la teoría general del hecho punible,* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975; Jürgen Baumann, *Derecho Penal,* Depalma, Buenos Aires, 1973; Gonzalo Fernández, *Culpabilidad y teoría del delito,* Julio César Faire, Buenos Aires, 1995; Frank Reinhard, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad,* IB de F, 2000; Sarrulle, *Dogmática de la culpabilidad,* Universidad, 2001; Hans Welzel, *Derecho Penal alemán,* Jurídica de Chile, 1997; Miguel Langón Cuñarro, *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal,* t. II (El Derecho Penal en General), Del Foro, Montevideo, 2001; Eugenio Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal,* Parte general, Ediar, 2001.

[47] Por ejemplo, que dicho Estado parte genere un riesgo grave para su seguridad interna, si colabora con la Corte.

[48] El tema de la prisión a perpetuidad o cadena perpetua no genera un problema de constitucionalidad para el Uruguay, ya que nuestro país sólo prohíbe la pena de muerte (artículo 26 de la Constitución), pero no prohíbe la pena de penitenciaría perpetua.

La pena privativa de libertad se cumplirá en un Estado designado por la Corte sobre la base de una lista de Estados que hayan manifestado que están dispuestos a recibir condenados (artículo 103).

Ninguna pena de las referidas se impondrá si no está prevista en la legislación nacional (artículo 80).[49]

Se excluye la pena de muerte por aplicación del principio *nulla poena sine lege* (artículo 21). No está prevista en el Estatuto.[50]

XIX. Actividades terroristas y tráfico de drogas

En la Conferencia de Roma los Estados no pudieron ponerse de acuerdo en cuanto a la definición de *terrorismo*. Algunos Estados consideraron que el enjuiciamiento de los crímenes relacionados con la droga implicaba problemas de investigación que ejercerían demasiada presión sobre los recursos de la Corte. Otros argumentaron que crímenes tan notorios y dañinos no debían escapar a la jurisdicción de la Corte. Para responder a esta preocupación la Conferencia de Roma aprobó una resolución que recomienda que la Conferencia de Revisión tenga en cuenta la inclusión de dichos crímenes en la jurisdicción de la Corte. Ésta podrá, por lo tanto, ejercer jurisdicción sobre los crímenes de terrorismo y tráfico de drogas cuando tenga la aprobación de la Conferencia de Revisión (artículo 123).

XX. La Corte Penal y su jurisdicción sobre los miembros de las fuerzas nacionales o de las misiones de paz

De conformidad con el derecho internacional vigente, los Estados en cuyo territorio se hayan cometido genocidio, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, o cuyos nacionales sean víctimas de tales crímenes, tienen el derecho y la obligación legal de investigar y enjuiciar a las personas acusadas de cometer tales crímenes. El Estatuto de la Corte no viola ningún principio de las leyes de los tratados y no ha creado ningún derecho u obligación legal que no existan ya en la legislación internacional. La cooperación de un Estado no parte es puramente voluntaria y no se impone ninguna obligación legal a los Estados no parte.

El Estatuto de la Corte establece una protección especial para las misiones de mantenimiento de la paz al prohibir ataques intencionales contra el personal, las instalaciones, las unidades materiales o los vehículos involucrados en misiones de asisten-

---

[49] "Artículo 80. *El Estatuto, la aplicación de penas por los países y la legislación nacional.* Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existen las penas prescritas en la presente parte".

[50] "Artículo 21. Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto".

cia humanitaria o de mantenimiento de paz. Tales violaciones constituyen crímenes de guerra y, en ciertas circunstancias, también crímenes contra la humanidad. Además, el Estatuto no afecta las disposiciones existentes —por ejemplo, en relación con las misiones de mantenimiento de paz de las Naciones Unidas—, ya que los países que contribuyen con sus tropas siguen teniendo jurisdicción penal sobre los miembros de esas misiones.

XXI. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la Corte Penal Internacional

El trabajo del Consejo de Seguridad y el de la Corte Penal Internacional se complementarán. El Estatuto de la Corte reconoce la función del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, al aceptar que, de conformidad con el capítulo VII de la Carta, el Consejo de Seguridad puede remitir una "situación" al Tribunal cuando parezca que se han cometido uno o más de los crímenes contenidos en el Estatuto. Esto da base para que el fiscal inicie una investigación.

Puesto que la remisión de una situación al Consejo de Seguridad se basa en la competencia que le otorga el capítulo VII, que es obligatoria y legalmente ejecutable en todos los Estados, el ejercicio de la jurisdicción de la Corte se convierte en una parte de las medidas de ejecución. Su jurisdicción se torna obligatoria aun cuando ni el Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen ni el Estado cuya nacionalidad posee el acusado sean parte del Estatuto. En estos casos, la Corte Penal Internacional ayuda al Consejo de Seguridad a mantener la paz mediante la investigación y el enjuiciamiento. Esta jurisdicción, que resulta de una remisión del Consejo de Seguridad, resalta la función de la Corte en la ejecución de las normas del derecho penal internacional. Al mismo tiempo, la jurisdicción de la Corte se extiende aun a los Estados no parte, en esos casos.

El Consejo de Seguridad puede solicitar que la Corte difiera una investigación o un enjuiciamiento por un período renovable de doce meses cuando está ejerciendo los poderes de ejecución o de mantenimiento de la paz que le confiere el capítulo VII. Esta prórroga tiene el propósito de asegurar que los esfuerzos del Consejo de Seguridad en favor de la paz no se vean afectados por la investigación o la acción judicial de la Corte.

XXII. Responsabilidad jurisdiccional de la Corte. ¿Ante quién rinde cuentas?

Los Estados parte supervisan el trabajo de la Corte y vigilan al presidente, al fiscal y a los jueces en lo que refiere a la administración de la Corte. Toman decisiones en cuanto a su presupuesto, deciden sobre el cambio del número de jueces y estudian cualquier cuestión relativa a la no cooperación. Los Estados parte no pueden interferir las funciones judiciales de la Corte. Cualquier discusión en tal concepto se debe resolver con una decisión de la Corte misma.

XXIII. Contribución de los organismos no gubernamentales al establecimiento de la Corte

Una gran coalición de ONG ha participado desde 1995 en el proceso de creación de la Corte, estableciendo estrechas relaciones de trabajo con las delegaciones, organizando instrucciones para los participantes en la Conferencia y publicando folletos, informes y estudios sobre distintos temas de especial interés. Aportaron una ayuda notoria al trabajo de la Conferencia y al éxito de sus negociaciones. Muchas ONG participaron activamente en la campaña para que el Estatuto fuera ratificado por el mayor número posible de Estados.

XXIV. Resumen

1. Características genéricas

- La Corte Penal Internacional es una institución de carácter permanente.
- Ejercerá jurisdicción sobre personas naturales.
- Tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales de cada Estado parte.
- Tendrá competencia sobre cuatro crímenes: genocidio, lesa humanidad y guerra; el crimen de agresión no fue definido.
- Sus órganos son: la Presidencia; una Sección de Apelaciones, de Primera Instancia y de Cuestiones Preliminares; una Fiscalía y la Secretaría.
- Se consagra la irretroactividad de la aplicación del Estatuto.
- Establece el debido proceso legal con garantías para todas las partes.
- Prevé un programa de protección de testigos y asistencia a las víctimas.
- Las penas aplicables son de privación de libertad hasta la reclusión perpetua, y/o multa y decomiso.
- Los crímenes de competencia de la Corte no prescriben.

2. Limitaciones en la competencia de la Corte

- Exclusión temporal del delito de agresión hasta su definición por la Comisión de Revisión.
- Exclusión eventual de aquellos Estados que invocan la disposición transitoria del artículo 124 respecto de los crímenes de guerra.
- Limitación derivada de la imposibilidad de actuación de oficio de la Corte.
- Obligación del fiscal de obtener autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para iniciar una indagatoria.
- Facultades del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para pedir la suspensión de las investigaciones.

– Derecho de los Estados parte a pedir la inhibición del fiscal o impugnar la competencia de la Corte o la admisibilidad de la causa.[51]

Bibliografía

Diario de sesiones de la Cámara de Representantes, nº 3037, 26 de junio de 2002.

Diario de sesiones de la Cámara de Senadores, t. 411, nº 181, 25 de junio de 2002.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma, República de Italia, el 17 de julio de 1998 y suscrito el 19 de diciembre de 2000, carpeta nº 794 de 2002, repartido nº 468 de junio de 2002, Cámara de Senadores de la República Oriental del Uruguay.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional (A/CONF.183/9).

GUIGON, Nicolás, y Marisa RUIZ (comps.), *Seminario: Corte Penal Internacional, desafíos y proyecciones para Uruguay y el mundo*, Universidad de la República, Montevideo, 2001.

URIOSTE BRAGA, Fernando, *Responsabilidad internacional de los Estados en los derechos humanos*, IB de F, Montevideo-Buenos Aires, 2002.

[51] Alvín, op. cit., p. 134.