

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
2007

ANUARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL
LATINOAMERICANO
2007

Tomo I



Konrad
Adenauer
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

© 2007 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

Año 13

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

Klingelhöferstr. 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

Tel.: (#49-30) 269 96 453

Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, OFICINA URUGUAY

Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804

11100, Montevideo

Uruguay

Tel.: (#598-2) 902 0943/ -3974

Fax: (#598-2) 908 6781

e-mail: ius@kasuy.org

www.kas.de

Editor Responsable

Gisela Elsner

Asistentes de Redacción

Agustina González

Rosario Navarro

Manfred Steffen

Correctores

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

Paginado, impreso y encuadernado

en **Mastergraf srl**

Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60

11800 Montevideo, Uruguay

e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito legal 342.436 - Comisión del Papel

Edición amparada al Decreto 218/96

ISSN 1510-4974

Impreso en Uruguay – *Printed in Uruguay*

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

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

Índice

TOMO I

Prefacio	9
 I. Derecho constitucional	
Conflictos entre la Sala Constitucional y la Asamblea Legislativa <i>Gilbert Armijo Sancho (Costa Rica)</i>	15
Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica <i>Víctor Bazán (Argentina)</i>	37
Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos <i>Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)</i>	63
El derecho fundamental al juez imparcial: influencias de la jurisprudencia del TEDH sobre la del Tribunal Constitucional español <i>Luis Castillo Córdova (Perú)</i>	121
Proyecciones de la separación de poderes en el Estado contemporáneo <i>José Luis Cea Egaña (Chile)</i>	147
Instrumentos de participação popular no direito constitucional europeu e Latino-Americano <i>Krystian Complak (Polônia)</i>	163
Reforma política e fidelidade partidária <i>Ivo Dantas (Brasil)</i>	185
La división de poderes como principio de ordenamiento <i>Wolfgang Hoffmann-Riem (Alemania)</i>	211
Relaciones entre jurisdicción ordinaria y justicia constitucional <i>Ernesto Jinesta L. (Costa Rica)</i>	227

Principios rectores del orden social e igualdad de oportunidades <i>Fernando Muñoz León (Chile)</i>	243
¿Prevalcen los tratados internacionales sobre la Constitución? Propuesta de una doctrina no extremista <i>Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba (Ecuador)</i>	259
Concepto, caracterización y estatuto constitucional básico de los tribunales constitucionales de Latinoamérica <i>Lautaro Ríos Álvarez (Chile)</i>	283
Problemática de los órganos extrapoder en el diagrama de división de los poderes <i>Néstor Pedro Sagüés (Argentina)</i>	301

II. Derecho procesal constitucional

El principio de <i>ne bis in idem</i> en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional <i>Dino Carlos Caro Coria (Perú)</i>	313
Garantías constitucionales del debido proceso penal. Presunción de inocencia <i>Juan Colombo Campbell (Chile)</i>	345
El amparo como proceso “residual” en el Código Procesal Constitucional peruano. Una opción riesgosa pero indispensable <i>Francisco José Eguiguren Praeli (Perú)</i>	371
Tendencias actuales del amparo en El Salvador en lo relativo a los actos susceptibles de control <i>Manuel Arturo Montecino Giralte (El Salvador)</i>	399
Crítica a la iniciativa de reformas a la Ley de Amparo guatemalteca <i>Carlos Rafael Rodríguez-Cerna Rosada (Guatemala)</i>	419
Instrucciones para la presentación de los artículos	439

TOMO II

III. Derechos y garantías individuales

A proteção da vida privada, da intimidade e do segredo no direito brasileiro e comparado <i>Hidemberg Alves da Frota</i>	459
Intervenciones corporales y principio de proporcionalidad <i>Raúl Castaño Vallejo (Colombia)</i>	497
El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes <i>Rolando E. Gialdino (Argentina)</i>	533

A teoria dos direitos fundamentais e o ambiente natural como prerrogativa humana individual <i>Reinaldo Pereira e Silva (Brasil)</i>	545
El derecho a no ser registrado <i>Túlio Vianna (Brasil)</i>	571
Da necessidade de políticas de controle da imagem feminina nos meios de comunicação como forma de não-discriminação da mulher <i>Cynthia Semíramis Machado Vianna</i>	593
As cotas raciais para o acesso à universidade e o princípio da igualdade na C.F. de 1988 <i>Sandro Ziccarelli Pandolfi</i>	607

IV. Derechos humanos regionales e internacionales

Independencia judicial (jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) <i>Alirio Abreu Burelli (Venezuela)</i>	639
Desconstitucionalizar la xenofobia: una propuesta desde México <i>Miguel Carbonell (México)</i>	653
Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano <i>Jaime Córdoba Triviño (Colombia)</i>	667
Trata de mujeres con fines de explotación sexual: una violación a los derechos humanos en el Perú <i>Teresa del Pilar de la Torre Salazar (Perú)</i>	685
Reflexiones sobre la sentencia de fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Hilaire, Constantine, Benjamín y otros, relativo a la aplicación de la pena de muerte en Trinidad y Tobago <i>Luis Alberto Huerta Guerrero (Perú)</i>	701

V. Derecho de la integración

Aportes jusfilosóficos para la comprensión de las condiciones constitucionales de los Estados hispanoamericanos y de su aptitud para la integración <i>Miguel Ángel Ciuro-Caldani (Argentina)</i>	725
Soberanía y Estado constitucional: su importancia en la integración y en el derecho comunitario <i>Juan Carlos Dueñas Muñoz (Bolivia)</i>	741
El control de constitucionalidad y el control de comunitariedad de las normas de derecho comunitario derivado andino <i>Rodrigo Javier Garrón Bozo (Bolivia)</i>	761
La competencia arbitral del Tribunal de Justicia y de la Secretaría General de la Comunidad Andina <i>Ricardo Vigil Toledo (Perú)</i>	773

VI. Derecho internacional público

Una reflexión sobre el diferendo argentino-uruguayo por la construcción en territorio uruguayo de dos papeleras sobre el río Uruguay <i>Héctor Gros Espiell (Uruguay)</i>	787
Mecanismos jurídicos de participación de la sociedad civil ante los organismos internacionales <i>Susana Mosquera Monelos (España)</i>	807
Instrucciones para la presentación de los artículos	829

Prefacio

El derecho constitucional continúa siendo la rama jurídica de mayor trascendencia, ya que constituye el punto de apoyo de un Estado de derecho eficiente, estudia e interpreta la norma madre de todo sistema jurídico e influye y se refleja en las normas de menor jerarquía. En ese sentido, el Programa Estado de Derecho para América Latina, con sus sedes en Montevideo y en la Ciudad de México, le asigna al derecho constitucional un lugar destacado dentro de la planificación de sus actividades.

Por esta razón, nos abocamos año a año a editar un nuevo volumen del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, con contribuciones inéditas de autores de América Latina y Europa. La preparación del *Anuario*, la selección cuidadosa y difícil de los numerosos artículos que se nos presentan, la edición y la impresión, es decir, todo el proceso de elaboración, reviste una importancia fundamental para el Programa Estado de Derecho. No por casualidad el *Anuario*, que es la publicación más antigua del mencionado programa, ha cumplido ya trece años.

Sin embargo, debemos también mencionar otra actividad llevada a cabo por el Programa Estado de Derecho para América Latina, la cual mantiene una relación estrecha con la publicación que hoy presentamos. Nos referimos a los Encuentros de Presidentes y Magistrados de Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de todo el continente, que desde 1993 se celebran anualmente en diferentes países de la región. Las oficinas de la Fundación Konrad Adenauer en México y Montevideo se alternan la organización de tan importante evento, en colaboración con el Tribunal Constitucional o la Sala Constitucional del país anfitrión. Esta actividad es sumamente enriquecedora, pues permite a las máximas autoridades judiciales discutir e intercambiar opiniones con sus colegas de otros países, presentar los resultados de sus investigaciones sobre temas del derecho constitucional y enriquecerse con los conocimientos de invitados especiales alemanes y latinoamericanos.

Con frecuencia se da una sinergia entre los encuentros y el *Anuario*, y este año no es la excepción: la publicación cuenta con varias contribuciones de magistrados e

invitados especiales que participaron en el XIII Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales, celebrado en 2006 en Cuernavaca (México). De esa forma, los Encuentros se trascienden a sí mismos y permiten que miles de juristas de todo el continente aprovechen también la experiencia y el conocimiento de los ponentes a través de la lectura de sus trabajos.

Por las razones mencionadas, tanto el *Anuario* como los Encuentros de Presidentes y Magistrados de Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales son los estandartes del Programa Estado de Derecho en América Latina. Ambas actividades fueron concebidas, en la fase inicial del Programa, por sus primeros directores, el Dr. Horst Schönbohm y el Dr. Norbert Lösing, y continuadas por quienes les sucedieron en el cargo, acompañando los cambios y las nuevas exigencias de la teoría y la práctica del derecho constitucional en Latinoamérica. El último de estos cambios en la dirección del Programa fue la sucesión del Dr. Jan Woischnik por la Sra. Gisela Elsner en junio de 2006. El *Anuario* y los Encuentros de los Tribunales y Salas Constitucionales han contribuido a dar continuidad al Programa y a que éste sea conocido en todo el continente.

Creemos que el *Anuario*, en sus trece años de trayectoria, se ha convertido en una de las publicaciones jurídicas más importantes de todo el continente. Así, el Dr. Rainer Grote, LL.M, afirmó en su evaluación externa del Programa Estado de Derecho, en febrero de 2006: “El *Anuario* es hoy uno de los foros regionales decisivos para la discusión científica fundada sobre el derecho constitucional, la jurisdicción constitucional, la protección de los derechos humanos y el derecho de la integración en la región”. Es incluso citado en muchas publicaciones y decisiones judiciales.

Queremos resaltar también que el *Anuario* es una publicación con un claro fin integracionista. Por un lado, porque es llevado adelante por dos oficinas de la Fundación Konrad Adenauer situadas en dos extremos del continente, con competencia en dos regiones de Latinoamérica; por otro lado, y especialmente, porque sus autores provienen de diferentes Estados y de distintas realidades y tradiciones jurídicas. De esa forma, la publicación ha trascendido fronteras, lo que la convierte en una herramienta de suma utilidad para el jurista. Además, permite alcanzar un vasto conocimiento del derecho comparado, de importancia cada vez mayor.

Hemos respetado la estructura del *Anuario* de años anteriores, por lo que dividimos los trabajos en seis áreas temáticas: el derecho constitucional, el derecho procesal constitucional, los derechos y garantías individuales, los derechos humanos regionales e internacionales, el derecho de la integración y el derecho internacional público, sin olvidar que todas ellas surgen de un tronco común que las informa a todas: el derecho constitucional. Este año, al igual que en las ediciones del 2004, 2005 y 2006, la publicación comprende dos tomos, debido a la importante cantidad de artículos presentados.

Desde 2006, el *Anuario* cuenta con dos lugares de impresión, de conformidad con las dos sedes del Programa. De esta forma se agiliza la distribución a las biblio-

tecas de los Poderes Judiciales, facultades de Derecho y otras instituciones relevantes. Además, el contenido de esta edición, así como las de años anteriores, está disponible íntegramente en nuestra página web (<http://www.kas.de/proj/home/pub/13/4/index.html>).

Esperamos que la selección realizada de los artículos pueda reflejar al menos una parte de la variada doctrina y jurisprudencia constitucional del continente y contribuya al debate comparativo del derecho constitucional en América Latina. Estamos seguros de que todos los artículos serán de interés y utilidad para nuestros lectores. Finalmente, queremos hacer llegar a los autores nuestro más sincero agradecimiento por su valiosa y desinteresada cooperación.

Gisela Elsner
Directora de la oficina en Montevideo

Rudolf Huber
Director de la oficina en la Ciudad de México

I. Derecho constitucional

- *Gilbert Armijo Sancho (Costa Rica)*
Conflictos entre la sala constitucional y la asamblea legislativa
- *Víctor Bazán (Argentina)*
Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica
- *Alan R. Brewer-Carías (Venezuela)*
Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos
- *Luis Castillo Córdova (Perú)*
El derecho fundamental al juez imparcial: influencias de la jurisprudencia del TDH sobre la del Tribunal Constitucional español
- *José Luis Cea Egaña (Chile)*
Proyecciones de la separación de poderes en el Estado contemporáneo
- *Krystian Complak (Polonia)*
Instrumentos de Participação Popular no Direito Constitucional Europeu e Latino-Americano
- *Ivo Dantas (Brasil)*
Reforma política e fidelidade partidária

- *Wolfgang Hoffmann-Riem (Alemania)*
La división de poderes como principio de ordenamiento
- *Ernesto Jinesta (Costa Rica)*
Relaciones entre jurisdicción ordinaria y justicia constitucional
- *Fernando Muñoz León (Chile)*
Principios rectores del orden social e igualdad de oportunidades
- *Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba (Ecuador)*
¿Prevalecen los tratados internacionales sobre la Constitución?
Propuesta de una doctrina no extremista
- *Lautaro Ríos Álvarez (Chile)*
Concepto, caracterización y estatuto constitucional básico en los tribunales constitucionales de Latinoamérica
- *Néstor Pedro Sagüés (Argentina)*
Problemática de los órganos extrapoder en el diagrama de división de los poderes

Gilbert Armijo Sancho (Costa Rica) *

Conflictos entre la sala constitucional y la asamblea legislativa **

La Constitución es la ley más alta de un Estado y de su pueblo. El que cree tener que proteger el Estado pasando por encima de la Constitución y sus garantías, no protege el Estado, sino que contribuye que el Estado quede cuestionado. Hace daño a la Constitución, hace daño a su Estado y hace daño a su pueblo.

Walter Rudolph

1. Presentación

Para la dogmática europea, quizá algunos de los problemas que pretendemos hacer visibles y que afectan al juez constitucional latinoamericano puedan parecerles realismo mágico, pero creemos que los fantasmas que recorren América Latina sólo pueden ser exorcizados cuando se los muestra en toda su crudeza.

* Magistrado de la Sala Constitucional de Costa Rica. Doctor en Derecho y especialista en Ciencias Penales por las Universidades Carlos III de Madrid y de Costa Rica. Profesor de estudios de postgrado en Derecho Constitucional en las Universidades Nacional de Heredia y de Costa Rica. Premios Nacionales Alberto Brenes Córdoba 1996 por el Colegio de Abogados y Ulises Odio Santos 1998 por el Poder Judicial. Autor de varios libros especializados y miembro de diversas asociaciones. <armijosancho@hotmail.com>

** Conferencia: XIII Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, 11 al 15 de septiembre de 2006, Cuernavaca (Morelos-México). Debo agradecer a Rudolf Huber, director del Programa Estado de Derecho, Fundación Konrad Adenauer, y al ministro Mariano Azuela Güitrón, presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el honor de compartir este encuentro con los más altos y valientes jueces de este continente. Debo aclarar que las opiniones vertidas en este trabajo no reflejan necesariamente las de la Sala Constitucional de Costa Rica o *Sala IV*, como popularmente la conoce el pueblo costarricense.

Damos por entendido que algunos de los más serios conflictos que afectan a los jueces constitucionales en su interrelación con los parlamentarios tienen que ver con sus respectivas competencias como órganos de control político y constitucional. Cuando un espectador externo lee o escucha sobre el tema, se limita a presenciar el resultado final de una lucha silenciosa, que normalmente se convierte en noticia al prevalecer el uno sobre el otro. El péndulo se mueve de uno a otro extremo, en cuanto más o menos democracia exista en el Estado de que se trate. Es una realidad que el ejercicio del control constitucional por el tribunal o sala limita, en algunos casos, al Parlamento o la Asamblea Legislativa (en lo sucesivo, PAL) cuando se ha extralimitado en el ejercicio de sus competencias constitucionales o se ha apartado del procedimiento establecido por la norma suprema. En otros, los PAL utilizan la ley o la reforma constitucional para redefinir, cercenar o limitar las competencias de los tribunales constitucionales, y en algunos de los casos más extremos la noticia es la destitución, previo juicio político de los magistrados; entiéndase, bajo los supuestos del respeto del “debido proceso”.

¿Por qué ocurre esto? ¿Cuáles son las razones que justifican este comportamiento o, si se quiere, esta lucha de poderes? Existen abusos reales o desinformación sobre el papel que le corresponde a cada actor dentro del nuevo y *reestrenado* sistema democrático latinoamericano. Intentaremos dar algunas de las posibles explicaciones, sin pretender agotar el tema, como parte de un esfuerzo por tender puentes que fortalezcan nuestras democracias.

2. Primer problema: Ley frente a Constitución Política (independencia judicial y control político)

Ciertamente, el sometimiento de la ley a límites constitucionales o a los derechos humanos es una innovación relativamente reciente, tanto para el derecho europeo como americano. La doctrina tradicional, con un fuerte componente francés, ha potenciado que la *ley* es por excelencia el fundamento jurídico de adecuación social. Sobre este supuesto se ha construido un mito ideológico y jurídico que ha impregnado al mundo occidental y que ha dibujado Estados según el concepto constitucional de la división de poderes. En la mayoría de los ordenamientos supremos tenemos fórmulas similares al artículo 9 de la Constitución de Costa Rica, que interioriza esta concepción al afirmar que el Gobierno “lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí. El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial”.

Para algunos, esta división tiene una influencia cristiana innegable, y es el reflejo de la concepción de la Santísima Trinidad: tres personas distintas y un solo Dios. Si bien es cierto, la revolución francesa constituye el fundamento teórico de la piedra angular de los Estados occidentales. A los británicos se les debe algo de igual o superior importancia en el problema que pretendemos analizar: la creación del concepto de *soberanía parlamentaria*. La idea conlleva el reconocimiento de que los PAL deben ser, dentro del Estado, supremos, ilimitados, continuos. Carecen, por ende, de límites

en la creación de las leyes y, desde luego, tienen una competencia perpetua sobre el tema. El único límite lícito es no vedarles a futuros parlamentos la posibilidad de la creación legislativa. De estas ideas es sencillo deducir que los PAL deben ser el primer poder de la República, y la ley el supremo instrumento al servicio del pueblo. Por consiguiente, el PAL es ilimitado; los partidos políticos, como sus representantes, tampoco pueden ser cuestionados en sus decisiones.¹

Una concepción diferente encontramos en Alemania, reflejada en algunas de sus Constituciones. Ya la de 1849 (denominada *de la Iglesia de San Pablo*) admitía el establecimiento de una jurisdicción constitucional; la de 1871 (denominada *de Bismarck*), potenciaba los derechos individuales además del control constitucional, aunque debemos decir, en honor a la verdad, que su aplicación real fue bastante hipotética. Lo importante y rescatable es que para este país desde épocas muy tempranas el legislador está sujeto al control de constitucionalidad.

Éste era un tema relativamente desconocido en el derecho continental. En Europa, la regla imperante era que la ley era un paradigma incuestionable y el juez que la contrariara podía ser acusado de prevaricato. Dentro de la división de poderes, y bajo el arquetipo de frenos y contrapesos al Poder Judicial, se le dieron dos importantes funciones: a través de la casación debía fiscalizar que los jueces no se apartaran de la voluntad de la ley; así mismo debían los jueces penales perseguir a sus compañeros que interpretaran la ley apartándose de los parámetros definidos por el legislador. Tenemos hasta este momento dos supuestos con un alto contenido sociojurídico: el legislador es supremo y el juez, por disposición de ley, no puede ser más que la boca que pronuncia sus palabras.

Estos aspectos tienen un fuerte contenido cultural que es inherente al ejercicio del poder según la concepción clásica de la división de poderes. Desde la política la regla se potencia al máximo y se asegura que sea una pauta social aceptada. Se transmite como una regla de comportamiento escrito y no escrito que señala el límite de las competencias de cada poder.

Por ello, resulta aún más interesante la Constitución alemana de 1919 (Weimar), que cuestiona este principio, al desarrollar y potenciar los derechos individuales y sociales del ciudadano, y al establecer un Tribunal Constitucional que debía velar por el respeto de esos derechos fundamentales. Hasta este momento el concepto de la ley como instrumento al servicio de la libertad y la democracia había sido la base de la confianza absoluta en el legislador. Tratándose del ejercicio de la política a través del PAL, se aceptaba que el legislador no podía equivocarse y por ende sus decisiones no podían ser cuestionadas. Sin embargo, el siglo XX nos *señala el fin del sueño en la incapacidad de errar del legislador y en la confianza absoluta del derecho*

¹ Para un análisis crítico de la sumisión de la ley a la Constitución puede consultarse Alejandro Nieto: *La organización del desgobierno*, Barcelona: Ariel, 1.^a reimp., 1990, p. 140.

positivo como su resultado. En consecuencia: la ley y el derecho, para gran parte de la doctrina, dejaban de ser ciencia respetable.

En efecto, la llegada del nacionalsocialismo al poder en Alemania marca el inicio del fin de la Constitución de Weimar, que poco a poco, a través de las leyes emitidas por el Parlamento, es vaciada de su contenido esencial y se convierte en un simple cascarón vacío sobre el que legisla Adolfo Hitler.² El principio de legalidad penal deja de ser un paradigma de defensa del imputado; por ello, no es sorprendente que se introduzca el concepto abstracto e indeterminado “del sano sentimiento del pueblo alemán” como criterio de interpretación de la ley (fórmula radbruchiana). El primer enfrentamiento real entre el derecho constitucional y el legislador es una batalla perdida para el máximo juez; al fin se impone el control político sobre el constitucional.

La trágica experiencia alemana bajo el Tercer Reich enseñó que la fórmula de la imposibilidad de errar del legislador debía ser revisada; en especial, ¿cuál era el papel que debía jugar la Constitución en un Estado de derecho? Surgía la interrogante de si la Constitución debía ser un enunciado programático, una guía o recomendación abstracta, o si era una norma jurídica que debía producir efectos jurídicos.

En este sentido, en los Estados Unidos, desde el famoso caso *Marbury vs Madison* (Corte Suprema, 1803), se había aceptado que la Constitución vincula más fuertemente al juez que la ley, y que cuando la ley se encuentra en contradicción con la Constitución debe ser desaplicada. Desde luego, esta corriente contravenía las corrientes dominantes en el derecho continental. Esta creación norteamericana encuentra su razón de ser en los acontecimientos históricos previos a la revolución independentista. Los estadounidenses habían tenido una pésima experiencia con el rey, pero también con el Parlamento británico, el cual —desde su punto de vista— los había explotado, pues cada vez eran mayores los impuestos. La gota que derramó la copa la constituyó el nuevo impuesto al té. Una vez declarada la independencia fue fácil concluir que el control de la constitucionalidad y su supremacía debía descansar en una Corte Suprema y no en el Parlamento. El amplio desarrollo del control de constitucionalidad difuso en los Estados Unidos no significa que ésta haya sido una fórmula libre de toda presión política para el tribunal, pues el foco del conflicto se traslada del legislador al presidente frente al juez. No se discute la supremacía del Parlamento y menos la subordinación de la ley a la Constitución, sino el exceso de activismo judicial de los jueces de la Corte Suprema, pues a través de sus sentencias redefinían los planes económicos o políticos del Ejecutivo. Los presidentes, conservadores o demócratas, se cuestionan algunas líneas jurisprudenciales del máximo tribunal, que entorpecen o imponen la ingobernabilidad del Estado. Roosevelt tiene un sitio especial en la historia norteamericana (1937), por su perenne conflicto con la Corte

² Sobre el tema puede consultarse Jürgen Brand: “La evolución del concepto europeo de Estado de derecho”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, tomo I, p. 39.

Suprema, al considerar que las sentencias de ésta afectaban la implementación de su plan de recuperación económica para los Estados Unidos (*New Deal*).³ Lo importante de la lección norteamericana es que no importa el sistema; las relaciones entre los poderes del Estado siempre son susceptibles de despertar roces de constitucionalidad; sin embargo, el catálogo de derechos fundamentales que tutela la Constitución estadounidense pronto fue un norte para otras reformas.

En lo que respecta a Alemania, la Ley Fundamental de 1949 reaccionó ante los excesos que se habían cometido en el período nazi, estableciendo límites que vinculan a los legisladores, y potenció el respeto de los derechos fundamentales. Luego de la reunificación alemana, el proceso continuó en la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, que para todos los ciudadanos del Estado federal retomó los principios de que los “derechos fundamentales vinculan a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial como derechos directamente aplicables”.⁴ Y como pilar digno de ser imitado establece un límite de límites al legislador, al exigirle que “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”.⁵ En este mismo sentido se pronuncia el Consejo francés, cuna del imperio de la ley y de la supremacía del Parlamento, al incorporar la Declaración sobre Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 al preámbulo de la Constitución de 1958, estableciendo lo que después se conocería como el *bloque de constitucionalidad*. Este catálogo de derechos humanos se vuelve así un instrumento de interpretación constitucional al servicio del ciudadano francés.

3. Segundo problema: El sofisma del comisionado del poder constituyente para la defensa de la Constitución Política

Actualmente, la doctrina acepta de manera pacífica que la Constitución es una norma jurídica y por ende produce efectos jurídicos, así como que nadie en el Estado puede colocarse sobre la Constitución, lo que también comprende al legislador.⁶ Lo anterior ha hecho que se escuchen algunas voces de protesta y acaso resentimiento

³ Los argumentos con los cuales se ataca a la Corte Suprema y se intenta que el Senado le cercene sus competencias parecen no haber dejado de tener actualidad: “En tanto que nación, estamos en la situación de que es preciso tomar medidas para salvar la Constitución de las garras del Tribunal. Y ello porque los Tribunales han destruido el equilibrio de poderes entre las ramas del gobierno federal, oponiéndose así directamente a los grandes objetivos que se habían fijado los redactores de la Constitución”. Citado por Rubén Hernández Valle: *Derecho procesal constitucional*, 1.ª ed., San José: Juricentro, 1995, p. 74.

⁴ Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, 1998, artículo 1.3.

⁵ Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, 1998, artículo 19.2.

⁶ Sobre el tema véanse las opiniones de Ingrid Hess Herrera: *Relaciones políticas y jurídicas entre la Sala Constitucional y la Asamblea Legislativa*, tesis de licenciatura, inédita, Universidad de Costa Rica, San José, 1993, p. 28.

en cuanto a la labor que realizan los tribunales constitucionales. Así por ejemplo, un ex diputado de la Asamblea Legislativa y político de renombre en Costa Rica sostiene que el Tribunal quiebra el principio clásico de la división de poderes.⁷ Afirma que, tratándose de la Asamblea Legislativa, ésta tiene una clara vocación democrática, pues es electa por el pueblo para dictar las leyes, por lo que sólo ese órgano puede dejarlas sin efecto. Aunque admite que el Tribunal Constitucional indudablemente es también de origen constitucional, por su creación, integración y competencias, señala que tiene el defecto de no estar subordinado a las competencias de otros órganos, además de estar dotado de autonomía funcional y de la más amplia autoridad, que le permite ejercer su función jurisdiccional con absoluta independencia tanto del Poder Judicial como de los demás órganos del Estado, incluyendo la Asamblea Legislativa.

Esto lo lleva a manifestar que se trata de un *superpoder*; pues la Sala IV se impone con carácter vinculante a todos los poderes del Estado, con lo que se convierte de hecho en un “verdadero ‘comisionado del poder constituyente’ para la defensa y protección de su obra: la Constitución Política, y para el sometimiento de todos los poderes constituidos a sus mandatos constitucionales [...]”.⁸ Un buen ejemplo de ese mal manejo del control constitucional —según afirma— puede encontrarse en los fallos anulatorios de las recomendaciones de las comisiones de investigación de la Asamblea Legislativa en materia de control político, pues reiteradamente la Sala IV ha concedido el amparo a aquellos políticos a los que se les han impuesto penas perpetuas, que obligan a la administración y a los partidos a nunca más aceptarlos como funcionarios públicos ni a que puedan ser elegidos por el voto popular. También se exigió que en dichos procedimientos se observara el debido proceso; ergo, las personas obligadas a comparecer ante dichas comisiones de investigación tenían el derecho de hacerlo acompañadas de su abogado de confianza, a abstenerse de declarar cuando pudieran estar involucradas en un hecho que podría ser considerado ilícito penal y a conocer de los hechos que se les imputaban, entre otros aspectos.

Desde luego, los fallos en que se amparaba a los recurrentes no gustaron a un sector del mundo legislativo, y se llegó a sugerir que la Sala no debía tener, en esos temas, la última palabra como intérprete de la Constitución Política. Aceptarlo —a criterio de Solís— era admitir no solo que el Parlamento ya no era el primer poder de la República, sino algo todavía más grave, que resume la frase del ex magistrado Rodolfo Piza al parafrasear al juez norteamericano Hughes: “La Constitución dice lo que la Sala Constitucional dice que dice”.⁹ Partiendo de esta afirmación, era fácil

⁷ Véanse en ese sentido las opiniones de Alex Solís Fallas: *Control político y jurisprudencia constitucional*, San José: CONAMAJ, 2000.

⁸ *Ibíd.*, p. 176.

⁹ Rodolfo Piza Escalante: *Conferencia sobre “Justicia constitucional en Costa Rica”*, San José: Departamento de Publicaciones e impresos del Poder Judicial, 1995, p. 53. Esta frase no retrata de cuerpo entero al jurista; para una mejor comprensión de sus ideas véase Rodolfo Piza Escalante: “Una

concluir que la Sala IV se había convertido, en el Estado costarricense, en un verdadero cuarto poder, que conducía no solo la vida jurídica, sino la vida política del Estado, sometiendo a la fuerza de sus decisiones al poder político y a los actos sujetos al derecho público.¹⁰

4. Tercer problema: La Sala Constitucional y las relaciones con el Poder Legislativo

El profesor Hugo Alfonso Muñoz, respetado académico y ex diputado, en la conmemoración del III Aniversario de la Sala Constitucional (1993), se preguntaba cómo un órgano creado por la Asamblea Legislativa, y cuyos integrantes eran electos por votación calificada por los diputados, podía interactuar ante el dilema que representa el control de la actividad política, y parodiando una frase citada por el profesor doctor Pedro Haba señalaba:

[...] no es cuestión de liberar de la política a la Ciencia Jurídica, no sea que un día la política termine liberándose de la Ciencia Jurídica.¹¹

La advertencia podría parecer inocua, en un país que tiene más de cien años de democracia real y continua, cuyos tribunales presumen de gozar de absoluta independencia por más de 180 años de ejercicio de sus funciones. Sin embargo, la observación refleja un conflicto larvado que se inicia desde el nacimiento de la Sala Constitucional, en 1989.

Uno de los detonantes ha sido que el sistema costarricense no sólo le permite a la Sala IV ejercer el control de constitucionalidad de las leyes (vía acción de inconstitucionalidad), sino que le da un control previo sobre los proyectos legislativos, que puede ser preceptivo cuando se trata de proyectos de reformas constitucionales, así como de las tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales. En cambio, esta consulta de constitucionalidad es facultativa para los señores diputados cuando se trate de la aprobación de leyes, de actos o contratos administrativos, y la debe presentar un número no menor de diez diputados. En cuanto al procedimiento, corresponde cuando se trate de reformas constitucionales después de su aprobación en primer debate, en primera legislatura, y antes de la definitiva. Cuando se trate de otros proyectos de ley o actos legislativos sujetos al trámite de emisión de leyes, deberá interponerse después de aprobados en primer debate y antes de serlo en el segundo (artículos 96 a 98 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

década de la nueva justicia constitucional en Costa Rica”, en *La Sala Constitucional. Homenaje en su X aniversario*, San José: Universidad Autónoma de Centro América, 1999, p. 11.

¹⁰ Solís Fallas: o. cit., pp. 176-207.

¹¹ Hugo Alfonso Muñoz Quesada: “La Sala Constitucional como poder político”, en *La jurisdicción constitucional. III aniversario de la creación de la Sala Constitucional*, San José: Juricentro, 1993, p. 422.

Este mecanismo de control constitucional, reservado para los legisladores, ha sido el detonante de los más serios conflictos con algunos sectores de la Asamblea Legislativa.¹² Varios de sus miembros constantemente acusan a la Sala de inmiscuirse en asuntos de control político, reservado en exclusiva para ese poder de la República.¹³ Es de rescatar que el mecanismo es utilizado por todas las fracciones representadas en la Asamblea Legislativa, pero con mayor insistencia por la oposición al gobierno de turno. De ahí que es constante la queja del Ejecutivo, de que los diputados que pierden sus tesis en el Parlamento (normalmente, las minorías) acuden luego al Tribunal Constitucional, ante el cual evidencian los vicios o trámites inconstitucionales del proyecto consultado. Lo serio del caso es que, en presencia de un vicio de procedimiento, su declaratoria es vinculante para el Poder Legislativo (artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

Pese a lo que podría pensarse, las decisiones de la Sala se acatan por la Asamblea Legislativa, salvo casos excepcionalísimos. Por ejemplo, el proyecto de Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer ha llegado en múltiples oportunidades a la Sala Constitucional y en todos los casos se han señalado errores de forma que no han sido subsanados; aunque el proyecto se presente de nuevo a la corriente legislativa y sea avalado, incluso por unanimidad, siempre es consultado y se declara que sigue habiendo vicios de inconstitucionalidad que han impedido que se convierta en ley de la República.¹⁴ Lo que subyace en el proyecto es que tiene un alto contenido de género, que penaliza múltiples conductas, y los tipos penales están contruidos de manera tan abierta que es difícil saber cuál es la conducta lícita. Los verbos definitorios de algunos de los tipos han sido sustituidos por lo que se denomina “relaciones de poder”, “psicológicas”, conceptos abstractos e indeterminados que son contrarios al principio de legalidad penal. Este proyecto ha despertado grandes pasiones dentro de la Asamblea Legislativa.

¹² Sobre el tema véanse las advertencias realizadas por Aguiar de Luque en relación con la consulta de constitucionalidad y la facultad de controlar los vicios de procedimiento como presupuestos del control de constitucionalidad. Luis Aguiar de Luque: “La Sala Constitucional como poder político”, en *La jurisdicción constitucional. III aniversario de la creación de la Sala Constitucional*, San José: Juricentro, 1993, p. 405.

¹³ Reiteradas son en los Parlamentos las críticas al contralor de constitucionalidad como un cuarto poder y a los peligros de politización del juez constitucional, pero lo que subyace, como bien afirma Rubio Llorente, es que “[...] el legislador (orgánicamente el Parlamento) es, en cierto sentido, destronado, al ver sometida su actuación a unas limitaciones cuya trasgresión puede ser sancionada, no ya políticamente por el electorado, como teóricamente sucedía hasta ese momento, sino jurídicamente, con la invalidación de las normas [...]”. Francisco Rubio Llorente: “Presentación” a Enrique Alonso García: *La interpretación de la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. XVIII.

¹⁴ Sala Constitucional, n.º 2006-05298, de 8:30 h del 21 de abril de 2006. Consulta legislativa facultativa sobre el proyecto de Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres.

En cuanto al papel que desempeña la Sala, las opiniones están divididas. Para algunos diputados (entre los que se encuentran la oposición al gobierno y los partidos minoritarios), la labor de la Sala es esencial para evitar el abuso de las mayorías, y el control constitucional opera como un colaborador jurídico-político de la Asamblea. Para otros, la consulta de constitucionalidad ampara el abuso de las minorías en detrimento de las mayorías parlamentarias, pues todo lo complejo y esencial para el gobierno suele consultarse, al grado de que se le acusa de cogobernar con el Estado.

En el período 2002-2006, algunos diputados han hecho serias advertencias al Tribunal Constitucional, pues sostienen que por esta vía entorpece la gobernabilidad, al admitir a estudio asuntos que cuestionan importantes proyectos del Poder Ejecutivo, como por ejemplo, en la actual administración del doctor Óscar Arias Sánchez, los referentes al proyecto de Ley de Pacto Fiscal y Reforma Fiscal Estructural¹⁵ y de Ley de Concesión de Obra Pública.¹⁶ Ambos son los pilares de la propuesta política del nuevo presidente. Pese a ello, al evacuar la consulta de constitucionalidad, la Sala encuentra vicios de procedimiento constitucional y declara con lugar ambas consultas, dándoles la razón a los diputados que cuestionaron los proyectos de ley.¹⁷

Aducen también que, por la vía de la acción de constitucionalidad, se controla incluso la inconstitucionalidad por omisión en que pueda incurrir la Asamblea Legislativa.¹⁸ Sobre este aspecto debemos rescatar que mediante ley n.º 8281, del 22 de mayo del 2002, los diputados de todas las fracciones dieron su voto a la reforma de los artículos 105, 123, primer párrafo del artículo 124, último párrafo del artículo 129, primer inciso del artículo 195, y adición de los artículos 102 y 195 de la Constitución Política, para otorgarles a los ciudadanos la posibilidad de acudir al referéndum e iniciativa popular de formación de la ley, y se estableció un plazo de un año para implementarla, el cual venció sin que se aprobara la ley respectiva.¹⁹ Ante esta situación José Manuel Echandi Meza, en su condición de defensor de los Habitantes, solicitó que se declarara inconstitucional la omisión del Poder Legislativo por retardar

¹⁵ Sala Constitucional, n.º 2006-361 de 14:30 h del 22 de marzo de 2006. Consulta legislativa facultativa sobre el proyecto de Ley de Pacto Fiscal y Reforma Fiscal Estructural.

¹⁶ Sala Constitucional, n.º 2006-12405, de 10:07 h del 25 de agosto de 2006. Consulta legislativa facultativa sobre el proyecto de Ley de Concesión de Obra Pública.

¹⁷ Sobre los conflictos entre el orden constitucional democrático y el orden económico, así como los presupuestos del consenso, véase Juan Gerardo Quesada Mora: *Temas sobre derechos fundamentales y constitucionales*, San José: Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 104-107.

¹⁸ Sobre el fundamento jurídico del control de constitucionalidad, en sentido amplio, ante las omisiones parciales o totales de las autoridades públicas con poder normativo que violan la Constitución Política, véase Silvia Patiño Cruz y Víctor Orozco Solano: *La inconstitucionalidad por omisión*, San José: Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 147.

¹⁹ Sobre los plazos e incumplimientos, véase Néstor Pedro Sagüés: “La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro”, en Víctor Bazán (coord.): *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá: Temis, 1997, p. 109.

el dictado de la ley reguladora que permitiría promover y eventualmente solicitar un referéndum o presentar por medio de una iniciativa popular un proyecto de ley.²⁰ Según su criterio, la omisión que se impugnaba impedía el derecho fundamental del pueblo de legislar y reformar parcialmente la Constitución Política en forma directa, mediante el referéndum, y de presentar proyectos de ley ante la Asamblea Legislativa por medio de la iniciativa popular (artículos 105 y 123 de la Constitución).

La acción fue admitida y se le dio audiencia al presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos durante la legislatura 2002-2003, responsable de implementarla. En la audiencia oral quedó en evidencia el atraso, de lo cual uno de los más claros ejemplos fue el procedimiento administrativo de consultas al Tribunal Supremo de Elecciones, que tardó ocho meses en llegarle, pese a que la sede del Tribunal dista cien metros de la Asamblea Legislativa. Para la Sala, de los hechos acreditados se desprende una total inercia y falta de voluntad política de los diputados para implementar la ley que le devolvería al pueblo la facultad de opinar en temas que lo afectan seriamente. En consecuencia, la acción de inconstitucionalidad se declaró con lugar y se le dio un plazo de seis meses a la Asamblea Legislativa para que subsanara la omisión.²¹ Debemos señalar a favor del Parlamento que éste acató la sentencia y procedió con todo empeño a reunir los consensos necesarios para que la ley se aprobara.²²

5. Cuarto problema: ¿Cómo liberarse de ese incómodo control constitucional?

En diferentes momentos de nuestra historia, algunos legisladores han expresado en el plenario legislativo la necesidad de reformar la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Se señala que es necesario recortar las competencias del Tribunal Constitucional. Sin embargo, en 17 años de vigencia de la ley de creación, nunca ha sido posible contar con el consenso necesario para que ello ocurra. Las quejas que lo justificarían tienen diferentes matices y revisten diversos tonos, pero en general suelen debatirse aspectos como los que se exponen: ¿La Sala IV carece de límites? ¿No es acaso un poder político que pueda abusar? Las respuestas suelen reincidir sobre la necesidad de establecer un control interorgánico que evite los posibles abusos. Pese a que desde

²⁰ En doctrina de la inconstitucionalidad por omisión es un tema pacífico, en especial cuando se trata de la inactividad del legislador en un Estado social y democrático de derecho. Véase, en igual sentido, Marcos Gómez Puente: *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid: McGraw-Hill/Interamericana, 1997, p. 39.

²¹ Sala Constitucional, n.º 2005-05649, de las 14:39 h del 11 de mayo del 2005. Acción de inconstitucionalidad en contra de la omisión del Poder Legislativo de dictar la Ley Reguladora del Referéndum y de presentar proyectos de ley ante la Asamblea Legislativa por medio de la iniciativa popular.

²² Publicada en la *Gaceta* n.º 67 de 4/4/2006, ley n.º 8492.

1990 las quejas se han escuchado con mayor o menor vehemencia, fue en el año 2002 cuando las tensas relaciones entre algunos diputados y la Sala llegaron a su clímax, al presentarse una acción de inconstitucionalidad en contra de la reforma al artículo 132 inciso 1 de la Constitución Política, que prohibía la reelección presidencial.

Éste es un asunto que nunca dejó de ser fiscalizado por los políticos del país. Por una parte, una coalición de la socialdemocracia (que representa al partido Liberación Nacional) se oponía a que la acción fuera declarada con lugar a favor de su correligionario Óscar Arias Sánchez. Sostenían que esto le abriría las puertas para aspirar de nuevo a la presidencia. Lo mismo opinaban otros partidos emergentes. La Sala, después de escuchar a las partes, concluyó que el legislador ordinario está facultado para modificar la Constitución originaria en tanto se le otorguen mayores derechos al ciudadano, pero no cuando se pretenda eliminar una norma establecida por el constituyente. Admitir lo contrario sería permitirle al legislador vaciar el contenido esencial de los derechos fundamentales.²³ Sostiene el fallo que este tipo de reformas constitucionales sólo las puede llevar a cabo una constituyente convocada al efecto y previa consulta al pueblo. En consecuencia, se declaró con lugar la acción y se anuló la reforma. La Sala dimensionó el fallo, se mantuvo el texto original que había sido modificado, el cual les permite a los ex presidentes ser reelectos aunque no de manera consecutiva, tal como lo previó el constituyente.²⁴

Una vez resuelto el caso, un diputado electo por la socialdemocracia (fue uno de los litigantes más aguerridos y se opuso con todos los argumentos posibles) inició una serie de declaraciones tendientes a restarle legitimidad constitucional al Tribunal, llamó a la desobediencia de la sentencia y, una vez que tomó posesión del cargo, solicitó que se nombrara una Comisión de Investigación del Poder Judicial, para tratar, entre otros temas, “la mora judicial”.²⁵ Una vez constituida, la Comisión abrió las puertas

²³ Iguales pasiones desató el voto sobre la reelección en Colombia; véase Mattias Herdegen: “Reforma constitucional: criterios de justiciabilidad”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2006, p. 134.

²⁴ Sala Constitucional, n.º 2003-02771, de las 11:40 h del 4 de abril del 2003. Acción de inconstitucionalidad que impugna la reforma constitucional del artículo 132 inciso 1, de la Constitución Política de 1949, realizada mediante ley n.º 4349 del 11 de julio de 1969, por estimar que tiene vicios formales y materiales, al prohibir la reelección presidencial.

²⁵ Las críticas a las sentencias judiciales se ha vuelto un factor importante en las relaciones entre la política y los órganos superiores de decisión jurisdiccional, tanto en Alemania, como en Latinoamérica, de acuerdo con Bernsdorff e Isasi-Cortázar. En Alemania es famosa la sentencia del crucifijo. El primer Senado de la Corte Constitucional Federal alemana resolvió que la ley del estado de Baviera, que obligaba a tener un crucifijo en las clases, lesionaba el derecho fundamental a la libertad negativa de creencias. Las críticas fueron diversas, desde el llamado a boicotear la sentencia, fundado en el derecho a la resistencia, hasta el cuestionamiento legal del fallo. Norbert Bernsdorff y Ramón Isasi-Cortázar: “Admisibilidad y límites de la crítica por titulares de cargos públicos a las decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán y de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1999*, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 1999, pp. 451-452.

para que toda persona o abogado inconforme con la Sala pudiera declarar en su contra. Escaso tiempo antes de que la Comisión de Investigación fracasara, pues no obtuvo los votos necesarios para un dictamen de mayoría,²⁶ procedió a interponer una denuncia por prevaricato en contra de los magistrados por declarar con lugar la acción. El asunto pasó a conocimiento del Ministerio Público, y el fiscal general, Francisco Dall'Anesse Ruiz, solicitó la desestimación del asunto, porque la conducta acusada no constituía delito alguno. La Sala de Casación, integrada por magistrados suplentes, acogió la solicitud y ordenó desestimar la denuncia penal y la querrela interpuesta por el delito acusado.²⁷

Al no prosperar ninguna de las acciones, el foro legislativo se convirtió en el principal centro de presión de la Sala Constitucional. Así por ejemplo, al vencerse el plazo para el que habían sido nombrados, los magistrados presidentes de la Sala Constitucional y de la Corte Suprema (que también integra la Sala) fueron sometidos a una serie de cuestionamientos en cuanto a la eficiencia de la prestación del servicio y tuvieron cierta dificultad para alcanzar los votos necesarios para la reelección. Al mismo tiempo, se aprobó una modificación presupuestaria para eliminar los gastos de representación de los magistrados de la Corte Suprema, y se llevó a cabo una reforma legal para que todos aquellos empleados estatales que tuvieran un sueldo equivalente a un miembro de la Corte, por ese año, perdieran el derecho a los aumentos anuales, lo que de hecho significó una disminución del salario a perpetuidad para estos funcionarios.

6. Quinto problema: Entre tesis extremas

Los conflictos entre el Poder Legislativo y la Sala Constitucional no están exentos de tesis extremas, y en el foro nacional se escuchan tres posiciones: a) la primera afirma, parodiando al Prof. Dr. Eduardo Ortiz, que ante la disyuntiva prefiere “el gobierno de los jueces a la justicia de los políticos”; b) la segunda propugna la autocontención y la prudencia política en las sentencias; c) la tercera advierte que, si la Sala IV no tiene esa prudencia política, ello llevará a los políticos a liberarse del control constitucional.²⁸

En principio, por la premura del tiempo, trataremos la tercera alternativa, que debería estar desterrada de cualquier sistema democrático contemporáneo. En este

²⁶ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Comisión Especial, acta n.º 111, martes 25 de abril de 2006, p. 25.

²⁷ Sala Tercera de la Corte Suprema, n.º 2005-00115, de las 14:30 h del 23 de febrero de 2005. A solicitud del Ministerio Público se desestima la denuncia por prevaricato en contra de los magistrados que votaron la acción de inconstitucionalidad donde se conoció el asunto de la reelección presidencial.

²⁸ Sobre las disfunciones del control político por los políticos, es ejemplarizante el fenómeno peruano en la época de Fujimori. Véase Domingo García Belaunde: “De los políticos: líbranos señor...”, en *La Constitución en el péndulo*, Arequipa: Unas, 1996, p. 200.

sentido, la división de poderes, el sistema de frenos y contrapesos, y la independencia del juez como garantía procesal, reconocida en gran cantidad de textos nacionales, así lo expresan. El nuestro no es la excepción:

[...] el artículo 154 insiste sobre el tema subrayando que la única sumisión del Poder Judicial, sus jueces y funcionarios, solamente lo es con la Constitución y a la ley. Esta norma fundamental constituye una doble garantía para la justicia: por una parte, consagra su independencia de cualquier poder de hecho o jurídico, sujetándola únicamente a la Constitución y a la ley, en ese orden; y, por otra, le otorga una legitimación que la doctrina ha llamado “funcional”, para distinguirla de la legitimación “política” que se otorga a otros Poderes y órganos importantes de la organización social.²⁹

Entre los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todos ellos avalan que los jueces deben gozar de total independencia para hacer realidad los derechos y garantías consagrados en esos instrumentos internacionales.

¿Por qué es necesario garantizar en este alto nivel la independencia de la judicatura? Entre las posibles respuestas interesa resaltar la siguiente: Los pueblos del mundo, conscientes de que la división de poderes no es un valladar absoluto, y que la existencia de los partidos políticos y los grupos plurales de presión puede constituir una bendición o una disfunción no prevista por los revolucionarios franceses, se han preocupado de establecer límites a los posibles abusos en que puedan incurrir.³⁰ Ciertamente, nuestro siglo XX estuvo lleno de excepcionales casos en que algunos políticos, en su lucha por el poder y en su necesidad de ordenar la sociedad, tomaron una acción social orientada a absorber todo el poder posible dentro del Estado. Este camino estará marcado por lograr primero el acceso democrático al Poder Ejecutivo y al dominio por mayorías del PAL, y en algunos supuestos se tratará de tomar luego, directa o indirectamente, el Poder Judicial.³¹ Ante esta realidad, en el marco de las

²⁹ Comisión de magistrados, integrada por Zarella Villanueva, Mario Houed y Luis Fernando Solano, para la elaboración del Código de Ética Judicial costarricense. A propósito del presente Código de Ética Judicial, presentación de los magistrados Luis Paulino Mora Mora y Luis Fernando Solano Carrera. Sesión ordinaria, Corte Plena, n.º 16-99, del día 12 de abril de 1999.

³⁰ Dentro de ese orden de ideas, “la jurisdicción constitucional pretende garantizar el equilibrio político de las diversas fuerzas que luchan dentro del Estado por imponer sus ideas e intereses, lo mismo que tutelar las situaciones subjetivas de los ciudadanos frente al abuso del Estado y de los demás particulares. Con ello se busca que la sociedad estatal sea un efectivo foro pluralista donde coexistan, en perfecta armonía, las distintas posiciones e intereses de los diferentes grupos políticos, sociales y económicos que conforman la sociedad civil subyacente”. Rubén Hernández Valle: *Escritos sobre justicia constitucional*, Medellín: Dike, 1997, p. 35.

³¹ Recordemos la Italia de Mussolini, la Rusia de Stalin, la Cuba de Batista o la Nicaragua de Somoza, entre otros.

Naciones Unidas, se ha potenciada la elaboración de directrices en materia de independencia de la judicatura,³² condiciones de servicio e inamovilidad,³³ secreto profesional e inmunidad,³⁴ selección, capacitación y condición jurídica de los jueces y fiscales. No obstante, el camino avanzado parece no ser suficiente.

La doctrina suele darse por satisfecha al establecer que los conflictos que surjan en un Estado de derecho deben resolverse por los jueces aplicando la ley, pero ¿qué ocurre cuando nos enfrentamos a casos límite, aquellos que hipotéticamente no deberían darse? ¿Qué hacer cuando el juez constitucional es destituido por vías de hecho o seudojurídicas? Ante esta situación, el ordenamiento nacional e internacional brinda a esos jueces mecanismos efectivos de protección. Nos negamos como juristas a interiorizar que este rompimiento del orden constitucional pueda darse, y si ocurre, la respuesta fácil es que el Estado de derecho se ha roto y ante ello el juez queda en total desprotección. ¿Es esta afirmación cierta? ¿Realmente carecen los jueces constitucionales de un apoyo real? Veamos algunos ejemplos:

Los medios de información mundial dieron a conocer que el 25 de noviembre de 2004 el Congreso Nacional ecuatoriano, en una sesión especial convocada por el presidente Lucio Gutiérrez, destituyó al Tribunal Constitucional (en adelante, TC). Se adujo que la conformación del TC era ilegal, lo que volvía innecesario un juicio político, y se procedió a nombrar a sus reemplazos. Los altos jueces señalaron que se afectaba su derecho de defensa y que el acto del Congreso violaba el debido proceso, pues solamente podrían ser destituidos los vocales del TC previo juicio político. En Ecuador el TC es competente para resolver en última instancia los asuntos relacionados con derechos humanos y las garantías fundamentales reconocidas en la Constitución. El Ecuador es signatario de los tratados de derechos humanos que le exigen salvaguardar la independencia de su sistema judicial, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³² “La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura”. Artículo 1. Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura. Confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32, de 29 de noviembre de 1985, y 40/146, de 13 de diciembre de 1985.

³³ “Se garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad de jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando exista norma al respecto”. Artículo 12. Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura. Confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32, de 29 de noviembre de 1985, y 40/146, de 13 de diciembre de 1985.

³⁴ “[...] los jueces gozarán de inmunidad personal con respecto a las acciones civiles por daños y perjuicios derivados de acciones u omisiones indebidas cometidas en el ejercicio de sus funciones”. Artículo 16. Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura. Confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32, de 29 de noviembre de 1985, y 40/146, de 13 de diciembre de 1985.

Externamente, el caso se analiza como una violación, por el Congreso ecuatoriano, del principio de la independencia judicial. Debido a ello, el relator especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, embajador Leandro Despouy, realizó una visita a Quito entre el 13 y el 18 de marzo del 2005. Entre las principales recomendaciones que se dieron a conocer resaltan:

1) Es imperativo y urgente alcanzar un reestablecimiento integral del Estado de Derecho. 2) Habiendo sido el Congreso Nacional el que ha tomado las principales acciones que han desencadenado la situación (destitución y nombramiento en la CSJ, el TSE y el TC), le corresponde a éste la adopción de medidas para subsanar la situación y, de esta manera, crear las condiciones que permitan iniciar el camino hacia una solución definitiva.³⁵

En cuanto a las opciones para solucionar la crisis, el relator dejó entrever que debían seguirse los estándares de las Naciones Unidas, que garantizaran:

a) La independencia de los magistrados; b) La cooptación, como garantía de no intervención externa en la composición futura de la Corte; c) Un sistema de elección de magistrados que garantice aptitud y probidad; d) Mecanismos que aseguren la transparencia en la selección de magistrados y que permitan a la ciudadanía conocer y opinar sobre los candidatos y candidatas.³⁶

El informe preliminar de la Comisión de Derechos Humanos fue entregado en abril del 2005. La versión final del informe se remitiría a la Comisión en el siguiente período de sesiones.

El asunto fue catalogado de tal importancia para la vida democrática que llamó la atención de ONG que tienen como principal objetivo fiscalizar el respeto de los derechos humanos en América Latina. Entre éstas, Human Rights Watch emitió un inusual y fuerte comunicado de prensa en el cual José Miguel Vivanco, director ejecutivo de la División de las Américas de la organización, expresó: “La independencia judicial es un ingrediente fundamental para el funcionamiento de la democracia. El hecho de que el presidente Gutiérrez y sus aliados en el Congreso puedan purgar la Corte Suprema demuestra claramente que falta dicho ingrediente en el Ecuador actual”.³⁷ En tanto, los altos jueces han llevado su caso a la justicia internacional, asunto que todavía no ha sido resuelto.

En Venezuela, luego de la toma de posesión del presidente Hugo Chávez, se ha manifestado una constante preocupación por el respeto de la independencia judicial, la que ha estado siendo observada por organizaciones como Lawyer’s Committee for

³⁵ Naciones Unidas: Comunicado de prensa del 18 de marzo de 2005, <http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2005/comunicado_ecuador.doc> (29.9.2006).

³⁶ Naciones Unidas: Comunicado de prensa del 18 de marzo de 2005, en <http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2005/comunicado_ecuador.doc> (29.9.2006).

³⁷ “Ecuador: Depuran Corte Suprema de Justicia El Presidente y el Congreso coartan la independencia judicial” (Washington, 17 de diciembre de 2004), <<http://hrw.org/spanish/docs/2004/12/17/ecuado9912.htm>> (29.9.2006).

Human Rights.³⁸ Incluso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe del 2003 sobre Venezuela, resaltó la deficiente relación entre la independencia judicial y el Estado de derecho democrático, en los siguientes términos:

La vigencia de los derechos y libertades en un sistema democrático requiere un orden jurídico e institucional en el que las leyes prevalezcan sobre la voluntad de los gobernantes, y en el que exista un control judicial de la constitucionalidad y legalidad de los actos del poder público, vale decir, presupone el respeto del Estado de derecho. Para que el Poder Judicial pueda servir de manera efectiva como órgano de control, garantía y protección de los derechos humanos, no sólo se requiere que éste exista de manera formal, sino que además el Poder Judicial debe ser independiente e imparcial.³⁹

¿Qué ocurre en Venezuela para que exista tal preocupación internacional? Ciertamente, desde antes de asumir el poder el presidente Chávez, se atestiguaba una gran incertidumbre por el estado de la justicia. Un estudio de 1998 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo concluyó que sólo el 0,8% de la población tenía confianza en el sistema judicial.⁴⁰ Ante este estado de cosas, el presidente convocó a un referendo y éste a una Asamblea Nacional Constituyente. El resultado del proceso es una nueva Constitución que rige desde diciembre de 1999.

Uno de los primeros actos de la Asamblea Nacional Constituyente fue declarar en estado de emergencia al sistema judicial; se suspendió la estabilidad de los jueces y se destituyó a aquellos acusados de faltar a su deber ético o moral, y en su lugar fueron nombrados provisionalmente nuevos jueces. Esta situación le permite a la Comisión Judicial designarlos y removerlos a discreción. Para Human Rights Watch, el estado de la cuestión venezolana y la injerencia del poder político en el nombramiento, la estabilidad y la destitución de los jueces es una cuestión que trasciende la discusión sobre el control constitucional. Se trata del cuestionamiento a uno de los pilares que permiten definir al moderno Estado de derecho o su ausencia. Por ello, desde su perspectiva, que respetamos pero no avalamos, afirman que:

Actualmente Venezuela pretende contar con un sistema que le permita conformar los tribunales con aliados, similar al empleado por Menem, como un atentando contra la independencia judicial, y similar en espíritu (si no en alcance) al de Fujimori. Como lo han demostrado las experiencias de Argentina y Perú, estos esfuerzos no son un buen presagio para la democracia venezolana.⁴¹

³⁸ <<http://hrw.org/spanish/2004/venezuela06404/3.htm>> (29.9.2006)

³⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela, 29 de diciembre de 2003 (150-153).

⁴⁰ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo: *Justicia y gobernabilidad. Venezuela: una reforma judicial en marcha*, Caracas: Nueva Sociedad, 1998, p. 143. Citado en Tribunal Supremo de Justicia, Dirección Ejecutiva de la Magistratura, Unidad Coordinadora del Proyecto de Modernización del Poder Judicial: *Proyecto para la Mejora de la Administración de Justicia en el Contexto de la Resolución de Conflictos en Venezuela*, p. 8.

⁴¹ Human Rights Watch: "Informe. Manipulando el Estado de Derecho: Independencia del Poder Judicial amenazada en Venezuela", en *II. Normas internacionales sobre la independencia judicial. La OEA y la Carta Democrática*, <<http://hrw.org/spanish/informes/2004/venezuela06404/5.htm>> (29.9.2006).

Ciertamente, la realidad venezolana es más compleja de lo que aparenta, y habrá que esperar el pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para tener una perspectiva acabada de la independencia de los jueces venezolanos.

Decisiva ha sido la incursión que en estos temas tuvo en 1998 la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al condenar al Estado peruano por la destitución de los magistrados del Tribunal Constitucional.

Durante la administración del ex presidente Alberto Fujimori, el Estado peruano fue llevado en diferentes oportunidades ante la Comisión de Derechos Humanos.⁴² En una de las últimas gestiones, algunos diputados peruanos denunciaron que se perseguía y hostigaba a los miembros del Tribunal Constitucional del Perú, e incluso tres de sus miembros fueron destituidos por resolver de manera imparcial un asunto que perjudicaba los intereses del señor Fujimori. En concreto, por declarar inconstitucional la ley interpretativa que le permitía continuar en la Presidencia por un tercer período. Los jueces Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano fueron sometidos a presiones, ofertas, hostigamiento y amenazas. Al esposo de la Sra. Revoredo Marsano se le reabrió una causa penal fenecida por evasión fiscal, se le dictó impedimento de salida del país, se lo obligó a rendir una fianza por 20 000 soles, y debió presentar una lista de todos sus bienes inscritos en el Registro para decretar embargo sobre ellos. El objeto de la demanda era que se decidiera si el Estado había violado, los artículos 8.1 y 8.2.b, c, d y f (garantías judiciales), 23.1.c (derechos políticos) y 25.1 (protección judicial) de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno). Igualmente, se solicitó que se ordenara al Perú “reparar integral y adecuadamente” a dichos magistrados y reintegrarlos en el ejercicio de sus funciones, y que dispusiera dejar sin efecto las resoluciones de destitución n.ºs 002-97-CR, 003-97-CR y 004-97-CR, de 28 de mayo de 1997.

El 9 de diciembre de 1998, durante su 101.º período ordinario de sesiones, la Comisión aprobó el informe n.º 58/98, que fue transmitido al Estado el 14 del mismo mes. En dicho informe, la Comisión concluyó:

El Estado Peruano, al destituir a los magistrados del Tribunal Constitucional —Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Ferry y Delia Revoredo Marsano Mur—, por presuntas irregularidades en la tramitación de la aclaratoria a la sentencia que declaró la inaplicabilidad de la Ley Nro. 26.657, [...] vulneró la garantía esencial de independencia y autonomía del Tribunal Constitucional (artículo 25 de la Convención Americana); el derecho al debido proceso (artículo 8.1 de la misma Convención) y la garantía de permanencia en la funciones públicas (artículo 23.c de la Convención).

Asimismo, la Comisión formuló las siguientes recomendaciones al Estado: reintegrar a los magistrados del Tribunal Constitucional e indemnizarlos con los sueldos dejados de pagar desde la destitución.

⁴² Sobre el tema véase Domingo García Belaunde: *Derecho procesal constitucional*, Lima: Marsol, 1998, pp. 68-69.

El Estado peruano desobedeció lo ordenado.⁴³ Por ello, la Comisión presentó la demanda a la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 2 de julio de 1999. El Estado, pese a ser convocado, no compareció. No obstante, de conformidad con el artículo 27 del Reglamento de la Corte, se investigó de oficio. Merecen resaltarse los argumentos de la Comisión ante el Tribunal, pues establecen nuevos supuestos tendientes a garantizar la más alta independencia a los magistrados de las cortes constitucionales de los países latinoamericanos y señalan directamente los vicios en que puede incurrir un Estado para acallar a jueces independientes, imparciales y autónomos.

Indica la Corte que es inherente a la vocación del contralor de constitucionalidad el dictar “decisiones contrarias a los poderes Ejecutivo y Legislativo [...] cualquier acto estatal que afecte esa independencia y autonomía resulta contrario al artículo 8 de la Convención [...]”.⁴⁴ Recuerda que la inamovilidad de los jueces es un requisito que facilita su independencia y ambos conceptos están garantizados en el artículo 8.1 de la Convención. Un juez sólo puede ser removido observando el debido proceso,⁴⁵ y nunca porque ha dictado una sentencia políticamente sensible; admitirlo sería abrirle las puertas a la arbitrariedad, dejar desprotegidos a los jueces ante los cambios políticos y los demás poderes del Estado.

En el caso en estudio se dio “una confabulación de los tres poderes públicos”, pues la iniciativa de adopción de la Ley No. 26.657, que plasmaba la posibilidad del Poder Ejecutivo de permanecer en el poder a través de la figura de la reelección, fue luego avalada por el Poder Legislativo al adoptar, mediante una mayoría oficialista, tanto dicha ley como la decisión de destitución de los magistrados. Finalmente, el Poder Judicial convalidó las decisiones anteriores al rechazar los amparos que fueron presentados [...].⁴⁶

Un aspecto considerado esencial por la Comisión fue la actuación de la comisión investigadora del Congreso, la cual no sólo se extralimitó en cuanto a sus competencias, pues estaba impedida legalmente de controlar el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal Constitucional, y más aún de ejercer presión contra sus magistrados, “[...] pues ello constituiría, como efectivamente sucedió, una interferencia ilegítima en la función de los jueces, lo que debilitaría el sistema democrático de gobierno”.⁴⁷ Para la Comisión, es claro que la destitución de los magistrados obedeció a presiones políticas, que se tradujeron en actos irregulares, tanto de la comisión investigadora como

⁴³ Sobre las opiniones consultivas como fuentes en el sistema normativo interno puede consultarse *Diálogo jurisprudencial. Derecho internacional de los derechos humanos, tribunales nacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos*, n.º 1, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006, p. 25.

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional, Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano vs. Perú, sentencia de 31 de enero de 2001, § 64.b.

⁴⁵ Sobre el tema véase, Juan Colombo Campbell: “El debido proceso constitucional”, en *Cuadernos Tribunal Constitucional*, n.º 34, Santiago, 2006.

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional, Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano vs. Perú, sentencia de 31 de enero de 2001, § 64.c.

de la subcomisión acusadora, pues en el ordenamiento peruano el Congreso tiene vedado revisar las decisiones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional.

Con esta actuación incurrieron en abuso y desviación de poder, y violentaron el principio de independencia y autonomía del Tribunal Constitucional consagrado en la Convención y la Constitución peruana [...].⁴⁸

Los argumentos fueron acogidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de 31 de enero de 2001.⁴⁹ Se declaró que el Estado había violado, en perjuicio de Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, conforme lo solicitó la Comisión, se condenó al Estado peruano al pago de los montos correspondientes a salarios caídos y demás prestaciones de los magistrados del Tribunal Constitucional.⁵⁰ Adicionalmente, lo condenó al pago de costas y gastos.⁵¹ La Corte sentenció:

[Es] necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento. Como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento,⁵² con una duración establecida en el cargo⁵³ y con una garantía contra presiones externas^{54, 55}

⁴⁷ *Ibíd.*, § 64.d.

⁴⁸ *Ibíd.*, § 64.e.

⁴⁹ Sobre los alcances para la protección de la independencia del juez constitucional véase Néstor Pedro Sagüés: “División de poderes y revisión judicial de las sentencias destitutorias dictadas en el ‘juicio político’ (*impeachment*)”, en *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, 1.^a ed., Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006, p. 159.

⁵⁰ Para un estudio de derecho comparado sobre el cumplimiento de las sentencias de la Corte Europea, véase Héctor Fix-Zamudio: “La Corte Europea de Derechos Humanos y el derecho de amparo internacional”, en Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.): *El derecho de amparo en el mundo*, México: Porrúa, 2006, p. 1140.

⁵¹ Los extremos adicionales que el Estado peruano debe cancelar por “costas y gastos en la forma y condiciones que se expresan en los párrafos 126 y 128 de esta Sentencia, las siguientes cantidades: al señor Manuel Aguirre Roca US\$ 25.000,00 (veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda peruana al momento de efectuar el pago; al señor Guillermo Rey Terry US\$ 25.000,00 (veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda peruana al momento de efectuar el pago; y a la señora Delia Revoredo Marsano US\$ 35.000,00 (treinta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda peruana al momento de efectuar el pago”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional, Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú, sentencia de 31 de enero de 2001, § 130.

⁵² Cf. Eur. Court H. R., Langborger case, decision of 27 January 1989, serie A, n.º 155, § 32; y Eur. Court H. R., Campbell and Fell, supra nota 47, § 78.

⁵³ Cf. Eur. Court H. R., Langborger case, supra nota 51, § 32; Eur. Court H. R., Campbell and Fell, supra nota 47, § 78; y Eur. Court H. R., Le Compte, Van Leuven and De Meyere judgment of 23 June 1981, serie A, n.º 43, § 55.

⁵⁴ Cf. Eur. Court H. R., Langborger case, supra nota 51, § 32; Eur. Court H. R., Campbell and Fell, supra nota 47, § 78; y Eur. Court H. R., Piersack judgment of 1 October 1982, serie A, n.º 53, § 27.

La decisión de la Corte es digna de alabarse; su respaldo a los jueces constitucionales era necesario. No obstante, la noticia que en estos días nos trae la prensa (6/9/2006) llama de nuevo a la reflexión sobre la vigencia del problema. En este caso es en Bolivia donde presenciamos un serio enfrentamiento entre el presidente y la Corte Suprema de Justicia. Los ataques se dan luego de que los jueces rechazaran la pretensión del gobierno de que la Asamblea Constituyente adquiriera poderes absolutos. El presidente, Evo Morales, “acusó a la Corte Suprema de Justicia de ser uno de los resabios del estado colonial que quiere desterrar”.⁵⁶

7. Conclusión

El tema es complejo. Tiene un alto contenido ideológico y un déficit educativo en cuanto al rol que deben cumplir los Poderes Legislativos, Ejecutivo y Judicial. El dogma de la división de poderes, así como la supremacía del Parlamento, se han transformado. El ciudadano tiene un papel más activo como denunciante o colaborador de los tribunales o salas constitucionales para limitar los abusos del poder. No obstante, parece que en América Latina esta idea no ha calado lo suficiente. La ley, el partido y el caudillismo siguen siendo, en la psique de algunos, el paradigma por excelencia. Ante este reto debemos potenciar la Constitución como norma suprema, como piedra angular del Estado de derecho. Creemos que los roces sólo pueden ser atemperados a través de procesos educativos. Desde la escuela ha de enseñárseles a los futuros ciudadanos que existen nuevas y diferentes competencias legales, éticas y constitucionales. Los conflictos no deben solucionarse por las vías de hecho y el respeto debe ser la regla que prive en la nueva sociedad.

Hasta que esto ocurra se debe garantizar la inamovilidad e independencia funcional del juez constitucional. Para lograrlo es imperativo un cambio en el procedimiento de su elección. Hasta ahora la tarea ha estado a cargo de los órganos legislativos. En otros sistemas, el presidente recomienda el candidato y el Parlamento o Asamblea lo apoya o no. Esta situación genera disfunciones y desconfianza en los ciudadanos que observan, desde la prensa, cómo el juez es electo “políticamente”. Por ello, no es de extrañar que algunos diputados crean tener el derecho de “resentirse” cuando las sentencias les son desfavorables y han sido dictadas por aquellos a quienes han contribuido a nombrar. Si se rompiera ese cordón umbilical, la mitad del camino se habría recorrido.

De no darse la reforma constitucional o legal que lo garantice, los jueces constitucionales deben hacerlo por sí mismos. Debemos tener claro que nuestra

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano vs. Perú). Sentencia de 31 de enero de 2001 § 75.

⁵⁶ *La Nación*: “Presidente de Bolivia enfrenta a y ataca a la Corte Suprema”, San José, 6 de octubre de 2006, p. 28A.

primera obligación es ser independientes. Si se quiere, desagradecidos para con nuestros electores. Debemos tener claro que nos debemos sólo al pueblo y a sus ansias de justicia, a la Constitución que juramos defender y a los derechos humanos que son la esperanza de los hombres del futuro. En última instancia, según le escuché alguna vez a la magistrada del Tribunal Constitucional Federal alemán Evelyn Haas, “quien se casa con el espíritu de los tiempos muy pronto queda viudo...”.

Bibliografía básica

- BAZÁN, Víctor (coord.): *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá: Temis, 1997.
- COLOMBO CAMPBELL, Juan: *El debido proceso constitucional*, Santiago: Tribunal Constitucional, 2006.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS et al.: *Diálogo jurisprudencial. Derecho internacional de los derechos humanos, tribunales nacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, y Eduardo FERRER MAC-GREGOR (coords.): *El derecho de amparo en el Mundo*, México, D. F.: Porrúa, 2006.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *La constitución en el péndulo*, Arequipa: UNSA, 1996.
- *Derecho procesal constitucional*, Trujillo: Marsol, 1998.
- GÓMEZ PUENTE, Marcos: *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid: McGraw-Hill, 1997.
- HABA, Enrique Pedro, y José Francisco BARTH: *Los principios generales del derecho*, San José: Investigaciones Jurídicas, 2004.
- HESS HERRERA, Ingrid: *Relaciones políticas y jurídicas entre la Sala Constitucional y la Asamblea Legislativa*, tesis de licenciatura inédita, Universidad de Costa Rica, San José, 1993.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén: *Derecho procesal constitucional*, San José: Juricentro, 1995.
- *Escritos sobre justicia constitucional*, Medellín: Dike, 1997.
- MONTECINO GIRALT, Manuel Arturo: *El amparo en El Salvador*, San Salvador: Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2005.
- NIETO, Alejandro: *La organización del desgobierno*, Barcelona: Ariel, 1990 (1984).
- PATIÑO CRUZ, Silvia, y Víctor OROZCO SOLANO: *La inconstitucionalidad por omisión*, San José: Investigaciones Jurídicas, 2004.
- PIZA ESCALANTE, Rodolfo E., et al.: *La jurisdicción constitucional*, San José: Juricentro, 1993.
- *La Sala Constitucional homenaje en su X aniversario*, San José: Universidad Autónoma de Centro América, 1999.

QUESADA MORA, Juan Gerardo: *Temas sobre derechos fundamentales y constitucionales*, San José: Investigaciones Jurídicas, 2004.

SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

Direcciones electrónicas consultadas

Información referente a Venezuela

⟨<http://hrw.org/spanish/informes/2004/venezuela0604/5.htm>⟩

Información referente a Ecuador

⟨http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2005/comunicado_ecuador.doc⟩

Naciones Unidas: Comunicado de Prensa del 18 de marzo de 2005, ⟨http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2005/comunicado_ecuador.doc⟩ (29.9.2006).

Human Rights Watch: “Ecuador: Depuran Corte Suprema de Justicia. El Presidente y el Congreso coartan la independencia judicial (Washington, 17 de diciembre de 2004)”, ⟨<http://hrw.org/spanish/docs/2004/12/17/ecuado9912.htm>⟩ (29.9.2006).

Human Rights Watch: “Informe. Manipulando el Estado de Derecho: Independencia del Poder Judicial amenazada en Venezuela”, en *II Normas internacionales sobre la independencia judicial. La OEA y la Carta Democrática*, ⟨<http://hrw.org/spanish/informes/2004/venezuela0604/5.htm>⟩ (29.9.2006).

Víctor Bazán (Argentina) *

Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica

1. Consideraciones previas

Intentar un señalamiento exhaustivo de los inconvenientes y retos que afronta la jurisdicción constitucional iberoamericana resulta, naturalmente, una tarea inabordable en un trabajo de limitada extensión como el presente.

Por tanto, con un objetivo más modesto y menos abarcador, sólo enunciaremos aquí algunos de los problemas que la aquejan y de los desafíos que, principalmente desde el plano jurisdiccional, arrostra para consolidar su nivel de legitimación social y democrática.

Es un dato inocultable que el fenómeno de la jurisdicción constitucional con elementos concentrados no es nuevo y, en Iberoamérica (como en otras latitudes —Europa central y oriental, por ejemplo—), crece y avanza exhibiendo distintas modalidades fisonómicas y formas de emplazamiento institucional.

Para graficar lo dicho con una rápida referencia, vale recordar algunas variantes patentizadas en el ámbito iberoamericano, sin soslayar que cada una de ellas presenta ingredientes específicos y distintivos:

- a) tribunales o cortes constitucionales diseñados como órganos extrapoderes; por caso, lo que ocurre en Chile, Perú y Guatemala;
- b) tribunales o cortes constitucionales que, aun cuando ostenten autonomía de funcionamiento, están formalmente ubicados en el Poder Judicial; por ejemplo, lo que sucede en Bolivia y Colombia;

* Secretario general de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Profesor titular efectivo de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Profesor de Cursos Intensivos de Posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. <vicba2002ar@yahoo.com.ar>

- c) salas constitucionales localizadas en las cortes supremas de justicia, como se verifica en Costa Rica, Venezuela y Honduras;
- d) cortes supremas que adquieren funciones propias de un tribunal constitucional, tal como lo que acaeció en México, donde, luego de sucesivas reformas legales y constitucionales (1987-1988, 1994-1995, 1996, 1999), la Corte federal ha experimentado una metamorfosis funcional con absorción de competencias primordialmente en materia constitucional; y
- e) finalmente, y aunque con la reserva lógica de que no se trata en puridad de jurisdicción constitucional concentrada —lo que desde una visión de corte ortodoxo tornaría improponible el ejemplo que sólo referencialmente esbozamos a continuación—, es posible visualizar que, incluso en un modelo de control de constitucionalidad desconcentrado como el argentino, la Corte Suprema de Justicia, al menos desde el plano discursivo (esto es, lo que expresa al fundamentar sus sentencias), por vía de la purga de su competencia, en fallos recientes¹ muestra una tendencia a no entretenerse ya en cuestiones menores, constitucionalmente insustanciales o que la alejen de la meta que viene catalogando como primordial en su faena: “mejorar su funcionamiento concentrando sus decisiones de modo preferente en el responsable ejercicio de su jurisdicción constitucional”.

No es ajena a la referencia efectuada en el párrafo anterior la constatación que da cuenta de la paulatina convergencia o aproximación de los modelos difuso y centralizado, dando lugar a numerosas fórmulas de combinación con elementos de uno y otro sistema.

Como puede apreciarse del apretado muestrario precedente, el fenómeno es multifacético y cuantitativa y cualitativamente complejo. Además, es imposible desconocer que cada país tiene inconvenientes y desafíos propios de acuerdo con sus respectivas culturas e idiosincrasias jurídicas, peculiaridades de los sistemas constitucionales que adopten, etapas de desarrollo normativo e institucional por las que discurren y otros factores sociales y políticos no menos importantes que, por citar algún caso, puedan colocar en entredicho la propia supervivencia del órgano máximo de jurisdicción constitucional; verbigracia, una reforma constitucional como la que se produce por estos días en Bolivia, que pone entre signos de interrogación el futuro de su Tribunal Constitucional.

Dentro de ese perímetro temático se moverán las líneas siguientes, enfocando —como anunciábamos— algunos inconvenientes y déficit que jaquean a la jurisdicción constitucional en Iberoamérica e identificando ciertos desafíos que sobre ella se emplazan para coadyuvar al fortalecimiento de su rol como defensora de la Constitución,

¹ Nos referimos a los precedentes *Itzcovich*, resuelto el 29 de marzo de 2005, y *Barreto*, dirimido el 21 de marzo de 2006, sobre los que volveremos.

último reducto protector de los derechos humanos en el plano doméstico y gestora importante de la continuidad de la institucionalidad democrática al fungir como armonizadora de los poderes del Estado.²

2. Sobre algunos problemas y cuestiones conflictivas que enfrenta

Si bien los inconvenientes y dificultades de la jurisdicción constitucional son numerosos, sólo nos limitaremos aquí a anunciar esquemáticamente algunos de ellos:

2.1. *Insuficiencia presupuestaria*

Este factor, obvio es decirlo, conspira contra la independencia, tanto funcional cuanto económica, del respectivo órgano de jurisdicción constitucional, su correcto funcionamiento y el cabal desarrollo de su papel de control del ejercicio del poder público.

Al respecto, ejemplificativamente y para graficar el problema, traeremos a colación un caso suscitado en Guatemala. El cuadro normativo respectivo muestra lo siguiente: el artículo 186 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad³ dispone que corresponde asignar a la Corte de Constitucionalidad *una cantidad no menor del cinco por ciento del mínimo del dos por ciento del presupuesto de ingresos del Estado que correspondan al organismo judicial*. Y a éste le corresponde, con arreglo al artículo 213 constitucional, *una cantidad no menor del dos por ciento del presupuesto de ingresos ordinarios del Estado*.

Según comenta Mejicanos Jiménez, al pretenderse reducir el presupuesto de la Corte de Constitucionalidad, en una ocasión el organismo legislativo asignó dos tipos de presupuesto al judicial: uno ordinario, muy reducido, y otro extraordinario, con regular amplitud, entendiendo que el 5% correspondiente a la Corte era aquel que debía

² Al respecto, Pegoraro manifiesta que “el crecimiento de las ‘demandas’ de justicia constitucional, la ampliación de los parámetros y del objeto del juicio, las estrechas y frecuentes relaciones establecidas con el Poder Legislativo, el incremento del ‘rol público’ de los tribunales, han contribuido al incremento de las motivaciones de las sentencias constitucionales. En ellas los tribunales no se limitan a describir los nexos del discurso lógico, con meras referencias ‘per relationem’ a las disposiciones afectadas. Al contrario, se valen de todos los instrumentos de la retórica, hacen amplias referencias a los precedentes, acuden al derecho comparado y a la jurisprudencia de otros tribunales, operan ‘excursus’ históricos de institutos y disciplinas, expresan valoraciones y ponderaciones de valores, critican, sugieren, aconsejan, *armonizan los poderes del Estado*” —énfasis añadido— (Lucio Pegoraro: “Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 2, julio-diciembre de 2004, México: Porrúa e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, pp. 143-144).

³ Dictada el 8 de enero de 1986, para entrar en vigor el 14 de enero de ese año, según el artículo 195 de la propia ley.

calcularse del presupuesto ordinario del organismo judicial.⁴ El autor citado indica que ello es una muestra de cómo, sin una asignación, que por lo menos debería ser de un 2%, pero del presupuesto ordinario de ingresos del Estado (sin sujetarlo a aquel del organismo judicial, pues la Corte de Constitucionalidad no integra el esquema de dicho organismo), es como podría garantizarse de mejor manera la independencia económica de la Corte, y mejor aún si ello se plasmara en una norma constitucional.⁵ Finaliza su comentario precisando que ello demuestra cómo el difícil camino que debe recorrer muchas veces el Organismo Judicial en el Congreso de la República para la aprobación de su presupuesto lo sufre igual —y colateralmente— la Corte de Constitucionalidad.⁶

Cabe destacar que aquella dualidad presupuestaria determinada por el Congreso de la República fracasó, pues fue la propia Corte de Constitucionalidad quien declaró su inconstitucionalidad. Concretamente, el 5 de abril de 2001, el tribunal resolvió los expedientes acumulados n.ºs 001-2001, 002-2001 y 004-2001, en los que se ventilaban sendas acciones de inconstitucionalidad parcial del artículo 2 del decreto 85/2000 del Congreso de la República, Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal 2001.

Específicamente, y entre otros fundamentos, la Corte puso de manifiesto que, aun cuando la aprobación legislativa separó el aporte del Estado al organismo judicial en dos rubros, éstos, en conjunto o sumados, constituyen el que corresponde a los ingresos ordinarios de tal organismo. Igualmente precisó que, al dividir el aporte que corresponde al organismo judicial en lo que denominó “Aporte constitucional al Organismo Judicial” y “Aporte extraordinario al Organismo Judicial”, transgredió el artículo 237 de la Constitución porque, primero, la Carta Fundamental le garantiza —artículo 205, letra *b*— la independencia económica mediante la asignación —sin calificativos— única de “una cantidad no menor del dos por ciento del Presupuesto de Ingresos Ordinarios del Estado”, sin perjuicio de sus fondos privativos. Además, porque esa cantidad está vinculada, para el solo efecto de cálculo, al párrafo segundo del artículo 268 de la misma Carta, en cuanto “la independencia económica de la Corte de Constitucionalidad será garantizada con un porcentaje de los ingresos que corresponden al Organismo Judicial”, y tal porcentaje se concreta en “una cantidad no menor del cinco por ciento del mínimo del dos por ciento del presupuesto de ingresos del Estado que

⁴ Cf. Manuel de Jesús Mejicanos Jiménez, en una opinión que sobre el particular nos hiciera llegar gentilmente como aporte para la confección de este trabajo. Precisa el autor que debe garantizarse la independencia funcional económica de la Corte de Constitucionalidad, en cuanto a que ésta cuente con los recursos económicos necesarios para realizar, sin ningún tipo de presiones (externas) su labor de intérprete y contralor del adecuado ejercicio del poder público. La asignación económica que actualmente (año 2006) tiene la Corte de Constitucionalidad de Guatemala no resulta ser suficiente, de manera que, muchas veces, se tiene que acudir al Congreso de la República en busca de una ampliación presupuestaria, con las elucubraciones que todo ello conlleva.

⁵ Ídem.

correspondan al Organismo Judicial”, como quedó dispuesto en el ya nombrado artículo 186 del decreto n.º 1/86 de la Asamblea Nacional Constituyente —Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

Finalmente, la Corte expuso que tal vinculación normativa que sustenta la base de cálculo de asignaciones para aquel organismo y para la Corte se veía alterada por la norma impugnada, por cuanto ella no admite la división acordada y aprobada por el Congreso en la aludida Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal 2001.

2.2. *Sobrecarga de trabajo y vasta diversidad cualitativa de causas que atienden*

a) Se trata de un problema complejo que, entre otros inconvenientes, provoca congestión y excesivas demoras en la resolución de las causas, lo que aleja la operatividad del desiderátum de “duración razonable de los procesos”.

La cuestión, de importancia no menor, se convierte en un desafío para evitar que disminuya —hasta desaparecer— el rigor jurídico de las sentencias; se genere una jurisprudencia incoherente; se caiga en contradicciones reiteradas o soluciones abiertamente intercadentes; y que, en las gráficas palabras de Hernández Valle,⁷ *se apueste por las estadísticas antes que por la calidad de las resoluciones*.

b) Esa imposibilidad de analizar un cúmulo materialmente inasible de causas ha llevado a diversos órganos de jurisdicción constitucional a buscar alternativas de racionalización del número de casos por examinar.

A continuación, y sin ánimo alguno de agotar la temática sino sólo de presentar algunas muestras que ofrece la praxis en el sentido expuesto, recorreremos brevemente ciertos precedentes del Tribunal Constitucional peruano y de la Corte Suprema de Justicia argentina. En el caso del Perú, aludiremos a una trilogía de fallos que constituyen precedentes inmediatos vinculantes en los términos del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional:⁸ *Anicama*, *Villanueva* y *Baylón*, además de referir a alguna iniciativa de *lege ferenda* para implementar en

⁶ Ídem.

⁷ Cf. Rubén Hernández Valle, en un intercambio de opiniones informal que por vía epistolar mantuvimos acerca del tema central de este trabajo.

⁸ Aprobado por ley n.º 28.237 (publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de mayo de 2004), que regula los “procesos constitucionales” de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia, previstos en los artículos 200 y 202, inciso 3.º, de la Constitución (cf. artículo I, Título Preliminar). Tras un período de *vacatio legis* de seis meses, el mencionado cuerpo normativo entró en vigencia el 1.º de diciembre de 2004. Diferentes análisis y enfoques acerca de dicho Código pueden verse en la importante obra colectiva coordinada por José F. Palomino Manchego: *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, 2 tomos, Lima: Editora Jurídica Grijley, 2005.

tierras peruanas una suerte de *writ of certiorari* norteamericano. A su tiempo, y ya respecto de Argentina, mencionaremos lo decidido en las señaladas causas *Itzcovich* y *Barreto*.⁹ Veamos:

b.1) El Tribunal Constitucional del Perú, en expediente n.º 1.417-2005-AA/TC, *Manuel Anicama Hernández*, sentencia de 8 de julio de 2005, ha delineado los criterios jurídicos para determinar la procedencia de demandas de amparo discurribles en su seno en materia pensionaria a partir de la especificación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, estipulando la procedencia de la vía jurisdiccional ordinaria para la dilucidación de asuntos previsionales que no versen sobre el contenido directamente protegido por tal derecho fundamental, exhortando al Poder Judicial a aumentar el número de juzgados especializados en lo contencioso administrativo en el distrito judicial de Lima y a crearlos en el resto de los distritos judiciales del Perú a efectos de atender con diligencia y celeridad las pretensiones que correspondan ser dilucidadas por la jurisdicción ordinaria. Además, declaró que a partir del día siguiente de la publicación de la sentencia en el diario oficial *El Peruano*, “toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite [ante el Tribunal Constitucional] y cuya pretensión no verse sobre el contenido constitucional directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, debe ser declarada improcedente” (cf. punto resolutivo 4.º), no sin antes advertir que, a pesar de que determinadas pretensiones sobre la materia no pudieran en el futuro ser ventiladas en sede constitucional, la judicatura ordinaria se encuentra vinculada por las sentencias en materia pensionaria expedidas por el Tribunal Constitucional (fundamento 60).

En expediente n.º 0168-2005-PC/TC, *Maximiliano Villanueva Valverde*, sentencia de 29 de setiembre de 2005, que sigue la línea trazada en *Anicama*, el Tribunal Constitucional se refiere específicamente a las demandas de cumplimiento y establece al respecto que las que no cumplan con los requisitos de procedibilidad que la sentencia describe (*vide infra*) deberán tramitarse por el proceso contencioso administrativo a través de la vía sumarísima (fundamento 27). Sobre la cuestión, especificó que, para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o la autoridad públicos, el mandato contenido en aquéllos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes: ser un mandato vigente; cierto y claro; no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; ser de ineludible y obligatorio cumplimiento; ser incondicional (fundamento 14). Señaló, asimismo, que tales requisitos mínimos se justifican porque el proceso de cumplimiento, diseñado por la Constitución y el Código Procesal Constitucional, dado su carácter sumario y breve, no es el adecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen dichas características

⁹ Véase *supra*, nota 1.

mínimas, o de normas legales superpuestas que remiten a otras, y éstas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas (fundamento 15).

Otro tanto ocurrió en el expediente n.º 0206-2005-PA/TC, *César Antonio Baylón Flores*, sentencia de 28 de noviembre de 2005, en la que el Tribunal Constitucional expresó que debía evitarse que el proceso de amparo terminara sustituyendo a los procesos judiciales ordinarios como el laboral y el contencioso administrativo, con su consiguiente ineficacia, y desnaturalizara así su esencia, caracterizada por su carácter urgente, extraordinario, residual y sumario. En tal sentido, y utilizando respecto de la reconducción de procesos criterios similares a los empleados en *Anicama*, estableció que el proceso laboral ordinario es la vía satisfactoria para las controversias de carácter laboral individual y privado, mientras que el procedimiento especial contencioso administrativo lo es para las materias de carácter laboral individual público (fundamento 36).

Es digna de reseñar, también en el ámbito jurídico del Perú, alguna propuesta (delineada desde el Tribunal Constitucional) de reforma del recurso de agravio constitucional para mitigar la sobrecarga procesal que éste afronta, tomando como pauta referencial el *writ of certiorari* norteamericano y utilizando un criterio selectivo relacionado con la admisión de las demandas, por medio de la cual sólo se habilitaría la tramitación de aquellas que supongan esencialmente una violación constitucional y no otro tipo de causas.¹⁰

b.2.) Como adelantábamos, en Argentina también pueden mencionarse dos interesantes precedentes: *Itzcovich* y *Barreto*.

En el primero de ellos, declaró por mayoría la invalidez constitucional del artículo 19 de la ley n.º 24.463 —paradójicamente llamada de Solidaridad Previsional—, que habilitaba un recurso ordinario de apelación —ante la Corte— de las sentencias definitivas de la Cámara Federal de la Seguridad Social. El Tribunal se animó aquí a revisar la configuración legislativa de su competencia en materia de apelación ordinaria que le deparara el Congreso y se desprendió de miles de causas que anualmente aportaban significativamente a la congestión laboral del Tribunal.¹¹

Por su parte, el segundo muestra cómo, abandonando su jurisprudencia tradicional, por unanimidad de votantes se declaró incompetente para entender en forma “originaria” (es decir, cuando la causa no le llegue por vía de apelación) en la demanda interpuesta contra la Provincia de Buenos Aires por un vecino domiciliado en la Ciudad de Buenos Aires, a fin de reclamar indemnización de daños y perjuicios derivados del accionar irregular imputado a un dependiente de la provincia demandada (oficial de la policía bonaerense), pues dicho litigio no constituye “causa civil” (en los

¹⁰ Sobre el punto, véase César Landa Arroyo: *Constitución y fuentes del derecho*, Lima: Palestra, 2006, especialmente el segmento titulado: “Lineamientos para la incorporación del recurso de *certiorari* a través del recurso de agravio constitucional”, pp. 419-426.

¹¹ Pocos días después de fallado el caso *Itzcovich*, el Congreso de la Nación sancionó la ley n.º 26.025 (*Boletín Oficial* de 22 de abril de 2005), por medio de la cual derogó el aludido artículo 19 de la ley n.º 24.463.

términos del artículo 117, parte segunda, de la Constitución Nacional) que habilite tal jurisdicción originaria.

Paralelamente a racionalizar la cantidad de causas a su cargo para aminorar la sobrecarga procesal, puede todavía identificarse otra importante idea militante en dicho tándem de fallos: la necesidad de materializar una renovación del papel institucional de la Corte, sea a través del ejercicio del control de constitucionalidad (extirpando de su competencia a las apelaciones ordinarias a las que regularmente recurría la Administración Nacional de Seguridad Social —ANSeS— contra las sentencias de la Cámara Federal de la Seguridad Social) o por medio de la declaración de incompetencia originaria (cuando se reclama la responsabilidad patrimonial de una provincia por los daños sufridos por un ciudadano de otra en razón del accionar irregular endilgado a un dependiente de aquélla). En dicha actitud puede intuirse un mensaje dirigido al Congreso Nacional y al pueblo todo en cuanto a que, en el marco de su función de ordenación, concentrará cuantitativa y cualitativamente sus esfuerzos en el examen de cuestiones constitucionales sustantivas, reforzando su papel de intérprete supremo de la Constitución, punto que nos tiende el puente hacia el subtema que sumariamente repasaremos a continuación.

2.3. La interpretación constitucional, su gravitación sustancial y ciertos puntos tensionales que puede generar

a) Como señala Rivera Santivañez, uno de los desafíos principales que se cierne sobre la jurisdicción constitucional consiste en desarrollar de manera firme y sostenida el activismo judicial respecto a los derechos humanos y derechos fundamentales, realizando una interpretación dinámica de las normas de la Constitución y los instrumentos internacionales en tal materia, de manera que se pueda brindar protección efectiva e idónea a las personas cuyos derechos fuesen violados, para lo que será importante que por la vía de interpretación se definan los contenidos esenciales de los derechos humanos y sus alcances y, por medio de la interpretación integradora, se amplíen los catálogos de los derechos fundamentales.¹²

Para medir en un plano general de discusión la trascendencia de la labor interpretativa a cargo de la magistratura constitucional, no debe olvidarse que el aseguramiento de la primacía constitucional —en retroalimentación con las normas, los principios y valores aportados por el derecho internacional de los derechos humanos— y la fuerza normativa de la Ley Fundamental justamente dependen en buena medida de la tarea de hermenéutica constitucional, pues —como gráficamente se ha sostenido— la interpretación constitucional “puede modificar, anular o vivificar la Constitución, o puede hacer que el sistema agonice o resplandezca”.¹³

¹² Cf. José Antonio Rivera Santivañez, en una opinión que nos hiciera llegar sobre la temática en torno a la cual gira esta contribución.

¹³ Jorge Carpizo: voz “Interpretación constitucional”, en Miguel Carbonell (coord.): *Diccionario de derecho constitucional*, México: Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 320.

b) Perfilada en las brevísimas líneas precedentes la trascendencia del rol interpretativo de la Ley Fundamental por la magistratura constitucional, dirigiremos el foco de atención hacia una de las facetas conflictivas que el tema provoca: descifrar quién es el intérprete final y definitivo de la Constitución cuando ésta también acuerda al órgano legislativo la competencia para dictar leyes interpretativas; por ejemplo, los supuestos de Honduras y Chile.

Justamente el de Honduras es un caso con aristas singulares. En efecto, según el artículo 205, inciso 1.º, de la Constitución, el Congreso Nacional tiene atribución para “crear, decretar, *interpretar*, reformar y derogar las *leyes*” —énfasis agregado—, aunque en rigor no se refiere expresamente a la Constitución ni especifica el alcance de dicha interpretación y su tenor, es decir, si es o no vinculante para los restantes poderes del Estado. A su tiempo, la reforma al artículo 218 constitucional contenido en el decreto legislativo n.º 161/99, de 20 de octubre de 1999 (publicado en el diario oficial *La Gaceta* n.º 9.034, de 30 de noviembre del mismo año), vino a adicionar a tal norma el numeral 9.º para incluir *interpretaciones de la Constitución por el Congreso Nacional de la República*; debe recordarse que tal artículo comienza prescribiendo que en los casos y resoluciones que enumera “no será necesaria la sanción, ni el Poder Ejecutivo podrá poner el veto”.

La cuestión generó polémica, pues añadía una dificultad adicional para determinar quién es el intérprete final de la Constitución: el Congreso o la Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala Constitucional.

Ante ello, en fecha 13 de noviembre de 2002, el comisionado nacional de los Derechos Humanos, Dr. Ramón Abad Custodio López, dedujo ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia un recurso de inconstitucionalidad de la reforma al artículo 218 de la Constitución, el que fue acogido el 7 de mayo de 2003. Se declaró la inconstitucionalidad y la inaplicabilidad del decreto legislativo n.º 161/99 señalándose —como uno de los argumentos principales— que “la reforma cuestionada de inconstitucionalidad, confiere al Congreso Nacional una atribución que el Poder Constituyente no le confirió”, pues no se encuentra en el artículo 205 ni en ningún otro articulado constitucional “la competencia del Congreso para interpretar, en general y abstracto, cualquier norma constitucional; por otra parte, le quita al Poder Ejecutivo la posibilidad de vetar esa disposición; y al Judicial la de emitir dictamen ante el veto presidencial o la de pronunciarse independientemente sobre la interpretación de la Constitución”. Más adelante, el órgano sentenciante afirmó contundentemente que “una genuina Sala Constitucional es por su naturaleza el intérprete final de la Constitución y de las interpretaciones que los otros Poderes realicen, sobre todo cuando dichas exégesis sean *contra Constitutionem*”.

A su turno, el caso de Chile es más claro y diseña una solución normativa adecuada. En efecto, la Constitución habilita al Congreso a dictar normas legales que interpreten preceptos constitucionales, las que “necesitarán, para su aprobación, modificación o derogación, de las tres quintas partes de los diputados y

senadores en ejercicio” (artículo 63). A tal exigencia de mayoría calificada se le suma otro importante requisito: el control de constitucionalidad preventivo (o sea, antes de la promulgación de aquéllas) y obligatorio por el Tribunal Constitucional, cuestión contenida en el artículo 82, numeral 1.º, *ibídem*. De la interacción de las señaladas disposiciones se deriva que la idea fue entronizar al Tribunal Constitucional como depositario de la palabra final cuando de interpretar la Ley Fundamental se trata.

c) Fuera específicamente de los casos señalados (Honduras y Chile), un mensaje final general respecto de la cuestión abordada podría rescatar las siguientes premisas:

- Es estéril discutir si el Poder Legislativo recepta habilitación para interpretar la Constitución. Creemos que puede y debe hacerlo. Lo censurable sería predicar que tal faena hermenéutica es *última* o *definitiva*, pues ello —disfuncional e inapropiadamente— la tornaría insusceptible de ser controlada por la magistratura constitucional.
- Uno de los peligros que es preciso conjurar es el que entrañan las “leyes-sentencias”.¹⁴ Sobre el tema, Sagüés puntualiza que debe distinguirse entre una ley interpretativa en sentido 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”, o sea, si, frente a un caso litigioso ante los tribunales o a punto de serlo, el Congreso dicta una ley “interpretativa” destinada de hecho a resolver específicamente ese pleito.¹⁵
- Como elemento que recorre unitivamente las consideraciones precedentes, debe recordarse que —en el marco de un aconsejable *deber ser*— el ente principal de la magistratura constitucional pertinente se presenta, según indica Nogueira Alcalá, como “el órgano de cierre del ordenamiento jurídico interno” y, en consecuencia, como intérprete supremo y último de la Constitución.¹⁶

¹⁴ Tal riesgo fue visualizado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia hondureña en la sentencia anotada (de 7 de mayo de 2003, *in re Ramón Abad Custodio López*), al sostener: “Que no se desconoce que el Congreso Nacional ha realizado interpretaciones a la Constitución; sin embargo, en consonancia con los artículos 373 y 374 de la misma, no puede atribuirse al Congreso Nacional esa facultad en detrimento de las atribuciones de los otros Poderes del Estado, pues ello afectaría la forma de gobierno, al vulnerar la independencia que debe existir entre ellos y por ende estableciendo relaciones de subordinación con relación al Legislativo, pues ello daría origen por parte del Congreso a *leyes-sentencias, disfrazadas de normas interpretativas de la Constitución*” (cursivas agregadas).

¹⁵ Néstor P. Sagüés: *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Buenos Aires: LexisNexis, 2005, p. 219.

¹⁶ Humberto Nogueira Alcalá: “El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional de Chile y los efectos de sus sentencias”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, t. I, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, p. 454.

2.4. Importancia de buscar formas de articulación de los órganos de justicia constitucional con los poderes Legislativo y Ejecutivo y también con la jurisdicción ordinaria

a) La problemática transitada en el subapartado anterior acerca de quién es el intérprete final de la Constitución en los contextos jurídicos donde, aun con diferencias de configuración jurídica, se acuerda a los Congresos la atribución de dictar leyes interpretativas frente a facultades homólogas de los órganos de justicia constitucional, es una buena muestra de los inconvenientes de articulación institucional entre ésta y los distintos poderes del Estado.

Justamente, una de las aristas singulares del problema, no menos importante y acerca de la que volveremos, se patentiza cuando la magistratura constitucional pertinente, abandonando la rigidez del rol exclusivo de *legislador negativo*, avanza hacia posiciones teñidas de cierto activismo acudiendo a diversas modalidades sentenciales que reflejan la *función normativa* que puede llevar a cabo en los ámbitos legal y constitucional mediante su labor hermenéutica.

La incomodidad que en ciertos sectores del poder puede provocar este impropia-mente catalogado “desborde” de la jurisdicción constitucional no es precisamente una ilusión concebida en la imaginación de algún “teórico”, sino que se da con asiduidad. Incluso se ha llegado al extremo —en Perú— de presentar una proposición legislativa (proyecto de ley n.º 14.321-2005-CR, “para garantizar el principio de separación de poderes y la seguridad jurídica en los procesos de inconstitucionalidad”) que, dicho coloquialmente, buscaba prohibir al Tribunal Constitucional el dictado de sentencias interpretativas, obligándolo a ceñirse a su función de “legislador negativo”.

No podemos sino disentir de una iniciativa en tal sentido, entre otros fundamentos, porque encorsetar de semejante manera al Tribunal Constitucional, además de ser inconstitucional, iría a contramarcha de la evolución que ha tenido la institución (desde aquella percepción que lo encapsulaba exclusivamente como “legislador negativo”): la apertura hacia otros requerimientos y desafíos que afloran principalmente en el ámbito de los derechos humanos y del derecho humanitario, sin olvidar, por cierto, la dinámica contemporánea de la interpretación constitucional que brinda nuevos e interesantes insumos hermenéuticos al Tribunal para el desarrollo de su labor.

De hecho, al examinar el nutrido repertorio de opciones sentenciales que en la práctica jurisdiccional constitucional comparada se viene diseñando (por ejemplo, en Italia, España y Colombia, entre muchos otros), queda en evidencia la necesidad de buscar nuevas respuestas ante la insuficiencia del modelo del “legislador negativo” y la disfuncionalidad del binomio inconstitucionalidad-nulidad para hacer frente, por ejemplo, a las discriminaciones normativas, evitando la expulsión inmediata de la norma en cuestión.¹⁷

¹⁷ Markus González Beilfuss: *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pássim.

Claro está que nuestra argumentación anterior en modo alguno nos impide advertir que, en el despliegue de la tarea del Tribunal Constitucional en el sentido apuntado, éste deberá conducirse con un *activismo prudente y equilibrado*, es decir, animándose a buscar alternativas sentenciales para el cumplimiento cabal e independiente de la elevada misión deparada constitucionalmente, mas cuidándose de no abrir las puertas a una inapropiada invasión jurisdiccional en sectores competenciales propios de otros poderes del Estado y respetando siempre la autoridad democrática del legislador.

b) Otra dimensión del tema que aquí abordamos consiste en la búsqueda de alternativas de superación de la usual tensión entre el Tribunal o la Corte Constitucional y otros órganos emplazados en el Poder Judicial.

Vemos así que, por ejemplo, en el caso colombiano, no es precisamente un lecho de rosas la coexistencia de la Corte Constitucional con la Corte Suprema de Justicia (tribunal de casación) y el Consejo de Estado (máximo tribunal en lo contencioso administrativo), rispidez que —como refiere Osuna Patiño— lleva más de quince años y se acentúa cuando la Corte Constitucional anula alguna sentencia de estos dos últimos tribunales por vulneración de derechos fundamentales.¹⁸ El autor nombrado añade que ha sido éste el caballito de batalla permanente de los dos altos tribunales contra la Corte Constitucional, a lo que se suele llamar *tutela contra sentencias* o, en el argot cotidiano, *choque de trenes*, que genera un revuelo político, y a veces también jurídico, por desobediencia de aquellos tribunales a acatar a la Corte Constitucional.¹⁹

Naturalmente, el problema no es patrimonio exclusivo de Colombia; con variantes y matices, se recrea en diversos sitios, como por ejemplo, en Bolivia, entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. También, y para comprobar que no sólo se da en tierras latinoamericanas, no son pocos ni menores los altercados entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de España.²⁰

Todo lo hasta aquí indicado muestra la importancia y la conveniencia de intentar una coexistencia institucional madura tendiendo vías de articulación equilibrada de los distintos poderes y órganos extrapoderes en pro de la consolidación del Estado Constitucional de Derecho.

¹⁸ Cf., en tal sentido, la opinión que nos hiciera llegar sobre el particular el profesor Néstor Osuna Patiño.

¹⁹ Ídem.

²⁰ Con elocuencia se ha explicado uno de esos episodios conflictivos, diciendo: “[...] causa un auténtico asombro (y escándalo) la relativamente reciente decisión de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de admitir a trámite una demanda de [responsabilidad civil] contra los magistrados del Tribunal Constitucional por haber éste inadmitido un recurso de amparo. El disparate (creo que además ilícito) me parece de tal calibre que huelgan los comentarios” (Manuel Aragón Reyes: “25 años de justicia constitucional en España”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, cit. en nota 2, p. 22).

2.5. Necesidad de concretar su consolidación institucional y su legitimación social

Tal necesidad se configura claramente frente a diversos avatares que erosionan la independencia de los órganos máximos de jurisdicción constitucional al influjo de la fragilidad e inestabilidad de las democracias de los países de la región latinoamericana y su polifacética y poco predecible escenografía política.

Recuérdese, por ejemplo, lo sucedido en el Perú, donde en 1992 el autogolpe del entonces presidente Fujimori terminó con el Tribunal de Garantías Constitucionales (creado por la Constitución de 1979), y posteriormente el actual Tribunal Constitucional (que fue implementado por la vigente Constitución de 1993 y comenzó a funcionar en 1996) fue prácticamente desmantelado en 1997 al destituirse a tres de sus magistrados, como represalia por haberse expedido a favor de la inconstitucionalidad de la ley que permitía la reelección presidencial de Fujimori.

La triple destitución generó una versión “invertida” del Tribunal, que lo dejó impotente nada menos que para cumplir una de sus funciones primordiales: ejercer el control de constitucionalidad. Cabe recordar al respecto que la preceptiva reglamentaria del Tribunal Constitucional por aquel entonces requería la desmesurada cantidad de seis votos conformes sobre siete magistrados para declarar precisamente la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley,²¹ y determinaba que, en caso de no obtenerse tal mayoría calificada, y aunque pudiera existir mayoría absoluta conteste, el Tribunal debería resolver declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Es útil destacar, con Eguiguren Praeli, que tal exigencia de seis votos sobre siete introducida por la mayoría oficialista en el Congreso tenía la clara intención de limitar severamente la viabilidad de la declaratoria de inconstitucionalidad, supeditando “de manera cuestionable e irracional, la voluntad de la mayoría del Tribunal a una minoría de dos magistrados”.²²

Afortunadamente, la anómala situación generada durante el régimen fujimorista fue paulatinamente corregida *ad intra* por la recuperación democrática gestada por el gobierno de transición de Valentín Paniagua y complementada ya por el popularmente electo Alejandro Toledo, y *ad extra* por la férrea labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Con el esfuerzo yuxtapuesto desplegado en ambas dimensiones, interna e internacional, se logró la anulación de la ilegítima trilogía destitutoria, devolviendo una atmósfera de normalidad legal al Tribunal, que ha venido exhibiendo una labor muy decorosa en la defensa de los derechos fundamentales, sobre todo en el campo del

²¹ Cf. artículo 4, párr. 2.º, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, n.º 26 435.

²² Francisco Eguiguren Praeli: *Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa*, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 2000, pp. 49-50.

hábeas corpus y el amparo, y que tiene como uno de sus principales retos el de hacer funcionar el Código Procesal Constitucional.²³

Fuera ya de los avatares del Tribunal Constitucional peruano, otro ejemplo sintomático es el de Ecuador, donde el Congreso (en diciembre de 2004) removió a los magistrados del Tribunal Constitucional violando la Constitución Política.

Finalmente, debe destacarse el caso de Bolivia —anticipado en la parte introductoria de este trabajo—, donde ha quedado patentizado que el futuro del Tribunal Constitucional es sumamente incierto, ya que en la Asamblea Constituyente —en sesión desde comienzos de agosto de 2006 para modificar la actual Ley Básica— se analizan diversas posibilidades, entre las cuales se cuenta la de convertirlo en una sala de la Corte Suprema de Justicia. El futuro promete añadir nuevos capítulos a la historia. Resta aguardar que prime la cordura y que la solución que se adopte al respecto aporte para salvaguardar la democracia, el equilibrio institucional y la pervivencia del Estado Constitucional de Derecho.

2.6. Carencia de medios eficaces para la ejecución de sus pronunciamientos

La ausencia o la insuficiencia de instrumentos que permitan lograr la eficacia de los decisorios de los tribunales constitucionales o de las salas constitucionales de las cortes supremas provoca naturalmente que en muchas ocasiones aquéllos devengan inocuos.

En este punto es posible citar, a guisa de ejemplo, el caso peruano, en el que un órgano constitucional, como el Jurado Nacional de Elecciones, se resistió a acatar las sentencias del Tribunal Constitucional. Al respecto, es interesante repasar el pronunciamiento dictado por éste en expediente n.º 2.730-2006-Pa/TC, Lambayeque, caso *Arturo Castillo Chirinos*, el 21 de julio de 2006, en sesión de pleno jurisdiccional, y también, el emitido el 7 de agosto del mismo año ante la solicitud de aclaración de aquella sentencia, presentada por Fernando Vidal Ramírez, abogado del Jurado Nacional de Elecciones.

2.7. Adaptación a nuevas pautas normativas e institucionales

En Chile, por ejemplo, uno de los problemas-retos vinculados con la cuestión que genéricamente anuncia el epígrafe consiste en cómo el Tribunal Constitucional se

²³ Cf., respecto de esta última apreciación, Domingo García Belaunde, en respuesta a una consulta que le formuláramos sobre el particular. Sin embargo, el citado catedrático, al tiempo de juzgar como positiva la labor de defensa de derechos fundamentales desplegada por el Tribunal, critica la tarea que cupo a éste en materia de procesos de inconstitucionalidad, donde juzga que se han cometido errores y desbordes al “legislar innecesariamente”, aunque se encarga de reconocer que el Tribunal Constitucional es más confiable que el Poder Judicial.

adaptará a las modificaciones en su integración y competencias generadas por la reforma a la Constitución Política de 1980 (innovación publicada el 26 de agosto de 2005).

Es de recordar que, por conducto del decreto supremo n.º 100, de 17 de setiembre de 2005, y en uso de las facultades conferidas por el artículo 2 de la ley n.º 20.050, se fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de ese país.

Como punto liminar, recordamos con Nogueira Alcalá que dicha modificación constitucional ha traído nuevas modalidades de control de constitucionalidad, que concentran tal fiscalización en el Tribunal Constitucional, lo que —a criterio del autor citado— constituye un cambio de modelo de jurisdicción constitucional que tiene importantes consecuencias en el sistema de defensa del orden constitucional.²⁴

En síntesis, el Tribunal Constitucional recepta concentradamente todo el control preventivo y represivo de preceptos legales (contralor concreto y abstracto), además de algunas normas administrativas, autos acordados de tribunales superiores y resolución de determinados conflictos competenciales. Justamente, entonces, uno de los retos consiste en acomodarse a su nueva composición y competencias, entre las cuales queda subsumida la de atender los recursos de inaplicabilidad.

Con algún grado de proximidad con la cuestión chilena se presenta el caso de México, donde se va gestando un importante desafío en punto a la articulación de la jurisdicción constitucional federal, encabezada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y las jurisdicciones constitucionales locales, fenómeno éste —el de la justicia constitucional de las entidades federativas— que ya exhibe varias muestras, entre las que cabe incluir ejemplificativamente los casos de Veracruz (2000), Coahuila, Guanajuato y Tlaxcala (todos en 2001), Chiapas (2002), Quintana Roo (2003) y Nuevo León y Estado de México (2004).

3. De ciertos retos que afronta

Ligado a algunos problemas y dificultades que arrostra el órgano máximo respectivo de la magistratura constitucional pertinente, esbozaremos aquí un breve panorama de ciertos desafíos que sobre él se erigen, limitándonos a hilvanar sumarias reflexiones en torno a instrumentos o herramientas que pueden resultar útiles y provechosos para el despliegue de la trascendente labor a su cargo en los planos de la defensa de la Constitución, la garantía tutelar de los derechos humanos y el cumplimiento de su papel de moderador institucional.

Marginalmente, debe aclararse que en algún caso el cambio de perspectiva y de rumbo jurisprudenciales propuestos deberá acompañarse de una consistente modifi-

²⁴ Nogueira Alcalá: o. cit., p. 449.

cación normativa que habilite expresamente la competencia que legitime una innovación en tal sentido.

3.1. Respeto del control de constitucionalidad de los instrumentos internacionales²⁵

Nos apuramos a aclarar que no se nos escapa que el epígrafe que antecede es de dudosa potabilidad léxico-jurídica. Es que, como los instrumentos internacionales son —por varias razones— fuentes jurídicas diversas de las leyes y demás normas internas, cabe preguntarse si en puridad corresponde hablar de su fiscalización constitucional. Conscientes de ello y aceptando cualquier entendible tacha de impropiedad jurídica en tal sentido, a los efectos prácticos mantenemos en este trabajo la terminología de mención porque en diversos textos constitucionales iberoamericanos se diagrama tal competencia en cabeza del órgano supremo de jurisdicción constitucional.

Dicho esto, anticipamos que, como factores de análisis para una visión integral del problema que nos convoca, no cabría soslayar —*inter alia*— la creciente interdependencia de los Estados, la imposibilidad de aislamiento frente a los fenómenos de globalización e integración económica, la necesaria imagen de seriedad y confiabilidad hacia la comunidad internacional sustentada en la garantía de la seguridad jurídica fronteras adentro y la consolidación de la decisión institucional de dar cumplimiento a los compromisos internacionales que acometa el Estado en cuestión.

En esa realidad contextual no nos parece que la temática en estudio recepte una importancia menor o secundaria; tampoco, que sea indiferente que un determinado ordenamiento jurídico diseñe normativamente o habilite jurisprudencialmente un control de constitucionalidad represivo o posterior de los instrumentos internacionales en vigor.

Pensamos que, una vez que el documento internacional en cuestión se encuentre en vigor e *integrado* al ordenamiento jurídico interno, resultaría inconveniente habilitar a su respecto un control de constitucionalidad *a posteriori*, pues, si siguiéramos un razonamiento hipotético, ¿qué sucedería si el órgano jurisdiccional constitucional pertinente concluyera que aquél es total o parcialmente inconstitucional y, a caballo de tal decisión, se optara por no cumplir sus postulados? Percibimos que semejante alternativa podría coadyuvar al debilitamiento del contenido axiológico y jurídico de la exigencia que se impone a todo Estado de honrar sus compromisos internacionales. Ello tampoco supondría —precisamente— respetar los principios generales del derecho y, ya en particular, las pautas *pacta sunt servanda* (norma fundamental de todo el derecho de los tratados), buena fe e improcedencia de alegar disposiciones de dere-

²⁵ Para ampliar sobre el tema, véase Víctor Bazán: *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Una visión de derecho comparado*, México: Porrúa, 2003.

cho interno para justificar el incumplimiento de los acuerdos internacionales, y, por el contrario, propiciaría el demérito de la seguridad jurídica y la potencial responsabilidad internacional del país en cuestión.

De un rápido recorrido por un sector de la preceptiva constitucional iberoamericana (Colombia, Ecuador, Bolivia, Chile), tomado sólo para graficar la problemática expuesta, surge que —aunque con matices— en aquél se diagrama por vía de principio un *control de constitucionalidad previo o preventivo del instrumento internacional*, que puede ser:

- *obligatorio*, verbigracia, en Colombia o Ecuador; en este último país, cuando se trate de aquellos instrumentos que requieran la aprobación del Congreso Nacional, es decir, los enumerados en el artículo 161 constitucional;
- *facultativo o potestativo*, por ejemplo, en Bolivia; y
- *obligatorio y facultativo* según las hipótesis de que se trate, lo que se verifica en el supuesto de Chile, donde se ha programado un control *obligatorio* de los tratados referentes a materias que en el derecho interno son objeto de ley orgánica constitucional, y fuera de esta hipótesis, un contralor *facultativo* a iniciativa de ciertos órganos o autoridades del Estado, antes de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional —y en caso alguno después del quinto día del despacho de dicha comunicación.

Naturalmente entonces, nos expedimos a favor del control preventivo o *a priori* de constitucionalidad de los instrumentos internacionales, identificándolo como uno de los retos o desafíos actuales a los que se enfrentan las jurisdicciones constitucionales con elementos concentrados. Incluso, y para evitar potenciales *inconvenientes* en el despliegue vivencial éstos, creemos aconsejable pautar que dicha fiscalización fuese obligatoria, en orden a prevenir contradicciones o disturbios normativos *ad intra* e intensificar, así, el celo en la preservación de la supremacía constitucional; coadyuvar al mantenimiento de la coherencia y lógica del sistema interno de fuentes, y evitar la vinculación jurídica del Estado pertinente en el ámbito internacional sin proceder, previamente, a las adaptaciones normativas correspondientes o, en su caso, a desistir de la aprobación del documento internacional o a concretarla con reservas.

Más allá de las disposiciones específicas de las respectivas regulaciones constitucionales, también nos animamos a hablar de *reto* de la jurisdicción constitucional para evitar que la praxis pertinente desnaturalice la preceptiva de la Ley Fundamental que estatuya un control preventivo. Aludimos a la existencia de algunos precedentes discutibles en los que, a través de la interpretación del órgano pertinente de jurisdicción constitucional, se han habilitado ciertas alternativas para adelantar el ejercicio del control posterior del instrumento internacional, alegando —en el caso del Tribunal Constitucional boliviano— la convergencia de un recurso indirecto o incidental de

inconstitucionalidad (*vide* la sentencia constitucional n.º 036 de 2001) o reivindicando, en el de la Corte Constitucional colombiana (por mayoría), su competencia para conocer de las demandas ciudadanas contra leyes aprobatorias de tratados ya perfeccionados, no obstante haber mitigado su alcance al condicionar semejante viabilidad fiscalizatoria a aquellos instrumentos internacionales que lo fueron antes de la entrada en vigor de la Ley Fundamental vigente de 1991 (véase la sentencia n.º C-400 de 1998). En uno y otro caso, quedaría por reflexionar si la apertura de vías de examen *ex post* no frustra o desnaturaliza la finalidad que se tuvo en mira al diseñar un control previo de constitucionalidad.

3.2. *Acerca del control de constitucionalidad sobre las omisiones contrarias a la Ley Fundamental*

Como se indicara varias décadas atrás en referencia a las normas que el legislador ordinario debía dictar para dar plena ejecución a la Constitución, cuando éste se abstiene de estatuir, por ese camino viene a violar gravemente la Constitución.²⁶

Dicho de otra manera, la Constitución puede ser vulnerada no sólo por *acción*, sino también por *omisión*; concretamente, en este último caso, cuando no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga, o cuando se regula de modo deficiente plasmando una reglamentación insuficiente o discriminatoria que deja de dotar a algunos lo que, en igualdad de condiciones o circunstancias, acuerda a otros. Ello sentado, ¿sería lícito o legítimo permitir que los órganos del poder constituido, mediante su inercia, inhiban la vigencia de la Constitución o paralicen el ejercicio de algún derecho contenido en un mandato constitucional y sujeto a desarrollo normativo ulterior? La respuesta al interrogante debería ser negativa, ya que la supremacía de la Constitución es indisponible para aquellos órganos.

El ejercicio del control sobre las omisiones inconstitucionales persigue —*inter alia*— *recomponer* el imperio de la Ley Fundamental, cuya primacía habría quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano omitente. En línea con ello, cabe recordar que el control de constitucionalidad como noción jurídica es inseparable de la de Constitución como norma suprema de un ordenamiento jurídico dado.²⁷

Para analizar someramente la tipología de omisiones inconstitucionales es necesario acudir a Wessel.²⁸ Básicamente, tal autor distingue entre omisiones absolutas y relativas.

²⁶ Paolo Biscaretti di Ruffia: *Derecho constitucional*, trad. de Pablo Lucas Verdú, Colección de Ciencias Sociales, n.º 48, Madrid: Tecnos, 1965, p. 269.

²⁷ Ignacio Villaverde Menéndez: *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 3.

²⁸ W. Wessel: “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde”, *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, cuad. 6, 1952, p. 164.

En las *absolutas*, hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente. En las *relativas*, el legislador, al propulsar la norma para “obedecer” el mandato constitucional, favorece a ciertos grupos y olvida a otros o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros. Las hipótesis pueden tentativamente ser refundidas en la siguiente fórmula: habrá omisión relativa toda vez que, en el cumplimiento del mandato constitucional (o, añadimos, del tratado internacional sobre derechos humanos con jerarquía constitucional en los sistemas jurídicos que —como el argentino—²⁹ les acuerden tal valencia), el órgano legislativo o la autoridad pública encargados de efectivizarlo quiebren —en forma no intencional, pero produciendo un resultado discriminatorio y/o arbitrario— el principio de igualdad, o cuando se produzca una regulación deficiente gestada por una norma incompleta.

En este supuesto (omisión relativa), el control de constitucionalidad —excitado por la omisión en perjuicio de algunos— sale al rescate de la supremacía constitucional, que ha sido momentáneamente neutralizada. Naturalmente, no cualquier omisión viabilizará el control; sólo aquella cuya textura y efectos sean constitucionalmente relevantes y no concreten en forma *completa* una determinada imposición constitucional (o de un tratado internacional que recepte la valencia expuesta *supra*).

Por lo demás, y aunque no existan previsiones específicas en los respectivos textos constitucionales que institucionalicen el control de constitucionalidad contra las omisiones inconstitucionales (como sí figuran explícitamente en las Constituciones de Brasil —artículo 103, § 2.º—, que confiere competencia originaria y exclusiva para resolverla al Supremo Tribunal Federal, y de Venezuela, cuyo artículo 336, numeral 7, adjudica atribución para conocer de ella a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia), los respectivos órganos de jurisdicción constitucional iberoamericanos se enfrentan al desafío de permitirse ingresar a espacios incómodos del control de constitucionalidad como el que representa el sector de las omisiones *contra Constitutionem*.³⁰

Al respecto, es interesante compulsar el despliegue que en la dirección apuntada ofrece la Corte Constitucional colombiana (véanse las sentencias n.ºs C-543/96, C-080/99, C-956/99, C-1.433/2000, C-007/2001, C-1.064/2001, C-185/2002, C-871/2002, C-402/2003) y el Tribunal Constitucional peruano (véase, por ejemplo, la sentencia de 20 de abril de 2004 en expediente n.º 2.945-2003-AA/TC, caso *A. A. M. G.*),³¹ la que

²⁹ Cf. artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

³⁰ Para compulsar el despliegue de la inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, véase Víctor Bazán: “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado”, en Miguel Carbonell (coord.): *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 91-286.

³¹ Un comentario de tal fallo puede consultarse en Luis R. Sáenz Dávalos: “La protección procesal de los derechos constitucionales programáticos (supuestos teóricos, avances jurisprudenciales y perspectivas dentro del modelo implementado por el Código Procesal Constitucional)”, en *Revista Peruana de Derecho Público*, año 6, n.º 11, julio-diciembre 2005, Lima: Editora Jurídica Grijley, pp. 53-85, en esp. pp. 70 y ss.

acude a diversas opciones sentenciales para controlar las omisiones inconstitucionales: *remedios unilaterales*, que suponen la reparación inmediata de la omisión por la propia sentencia del tribunal o corte constitucionales —por ejemplo, las “sentencias interpretativas” y, dentro de éstas, las “manipulativas” y, más específicamente, las “aditivas”—, y de *remedios bilaterales*, que generan la necesidad de colaboración, verbigracia, entre el Tribunal Constitucional y el legislador.

Ciertamente, este tema nos enlaza con la cuestión abordada *supra* en torno a que la insuficiencia del paradigma kelseniano del legislador negativo no refleja la función normativa que realizan los tribunales constitucionales por medio de su labor interpretativa, además de que, con frecuencia, los pronunciamientos estimatorios de control de constitucionalidad no se limitan a expulsar del ordenamiento una norma inconstitucional.³² Tal actitud de las correspondientes jurisdicciones constitucionales denota un intento por superar lo que Modugno denomina la ingenua alternativa entre constitucionalidad e inconstitucionalidad,³³ equivalentes respectivamente a la desestimación y al acogimiento de la pretensión de inconstitucionalidad.

3.3. *En torno a la participación del amicus curiae en los procesos constitucionales*

Como líneas básicas de presentación de los *amici curiae* valga recordar que pueden comparecer al proceso en tal calidad las personas físicas o jurídicas, siempre que acrediten reconocida competencia en la temática en examen; su intervención no los convierte en parte; su actividad queda ceñida a expresar una opinión fundada en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante, y deben ostentar un interés justificado en la decisión de la causa en la que comparecen.

La calidad de *amigos del tribunal* se materializa a través de una actividad de alegación sobre el tema que constituye el objeto de una decisión jurisdiccional, tarea que —como apuntábamos— realizan como terceros, es decir, como personas ajenas a la relación jurídico-procesal, pero interesadas en el resultado del proceso.³⁴

En específica referencia al ámbito jurídico norteamericano, aunque con utilidad argumental expansiva, se ha indicado que, dentro del modelo dialógico de creación de precedentes, el *amicus curiae* permite la ampliación de participantes en el debate. Así, mientras mayor sea la participación de ideas en el debate constitucional, mayor será la legitimidad del precedente que se establezca y, al mismo tiempo, se cumplirá

³² González Beilfuss: o. cit., pp. 12-13.

³³ Franco Modugno: “Corte Costituzionale e potere legislativo”, en AA.VV., *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, 1982, p. 48; aludido por González Beilfuss: o. cit., p. 15.

³⁴ Cf. Víctor Trionfetti: “El enriquecimiento del debate judicial a través de la figura del *amicus curiae*”, en *La Ley*, 2003-F, Buenos Aires, p. 71.

con el fundamento democrático de que las normas son autoimpuestas y, de allí, obligatorias y legítimas.³⁵

La figura en análisis puede coadyuvar a garantizar el debido proceso y brindar nuevos elementos de análisis o enfoques jurídicos idóneos para realzar cualitativamente las decisiones judiciales, al tiempo que la posibilidad de fundar éstas en argumentos públicamente ponderados constituye un factor suplementario de legitimidad³⁶ de la actuación de la jurisdicción constitucional.

La institución que aquí concita nuestra atención puede adquirir relevancia en casos complejos o cuestiones que plantean un dilema ético o de otra índole y que la sentencia que las dirima no agote sus efectos en la hipótesis concreta sino que ostente fuerza expansiva hacia otros supuestos o procesos pendientes. En tales hipótesis, las presentaciones de *amici curiae* podrían aportar para el enriquecimiento cualitativo del material sobre el cual la magistratura constitucional desenvolverá la tarea de *ponderación* cuando en los asuntos por dirimir converjan distintos principios o valores —quizás antagónicos— y en los que cada una de las fases de la argumentación judicial suponga precisamente la realización de valoraciones que toleran ciertas dosis de *discrecionalidad*.

De extendido uso en diversos ámbitos iusinternacionales (por ejemplo, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), vale evocar que en fecha relativamente reciente, y sin haber mediado interposición del legislador, la Corte Suprema de Justicia argentina dictó la acordada n.º 28, de 14 de julio de 2004, en la que autorizó —por mayoría— la intervención de *amigos del tribunal*, cuya presentación, que puede concretarse en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada de la Corte en los que se debatan asuntos de trascendencia colectiva o interés general, habrá de ser realizada con la única finalidad de expresar una opinión o una sugerencia fundadas sobre el objeto del litigio, en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante.

Para finalizar, es de destacar que, si la mayoría de los Estados iberoamericanos ha aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si además ante ésta existe la posibilidad de comparecer en calidad de *amicus curiae* y si llegar con un caso ante ella supone el agotamiento previo de los recursos internos del Estado demandado, requisito éste concedido en interés del propio Estado, resulta entonces absurdo —como enfatizan Abregú y Courtis—³⁷ prohibir a institucio-

³⁵ Juan V. Sola: “El recurso extraordinario y el debate constitucional”, en el “Número especial: Recurso extraordinario federal” de Jurisprudencia Argentina, 26 de marzo de 2003, Buenos Aires, p. 95.

³⁶ Véase, *mutatis mutandi*, Martín Abregú y Christian Courtis: “Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino”, en el volumen colectivo compilado por dichos autores: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: CELS y Editores del Puerto, 1997, p. 388.

³⁷ Abregú y Courtis: o. cit., pp. 392-393.

nes o grupos interesados presentarse en carácter de *amicus* ante los tribunales locales (oportunidad frente a la que el Estado tiene posibilidades de remediar la alegada violación) y conceder esa posibilidad después, cuando el Estado ya ha sido demandado ante la Corte por la imputación de los mismos hechos. Por lo demás, siendo la instancia interamericana coadyuvante o complementaria de la que exhibe el derecho interno, es razonable ofrecer a los grupos o instituciones interesados en articular opiniones fundadas sobre el tema en cuestión la misma posibilidad de participación procesal en sede interna que la que tienen en el ámbito internacional, adelantando ante los tribunales locales los argumentos que eventualmente serán considerados por el Tribunal con sede en Costa Rica.

3.4. La interacción de la jurisdicción constitucional interna con los tribunales internacionales para fortalecer la preservación de los derechos fundamentales

Nos interesa ahora resaltar el relevante papel que los magistrados constitucionales están llamados a desempeñar en el Estado constitucional de derecho, fundamentalmente en contextos cuyos paisajes jurídicos han sido impactados fuertemente por el derecho de los derechos humanos, como —por citar sólo un ejemplo— el argentino al influjo de la reforma constitucional operada en 1994.

La delicada misión que la magistratura constitucional ostenta como último reducto para la defensa y efectivización de los derechos fundamentales en el ámbito vernáculo deberá ser afrontada y desplegada conociendo y asumiendo *la importancia axiológica de las fuentes jurídicas internacionales* (instrumentos internacionales sobre derechos humanos, costumbres internacionales consolidadas y principios generales del derecho de las naciones civilizadas), las que habrán de emplearse como guía en la trascendente tarea de interpretación y aplicación de los preceptos de la Ley Fundamental por parte de la jurisdicción constitucional y, también y de acuerdo con la valencia que en la propia Constitución se les asigne *vis-à-vis* el derecho interno, como parámetros de control de la normativa infraconstitucional, es decir, fiscalizando la adecuación a ellas de las leyes y normas infralegales.

Y todo esto por cuanto no hacerlo así podría suponer —más allá de una grave despreocupación por el resguardo de la dignidad humana— que el Estado en cuestión incurra en responsabilidad internacional, pues por ejemplo respecto del orden jurídico interamericano, ser parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos genera tanto un deber de *respeto* a los derechos humanos como un deber de *garantía* de éstos.

Conviene entonces alertar respecto de diversas cuestiones de interés, que deberán ser repensadas por la jurisdicción constitucional. Es que en la hora actual los puntos de contacto entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno se multiplican, incrementando la necesidad de lograr una pacífica articulación de tales fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad a favor de

la consolidación del sistema general de derechos, lo que es tan sencillo de predicar dialécticamente como difícil de plasmar en la realidad fáctica.

Antes de pasar a las observaciones que cerrarán este trabajo, condensaremos algunas de aquellas importantes zonas de confluencia entre ambas dimensiones (interna e internacional) que representan otros tantos desafíos para las respectivas jurisdicciones constitucionales, a saber:

- el temperamento adoptado por la Norma Fundamental respectiva al asignar un determinado tenor jerárquico a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos frente al derecho interno o, en su defecto, al silencio que puede guardar sobre el particular, y en la sustancial tarea hermenéutica a cargo de la jurisdicción constitucional, para entonces descifrar la valencia posicional de tales documentos internacionales en el plano vernáculo;
- la cotización que los máximos tribunales nacionales brindan a los pronunciamientos de los órganos protectorios del sistema interamericano: Comisión y Corte Interamericanas;
- la importancia que asume el que las jurisdicciones constitucionales locales aporten para eliminar los obstáculos que suelen impedir el goce real de los derechos económicos, sociales y culturales; los que no tienen menor entidad que los derechos civiles y políticos y que, por tanto, no pueden continuar mediatizados al influjo de un malentendido concepto de *progresividad*, pues ésta no significa letargo o pasividad estatales *sine die*; y
- finalmente, la ardua problemática de la ejecución de las sentencias del tribunal interamericano en sede nacional, asunto que entraña uno de los retos más trascendentes a los que se enfrenta todo propósito real de fortalecimiento del modelo tuitivo regional de los derechos humanos.

4. Palabras de cierre

El itinerario recorrido en esta contribución sólo ha pretendido mostrar sumariamente algunos inconvenientes y problemas a los que se enfrenta la jurisdicción constitucional iberoamericana y alertar enunciativamente respecto de determinados desafíos que deberá asumir.

Consolidar su legitimación social y democrática, pugnar por su independencia funcional y económica, superar la insuficiencia presupuestaria, entronizarse como eficaz instrumento de defensa de la Constitución y garante final de los derechos humanos en los respectivos ámbitos internos, son sin duda problemáticas comunes que se enseñorean de los respectivos espacios donde operan los órganos de la magistratura constitucional pertinente en distintas latitudes del arco iberoamericano.

El control de constitucionalidad preventivo y obligatorio de los instrumentos internacionales, la fiscalización constitucional de las omisiones contrarias a la Ley Fun-

damental, la canalización de nuevas fórmulas de participación de la población en los procesos constitucionales (por ejemplo, a través de la intervención de *amicus curiae*), la posibilidad de acudir a diversas modalidades sentenciales atípicas para cumplir su función (por ejemplo, modulando los efectos de sus pronunciamientos, exhortando a los poderes políticos del Estado, etcétera), la necesidad de fortalecer los mecanismos internos de exigibilidad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, e, *inter alia*, la búsqueda de una coexistencia armónica con los tribunales internacionales (fundamentalmente en materia de derechos humanos) no son sino algunos de los desafíos que el siglo XXI impone a la jurisdicción constitucional.

Tales retos y exigencias obligan a superar los esquemas y moldes del Tribunal Constitucional como “legislador negativo”, exigiéndole —como *mutatis mutandi* refiere Tajadura Tejada— llegar hasta las últimas fronteras de la Constitución normativa para consolidarse como verdadero tribunal de los “ciudadanos”³⁸ o, en visión más abarcativa, de los “habitantes”.

Es que, como puntualiza Bidart Campos, la Constitución se ha *juridizado*, es “derecho de la Constitución”, es decir que se ha superado la idea de Constitución preponderantemente como un plan o proyecto político sin fuerza o vigor normativos,³⁹ Por el contrario, al cambiar el enfoque y adjudicar a aquélla tal fuerza o vigor, se ha reforzado la tradicional doctrina de la *supremacía constitucional*, porque se le asigna aplicación directa como norma jurídica de base (o de vértice).⁴⁰ Ello significa que el contenido de la Constitución *se ha sustancializado* mediante el denso bloque axiológico que aglutina *valores, principios y derechos*, en un sistema axiológico que tiene como centro a la *persona humana*, por lo que la Constitución ya no admite ser visualizada desde el poder, sino desde la persona, de modo que su eje no es la organización del poder sino el *núcleo material de valores, principios y derechos* que asignan a la misma Constitución una unidad de orden y de sentido.⁴¹

En sentido convergente, Rolla apunta que la Constitución no alberga únicamente un conjunto de normas, sino que además contiene la afirmación de principios y valores que unifican una comunidad social, por lo que el deber actual del juez constitucional

³⁸ Javier Tajadura Tejada: “Retos y desafíos de la justicia constitucional en los umbrales del siglo XXI”, en AA.VV.: *Visión iberoamericana del tema constitucional*, Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2003, pp. 438-439.

³⁹ Germán J. Bidart Campos: “La positivización de la axiología constitucional (Para una teoría de la Constitución en el Estado Social y Democrático de Derecho)”, en Raúl Morodo y Pedro De Vega (dirs.): *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, t. II, Madrid: Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas) y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 729.

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ Ídem.

consiste en ser dinámico artífice de la integración social dentro del Estado y un garante de la unidad sustancial del ordenamiento.⁴²

Sin obviar las restantes —e importantes— funciones que la jurisdicción constitucional asume, es innegable que su intermediación en la realización del derecho al cumplimiento de la Constitución es medular, pues tal derecho envuelve a todos los protagonistas sociales, lo que torna cada vez más viva la creencia de que la formación de una sociedad democrática presupone la capacidad ciudadana que propicia la concreción del derecho a tener derechos.⁴³

Y, para ello, es imprescindible una jurisdicción constitucional fuerte, activa, responsable e independiente; pero al mismo tiempo, prudente, equilibrada, consciente de sus límites y respetuosa de la autoridad democrática del legislador.

⁴² Giancarlo Rolla: “El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo”, en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa (coords.): *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (México, 12 a 15 de febrero de 2002), México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 364.

⁴³ Cf. Flávia Piovesan: *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, 2.^a ed. revista, atualiz. e ampl., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 198.

Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)*

Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos **

1. Sobre el Estado democrático de derecho

Puede decirse que el Estado democrático de derecho en el mundo contemporáneo está construido sobre cuatro elementos fundamentales: en primer lugar, la existencia de una Constitución como norma suprema, directamente aplicable a los particulares; en segundo lugar, la democracia como régimen político, que tiene por objeto asegurar el gobierno del pueblo como titular de la soberanía, sea en forma indirecta a través de representantes, o bien mediante instrumentos para su ejercicio directo; en tercer lugar, el goce y ejercicio de los derechos humanos, como fin esencial del orden político; y en cuarto lugar, el control del poder, como sistema político constitucional, que tiene por objeto impedir el abuso de quienes ejercen el poder estatal.

Los cuatro elementos están interrelacionados, de manera que ninguno puede existir aisladamente y sin que exista el otro: no puede haber efectiva supremacía constitucional, verdadera democracia ni efectivo goce y protección de los derechos humanos si no hay control del poder, y sólo en democracia es que se concibe el sistema de derechos humanos, la posibilidad de controlar el poder y garantizar efectivamente la supremacía de la Constitución.

* Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Columbia Law School (2006). <abrewer@bblegal.com>.

**Documento preparado para el Encuentro de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales de Centro América y República Dominicana.

En otras palabras, para que pueda existir y funcionar efectivamente la democracia y se pueda asegurar realmente la protección de los derechos humanos y la supremacía constitucional, se requiere de un marco constitucional que establezca y permita el control del poder, de manera que los diversos poderes del Estado puedan limitarse mutuamente y, mediante su división y distribución, el poder pueda frenar al poder. Sólo en un sistema donde exista el control del poder puede haber garantía esencial de todos los valores de la propia democracia, como el respeto a la voluntad popular, la vigencia de los derechos humanos, el pluralismo político, la alternabilidad republicana o el Estado de derecho.

Precisamente por ello, en ese instrumento internacional excepcionalísimo que es la *Carta Democrática Interamericana*, adoptada en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en Lima, el 11 de septiembre de 2001, se enumeraron en su artículo 3, como elementos esenciales de la democracia representativa, además del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; además del acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; además de la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo; y además del régimen plural de partidos y organizaciones políticas; la necesaria existencia —dice— de “la separación e independencia de los poderes públicos”. Además, la misma *Carta* definió en su artículo 4.º, como componentes fundamentales del ejercicio de la democracia, la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, y el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. Además, se declaró que son igualmente fundamentales para la democracia la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad. La democracia, por tanto, es mucho más que las solas elecciones y votaciones.

Sin embargo, entre todos esos elementos y componentes esenciales de la democracia, sin duda, el que se refiere a la separación e independencia de los poderes públicos es precisamente el que permite estructurar un verdadero régimen democrático, asegurar la supremacía de la Constitución y la efectiva vigencia de los derechos humanos.¹

No olvidemos que en nuestros países, desde hace mucho tiempo y con todos los altos y bajos de su efectividad, hemos tenido instituciones que han buscado asegurar el respeto a los derechos humanos, la sujeción del poder al derecho, elecciones más o menos regulares y libres y un régimen plural de partidos. Pero si nuestras democracias

¹ Sobre la Carta Democrática Interamericana y la crisis de la democracia en Venezuela, véase Allan R. Brewer-Carías: *La crisis de la democracia venezolana. La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, Caracas: El Nacional, 2002, pp. 137 ss. Este libro puede consultarse en la página web <<http://www.allanbrewercarias.com>> (Publicaciones 2002).

no terminan de arraigar, es porque nos ha faltado implantar efectivamente el último de los elementos mencionados en la Carta Democrática Interamericana: el de la efectiva “separación e independencia de los poderes”; es decir, el orden constitucional que debe existir en toda democracia para controlar y limitar el poder, que hace posible la misma gobernabilidad de la democracia y, en particular, lograr una efectiva representación política, la posibilidad real de participación política del ciudadano, un buen gobierno que sea transparente y responsable, la garantía de los derechos humanos y la vigencia efectiva del Estado de derecho.

Porque sin control del poder no sólo la democracia no es gobernable, sino que no pueden tener efectiva vigencia todos los otros factores esenciales de la democracia antes mencionados. Sólo controlando al poder es que puede haber elecciones completamente libres y justas, es decir, puede haber representatividad efectiva; sólo controlando al poder es que puede haber pluralismo político; sólo controlando al poder es que puede haber efectiva participación democrática; sólo controlando al poder es que se puede asegurar una efectiva transparencia en su ejercicio, con exigencia de la rendición de cuentas por los gobernantes; sólo controlando al poder es que se puede asegurar un buen gobierno sometido al respeto de la Constitución y del Estado de derecho; sólo controlando el poder es que puede haber un efectivo acceso a la justicia; y sólo controlando al poder es que puede haber real y efectiva garantía de respeto a los derechos humanos.

Al contrario, demasiada concentración y centralización del poder, si no hay controles efectivos sobre los gobernantes, y peor aún si estos tienen o creen tener apoyo popular, conduce al autoritarismo y, en definitiva, a la tiranía. Y esa es la historia de la humanidad durante el siglo pasado, que nos muestra precisamente a tiranos que usaron el voto de la mayoría para acceder al poder y desde allí aplicaron el autoritarismo para acabar con la propia democracia y con todos sus elementos, comenzando por los derechos humanos.

Desde los inicios del constitucionalismo moderno, además, estos principios quedaron plasmados en la misma Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuando proclamó que “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución” (artículo XVI). Constitución, separación de poderes, respeto a los derechos humanos y, más modernamente, la democracia, han sido y continúan siendo los signos más arraigados, y no necesariamente desarrollados en la práctica, del constitucionalismo contemporáneo propios del Estado de derecho.

2. El control del poder y los tribunales constitucionales

Ahora bien, una pieza esencial de este proceso relativo al control del poder la constituye el control judicial de la constitucionalidad de los actos estatales, que permite particularmente el control de la constitucionalidad de las leyes y garantiza la

protección judicial de los derechos humanos. De allí la progresiva consolidación de los tribunales constitucionales en el mundo contemporáneo, precisamente como la pieza más importante para el control del poder, en orden a garantizar la supremacía de la Constitución, asegurar la democracia y servir de instrumentos para asegurar y proteger el efectivo goce y respeto de los derechos humanos.

Me refiero a los tribunales con competencia en cuestiones constitucionales, ya se trate de tribunales creados como tribunales constitucionales o se trate de los tribunales ordinarios cuando ejercen competencias constitucionales.

En el primer caso están los tribunales constitucionales creados específicamente para ejercer en exclusiva la jurisdicción constitucional. Así sucede, por ejemplo, primero, con los tribunales y cortes constitucionales que se han establecido dentro o fuera del Poder Judicial, como ha sucedido en Guatemala, Chile, Perú, Ecuador, Colombia y Bolivia; segundo, con las salas constitucionales establecidas dentro de las cortes supremas de justicia, sea con potestad decisoria propia, como las salas constitucionales de Costa Rica, El Salvador, Paraguay y Venezuela, o con potestad decisoria limitada por la regla de la unanimidad, como sucede en el caso de Honduras; y tercero, con las cortes supremas de justicia que ejercen la jurisdicción constitucional, sea teniendo una sala constitucional como entidad ponente, como sucede en Nicaragua, o ejerciendo sus competencias en pleno, compartidas con las competencias de casación, como sucede en Brasil, Panamá, Uruguay y México.

En el segundo caso, también se pueden considerar como tribunales constitucionales los tribunales ordinarios cuando ejercen el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, como sucede, por ejemplo, en Argentina, Brasil, Perú, Colombia y Venezuela; o cuando conocen de las acciones de amparo, como sucede en casi todos los países suramericanos.

En todos esos supuestos, el rol de los tribunales constitucionales es garantizar la Constitución y su supremacía² y, a través de ella, la democracia, el control del poder y la vigencia de los derechos humanos. Los ciudadanos en un Estado democrático de derecho tienen en efecto un derecho constitucional a que se preserve la supremacía de la Constitución, pues ello es la garantía de su propio derecho a la democracia, a que se controle el abuso del poder y a que los otros derechos constitucionales tengan vigencia.

3. El derecho ciudadano a la supremacía constitucional

Si partimos del supuesto de que la Constitución es manifestación de la voluntad del pueblo que debe prevalecer sobre la voluntad de los órganos constituidos, el primer y principal derecho constitucional que los ciudadanos tienen en un Estado de derecho

² Véase Allan R. Brewer-Carías: "La justicia constitucional", en *Revista Jurídica del Perú*, n.º 3, Trujillo, 1995, pp. 121-160.

es *el derecho a dicha supremacía*, es decir, al respeto de la propia voluntad popular expresada en la Constitución. Nada se ganaría con señalar que la Constitución, como manifestación de la soberanía del pueblo, debe prevalecer sobre la de los órganos del Estado, si no existiere el derecho de los integrantes del pueblo de exigir el respeto de esa Constitución.

El constitucionalismo moderno, por tanto, en nuestro criterio, está montado no sólo en el principio de la supremacía constitucional, sino en el principio de que, como secuela del anterior, también existe *un derecho del ciudadano a esa supremacía*,³ que se concreta, conforme al principio de la separación y control del poder, en *un derecho fundamental a la tutela judicial de la supremacía constitucional*.

De esta forma, el desarrollo de la justicia constitucional en sus dos vertientes, como protección de la parte orgánica de la Constitución o como protección de su parte dogmática, es decir, de los derechos y libertades constitucionales, en definitiva no es más que la manifestación de la garantía constitucional del derecho fundamental del ciudadano respecto de la supremacía constitucional, es decir, a la tutela judicial efectiva de dicha supremacía.

Este derecho fundamental, así, se concreta tanto en un derecho al control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos estatales, sea mediante sistemas de justicia constitucional concentrados o difusos, y en un derecho al amparo judicial de los demás derechos fundamentales de las personas, sea mediante acciones o recursos de amparo u otros medios judiciales de protección inmediata de tales derechos. La consecuencia de este derecho fundamental, sin duda, implica el poder atribuido a los jueces de asegurar la supremacía constitucional, sea declarando la nulidad de los actos contrarios a la Constitución, sea restableciendo los derechos fundamentales vulnerados por acciones ilegítimas, tanto de los órganos del Estado como de los particulares.

Tratándose de un derecho fundamental de los ciudadanos el de asegurar la supremacía constitucional mediante la tutela judicial de la Carta, es evidente que sólo la Constitución podría limitar dicho derecho; es decir, cualquier limitación legal a la Constitución sería incompatible con la idea del derecho fundamental de la supremacía constitucional que se postula, ya sea manifestada en actos estatales excluidos del control judicial de constitucionalidad, sea en derechos constitucionales cuya violación no fuera amparable en forma inmediata. La supremacía constitucional es una noción absoluta, que no admite excepciones, por lo que el derecho constitucional a su aseguramiento tampoco puede admitir excepciones, salvo, por supuesto, las que establezca la propia Constitución.

³ Véase Allan R. Brewer-Carías: “El amparo a los derechos y libertades constitucionales (una aproximación comparativa)”, en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, tomo III, Madrid, 1993, pp. 2696-2697.

De lo anterior resulta que, en definitiva, en el derecho constitucional contemporáneo los tribunales constitucionales se han estructurado como una garantía adjetiva al derecho fundamental de los ciudadanos a la supremacía constitucional.

En cierta forma, como lo ha señalado Silvia Snowiss en su análisis histórico sobre los orígenes de la justicia constitucional de Norteamérica, ésta tuvo su origen como mecanismo sustitutivo de la revolución.⁴ Recuérdese que en la propia Declaración de Derechos que precedió la Constitución o forma de gobierno de Virginia, del 29 de junio de 1776, se declaró como derecho colectivo el “que corresponde a la mayoría”, como “derecho indudable, inalienable e irrevocable” de “reformular, alterar y abolir” cualquier gobierno establecido en forma “inadecuada o contraria” a los propósitos establecidos en la Declaración (III).

Ello significa que 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 a los representantes o a su sustitución por otros, en aplicación del derecho a la resistencia o a la revuelta que defendía John Locke.⁵ 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 parte del pueblo. Pues bien, y precisamente como sustituto de ella, sin embargo, se considera que surgió el poder atribuido a los tribunales constitucionales para dirimir los conflictos constitucionales entre los poderes constituidos o entre éstos y el pueblo. Esa es, precisamente, la tarea de los tribunales constitucionales, por lo que la justicia constitucional queda configurada como la principal garantía al derecho ciudadano a la supremacía constitucional.

4. La garantía de la Constitución y los tribunales constitucionales

Por tanto, la existencia misma de los tribunales constitucionales como instrumentos para la consolidación del Estado de derecho deriva de la idea misma de Constitución como norma suprema y positiva, directamente aplicada a gobernantes y gobernados.

Como lo señaló Mauro Cappelletti, la Constitución debe considerarse “no como una simple pauta de carácter político, moral o filosófico, sino como una ley verdadera, positiva y obligante, con un carácter supremo y más permanente que la legislación positiva ordinaria”.⁶ O, como lo puntualizó Eduardo García de Enterría, como normas jurídicas efectivas, que prevalecen en el proceso político, en la vida social y económica

⁴ Véase Silvia Snowiss: *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, 1990, p. 113.

⁵ Véase John Locke: *Two Treatises of Government* (ed. Peter Laslett), Cambridge (Reino Unido), 1967, pp. 221 ss.

⁶ M. Cappelletti: *Judicial Review of Legislation and its Legitimacy. Recent Developments*, General Report. International Association of Legal Sciences, Uppsala, 1984 (mimeo), p. 20; también publicado como “Rapport général” en L. Favoreu y J. A. Jolowicz (eds.): *Le contrôle juridictionnel des lois Légitimité, effectivité et développements récents*, París, 1986, pp. 285-300.

del país, y que sustentan la validez a todo el orden jurídico.⁷ En este sentido, la Constitución como ley suprema, real y efectiva, contiene normas directamente aplicables tanto a los órganos del Estado como a los individuos.

Éste fue el concepto adoptado en los Estados Unidos de América desde los inicios del constitucionalismo, y en los países de América Latina desde el siglo pasado. Fue el concepto adoptado en Europa después de la Revolución Francesa, el cual, abandonado durante el siglo XIX, fue redescubierto en el siglo XX, particularmente después de la Segunda Guerra Mundial. Es el mismo sentido normativo que se desprende de la decisión de la Corte Suprema norteamericana en el caso *Trop vs Dulles*, de 1958, en la que, con relación al carácter normativo de la Constitución, estableció lo siguiente:

Las disposiciones de la Constitución no son adagios trillados ni contraseñas vacías. Son principios vitales y vivos que autorizan y limitan los poderes gubernamentales de nuestra Nación. Son normas de Gobierno. Cuando se cuestiona ante este Tribunal la constitucionalidad da una ley del Congreso, debemos aplicar dichas normas. De lo contrario, los términos de la Constitución se convertirían en poco más que buenas intenciones.⁸

Por ello, en los sistemas jurídicos contemporáneos las constituciones no son aquellas “buenas intenciones” ni esos “adagios trillados” a que se refería tal decisión; al contrario, su contenido tiene un carácter normativo que rige tanto respecto de los órganos del Estado como de los individuos.

Este principio rige ahora, incluso, en Francia, donde anteriormente, en el sistema constitucional tradicional instaurado por las leyes constitucionales de 1875, debido a la inexistencia de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en el texto de la Constitución,⁹ sus disposiciones fueron consideradas como no directamente aplicables a los individuos. Sin embargo, tras varias decisiones del Consejo Constitucional adoptadas en los años setenta del siglo pasado, el “bloque de la constitucionalidad”¹⁰ fue ampliado para incluir en él la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, los preámbulos de las constituciones de 1946 y 1958 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República.¹¹ Esto llevó a Jean Rivero a afirmar, con respecto a la creación del derecho por los tribunales constitucionales, que con las decisiones del Consejo Constitucional basadas en “la Constitución y en particular en su Preámbulo” se había producido “una revolución”:

⁷ E. García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985, pp. 33, 39, 66, 71, 177 y 187.

⁸ 356 US 86 (1958).

⁹ J. Rivero: *Les libertés publiques*, vol. 1, París, 1973, p. 70.

¹⁰ L. Favoreu: “Le principe de constitutionalité. Essai de définition d’après la jurisprudence du Conseil constitutionnel”, en *Recueil d’études en l’honneur de Charles Eisenmann*, París, 1977, p. 33.

¹¹ L. Favoreu: *Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité. Développements récents en Europe occidentale*, Association Internationale des Sciences Juridiques, Colloque d’Uppsala, 1984 (mimeo), p. 8; publicado en Favoreu y Jolowicz: o. cit., pp. 17 ss.

He allí, de una sola vez, la Declaración de 1789, el Preámbulo de 1946, los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, integrados a la Constitución francesa, aun cuando la Constituyente no lo quiso. La Constitución francesa duplicó de tamaño por simple voluntad del Consejo Constitucional.¹²

Este carácter normativo de la Constitución en relación con los órganos del Estado y los individuos, y su aplicación por los tribunales, también han provocado cambios en relación con las llamadas *normas programáticas* de la Constitución, las cuales tradicionalmente habían sido consideradas como normas sólo directamente aplicables al Legislador.¹³ Por el contrario, el carácter normativo de la Constitución como tendencia esencial del constitucionalismo contemporáneo tiende a la superación del carácter programático atribuido a algunas normas constitucionales, y a imponer su ejecución por los tribunales como normas directamente aplicables a los individuos, con lo que dejan de ser consideradas sólo como aquellas “buenas intenciones”.

Por otra parte, en el derecho constitucional contemporáneo los tribunales constitucionales existen no sólo porque existe una Constitución como norma verdaderamente aplicable por los tribunales, sino además porque 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.

Dicha concepción de la Constitución como ley suprema también se la debemos, sin duda, al constitucionalismo norteamericano; es no sólo una de sus grandes contribuciones a la historia universal del derecho, sino el fundamento de la noción misma de la justicia constitucional. Esta concepción surgió de la integración de la tradición del derecho natural —en la versión de John Locke y Edward Coke, de la *ley de leyes*, *ley inmutable* (es decir, *lex legum*, *lex aeterna* y *lex immutabile*)— con la forma jurídica concreta plasmada en los pactos y cartas de las colonias americanas, que luego fue formalizada como ley fundamental, en un documento solemne, precisamente aquel que iba a darse a conocer bajo el nombre de *Constitución*.¹⁴ De esa forma, en la

¹² J. Rivero: “Rapport de synthèse”, en L. Favoreu (ed.): *Cours Constitutionnelles Européennes et Droit Fondamental*, Aix-en-Provence, 1982, p. 520.

¹³ García de Enterría, o. cit., pp. 37, 69. Cf. P. Biscaretti di Ruffia y S. Rozmaryn: *La Constitution comme loi fondamentale dans les États de l'Europe occidentale et dans les États socialistes*, Turín, 1966, p. 39.

¹⁴ E. S. Corwin: *The “Higher Law” Background of American Constitutional Law*, Nueva York, 1955 (reimpreso en *Harvard Law Review*, vol. XLII, 1928-1929, pp. 149-185 y 365-409).

Constitución de los Estados Unidos de 1787 se adoptó el concepto de la supremacía de la Constitución sobre la legislación de los Estados; es decir, el principio según el cual la Constitución es la ley suprema del país, que deben aplicar los jueces a pesar de cualquier disposición contraria en las constituciones o leyes de los estados miembros, lo cual se consagró en la Constitución como la *cláusula de supremacía*.¹⁵

Debe señalarse, sin embargo, que en su artículo I, sección 9, la Constitución norteamericana había impuesto algunas limitaciones al Congreso;¹⁶ además, en 1789 fue concebida tanto la primera enmienda a la Constitución como las otras nueve dirigidas a configurar una declaración de derechos y garantías individuales (*Bill of rights*), como una limitación al Poder Legislativo.

En todo caso, la *cláusula de supremacía*, las limitaciones constitucionales impuestas al Congreso por la Constitución y el poder conferido a la Corte Suprema para “resolver cualquier causa, en derecho y equidad, derivada de esta Constitución” (artículo III, sección 2), junto con los antecedentes de la *ley suprema* del sistema constitucional británico, fueron las que llevaron a adoptar formalmente la doctrina de la supremacía constitucional y, en consecuencia, el control judicial de la constitucionalidad.¹⁷

Ese control se estableció por primera vez con relación a las leyes federales, en el famoso caso *Marbury vs Madison* de 1803,¹⁸ en el cual el principio de la supremacía de la Constitución fue el argumento principal para el ejercicio de tal poder de control judicial de la constitucionalidad de las leyes por la Corte Suprema.

En efecto, el *Chief Justice* Marshall, buscando determinar si de conformidad con la Constitución la Corte Suprema podía ejercer la autoridad de dictar *writs of mandamus* a los empleados públicos que le había sido conferida por la Ley Judicial de

¹⁵ Artículo VI, § 2, de la Constitución: “Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se sancionen conforme a ella, y todos los tratados firmados o por firmar bajo la autoridad de los Estados Unidos, conformarán la Ley Suprema de la Nación; y los jueces de cada Estado estarán subordinados a ella, independientemente de cualquier disposición contraria de las leyes de cualquier Estado”.

¹⁶ Por ejemplo: “El privilegio del autor de *habeas corpus* no se suspenderá, salvo cuando así lo requiera la seguridad pública en los casos de rebelión o invasión”. “No se dictará Ley alguna de efectos individuales o *ex post facto*” (numerales 2 y 3).

¹⁷ Véase Snowiss: o. cit., pp. 90 ss.

¹⁸ 5. US (1 Cranch), 137; 2 L. Ed 60 (1803). Con relación a este caso, véase en general E. S. Corwin: *The Doctrine of judicial review. Its legal and historical basis and other Essays*, Princeton, 1914, pp. 1 y 78. El caso que provocó la decisión puede resumirse así: El presidente John Adams, justo antes de finalizar su período, había nombrado a William Marbury como juez de paz. El nuevo presidente, Thomas Jefferson, no quería a Marbury en el ejercicio del cargo y ordenó al secretario de Estado, James Madison, que no le diera el nombramiento. Marbury pidió a la Corte Suprema una orden o mandamiento judicial requiriendo que el secretario de Estado le otorgara el nombramiento. En la decisión, y aun cuando el *Chief Justice* John Marshall opinaba que se había tratado injustamente a Marbury, desechó el caso al considerar que la Corte Suprema no tenía competencia para ordenar actuaciones a un órgano del Poder Ejecutivo, a pesar de que la Ley Judicial la autorizaba para ello, por cuanto al hacerlo así la ley estaba en contradicción con la Constitución.

1789, y considerando que ello “no estaba previsto en la Constitución”, decidió “investigar la posibilidad de que una jurisdicción así conferida pudiera ejercerse”; para ello, desarrolló la doctrina de la supremacía de la Constitución basándose en la pregunta de *si un acto incompatible con la Constitución podía o no llegar a convertirse en ley de la Nación*.

Con miras a responder esta pregunta siguió un razonamiento lógico, estableciendo, en primer lugar, el principio de la supremacía de la Constitución. Inició su argumentación aceptando la idea de un “derecho original” del pueblo a fijar los principios que han de regir “su futuro gobierno”, como “la base sobre la cual se ha erigido todo el sistema norteamericano”. En su opinión, este derecho original de adoptar tales principios “fundamentales” y “permanentes” representaba una tarea considerable, de manera que no debía “repetirse frecuentemente”.

Tal “voluntad original y suprema —decía— organiza el gobierno, [...] confiere a diferentes departamentos sus poderes respectivos [...] [y] fija ciertas limitaciones que dichos departamentos no pueden sobrepasar”. Consideró que el Gobierno de los Estados Unidos era del tipo en el que “los poderes de la legislatura están definidos y limitados” y que fue precisamente para que “estas limitaciones no puedan ser malinterpretadas u olvidadas” que se adoptó una Constitución escrita con aquellos principios fundamentales y permanentes. Luego, el juez Marshall se preguntó:

¿Para qué fin están limitados los poderes, y para qué fin tal limitación se pone por escrito si dichos límites pudieran ser transgredidos, en cualquier momento, por aquellos a quienes se busca restringir? La distinción entre un gobierno con poderes limitados y otro con poderes ilimitados desaparece si esos límites no obligan a los individuos sobre quienes se imponen, y si los actos prohibidos y aquellos permitidos tienen la misma obligatoriedad.

La alternativa, según él, como proposición demasiado evidente para ser cuestionada, era la siguiente:

[O] que la Constitución controla cualquier acto legislativo incompatible con ella; o que el poder legislativo puede modificar la Constitución mediante un acto ordinario [...].

Y respecto a ello explicaba:

En esta alternativa no hay término medio. O la Constitución es una ley suprema soberana, que no puede ser modificada por medios ordinarios, o está en el mismo nivel que los actos legislativos ordinarios y, al igual que éstos, puede ser modificada cuando le plazca a la legislatura.

Si la primera parte de la alternativa es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley; si la última parte es cierta, entonces las constituciones escritas no son sino intentos absurdos por parte del pueblo de limitar un poder por naturaleza ilimitable.

Por supuesto, su conclusión fue que la Constitución era “la ley suprema y soberana de la Nación”, principio que consideraba “como uno de los principios fundamentales

de nuestra sociedad”. En consecuencia, aceptó el postulado según el cual “un acto de la legislatura incompatible con la Constitución es nulo”, considerando como “la esencia misma del deber judicial” el determinar las normas que rigen el caso, cuando una ley está en oposición a la Constitución. En tales situaciones, concluyó:

[...] la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura; la Constitución, y no tales actos ordinarios, deben regir el caso al que ambos se aplican. [Lo contrario significaría otorgar] a la legislatura una omnipotencia real y práctica [...]; significaría lo mismo que prescribir limitaciones y declarar que éstas pueden ser transgredidas a voluntad [...] lo que, en conjunto, socavaría el fundamento mismo de todas las constituciones escritas.

Después de este caso, el principio de supremacía de la Constitución, en el sentido de que prevalece sobre cualquier otra ley incompatible con ella, se convirtió en una de las principales características del constitucionalismo moderno y, por supuesto, de la posibilidad misma del control judicial de la constitucionalidad de las leyes.

Esa doctrina de la supremacía de la Constitución y del control jurisdiccional de la constitucionalidad fue seguida posteriormente en toda América Latina desde el siglo XIX, pero, en contraste, sólo se abrió camino en Europa, después de la Primera Guerra Mundial, principalmente a través del sistema constitucional concebido por Hans Kelsen para su país, reflejado en la Constitución austriaca de 1920, así como en la Constitución checoslovaca del mismo año. Años más tarde, después de la Segunda Guerra Mundial, el sistema austriaco de supremacía constitucional y tribunales o cortes constitucionales fue adoptado por Alemania e Italia, para luego, por su influencia, extenderse a otros sistemas constitucionales europeos, como sucedió en España y Portugal y, más recientemente, en todos los países de Europa oriental.

Como señaló hace algunos años Louis Favoreu, fue durante las últimas décadas del siglo XX cuando Europa volvió a “descubrir” la Constitución como una ley suprema, que coloca algunos valores fundamentales de la sociedad fuera del alcance de mayorías parlamentarias ocasionales o temporales, por lo que el tradicional carácter sagrado se transfiere de los actos del Parlamento a la Constitución. De allí que la Constitución 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.¹⁹

La situación en América Latina, en todo caso, siempre fue distinta. Bajo la inspiración del constitucionalismo norteamericano, el principio de la supremacía constitucional y de la justicia constitucional se arraigó en nuestros países desde el siglo XIX y pasó a configurarse como uno de los principios clásicos del constitucionalismo latinoamericano, por cuya consolidación seguimos luchando.

¹⁹ Favoreu: *Le contrôle juridictionnel...*, o. cit., p. 23.

5. El activismo de los tribunales constitucionales y los valores y principios constitucionales

Otro aspecto que debe mencionarse sobre el papel de los tribunales constitucionales es que su misión no se limita a garantizar la supremacía del texto formal de las normas constitucionales escritas, sino también de los principios y valores no escritos de la Constitución escrita. En otras palabras, el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes no sólo se ejerce sobre las normas incluidas en los artículos escritos de la Constitución, sino sobre normas no escritas, que se infieren del texto de la Constitución y de su espíritu.²⁰

En los Estados Unidos de América esto ha sido ampliamente discutido al analizarse el problema del papel activo de la Corte Suprema, en especial en cuanto a la protección de los derechos humanos, y del debate ha surgido el llamado *modelo no interpretativo*, que ha permitido a los jueces ir más allá de las referencias literales a la Constitución y aplicar normas que no se encuentran en el marco del documento escrito, pero que forman parte de los valores fundamentales y permanentes de una sociedad determinada y de su sistema político.

Por ello, por ejemplo, a pesar de que ni la Constitución de 1787 ni las enmiendas de 1789 consagraban el principio de igualdad y que la enmienda XIV (1868) sólo establecía la *cláusula de protección igual*,²¹ la llamada Corte Warren pudo adoptar en la década de los cincuenta del siglo XX las conocidas decisiones que condujeron a eliminar la discriminación racial y permitir la protección de minorías tradicionalmente excluidas, particularmente a partir de la conocida sentencia en el caso *Brown vs Board of Education of Topeka*, de 1954.²²

En ese mismo ámbito de la protección de los derechos fundamentales, también debe destacarse el papel del Consejo Constitucional francés en los casos en los cuales controló la conformidad de la legislación con los “principios generales” o con las “tradiciones republicanas” —no definidos, vagos y no escritos— “encontrados” por el Consejo y definidos como de rango jurídico superior.²³ En este sentido, también puede decirse que fue a partir de la década de los sesenta cuando la actitud del Consejo Constitucional francés cambió radicalmente, en particular a partir de la importante decisión adoptada el 16 de julio de 1971²⁴ con respecto a la libertad de asociación, y al

²⁰ L. Favoreu: “Rapport général”, en Favoreu (ed.), *Cours Constitutionnelles...*, o. cit., p. 45.

²¹ Cf. García de Enterría: o. cit., pp. 216-217. Véase también R. Berger: *Government by Judiciary. The Transformation of the fourteen Amendment*, 1977.

²² Véase en particular *Brown vs Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

²³ M. Cappelletti: “El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado”, en *Revista de estudios políticos*, n.º 13, Madrid 1980, p. 69 (“‘The Mighty Problem’ of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis”, in *Southern California Law Review*, 1980, p. 409).

²⁴ Véase en L. Favoreu y L. Philip: *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, París, 1984, pp. 222-237.

valor jurídico positivo dado al preámbulo de la Constitución de 1958, con todas sus consecuencias,²⁵ con lo que se configura lo que Louis Favoreu llamó el *bloque de la constitucionalidad*.²⁶

En efecto, el preámbulo de la Constitución francesa de 1958 establece:

El pueblo francés proclama solemnemente su subordinación a los Derechos del Hombre y a los principios de soberanía nacional tal como están definidos por la Declaración de 1789, confirmados y completados por el Preámbulo de la Constitución de 1946.

Este preámbulo de la Constitución, hasta 1971, había sido considerado por el propio Consejo Constitucional como un mero principio de orientación para la interpretación constitucional; su competencia se concebía “estrictamente limitada” por el texto constitucional.²⁷ Esta actitud, sin embargo, cambió con la mencionada decisión del Consejo Constitucional del 16 de julio de 1971, cuando resolvió que una nueva ley era contraria a la Constitución porque establecía un procedimiento previo de controles judiciales para que una asociación pudiera tener capacidad jurídica. Esa ley, en realidad, era una reforma de la ley de 1910 sobre las asociaciones sin fines de lucro, que había sido introducida por el Gobierno a la consideración de la Asamblea Nacional en 1970. El Consejo Constitucional la consideró inconstitucional.²⁸

Entre sus argumentos, consideró que la Constitución de 1958, a través del preámbulo de la Constitución de 1946, se refería a los “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”, entre los cuales se cuenta el principio de libertad de asociación. De acuerdo con este principio, las asociaciones pueden constituirse libremente y pueden desarrollar sus actividades públicamente, con la única condición de hacer una declaración previa, cuya validez no puede ser sometida a una previa intervención de autoridades administrativas o judiciales. El Consejo Constitucional decidió que las limitaciones impuestas a las asociaciones por la nueva ley eran inconstitucionales. Por ello, Jean Rivero afirmó:

La libertad de asociación, la cual no está expresamente consagrada ni por la Declaración ni por “los principios particularmente necesarios en nuestro tiempo”,

²⁵ Favoreu: “Rapport général introductif”, o. cit., pp. 45-46.

²⁶ Favoreu, “Le principe de la constitutionnalité...”, o. cit., p. 34.

²⁷ L. Hamon: “Contrôle de Constitutionnalité et protection des droits individuels. A propos de trois décisions récentes du Conseil Constitutionnel”, en *Recueil Dalloz Sirey 1974*, Chronique XVI, p. 85.

²⁸ Véase la decisión del Consejo Constitucional en Favoreu y Philip: o. cit., p. 222. Véanse los comentarios de la decisión del 16 de julio de 1971 en J. Rivero: “Note”, en *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, 1971, p. 537; J. Rivero: “Principes fondamentaux par les lois de la République; une nouvelle catégorie constitutionnelle?”, en *Dalloz 1974, Chroniques*, p. 265; J. E. Bardsley: “The Constitutional Council and Constitutional Liberties in France”, en *The American Journal of Comparative Law Journal*, 20 (3), 1972, p. 43, y B. Nicolas: “Fundamental Rights and Judicial Review in France”, en *Public Law Journal*, 1978, p. 83.

pero que ha recibido su estatus de una ley del 1.º de julio de 1901, ha sido reconocida por la decisión citada [del Consejo Constitucional] como dotada de un carácter constitucional, y ello no solamente como principio, sino incluso en relación con las modalidades de su ejercicio.²⁹

El impacto de esta decisión fue resumido por Barry Nicholas:

Marcó un cambio inequívoco con respecto a la tradición constitucional de la supremacía de la ley. Declaró, por sobre todo, que incluso del ámbito reservado a la legislación por el artículo 30 de la Constitución había principios fundamentales que el Parlamento no podía alterar ni infringir. Y sobre todo, declaró que aquellos principios fundamentales se encontraban no solamente en la misma Constitución sino también en su preámbulo, y a través de él, en el preámbulo de 1946 (y presumiblemente, también en la Declaración de 1789).³⁰

La decisión del 16 de julio de 1971 acerca de la libertad de asociación puede considerarse como un ejemplo de la voluntad creativa del Consejo Constitucional para determinar los derechos fundamentales, aun cuando para ello tenía que basar su decisión en el preámbulo de la Constitución de 1958 y, a través de éste, en el preámbulo de la Constitución de 1946, considerado como uno de los “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”. Por lo tanto, con el fin de establecer un derecho fundamental o una libertad como “principio fundamental”, el Consejo Constitucional se basó en una ley específica existente, particularmente en relación con la libertad de asociación, como era la ley del 1.º de julio de 1901 que la reconocía.

Sin embargo, en otros casos,³¹ como sucedió con el derecho a la defensa, el Consejo Constitucional, para deducirlo, no se basó en la existencia de una ley en particular, sino en “los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”. En efecto, en la decisión 1920 de enero de 1981,³² el Consejo Constitucional también cambió radicalmente su posición con respecto al derecho a la defensa, el cual era considerado por el Consejo de Estado “simplemente como un principio general del derecho”.³³ Al contrario, luego de la decisión de 1981, el Consejo Constitucional lo reconoció como parte de los “principios y valores de rango constitucional”, expresión

²⁹ J. Rivero: “Les garanties constitutionnelles des Droits de l’Homme en Droit français”, en *IX Journées Juridiques Franco-Latino-américaines*, Bayona, 21-23 de mayo de 1976 (mimeo), p. 11.

³⁰ Nicholas: o. cit., p. 89.

³¹ Las decisiones del 8 de noviembre de 1976, del 2 de diciembre de 1976, del 19 de enero de 1981, del 20 de enero de 1981. Cf. las citas en F. Luchaire: “Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux. Conseil Constitutionnel Français”, en Favoreu (ed.): *Cours Constitutionnelles*, o. cit., pp. 69, 70, 83.

³² Favoreu y Philip: o. cit., pp. 490, 517.

³³ Cf. D. G. Lavroff: “El Consejo Constitucional francés y la garantía de las libertades públicas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 1 (3), 1981, pp. 54-55; Favoreu y Philip: o. cit., p. 213.

empleada por el Consejo para “designar de manera genérica todas las normas que tienen rango constitucional, sin estar incluidas en el texto de la Constitución”.³⁴

Por todo lo anterior, en la actualidad, en Francia, como consecuencia de la ampliación del principio de constitucionalidad, la “conformidad con la Constitución” no se entiende estrictamente como la conformidad con una disposición expresa del texto constitucional. Al contrario, desde los años setenta, la noción de *norma constitucional* que puede servir de referencia para el control jurisdiccional de la constitucionalidad se entiende, cada vez más, en sentido más amplio, el cual incluye disposiciones y principios que están fuera del texto expreso constitucional y, en particular, contenidos en la Declaración de 1789, en los preámbulos de las constituciones de 1946 y 1958, en los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y en los principios generales con valor constitucional.³⁵

En este caso, evidentemente, el problema básico que tienen los tribunales constitucionales deriva del grado de claridad del texto constitucional y, consecuentemente, de la factibilidad del ejercicio del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes a partir de nociones contenidas en los artículos constitucionales que a veces son vagas, imprecisas o indeterminadas, y en la necesidad de que el juez constitucional pueda adaptar el texto de la Constitución con el fin de garantizar su efectividad y supremacía.

No hay que olvidar que, en las constituciones contemporáneas, las declaraciones de derechos fundamentales algunas veces están redactadas de manera sintética, vaga y elusiva; sus normas a veces se expresan en conceptos indeterminados como libertad, orden público, democracia, justicia, dignidad, igualdad, función social o interés público,³⁶ todo lo cual tiene que conducir a los jueces a ejercer un papel muy activo de interpretación de lo que se ha dado en llamar las “ambigüedades preciosas”³⁷ de las constituciones.

En todo caso, estas expresiones vagas e imprecisas de las constituciones siempre expresan algunos conceptos o valores relacionados con los fundamentos generales

³⁴ L. Favoreu: “Les décisions du Conseil Constitutionnel dans l’affaire desnationalisations”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’étranger*, t. XCVIII, n.º 2, París, 1982, p. 401.

³⁵ L. Favoreu: “L’application directe et l’effet indirect des normes constitutionnelles”, en *French Report to the XI International Congress of Comparative Law*, Caracas, 1982 (mimeo), p. 4.

³⁶ M. Cappelletti: “Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle” en L. Favoreu (ed) *Cours Constitutionnelles Européennes et Droits fondamentaux*, París, 1982, p. 474..

³⁷ “Si bien es cierto que la precisión ocupa un sitio de honor en la redacción de una decisión gubernamental, no es menos cierto que se vuelve mortal en una Constitución que se quiere permanezca como un cuerpo viviente”. S. M. Hfstedles: “In the name of Justice”, en *Stanford Lawyers*, 14 (1), 1979, pp. 3-4, citado por Cappelletti: “Nécessité et légitimité...”, o. cit., p. 474. Véanse las referencias en García de Enterría: o. cit., p. 229, y en Favoreu: “Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité...”, o. cit., p. 32.

de una sociedad determinada y su sistema político; por tanto, es respecto de estos últimos que el juez constitucional debe desempeñar su papel creativo y determinar el sentido exacto del concepto. Estas expresiones, llamadas *conceptos jurídicos indeterminados* o *nociones jurídicas imprecisas*,³⁸ que están incluidas en las constituciones principalmente por su carácter general, son las que los tribunales constitucionales deben identificar y explicar, y, mediante un proceso interpretativo, fijar sus fronteras, para lo cual deben tomar en cuenta, sobre todo, los valores supremos que derivan de la Constitución y que, generalmente, se encuentran en el preámbulo o en los primeros artículos del texto.

La posición de los tribunales constitucionales frente a la Constitución no es, pues, muy diferente de la que cualquier juez tiene normalmente ante las leyes, las cuales deben ser interpretadas; y, así como los jueces no deben sustituir al legislador deduciendo conceptos contrarios a lo que está escrito en la ley, tampoco pueden interpretar la Constitución de manera tal que lleguen a deducir conceptos que vayan en contra del texto constitucional y de sus valores fundamentales.³⁹

Sin embargo, los tribunales constitucionales siempre tienen un deber adicional al juez ordinario: deben defender la Constitución y, en especial, los valores que en un momento dado estuvieron en la base de su sanción. Por esta razón, el juez constitucional, en su proceso interpretativo, debe adaptar la Constitución a los valores de la sociedad y del sistema político, con miras, precisamente, a “mantener viva la Constitución”.⁴⁰ Para este fin, no cabe la menor duda de que, para controlar la constitucionalidad de la legislación, debe desarrollar una actividad creativa, de manera de permitir la aplicación moderna y efectiva de constituciones que, por ejemplo, fueron escritas en el siglo XIX e incluso en el siglo XX.

En este sentido, la Constitución no puede ser considerada como un documento estático. Por el contrario, siempre debe adaptarse a la evolución de las necesidades e instituciones sociales. Y precisamente, en este proceso de adaptación de la Constitución, el papel de los tribunales constitucionales ha sido de vital importancia, como lo ha demostrado la Corte Suprema norteamericana al dictar las mencionadas importantes decisiones en relación con la discriminación racial en el sistema educativo.

Al referirse a la enmienda XIV, por ejemplo, el *Chief Justice* Warren, de la Corte Suprema, declaró en el caso *Brow vs. Board of Education of Topeka*, en 1954:

³⁸ F. Sainz Moreno: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976; E. García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades de poder en el derecho administrativo*, Madrid, 1980, p. 32.

³⁹ Luchaire: o. cit., p. 83.

⁴⁰ M. Cappelletti: “El formidable problema...”, o. cit., p. 78.

Al enfocar este problema no podemos regresarnos a 1868, cuando se adoptó la enmienda, y ni siquiera a 1896, cuando se decidió el caso *Plessy vs. Ferguson*. Debemos examinar la educación pública a la luz de su desarrollo completo y del lugar que ocupa actualmente en la vida estadounidense, en toda la Nación. Solamente de esta manera puede determinarse si la segregación en las escuelas públicas priva a los demandantes de una protección igual de las leyes.

Tal afirmación lo llevó a concluir:

Que en el campo de la educación pública, la doctrina “separados pero iguales” no tiene lugar. Establecimientos educacionales separados son intrínsecamente desiguales. Por ello, sostenemos que los demandantes, así como otros en situación similar a quienes han intentado las acciones, son, debido a la segregación de la que se quejan, privados de una protección igual de las leyes, garantizada por la enmienda XIV.⁴¹

En el mismo sentido, esta adaptación de la Constitución por el juez constitucional quedó demostrada en Francia por el Consejo Constitucional, en el conocido caso de las nacionalizaciones, de 1982, en el cual se aplicó el artículo relativo al derecho de propiedad contenido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 y, consecuentemente, se declaró el derecho de propiedad con rango constitucional. En su decisión del 16 de enero de 1982,⁴² aun cuando el artículo de la Declaración de 1789 relativo al derecho de propiedad fue considerado obsoleto, estimándose que su interpretación no podía realizarse sino en un sentido radicalmente diferente al que tenía en 1789,⁴³ el Consejo Constitucional declaró:

Considerando que, si posteriormente a 1789 y hasta nuestros días las finalidades y las condiciones de ejercicio del derecho de propiedad han experimentado una evolución caracterizada a la vez por una notable extensión de su campo de aplicación a dominios individuales nuevos y por limitaciones exigidas por el interés general, los principios mismos enunciados por la Declaración de los Derechos del Hombre tienen pleno valor constitucional, tanto en lo que concierne al carácter fundamental del derecho de propiedad, cuya conservación constituye uno de los objetivos de la sociedad política, y que está colocado en el mismo nivel que la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión, como en lo que concierne a las garantías otorgadas a los titulares de este derecho y las prerrogativas del poder público [...].⁴⁴

En esta forma, el Consejo Constitucional no sólo “creó” un derecho fundamental constitucional al asignar rango y valor constitucional a la Declaración de 1789, sino que también adaptó el “sagrado” y absoluto derecho de propiedad. consagrado hace doscientos años, al derecho limitado y limitable de nuestros tiempos, aun cuando su preservación lo llevó a declarar inconstitucionales algunos de los artículos de la Ley de Nacionalización.

⁴¹ 347 U.S. 483 (1954).

⁴² Véase Favoreu y Philip: o. cit., pp. 525-562.

⁴³ Favoreu: “Le contrôle juridictionnel...”, o. cit., p. 32.

⁴⁴ Favoreu y Philip: o. cit., p. 526. Cf. Favoreu: “Les décisions du Conseil...”, o. cit., p. 406.

De lo anteriormente señalado resulta claro que, en todos los sistemas constitucionales dotados de constituciones escritas, para que las constituciones sean vistas como leyes supremas cuyas normas deben prevalecer sobre cualquier otra en el ordenamiento jurídico, el principio de la supremacía de la Constitución no sólo se aplica a sus artículos escritos sino también a las normas no escritas que los jueces constitucionales pueden deducir del Texto Fundamental, como parte de los valores supremos que se encuentran en el fundamento de una sociedad determinada y de su sistema político.

En todo caso, el principio de supremacía de la Constitución quedaría como letra muerta si el sistema constitucional no brindase un conjunto completo de garantías constitucionales para darle efectividad. Una de estas garantías es, precisamente, la justicia constitucional, es decir, los poderes otorgados a los jueces, tanto ordinarios como especiales, para controlar la constitucionalidad de las leyes y de todos los demás actos del Estado.

4. La aplicación por los tribunales constitucionales de las cláusulas constitucionales abiertas para la ampliación de los derechos humanos protegibles

En este proceso de garantizar la supremacía de la Constitución y, mediante ella, la efectiva vigencia de los derechos humanos, los tribunales constitucionales de América Latina, por ejemplo, han tenido que recurrir no sólo a los principios y valores establecidos o derivados del texto de las constituciones, sino a lo que se dispone en los tratados internacionales sobre derechos humanos, de manera que una de las características más destacadas del derecho de los derechos humanos en América Latina es el de la progresiva aplicación, por los tribunales constitucionales, de los instrumentos internacionales de derechos humanos, a los efectos de su protección en el orden interno. Ello es consecuencia, por supuesto, del carácter meramente declarativo de las declaraciones constitucionales de derechos humanos, en las cuales, en definitiva, sólo se reconoce la existencia de estos derechos, considerados en las constituciones y en los propios tratados internacionales como derechos inherentes a la persona humana.

Esta aplicación de los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos en el ámbito interno de los países de América Latina puede decirse que se ha desarrollado en las últimas décadas, a través de varias técnicas interpretativas.

En primer lugar, se destaca la técnica de las llamadas *cláusulas abiertas sobre derechos humanos* incorporadas en las constituciones latinoamericanas, la cual tiene su origen remoto en la enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos de América (1791), que dispuso: “La enumeración de ciertos derechos en la Constitución no debe construirse como la negación o desecho de otros que el pueblo conserva”. Con ello se buscaba confirmar que la lista de los derechos constitucionales no termina en aquellos expresamente declarados y enumerados en los textos constitucionales.

Esta técnica, enriquecida en el constitucionalismo latinoamericano, ha permitido considerar como derechos humanos todos los otros inherentes a la persona humana, e incluso aquellos declarados en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, con lo que se ha permitido la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno.

En este aspecto, se puede decir que casi todas las constituciones de América Latina, con sólo escasas excepciones (Cuba, Chile, México y Panamá), contienen cláusulas abiertas conforme a las cuales expresamente se dispone que la declaración o enunciación de los derechos contenida en la Constitución no debe ser entendida como la negación de otros no enumerados en el texto constitucional, que son “inherentes a la persona humana” o “a la dignidad humana”. Cláusulas de este tipo se encuentran, por ejemplo, en las constituciones Argentina (artículo 33), Bolivia (artículo 33), Colombia (artículo 94), Costa Rica (artículo 74), Ecuador (artículo 19), Guatemala (artículo 44), Honduras (artículo 63), Paraguay (artículo 45), Perú (artículo 3), República Dominicana (artículo 2), Uruguay (artículo 72) y Venezuela (artículo 22); incluso, en algunos casos, con remisión expresa a los tratados internacionales, como sucede en Colombia (artículo 44), Nicaragua (artículo 46), Brasil (artículo 5,2) y Venezuela (artículo 22).

La Constitución de Costa Rica hace mención a que la enunciación de los derechos y beneficios contenidos en ella no excluye otros “que se deriven del principio cristiano de justicia social” (artículo 74), expresión que entendemos debe interpretarse en el sentido occidental de la noción de dignidad humana y justicia social. En otras constituciones, las cláusulas abiertas se refieren a la soberanía popular y a la forma republicana de gobierno, con mayor énfasis en los derechos políticos que en los inherentes a la persona humana, tal como ocurre en Argentina (artículo 13), Bolivia (artículo 35), Uruguay (artículo 72) y Honduras (artículo 63)

Ahora bien, en relación con el significado de estos *derechos inherentes a la persona humana* indicados en estas cláusulas abiertas de derechos, por ejemplo, la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, en una sentencia del 31 de enero de 1991, señaló lo siguiente:

Tales derechos inherentes de la persona humana son derechos naturales, universales, que tienen su origen y son consecuencia directa de las relaciones de solidaridad entre los hombres, de la necesidad del desarrollo individual de los seres humanos y de la protección del medio ambiente.

En consecuencia, la misma Corte concluyó disponiendo:

Dichos derechos comúnmente están contemplados en Declaraciones Universales y en textos nacionales o supranacionales, y su naturaleza y contenido como derechos humanos no debe permitir duda alguna, por ser ellos de la esencia misma del ser y, por ende, de obligatorio respeto y protección.⁴⁵

⁴⁵ Caso: *Anselmo Natale*. Consultada en original. Véase el texto en Carlos Ayala Corao: “La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, en *El nuevo derecho constitu-*

Pero en relación con estas cláusulas abiertas, sin duda, la identificación de aquellos derechos constitucionales no enumerados en el texto de las constituciones pero que son inherentes a la persona humana ha sido posible muchas veces por los tribunales internacionales, mediante el recurso a lo dispuesto en los instrumentos internacionales. Así sucedió, por ejemplo, en Venezuela, donde en la década de los ochenta del siglo XX la antigua Corte Suprema de Justicia, como tribunal constitucional, anuló diversas disposiciones legales basando su decisión en la violación de los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, considerados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50 de la Constitución (equivalente al artículo 22 de la Constitución de 1999) como “derechos inherentes a la persona humana”.

Ello ocurrió, por ejemplo, en 1996, cuando la antigua Corte Suprema de Justicia, al decidir la acción popular de inconstitucionalidad que se había intentado contra la Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas, por no haberse respetado los derechos de participación política de las comunidades indígenas, decidió que, siendo dicho Estado de la federación uno mayormente poblado por dichas comunidades indígenas, sancionar la ley sin haber oído su opinión, mediante consulta popular, había violado el derecho constitucional a la participación política. Aun cuando dicho derecho no estaba expreso en la Constitución de 1961, la Corte fundamentó su decisión en la cláusula abierta del artículo 50 constitucional (equivalente al artículo 22 de la Constitución de 1999), considerando que el derecho a la participación política era un derecho inherente a la persona humana, como “principio general de rango constitucional en una sociedad democrática”. En relación con el caso decidido, agregé que, “por ser un derecho de las minorías” (los indígenas, en el caso), era susceptible “de la tutela judicial conforme al artículo 50 *ejusdem*, los grandes tratados y convenciones internacionales sobre los derechos humanos y las leyes nacionales y estatales”. En dicha sentencia del 5 de diciembre de 1996, la Corte señaló:

En el presente caso no se demostró el cumplimiento cabal de la normativa en cuanto a la participación ciudadana, restándole al acto impugnado la legitimación originaria conferida por la consulta popular. Alegan los oponentes al recurso intentado que fueron consultados los órganos oficiales, como el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables y el Servicio Autónomo Ambiental de Amazonas y se recibieron observaciones de diferentes organizaciones indígenas; asimismo, antes de la promulgación de la Ley, el Gobernador explicó a la Organización Regional de Pueblos Indígenas las razones de la Ley. Estima la Corte que este procedimiento constituye una expresión tímida e insignificante del derecho constitucional de participación ciudadana en la formación de la ley. Tal participación

cional latinoamericano, IV Congreso Venezolano de Derecho Constitucional, vol. II, Caracas 1996, y *La jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos y sus consecuencias*, México, 2003.

debe manifestarse antes y durante la actividad legislativa y no tan solo en el momento de su promulgación por parte del Gobernador del Estado. Por otra parte, el hecho que se consultaron los referidos organismos nacionales (actuación idónea) no exime la obligatoriedad de cumplimiento de la consulta popular, sobre todo en una materia en la cual está involucrado: el régimen de excepción de las comunidades indígenas (de rango constitucional), el carácter multiétnico y pluricultural, la biodiversidad, la cultura, religión y lengua propia de las comunidades indígenas, el derecho a la tierra que respecto a dichas comunidades es de interés social e inalienable; en definitiva, la organización municipal (como lo es el acto impugnado), constitutiva del marco institucional de tales realidades preexistentes, permanentes y objetivas. La participación es un fenómeno de la vida democrática, que al manifestarse antes de dictarse la norma, instruye a la autoridad sobre los intereses legítimos y necesidades de la comunidad y produce, a posteriori, consecuencias positivas, que se revelan en el respaldo democrático de su aplicación.⁴⁶

Y al analizar en concreto la Ley de División Territorial del Estado Amazonas, la Corte estimó que en la formación de ésta:

[...] con la cual se modifican las condiciones económicas y sociales de la región, se establecen los municipios y sus límites, se modifica la normativa jurídica (consecuencia de la mencionada división), se afecta la tenencia de las tierras, se ordena el territorio bajo un nuevo régimen, se cambia la vida cotidiana contra la voluntad de los mismos indígenas. Más aún, su participación debe ser considerada con especial atención, en vista de que los indígenas constituyen uno de los grupos sociales más expuestos a la violación de sus derechos humanos, por sus condiciones socioeconómicas, culturales y aislamiento, por cuanto en su hábitat intervienen intereses distintos y a veces contrarios a los legítimos derechos de la población autóctona, porque, lamentablemente, la historia de la humanidad evidencia un largo y triste padecer de las minorías, en algunos casos por el desconocimiento de sus legítimos derechos, en otros, por la cultura del odio y el prejuicio. Es entonces, en este contexto, que los derechos humanos de los indígenas cobran mayor fortaleza y esta Corte así lo reconoce expresamente. Asimismo, precisa el alto tribunal que la lesión de los derechos humanos de las minorías no les atañe sólo a esas comunidades, sino a la nación entera, en virtud de la solidaridad y protección de los intereses superiores del gentilicio venezolano (artículos 57 y 51 de la Carta Magna).⁴⁷

De acuerdo con esta decisión, la antigua Corte Suprema venezolana decidió que, en el caso sometido a su consideración, había ocurrido una violación a los derechos constitucionales de las minorías establecidos en la Constitución y en los tratados y convenciones internacionales, en particular, al derecho a la participación política en el proceso de elaboración de leyes, debido a la ausencia de consulta popular a las comunidades indígenas, como consecuencia de lo cual declaró la nulidad de la ley estatal impugnada.

⁴⁶ “Caso Antonio Guzmán, Lucas Omashi y otros”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 67-68, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1996, pp. 176 ss.

⁴⁷ *Ibídem*.

Al año siguiente, en 1997, la antigua Corte Suprema dictó otra importante decisión, en este caso anulando una ley nacional, la llamada Ley de Vagos y Maleantes, por considerarla inconstitucional, basándose de nuevo en el “proceso de constitucionalización de los derechos humanos de acuerdo con el artículo 50 de la Constitución”, y considerando que dicha ley “vulnera *ipso jure* Convenciones Internacionales y Tratados sobre los derechos del hombre, en la medida en que dichos instrumentos adquieren jerarquía constitucional”.⁴⁸

En efecto, en su sentencia del 6 de noviembre de 1997, la antigua Corte Suprema consideró a la ley impugnada como infamante, al permitir detenciones ejecutivas o administrativas de personas consideradas como vagos o maleantes, sin garantía alguna del debido proceso. Basó su decisión en el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que “se ha incorporado a nuestro Derecho Interno como norma ejecutiva y ejecutable reforzada por la jurisprudencia, la cual le ha dado el carácter de parámetro de constitucionalidad. Ello entraña la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno del régimen previsto en convenciones internacionales”.⁴⁹

La Corte consideró que la ley impugnada era inconstitucional en virtud de que omitía las garantías de un juicio justo establecidas en los artículos 7 y 8 de la Convención Americana y en los artículos 0 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y porque además era discriminatoria, por cuanto violaba el artículo 24 de la misma Convención Americana, cuyo texto íntegro se transcribió en la sentencia. La Corte se refirió en su decisión anulatoria, además, a la existencia de:

Informes de instituciones defensoras de los Derechos Humanos. Dichos documentos censuran abiertamente la ley venezolana sobre vagos y maleantes. Son muchas las recomendaciones orientadas a poner fin a su vigencia. Conviene observar que se ha exhortado al Gobierno venezolano a adoptar e implementar una serie de recomendaciones, a los efectos de reducir las violaciones a los derechos humanos derivadas de la aplicación de la Ley sobre Vagos y Maleantes. Sobre todo se ha hablado de la necesidad de impulsar la discusión de Ley de Protección a la Seguridad Ciudadana, que supuestamente se encontraba en ese proceso.⁵⁰

Más recientemente, en relación con las dudas que se habían planteado en 1998, en varios recursos de interpretación, sobre la posibilidad de que el presidente electo de la República convocara un referéndum consultivo para resolver sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente que no estaba regulada en la Constitución de 1961, como mecanismo para la reforma constitucional, la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa dictó dos decisiones de 19 de enero de 1999, en las

⁴⁸ Véase en *Revista de Derecho Público* n.º 71-72, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1997, pp. 177 ss.

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ *Ibíd.*

que admitió la posibilidad de que se convocara dicho referéndum consultivo. Fundamentó su decisión en el derecho a la participación política de los ciudadanos, para lo cual se basó, de nuevo, en el artículo 50 de la Constitución de 1961, conforme al cual consideró tal derecho como uno implícito y no enumerado, inherente a la persona humana.

La Corte entonces consideró el referéndum como un derecho inherente a la persona humana, por lo que decidió:

Ello es aplicable no sólo desde el punto de vista metodológico sino también ontológicamente, ya que si se considerara que el derecho al referendo constitucional depende de la reforma de la Constitución vigente, el mismo estaría supeditado a la voluntad del poder constituido, lo que pondría a éste por encima del poder soberano. La falta de tal derecho en la Carta Fundamental tiene que interpretarse como laguna de la Constitución, pues no podría admitirse que el poder soberano haya renunciado *ab initio* al ejercicio de un poder que es obra de su propia decisión política.⁵¹

La conclusión de la decisión de la Corte Suprema fue que no era necesario que se reformara previamente la Constitución a los efectos de reconocer como un derecho constitucional el referéndum o la consulta popular sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente, con lo que se abrió la posibilidad judicial de convocar la Asamblea Nacional Constituyente sin previsión constitucional expresa,⁵² con todas las consecuencias institucionales que ello produjo y continúa produciendo.⁵³

7. La progresiva proscripción por los tribunales constitucionales de las cláusulas programáticas en materia de derechos humanos

La segunda técnica interpretativa que ha conducido a los tribunales constitucionales a aplicar los tratados internacionales en el ámbito interno, para identificar derechos constitucionales no desarrollados en los textos constitucionales, deriva de la aplicación de las llamadas *cláusulas complementarias de las cláusulas abiertas*, conforme a las cuales todos los derechos constitucionales son directamente aplicables, independientemente de su regulación legislativa o desarrollo mediante leyes reglamentarias, lo que ha permitido la aplicación directa de aquéllos.

Esta técnica deriva de las normas constitucionales contenidas en muchas constituciones (por ejemplo, las de Argentina, Bolivia, Ecuador, Paraguay y Venezuela),

⁵¹ Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 77-80, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1999, p. 67.

⁵² Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías: “La configuración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 77-80, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1999, pp. 453 ss.

⁵³ Véase Allan R. Brewer-Carías: *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

conforme a las cuales *la falta de ley reglamentaria de los derechos enumerados en los textos no menoscaba el ejercicio de tales derechos*, en el sentido de que no es necesario que se dicte legislación reglamentaria alguna para el ejercicio de los derechos constitucionales. Este principio, que responde al de la aplicación directa de la Constitución en materia de derechos humanos, excluye el concepto tradicional derivado de las llamadas cláusulas *programáticas* configuradas en el constitucionalismo de hace unas décadas, particularmente en relación con los derechos sociales, tendientes a impedir su ejercicio hasta que no se produjese su regulación legal, en la cual se debía precisar las modalidades de su ejercicio y de su justiciabilidad.

Estas cláusulas abiertas, por ejemplo, en el caso de Venezuela, fueron las que permitieron a los tribunales constitucionales reconocer y reforzar el derecho constitucional al amparo, para lo que invocaron además lo dispuesto en la Convención Americana. En efecto, en el artículo 49 de la Constitución de 1961 se regulaba el derecho de amparo en la siguiente forma:

Artículo 49. Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley.

El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para establecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

La redacción de esta norma, sin embargo, hasta la década de los ochenta había sido interpretada por los tribunales de instancia en el sentido de considerar que la admisibilidad de la acción de amparo estaba condicionada a que previamente se dictara la legislación correspondiente, y ello, en particular, debido al hecho de que la propia Constitución había regulado expresamente, en forma transitoria y mientras se dictaba dicha legislación, el procedimiento para el amparo a la libertad personal o *habeas corpus*, precisamente, “a fin de no dejar en suspenso su eficacia hasta la promulgación de la ley respectiva” (disposición transitoria V).

De esta regulación transitoria los tribunales interpretaron que, en consecuencia, la intención del constituyente en la redacción del artículo 49 de la Constitución era establecer como condición para la admisibilidad de las acciones de amparo el hecho de que se dictase previamente la legislación que las regulara, incluyendo la regulación sobre la competencia judicial y el procedimiento. De otra forma no se encontraba justificación a la mencionada regulación transitoria del amparo a la libertad personal (*habeas corpus*).⁵⁴

Fue por ello que, incluso, la antigua Corte Suprema de Justicia, en 1970, en relación con la acción de amparo, llegó a considerar que el mencionado artículo 49 de

⁵⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías: *Instituciones políticas y constitucionales*, tomo V, “Derecho y acción de amparo”, Caracas, 1998, pp. 111 ss.

la Constitución era una norma de las llamadas *programáticas*, en el sentido de que no eran directamente aplicables, debido a lo cual para ejercer la acción de amparo prevista en la norma era necesario que se dictara previamente la legislación reglamentaria. La antigua Corte, en sentencia de 14 de diciembre de 1970, sobre el artículo 49 citado, señaló:

No es una norma directa e inmediatamente aplicable por los jueces, sino un precepto programático, solo parcialmente reglamentado para la fecha en que la Constitución fue promulgada, y dirigido particularmente al Congreso, que es el órgano al cual compete la reglamentación para las garantías constitucionales [...] Tal es la interpretación que da la Corte al artículo 49 al analizar sus previsiones aisladamente con el fin de desentrañar la mente del constituyente del lenguaje usado por éste para expresar su voluntad. Pero esta interpretación gramatical se robustece con la observación adicional de que el constituyente se habría abstenido de regular el procedimiento de hábeas corpus si hubiera considerado que para hacer efectivo el amparo bastaba lo dicho en el artículo 49 respecto del procedimiento, no siendo indispensable su reglamentación legal para determinar el fuero competente y el modo de proceder.⁵⁵

Esta interpretación constitucional que negaba la posibilidad del ejercicio de la acción de amparo sin que antes se dictara la legislación correspondiente comenzó a cambiar en 1977 y 1978, precisamente después de que se sancionaron las leyes aprobatorias de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los cuales se regulaba, en particular, la acción de amparo como un medio judicial simple y rápido para la específica protección de los derechos constitucionales.

En consecuencia, contrariamente a lo que había resuelto e interpretado con anterioridad la antigua Corte Suprema —lo que para entonces afortunadamente no tenía carácter vinculante—, los tribunales de instancia a partir de 1982 comenzaron a admitir el ejercicio de acciones de amparo, aunque fundamentaban su decisiones directamente en la Convención Americana de Derechos Humanos.⁵⁶ Ello condujo finalmente a que la misma antigua Corte Suprema cambiara su anterior criterio y, aplicando la cláusula complementaria a la cláusula abierta sobre los derechos humanos inherentes a la persona humana, particularmente en cuanto a la no necesidad de leyes reglamentarias previas para poder ejercer dichos derechos, admitiera la posibilidad de ejercicio de la acción de amparo.⁵⁷

⁵⁵ Véase el texto en *Gaceta Forense*, n.º 70, Caracas, 1970, pp. 179 ss., y en Allan R. Brewer-Carías: “La reciente evolución jurisprudencial en relación a la admisibilidad del recurso de amparo”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 19, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1984, pp. 207 ss.

⁵⁶ Sentencia de 20 de octubre de 1983. Véanse las referencias en Brewer-Carías: “La reciente evolución jurisprudencial...”, o. cit., p. 211.

⁵⁷ Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 11, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1983, pp. 167-170.

Con posterioridad, en 1988, se sancionó la Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales,⁵⁸ con la cual se abrió definitivamente el camino para la utilización de este recurso judicial para la protección de los derechos humanos, particularmente debido a la ineficacia de los medios judiciales ordinarios para asegurar tal protección. Sin embargo, antes de que entrara en vigencia la Ley Orgánica, fue mediante la interpretación constitucional de la cláusula abierta y la aplicación de las convenciones internacionales que la acción de amparo se aceptó en Venezuela.

8. La constitucionalización de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y su aplicación por los tribunales constitucionales

La tercera técnica interpretativa que ha permitido a los tribunales constitucionales la aplicación directa de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, ampliando progresivamente el elenco de los derechos humanos protegidos en las constituciones, deriva del propio texto de las constituciones, por el reconocimiento expreso de determinado rango normativo a los referidos tratados, sea supraconstitucional, constitucional, suprallegal o legal.⁵⁹ Este proceso se inició, particularmente, después de la adopción, en 1966, de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (en vigor desde 1976) y, en 1969, de la Convención Americana de Derechos Humanos (en vigor desde 1979).

En primer lugar, ciertas constituciones latinoamericanas han otorgado rango supraconstitucional a los derechos declarados en instrumentos internacionales, en particular en los tratados ratificados por los Estados. Ello ha implicado otorgar a las regulaciones internacionales un rango superior a las propias normas constitucionales.

Es el caso de la Constitución de Guatemala, en cuyo artículo 46 se fija el principio general de la 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”, dentro del cual debe incluirse, además de las leyes, la Constitución misma. Con fundamento en esta prevalencia de los tratados internacionales, la Corte Constitucional de Guatemala ha decidido en sus

⁵⁸ *Gaceta Oficial* n.º 33891, de 220-01-1988. Véase en general sobre dicha ley, Allan R. Brewer-Carías y Carlos Ayala Corao: *Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales*, Caracas, 1988.

⁵⁹ En relación con esta clasificación general, véase: Rodolfo E. Piza R.: *Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana*, San José, 1989, y Ayala Corao: “La jerarquía de los instrumentos...”, o. cit., y *La jerarquía constitucional de los tratados...*, o. cit.; Humberto Henderson: “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, n.º 39, San José, 2004, pp. 71 ss. Véase también, Allan R. Brewer-Carías: *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos*, Instituto Internacional de Derechos Humanos, San José, 2004, pp. 62 ss.

sentencias aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos, como fue el caso decidido con motivo de una acción de amparo ejercida en relación con la libertad de expresión del pensamiento y el derecho de rectificación.

En la sentencia de 27 de mayo de 1997, en efecto, la Corte Constitucional resolvió una acción de amparo presentada por una persona que buscaba protección judicial en relación con las noticias publicadas en dos periódicos que se referían a ella como parte de una banda de criminales. El accionante solicitó a la Corte que se respetara su derecho a exigir rectificación de las noticias por parte de los periódicos. Aun cuando el derecho constitucional a la rectificación y respuesta en casos de noticias periodísticas que afectaran el honor, la reputación o la vida privada de las personas no estaba expresamente establecido en la Constitución guatemalteca, la Corte Constitucional aplicó directamente los artículos 11, 13 y 14 de la Convención Americana, que garantiza el derecho de las personas afectadas por informaciones o noticias publicadas en periódicos, a la rectificación o respuesta “por el mismo órgano de difusión”, considerando tales previsiones como parte del ordenamiento constitucional de Guatemala.⁶⁰

En Honduras, el artículo 16 de la Constitución también dispone que todos los tratados suscritos con otros Estados (y no sólo los relativos a derechos humanos) forman parte del derecho interno, y el artículo 18 del mismo texto establece que, en caso de conflicto entre las leyes y los tratados, éstos tienen preeminencia sobre aquéllas. Adicionalmente, la Constitución de Honduras admite la posibilidad de que se puedan incluso ratificar tratados internacionales contrarios a lo dispuesto en la Constitución, en cuyo caso aquéllos deben aprobarse conforme al procedimiento para la reforma constitucional (artículo 17). Una regulación similar se establece en el artículo 53 de la Constitución del Perú.

En Colombia, la Constitución también ha establecido una previsión similar a las de Guatemala y Honduras, al establecer en el 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”. En este caso, por *derecho interno* también debe entenderse no sólo las leyes sino también la Constitución misma. La norma ha permitido a la Corte Constitucional aplicar directamente los tratados internacionales en materia de derechos humanos para la solución de casos. Así sucedió, por ejemplo, con la decisión n.º T-447/95 de la Corte Constitucional, de 23 de octubre de 1995, en la cual se reconoció como derecho inherente a la persona humana el derecho de toda persona a la identidad, para lo cual la Corte se fundamentó en lo establecido en los tratados y convenios internacionales, a los cuales la Corte reconoció su rango supraconstitucional y supralegal.

⁶⁰ Véase en *Iudicum et Vita. Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n.º 5, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, diciembre de 1997, pp. 45 ss.

Al decidir, la Corte Constitucional comenzó por referirse a una decisión de la anterior Corte Suprema de Justicia, en la cual se había determinado el valor supralegal de los tratados:

A partir de 1928 la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia otorgó un valor prevalente a los tratados internacionales sobre el ordenamiento jurídico legal. Normas estas últimas de naturaleza internacional, que por voluntad del Estado Colombiano entraron a formar parte del ordenamiento jurídico con carácter supra legal. Estableciéndose así la fuerza coercitiva de preceptos a los cuales el Estado firmante, tiene el deber de garantizar su plena efectividad. Valor supra legal expresamente contenido en el artículo 93 de la Constitución política de Colombia y que también tenían pleno valor supra legal, como lo reconoció la Corte Suprema de Justicia: “Agrégase a ello [...] que esa superioridad ha sostenido como doctrina invariable que ‘es principio de Derecho Público, que la Constitución y los Tratados Públicos son la ley suprema del país y sus disposiciones prevalecen sobre las simplemente legales que les sean contrarias aunque fuesen posteriores’” [...].⁶¹

En la misma decisión, la Corte Constitucional se refirió además al rango supra-constitucional de los tratados en materia de derechos humanos, lo que implica la obligación del Estado de garantizar el efectivo ejercicio de los derechos humanos, con fundamento en los artículos 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte, en efecto, resolvió:

La Convención Interamericana y los pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señalan que es deber de los Estados no sólo respetar los derechos civiles y políticos sino, además, garantizar, sin discriminación alguna, su libre y pleno goce a toda persona sujeta a su jurisdicción (Convención Interamericana, art. 1.º; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.º, ord. 1.º). Por ello, estos pactos, que han sido todos ratificados por Colombia y por ende prevalecen en el orden interno (Constitución Política, art. 93), señalan que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, “*las medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos*” los derechos humanos (Convención Interamericana, art. 2.º; Pacto de Derechos Civiles, art. 2.º, ord. 2.º). Ahora bien, la Corte Constitucional, en acuerdo con una doctrina muy autorizada en este campo, considera que entre las medidas “de otro carácter” deben incluirse las sentencias de los jueces, y muy particularmente las decisiones de esta Corporación, pues la rama judicial es uno de los órganos del Estado colombiano, y éste se ha comprometido a tomar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos de las personas”. [...] Es pues legítimo que los jueces, y en particular la Corte Constitucional, integren a la normatividad, al

⁶¹ Véase en *Derechos fundamentales e interpretación constitucional (ensayos-jurisprudencia)*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1997, y en Carlos Ayala Corao: “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional”, en *Revista del Tribunal Constitucional*, n.º 6, Sucre, noviembre del 2004, pp. 275 ss.

momento de tomar sus decisiones, los derechos reconocidos en la Constitución y en los Pactos.⁶²

Con fundamento en lo anterior, la Corte Suprema consideró que el artículo 29.c de la Convención Americana de Derechos Humanos prohibía que se interpretasen sus disposiciones de manera de excluir otros derechos y garantías inherentes a la persona humana, dando un sentido muy amplio a la interpretación de los derechos. Concluía su decisión:

El derecho a la identidad como derecho inherente a la persona humana para la época de ocurridos los hechos estaba plenamente garantizado, por cuanto la fuerza vinculante de pactos internacionales así lo determinaba, al igual que la consagración del derecho a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.⁶³

Hasta cierto punto, la Constitución de Venezuela de 1999 también puede ubicarse en este primer sistema que permite la aplicación directa de los tratados internacionales en el orden interno, al otorgar jerarquía supraconstitucional a los derechos humanos declarados en dichos tratados internacionales cuando contengan previsiones más favorables. El artículo 23 de dicho texto constitucional, en efecto, dispone lo siguiente:

Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Al establecer esta norma que los derechos humanos declarados en los tratados, pactos y convenciones internacionales prevalecen respecto de las normas del orden jurídico interno si contienen disposiciones más favorables al goce y ejercicio de dichos derechos, se está refiriendo no sólo a lo que está establecido en las leyes, sino a lo dispuesto en la propia Constitución, y otorga en consecuencia rango supraconstitucional a dichos derechos declarados en instrumentos internacionales.

Este artículo de la Constitución venezolana es sin duda uno de los más importantes en materia de derechos humanos,⁶⁴ no sólo por establecer el mencionado rango supraconstitucional a los derechos declarados en tratados internacionales, sino por establecer la aplicación inmediata y directa de dichos tratados por los tribunales y demás autoridades del país. Su inclusión en la Constitución fue un avance significativo en la construcción del esquema de protección de los derechos humanos.

⁶² *Ibíd.* Cursivas añadidas.

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ La incorporación de este artículo en el texto de la Constitución se hizo a propuesta nuestra. Véase Allan R. Brewer-Carías: *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Caracas: Fundación de Derecho Público, 1999, pp. 88 ss. y 111 ss.

Sin embargo, desafortunadamente, esta clara disposición constitucional ha sido interpretada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en una forma abiertamente contraria, tanto a su texto como a lo que fue la intención del constituyente. En efecto, en la sentencia n.º 1492, del 7 de julio de 2003, al decidir una acción popular de inconstitucionalidad intentada contra varias normas del Código Penal contentivas de normas llamadas *leyes de desacato*, por violación de normas relativas a la libertad de expresión y, en particular, de lo dispuesto en tratados y convenciones internacionales, la Sala Constitucional de dicho Tribunal Supremo resolvió en la siguiente forma:

Comenzó por señalar que el artículo 23 de la Constitución contiene dos elementos claves. En primer lugar, respecto de los derechos referidos en la normas, indicó que “se trata de derechos humanos aplicables a las personas naturales”, y, en segundo lugar, que el artículo constitucional “se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos”. Agregó: “se trata de una prevalencia de las normas que conforman los Tratados, Pactos y Convenios (términos que son sinónimos) relativos a derechos humanos, pero no de los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales”.⁶⁵ Concluyó señalando que del artículo 23 de la Constitución surge claro que:

La jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos y Convenios se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y así se declara.

Y más adelante insistió:

Al incorporarse las normas sustantivas sobre derechos humanos, contenidas en los Convenios, Pactos y Tratados Internacionales a la jerarquía constitucional, el máximo y último intérprete de ellas, a los efectos del derecho interno es esta Sala Constitucional, que determina el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales (artículo 335 constitucional), entre las cuales se encuentran las de los Tratados, Pactos y Convenciones suscritos y ratificados legalmente por Venezuela, relativos a derechos humanos.⁶⁶

Con fundamento en esta proposición, la Sala Constitucional concluyó su decisión señalando:

[...] es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno; al

⁶⁵ Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 93-96, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2003, pp. 136 ss.

⁶⁶ *Ibíd.*

igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela.

Por último:

Esta competencia de la Sala Constitucional en la materia, que emana de la Carta Fundamental, no puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en Tratados ni en otros textos Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el país, que permitan a los Estados partes del Tratado consultar a organismos internacionales acerca de la interpretación de los derechos referidos en la Convención o Pacto, como se establece en el artículo 64 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, ya que, de ello ser posible, se estaría ante una forma de enmienda constitucional en esta materia, sin que se cumplan los trámites para ello, al disminuir la competencia de la Sala Constitucional y trasladarla a entes multinacionales o transnacionales (internacionales), quienes harían interpretaciones vinculantes.⁶⁷

La Sala Constitucional concluyó su decisión fundamentándose en los principios de soberanía, argumentado que las decisiones de los tribunales internacionales pueden ser aplicadas en Venezuela sólo cuando estén conformes con lo que dispone la Constitución. En consecuencia, el rango supraconstitucional de los tratados cuando establezcan regulaciones más favorables en relación con el goce y ejercicio de los derechos humanos puede considerarse eliminado de un solo golpe por la Sala Constitucional, al asumir el monopolio absoluto de la interpretación constitucional, lo que de acuerdo con la Constitución no sólo corresponde a dicha Sala.

En todo caso, el principal problema de este criterio restrictivo de la Sala Constitucional en relación con la interpretación del valor de las decisiones de los organismos internacionales, es que ésta fue dictada como una interpretación vinculante de la Constitución, por lo que limita el poder general de los jueces, cuando ejercen el control difuso de la constitucionalidad, de poder aplicar directamente y dar prevalencia en el orden interno a las normas de la Convención Americana.

La interpretación restrictiva, por otra parte, se adoptó en una decisión de la Sala Constitucional que fue dictada para negar todo valor o rango constitucional a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con lo que se negó a considerar que los artículos impugnados del Código Penal limitativos de la libertad de expresión del pensamiento en relación con funcionarios públicos eran inconstitucionales por contrariar las recomendaciones de la Comisión Interamericana, que el accionante había argumentado que eran obligatorias para el país.

La Sala Constitucional venezolana, al contrario, consideró que, de acuerdo con la Convención Americana, la Comisión puede formular recomendaciones a los gobiernos a los efectos de que adopten en su derecho interno medidas progresivas en favor

⁶⁷ Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 93-96, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2003, pp. 136 ss.

de los derechos humanos, así como para que tomen provisiones en orden a promover el respeto de los derechos (artículo 41.b):

Si lo recomendado debe adaptarse a la Constitución y a las leyes de los Estados, es porque ello no tiene naturaleza obligatoria, ya que las leyes internas o la Constitución podrían colidir con las recomendaciones. Por ello, el articulado de la Convención nada dice sobre el carácter obligatorio de la recomendación, lo que contrasta con la competencia y funciones del otro órgano: la Corte, la cual —según el artículo 62 de la Convención— puede emitir interpretaciones obligatorias sobre la Convención siempre que los Estados partes se la pidan, lo que significa que se allanan a dicho dictamen.

Si la Corte tiene tal facultad, y no la Comisión, es forzoso concluir que las recomendaciones de ésta, no tienen el carácter de los dictámenes de aquélla y, por ello, la Sala, para el derecho interno, declara que las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no son obligatorias.

Ahora bien, a juicio de esta Sala, las recomendaciones de la Comisión como tales, deben ser ponderadas en lo posible por los Estados miembros. Éstos deben adaptar su legislación a las recomendaciones, siempre que ellas no colidan con las normas constitucionales, pero para esta adaptación no existe un término señalado y, mientras ella se practica, las leyes vigentes que no colidan con la Constitución o, según los tribunales venezolanos, con los derechos humanos contemplados en las Convenciones Internacionales, siguen siendo aplicables hasta que sean declaradas inconstitucionales o derogadas por otras leyes.⁶⁸

En definitiva, la Sala Constitucional venezolana concluyó resolviendo que las recomendaciones de la Comisión en relación con las leyes de desacato eran sólo puntos de vista de la Comisión, sin efectos imperativos u obligatorios; es decir, manifestaciones de alerta dirigidas a los Estados para que en el futuro derogasen o reformasen dichas leyes a los efectos de su adaptación al derecho internacional. Lamentablemente, la Sala Constitucional olvidó tomar en cuenta lo que los Estados están obligados a hacer en relación con las recomendaciones, que es adoptar las medidas para adaptar su derecho interno a la Convención; medidas que, por supuesto, no se agotan con la sola derogación o reforma de leyes. Una de dichas medidas es, precisamente, la interpretación judicial que podía y debía ser dada por el juez constitucional conforme a las recomendaciones, que fue lo que la Sala Constitucional venezolana eludió hacer.

Al contrario, en la misma materia, en la Argentina, por ejemplo, luego de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considerara que las leyes de amnistía (Punto Final y Obediencia Debida) dictadas en ese país, así como las medidas de perdón aprobadas por el gobierno en relación con los crímenes cometidos por la dictadura militar, eran contrarias a la Convención Americana, los tribunales comenzaron a

⁶⁸ Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 93-96, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2003, p. 141.

considerar tales leyes como inconstitucionales por violar el derecho internacional, siguiendo lo recomendado por las instancias internacionales.⁶⁹

Al contrario, la Sala Constitucional de Venezuela, en la antes mencionada sentencia, concluyó su aproximación restrictiva señalando:

Una interpretación diferente es otorgarle a la Comisión un carácter supranacional que debilita la soberanía de los Estados miembros, y que —como ya lo apuntó la Sala— lo prohíbe la Constitución vigente.

Consecuente con lo señalado, la Sala no considera que tengan carácter vinculante, las recomendaciones del Informe Anual de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, correspondiente al año 1994 invocado por el recurrente. Dicho Informe hace recomendaciones a los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos para derogar o reformar las leyes, para armonizar sus legislaciones con los tratados en materia de derechos humanos, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica; por lo que el Informe con recomendaciones no pasa de ser esto: un grupo de recomendaciones que los Estados acatarán o no, pero que, con respecto a esta Sala, no es vinculante, y así se declara.⁷⁰

La verdad, sin embargo, es que después de la sentencia de la Sala Constitucional de Venezuela, el Código Penal fue efectivamente reformado, pero en las normas que encajan dentro de las llamadas *leyes de desacato* no se produjo adaptación alguna.

De nuevo, en contraste con esta desatención del Estado a las recomendaciones de la Comisión Interamericana, se encuentra el caso de Argentina, donde en 1995 el Congreso decidió, en relación con las mismas materias, derogando las normas que establecían los mismos delitos sobre *leyes de desacato*, precisamente en cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana en la materia.⁷¹

La mencionada aproximación restrictiva de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en cuanto al valor en el derecho interno de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en todo caso, ya había sido adoptada antes por la misma Sala Constitucional, en una sentencia de 17 de

⁶⁹ Sentencia de 4-03-2001, Juzgado Federal n.º 4, caso *Pobrete Hlaczik*, citado en Kathryn Sikkink: “The transnational dimension of judicialization of politics in Latin America”, en Rachel Sieder et al. (eds.): *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York: Palgrave Macmillan, 2005, pp. 274, 290.

⁷⁰ Sentencia n.º 1942 de 15 de Julio de 2003, en *Revista de Derecho Público*, n.º 93-96, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2003, pp. 136 ss.

⁷¹ Caso *Verbistky*, Informe n.º 22/94 de la Comisión de 20-09-1994, caso 11.012 (Argentina). Véanse los comentarios de Antônio Cançado Trindade: “Libertad de expresión y derecho a la información en los planos internacional y nacional”, en *Iudicium et Vita. Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n.º 5, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, diciembre de 1997, pp. 194-195. Véase el “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 17 de febrero de 1995”, en *Estudios Básicos de derechos Humanos*, vol. X, Instituto Interamericano de Derechos Humanos., San José, 2000, pp. 303 ss.

mayo de 2000, en la cual objetó los poderes cuasijurisdiccionales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El caso, referido a la *Revista Exceso*, fue el siguiente:

El director y una periodista de dicha revista intentaron una acción de amparo constitucional contra una sentencia de un tribunal penal dictada en un proceso por difamación e injuria contra ellos, pidiendo protección de su derecho a la libre expresión del pensamiento y a la libertad de información. Ante la falta de decisión de la acción de amparo, los accionantes acudieron ante la Comisión Interamericana para denunciar el mal funcionamiento del sistema judicial venezolano y solicitar protección internacional contra el Estado venezolano por violación del derecho a la libre expresión del pensamiento y al debido proceso, así como contra las amenazas judiciales penales contra el director y la periodista de la revista. La Comisión Interamericana, en el caso, adoptó algunas medidas preventivas de protección.

La Sala Constitucional, en su momento, al decidir sobre la acción de amparo intentada, consideró que en este caso efectivamente se había violado el derecho de los accionantes al debido proceso, pero no así su libertad de información, y calificó de inaceptables las medidas cautelares adoptadas por la Comisión Interamericana:

Igualmente considera inaceptable la instancia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos en el sentido de solicitar la adopción de medidas que implican una crasa intromisión en las funciones de los órganos jurisdiccionales del país, como la suspensión del procedimiento judicial en contra de los accionantes, medidas que sólo pueden tomar los jueces en ejercicio de su competencia e independencia jurisdiccional, según lo disponen la Carta Fundamental y las leyes de la República Bolivariana de Venezuela, aparte lo previsto en el artículo 46, aparte b) de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (Costa Rica), que dispone que la petición sobre denuncias o quejas de violación de dicha Convención por un Estado parte, requerirá que “se haya interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos”, lo cual fue pretermitido en el caso de autos, por no haber ocurrido retardo judicial imputable a esta Sala según lo indicado en la parte narrativa de este fallo.⁷²

Esta desafortunada decisión puede considerarse contraria al artículo 31 de la Constitución de Venezuela, que consagra expresamente el derecho constitucional de toda persona a acudir ante los organismos internacionales de derechos humanos, como la Comisión Interamericana, solicitando amparo respecto de sus derechos violados. Por tanto, es difícil imaginar cómo es que este derecho constitucional se podría ejercer si es la propia Sala Constitucional la que ha rechazado la jurisdicción de la Comisión Interamericana.

⁷² Caso Faitha M. Nahmens L. y Ben Ami Fihman Z. (*Revista Exceso*), expediente n.º 00-0216, sentencia n.º 386 de 17-5-2000. Consultada en original. Véase en Ayala Corao: “Recepción de la jurisprudencia...”, o. cit., pp. 275 ss.

En contraste con esta reacción de la Sala Constitucional venezolana, en otros países la actitud ha sido la contraria. En Costa Rica, por ejemplo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema, en su sentencia n.º 2313-95, declaró la inconstitucionalidad del artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, que establecía la colegiación obligatoria en el Colegio de Periodistas para poder ejercer dicha profesión, y fundamentó su decisión precisamente en lo que previamente había resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-5 de 1985:⁷³

[...] si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar las leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrán —de principio— el mismo valor de la norma interpretada.⁷⁴

Por ello, en el caso concreto la Sala concluyó que, como Costa Rica había sido el país que había requerido la opinión consultiva:

Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su OC-05-85 unánimemente resolvió que la colegiación obligatoria de periodistas contenida en la Ley N.º 4420, en cuanto impide el acceso de las personas al uso de los medios de comunicación, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y costosos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Por lo demás, debe indicarse que, conforme a la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, el sistema constitucional de ese país también puede ubicarse entre los que otorgan rango supraconstitucional a los tratados en materia de derechos humanos, si contienen normas más favorables en la materia. Así, en la mencionada sentencia n.º 2313-95, la Sala precisó:

Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo

⁷³ Opinión consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985. La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). La Corte Interamericana expresa que “la colegiación obligatoria de los periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, y que “la Ley N.º 4420 de 22 de septiembre de 1969, Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, objeto de la presente consulta, en cuanto impide a ciertas personas el pertenecer al Colegio de Periodistas y, por consiguiente, el uso —pleno— de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse y transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

⁷⁴ Sentencia n.º 2312-05 de 09-05-1995. Consultada en original. Citada además en Rodolfo Piza R.: *La justicia constitucional en Costa Rica*, San José, 1995, y en Ayala Corao: “Recepción de la jurisprudencia...”, o. cit., pp. 275 ss.

7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N.º 3435-92 y su aclaración, N.º 5759-93).

Por ello, en la misma sentencia, la Sala Constitucional costarricense, al precisar su competencia para ejercer el control de constitucionalidad de normas, afirmó:

La Sala Constitucional no solamente declara violaciones a derechos constitucionales, sino a todo el universo de derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país. Desde ese punto de vista, el reconocimiento por la Sala Constitucional de la normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la forma en que la interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-05-85, resulta natural y absolutamente consecuente con su amplia competencia. De tal manera, sin necesidad de un pronunciamiento duplicado, fundado en los mismos argumentos de esa opinión, la Sala estima que es claro para Costa Rica que la normativa de la Ley N.º 4420 [...] es ilegítima y atenta contra el derecho a la información, en el amplio sentido que lo desarrolla el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica, tanto como de los artículos 28 y 29 de la Constitución Política.

Ahora bien, volviendo al caso de Venezuela, antes de que se adoptara la interpretación restrictiva de la Sala Constitucional ya referida, muchos tribunales inferiores en otras materias aplicaron la Convención Americana de Derechos Humanos, declarando la prevalencia de sus normas respecto a normas constitucionales y legales.

Fue el caso, por ejemplo, del derecho a la revisión judicial de sentencias, o derecho a la segunda instancia, o derecho de apelación. En la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, al regular transitoriamente los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa,⁷⁵ se dispuso que en los casos de impugnación de algunos actos administrativos, como los emanados de institutos autónomos o administraciones desconcentradas o independientes, la competencia para decidir de la acción correspondía en única instancia a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, sin apelación ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema.

La Constitución de 1999 sólo reguló como derecho constitucional el derecho de apelación en materia de juicios penales a favor de la persona declarada culpable (artículo 40.1). Así, en otros casos —como el mencionado de los juicios contencioso-administrativos— no existía una garantía constitucional expresa a la apelación, por lo que, cuando se trataba de decisiones de la Corte Primera de lo Contencioso conociendo en única instancia, la apelación había sido siempre declarada inadmisibles.

⁷⁵ Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías y Josefina Calcaño de Temeltas: *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, 1978.

Después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, sin embargo, en algunos casos se ejercieron recursos de apelación contra decisiones de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo ante la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo, alegándose la inconstitucionalidad de la norma de la Ley Orgánica que limitaba el derecho de apelación en ciertos casos. Como consecuencia de ello, en algunos casos los tribunales contencioso-administrativos, en ejercicio del control difuso de constitucionalidad, admitieron la apelación basándose en el derecho de apelar las decisiones judiciales ante el tribunal superior que se establece en el artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual se consideró como parte del derecho constitucional interno del país. El tema finalmente también llegó a decisión por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, que en la decisión n.º 87 del 13 de marzo de 2000, resolvió lo siguiente:

Puesta en relación esta norma con la disposición prevista en el artículo 49, numeral 1, de la Constitución de la República, en la cual el derecho a recurrir del fallo se atribuye únicamente a la persona declarada culpable, y se autoriza el establecimiento de excepciones al citado derecho, cabe interpretar que la norma de la convención es más favorable al goce y ejercicio del citado derecho, puesto que consagra el derecho de toda persona a ser oída, no sólo en la sustanciación de cualquier acusación, penal, sino también en la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, establece el derecho a recurrir del fallo, sin excepción alguna; le atribuye la naturaleza de garantía mínima; otorga su titularidad a toda persona, con independencia de su condición en el proceso; y establece que el titular del citado derecho ha de ser tratado bajo el principio de igualdad plena.

Puesta en relación esta norma en referencia con la disposición prevista en el último aparte del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, cabe interpretar que esta última es incompatible con aquélla, puesto que niega, en términos absolutos, el derecho que la convención consagra, siendo que el ordenamiento constitucional no atribuye a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el rango de tribunal supremo.⁷⁶

Con fundamento en lo antes mencionado, la Sala Constitucional concluyó su decisión señalando que:

[...] reconoce y declara, con fundamento en la disposición prevista en el artículo 23 de la Constitución de la República, que el artículo 8, numerales 1 y 2 (literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, forma parte del ordenamiento constitucional de Venezuela; que las disposiciones que contiene, declaratorias del derecho a recurrir del fallo, son más favorables, en lo que concierne al goce y ejercicio del citado derecho, que la prevista en el artículo 49, numeral 1, de dicha Constitución; y que son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.⁷⁷

⁷⁶ “Caso C. A. Electricidad del Centro (Elecentro) y otra vs. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Procompetencia)”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 81, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2000, pp. 157 ss.

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 157.

La Sala Constitucional incluso resolvió el caso estableciendo una interpretación obligatoria, que exigía la re-redacción de la Ley Orgánica:

En consecuencia, visto que el último aparte, primer párrafo, del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, dispone lo siguiente: “Contra las decisiones que dictó dicho Tribunal en los asuntos señalados en los ordinales 1 al 4 de este artículo no se oirá recurso alguno”; visto que la citada disposición es incompatible con las contenidas en el artículo 8, numerales 1 y 2 (literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las cuales están provistas de jerarquía constitucional y son de aplicación preferente; visto que el segundo aparte del artículo 334 de la Constitución de la República establece lo siguiente: “En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente”, esta Sala acuerda dejar sin aplicación la disposición transcrita, contenida en el último aparte, primer párrafo, del artículo 185 de la Ley Orgánica en referencia, debiendo aplicarse en su lugar, en el caso de la sentencia que se pronuncie, de ser el caso, sobre el recurso contencioso administrativo de anulación interpuesto por la parte actora ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (expediente N.º 99-22167), la disposición prevista en el último aparte, segundo párrafo, del artículo 185 eiusdem, y la cual es del tenor siguiente: “Contra las sentencias definitivas que dicte el mismo Tribunal ... podrá interponerse apelación dentro del término de cinco días, ante la Corte Suprema de Justicia (rectius: Tribunal Supremo de Justicia)”. Así se decide.⁷⁸

Pero en segundo lugar, otro de los mecanismos para que se produzca la aplicación directa de los tratados sobre derechos humanos en el orden interno es el derivado de otorgarles rango constitucional, con lo cual adquieren igual jerarquía que la Constitución. En este grupo se pueden distinguir dos tipos de regímenes constitucionales: los que confieren rango constitucional a todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, o los que sólo lo otorgan a un determinado grupo de tratados enumerados en las constituciones.

En el primer grupo se destaca el caso de la Constitución del Perú de 1979, derogada en 1994, en cuyo artículo 105 se establecía que “los preceptos contenidos en los tratados sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional” y, en consecuencia, “no pueden ser modificados excepto mediante el procedimiento vigente para la reforma de la Constitución”.

En el segundo grupo se puede ubicar la Constitución de Argentina, en la cual se otorga a un importante grupo de tratados y declaraciones internacionales que estaban vigentes en 1994, específicamente enumerados en el artículo 75.22 de la Constitución, una jerarquía superior a las leyes, es decir, rango constitucional:

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la

⁷⁸ *Ibíd.* p. 158.

Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

De acuerdo con esta previsión constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aplicado la Convención Americana de Derechos Humanos dando prevalencia a sus previsiones por sobre las leyes, como sucedió respecto de normas del Código de Procedimiento Penal y también en relación con el derecho de apelación. Al contrario de lo que se establece en la Convención Americana, dicho Código excluía el derecho de apelación respecto de algunas decisiones judiciales según la cuantía de la pena. La Corte Suprema de la Nación declaró la invalidez por inconstitucionalidad de dichas normas limitativas de la apelación, aplicando precisamente el artículo 8.1.h de la Convención Americana, que garantiza, como se ha dicho, el derecho de apelar las decisiones judiciales por ante un tribunal superior.⁷⁹

Por otra parte, también en Argentina, los tribunales han considerado las decisiones de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana como obligatorias, incluso antes de que los tratados internacionales de derechos humanos fueran constitucionalizados en la reforma de 1994. En una sentencia del 7 de julio de 1992, la Corte Suprema aplicó la opinión consultiva OC-7/86⁸⁰ de la Corte Interamericana, señalando que “la interpretación del Pacto debe, además guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de san José (Estatuto, artículo 1)”.⁸¹

En 1995, la misma Corte Suprema de Argentina consideró que, debido al reconocimiento por el Estado de la jurisdicción de la Corte Interamericana para resolver casos de interpretación y aplicación de la Convención Americana, sus decisiones “deben servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales”.⁸² En otras decisiones, la Corte Suprema revocó decisiones de tribunales inferiores por considerar

⁷⁹ Sentencia de 4.4.1995, caso *Giroldi, H. D. y otros*. Véase en Aída Kemelmajer de Carlucci y María Gabriela Abalos de Mosso: “Grandes líneas directrices de la jurisprudencia argentina sobre material constitucional durante el año 1995”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1996*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 1996, pp. 517 ss., y en Ayala Corao: “Recepción de la jurisprudencia...”, o. cit., pp. 275 ss.

⁸⁰ Opinión consultiva OC-7/86, de 29 de agosto de 1986. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

⁸¹ Sentencia caso *Miguel A. Ekmkdjiam, Gerardo Sofivic y otros*, en Ariel E. Dulitzky: “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos Humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, y en Ayala Corao: “Recepción de la jurisprudencia...”, o. cit., pp. 275 ss.

⁸² Sentencia caso *H. Giroldi / Recurso de casación*, 17-04-1995. Véase en *Jurisprudencia Argentina*, vol. 1995-III, p. 571, y en Ayala Corao: “Recepción de la jurisprudencia...”, o. cit., pp. 275 ss.

que las interpretaciones que las sustentaban eran incompatibles con la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁸³

Debe mencionarse, por otra parte, que en el caso de Panamá, pese a que el texto Constitucional no indica expresamente el rango constitucional de los tratados, ello puede deducirse de la jurisprudencia de la Corte Suprema, la que considera que cualquier violación a un tratado internacional es una violación del artículo 4 de la Constitución. En efecto, la Constitución de Panamá sólo dispone que “La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional” (artículo 4); ello, sin embargo, ha permitido a la Corte Suprema de Justicia considerar como una violación constitucional la violación a normas de tratados internacionales. En una sentencia del 12 de marzo de 1990, en efecto, se declaró la inconstitucionalidad de un decreto ejecutivo que establecía un condicionamiento arbitrario de carácter global al ejercicio de las libertades de expresión y de prensa, para lo cual la Corte Suprema estableció:

Con ese proceder se viola el artículo 4 de la carta magna, que obliga al acatamiento de las normas de Derecho internacional por parte de las autoridades nacionales. En el caso bajo examen, tal como lo señala el recurrente, se trata de la violación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobados por las leyes 14 de 1976 y 15 de 1977, respectivamente, convenios que rechazan el establecimiento de la censura previa al ejercicio de las libertades de expresión y de prensa, en tanto que derechos humanos fundamentales.⁸⁴

En tercer lugar, la aplicación en el orden interno de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos se ha logrado en los casos en que las constituciones han atribuido rango supralegal a los tratados y convenciones internacionales en general, incluyendo los relativos a derechos humanos. En estos sistemas, los tratados están sujetos a la Constitución pero prevalecen sobre lo dispuesto en las leyes.

Ésta fue la modalidad que se siguió, por ejemplo, en las constituciones de Alemania (artículo 25), Italia (artículo 10) y Francia (artículo 55); en América Latina, es la solución adoptada en la Constitución de Costa Rica (reforma de 1968), en la cual se dispuso (artículo 7):

Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.

Como se dijo, sin embargo, la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica ha otorgado rango constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, e incluso supraconstitucional cuando contienen disposiciones más

⁸³ Caso *Bramajo*, 12 de septiembre de 1996. Véase en *Jurisprudencia Argentina*, 20 de noviembre de 1996, y en Ayala Corao: “Recepción de la jurisprudencia...”, o. cit., pp. 275 ss.

⁸⁴ Véase en *Iudicium et Vita. Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n.º 5, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, diciembre de 1997 pp. 80-82.

favorables al ejercicio de estos derechos. La Sala Constitucional, también en relación con el derecho de apelación, ha aplicado directamente la Convención Americana de Derechos Humanos con prevalencia sobre las leyes, al considerar que las normas “legales que contradigan [un tratado] deben tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior del tratado”.⁸⁵ De esta forma, al considerar que el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos “reconoce como derecho fundamental de todo ser humano, imputado en una causa penal por delito, el de recurrir del fallo”, la Sala consideró que las disposiciones del artículo 472 del Código de Procedimientos Penales, que limitaban el ejercicio del recurso de casación, debían tenerse “por no puestas” y entender “que el recurso de casación a que ahí se alude está legalmente otorgado a favor del reo condenado a cualquier pena en sentencia dictada en una causa penal por delito”.

La Sala Constitucional, en una sentencia posterior (n.º 719-90), declaró con lugar el recurso de inconstitucionalidad intentado contra el artículo 474 del Código de Procedimientos Penales, anulándolo y considerando en consecuencia como “no puestas las limitaciones al derecho a recurrir en casación a favor del imputado contra la sentencia penal por delito, establecidas en el artículo”. Para ello, la Sala partió de la consideración de que:

Lo único que, obviamente, impone la Convención Americana es la posibilidad de recurso ante un Tribunal Superior contra la sentencia penal por delito, de manera que al declararse inconstitucionales las limitaciones impuestas por el artículo 474 incisos 1) y 2) del Código de Procedimientos Penales, los requerimientos del artículo 8.2 inciso h) de la Convención estarían satisfechos, con la sola salvedad de que el de casación no fuera el recurso ante juez o tribunal superior, en los términos de dicha norma internacional.⁸⁶

Se destaca, sin embargo, que en otra sentencia (n.º 1054-94), la Sala Constitucional declaró sin lugar la impugnación por inconstitucionalidad del artículo 426 del Código de Procedimientos Penales, por las mismas razones antes señaladas de negativa del recurso en materia de contravenciones y no de delitos, por considerar que, en su jurisprudencia, lo que ha establecido la Sala con claridad es “que la citada Convención Americana establece la doble instancia como derecho fundamental de todo ser humano, imputado en una causa penal por delito, de recurrir del fallo ante un superior, y no indistintamente en todas las materias”.⁸⁷

Ahora bien, en cuanto al rango suprallegal de los tratados y su prevalencia respecto de las leyes en caso de conflicto, en sentido similar, el artículo 144 de la

⁸⁵ Sentencia 282-90, caso *Violación del artículo 8.2 de la Convención Americana por el derogado artículo 472 del Código de Procedimientos Penales*. Consultada en original.

⁸⁶ Consultada en original.

⁸⁷ *Ibíd.*

Constitución de El Salvador dispone que “Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución”, y agrega que “La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador” y que “En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”.

De acuerdo con estas previsiones, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador también ha aplicado los tratados internacionales en materia de derechos humanos para decidir casos en los que ha considerado que las regulaciones internacionales prevalecen sobre la legislación interna. Es el caso de la sentencia de 17 de noviembre de 1994, dictada en un proceso en el cual un tribunal penal decidió la detención preventiva de un antiguo comandante de las fuerzas armadas irregulares, en un juicio que se le seguía por el delito de difamación. La Sala decidió que “para la adecuada comprensión de las instituciones de la detención provisional en nuestro sistema, debemos tener en cuenta además con fundamento en el artículo 144 de la Constitución, los tratados internacionales ratificados por El Salvador”.⁸⁸ En consecuencia, pasó a analizar el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se refieren al derecho a la presunción de inocencia y al carácter excepcional de la detención preventiva, la cual no debe considerarse como la regla general. La Sala Constitucional analizó asimismo el artículo XXVI de la Declaración Americana de Derechos Humanos, que también se refiere a la presunción de inocencia, y los artículos 7.2 y 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los cuales regulan los derechos de las personas en relación con las detenciones, particularmente el principio *nulla pena sine lege*. Conforme a todo ese análisis del derecho internacional de los derechos humanos, la Sala concluyó:

Es en ese contexto —constitucional e internacional— que se ha de encuadrar el examen de la detención provisional, por cuanto tales normas, dada su superior ubicación en la jerarquía normativa, obligan a su cumplimiento.⁸⁹

En consecuencia, y fundamentándose en las regulaciones internacionales en relación con la detención preventiva y los derechos de las personas, la Sala concluyó que “ésta no puede nunca constituir la regla general de los procesos penales —circunstancia además expresamente prohibida en el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— por lo que la misma no puede funcionar automáticamente”,⁹⁰ porque no puede entenderse como una sanción anticipada. Al contrario, a

⁸⁸ Véase en *Iudicium et Vita. Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n.º 5, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, diciembre de 1997, p. 157.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 158.

los efectos de decretar la detención, el juez en cada caso necesita evaluar las circunstancias sobre la necesidad y conveniencia de la privación de la libertad para proteger el interés público fundamental.

Con fundamento en lo anterior, la Sala Constitucional concluyó en relación con el caso que, como en él se había decidido la detención provisional, y “no se consignó justificación alguna para dicha orden, ésta deviene en inconstitucional”.⁹¹

En otra sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador, de 13 de junio de 1995, la Sala declaró la inconstitucionalidad de una ordenanza municipal que había establecido restricciones al ejercicio del derecho de reunión y manifestación, fundamentándose en lo dispuesto en los artículos 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme a los cuales las limitaciones a dichos derechos sólo podía establecerse por ley. A tal efecto, la Sala partió de la consideración de que “Los tratados internacionales vigentes en nuestro país, con supremacía respecto de las leyes secundarias, entre ellas, el Código Municipal, reconocen la libertad de reunión y manifestación pública y establecen que este derecho solo podrá estar sujeto a limitaciones o restricciones previstas por la LEY, que sean necesarias en una sociedad democrática”, la cual “tiene que se emitida por la Asamblea Legislativa observando el formalismo” establecido en la Constitución; y además dispuso la Sala, que dicha ley, de acuerdo con el artículo XXVIII la Declaración Americana de Derechos Humanos, sólo puede establecer limitaciones sujetas al “principio de razonabilidad”, de manera que sea “intrínsecamente justa: es decir, que debe responder a ciertas pautas de valor suficientes, o sea, dar el contenido material de justicia consagrado en la Constitución”. En el caso concreto la Sala concluyó declarando la inconstitucionalidad solicitada al considerar que:

Ninguno de estos componentes encontramos en el instrumento cuya inconstitucionalidad se demanda: es decir, que se trata de un caso típico de abuso de autoridad, pues no solo se entra en reglar el ejercicio de un derecho constitucional sin autorización bastante, sino que usurpa una función reservada al legislador.

La Constitución de México, al referirse a los tratados internacionales, puede considerarse como la que en América Latina sigue más de cerca el texto de la Constitución Norteamericana, al disponer:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados.

⁹¹ *Ibíd.*

Se trata de la misma llamada *cláusula de supremacía* conforme a la cual tradicionalmente se había considerado que los tratados tenían la misma jerarquía normativa que las leyes. Así lo decidió la Suprema Corte de la Nación en sentencia de Pleno C/92, de 30 de junio de 1992, al señalar:

[Ocupando las leyes y los tratados internacionales el mismo] rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano, [...] un tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional.⁹²

Pero este criterio ha sido abandonado por la propia Suprema Corte, en una sentencia de revisión de amparo n.º 1475/98, en la cual, al interpretar el artículo 133 constitucional conforme a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, se determinó que, por cuanto “los compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional”, los tratados internacionales “se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y, en un segundo plano, respecto de la Constitución Federal”, por lo que adquieren rango supralegal.⁹³

En este grupo de países que otorga rango supralegal a los tratados en materia de derechos humanos también se puede ubicar el caso de Paraguay. La Constitución contiene una cláusula de supremacía similar a la mexicana, con el siguiente texto:

Artículo 137. 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.

Dicha cláusula, sin embargo, tiene la peculiaridad de indicar el orden de prelación de las fuentes, por lo que los tratados, si bien están por debajo de la Constitución, se encuentran por encima de las leyes. Además, esta norma se complementa con el artículo 141 de la misma Constitución, que dispone:

Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el Artículo 137.

⁹² Tesis P. C/92, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, n.º 60, diciembre de 1992, p. 27.

⁹³ Véase la referencia en Guadalupe Barrena y Carlos Montemayor: “Incorporación del derecho internacional en la Constitución mexicana”, en *Derechos Humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, vol. III, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2001, y en Henderson: o. cit., p. 82, nota 15.

Conforme a estas previsiones, por ejemplo, el Tribunal de Apelaciones en lo Criminal, Primera Sala, de Paraguay, en sentencia de 10 de junio de 1996, revocó una sentencia de un tribunal inferior que había dictado una condena por el delito de difamación en el cual el querellante era una persona política y pública, argumentando que “en una sociedad democrática los políticos están más expuestos a la crítica de la ciudadanía”, por lo que “en ningún caso el interés de los particulares primará sobre el interés público”. Para la sentencia revocatoria invocó las normas constitucionales pertinentes, así como el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.⁹⁴

En cuarto lugar, en relación con la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el ámbito interno y su aplicación por los tribunales, otro sistema, que quizás sea el más común, es el de atribuirles el mismo rango que las leyes. Es el sistema clásico del constitucionalismo moderno, generalizado según lo que dispuso la Constitución de los Estados Unidos en su artículo VI.2:

Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que deben sancionarse conforme a ella, y todos los tratados suscritos o que deban suscribirse bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país; y los jueces en cada Estado se sujetarán a ella, aun cuando exista algo en contrario en la Constitución o leyes de los Estados.

En estos sistemas, en consecuencia, los tratados son parte de la legislación del país, por lo cual tienen el mismo rango que las leyes. Están sujetos a la Constitución y, en su aplicación en relación con las leyes, se rigen por los principios de la ley posterior y de la ley especial a los efectos de su prevalencia o efectos derogatorios.

En el caso de Uruguay, el artículo 6 de la Constitución sólo hace referencia a los tratados internacionales a los efectos de indicar que se debe proponer “la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos”, sin hacer referencia alguna ni a la jerarquía en el derecho interno ni al tema de los derechos humanos. Ello, sin embargo, no ha sido impedimento para que la Suprema Corte de Justicia, por ejemplo, en la sentencia de 23 de octubre de 1996, al resolver sobre una excepción de inconstitucionalidad opuesta por el Ministerio Público contra normas de la Ley de Prensa que permiten ser juzgado en libertad por delitos de prensa, fundamentara su argumento para desestimar la excepción en lo dispuesto en tratados internacionales.

El caso concreto trató sobre un delito de imprenta por críticas formuladas al presidente del Paraguay, en el cual el denunciante fue el embajador del Paraguay en el Uruguay. El Ministerio Público denunció violaciones al principio de igualdad, contenidas en normas constitucionales y en los artículos 7 de la Declaración Americana de

⁹⁴ Véase en *Iudicium et Vita. Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n.º 5, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, diciembre de 1997, pp. 82-86.

Derechos Humanos y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Suprema Corte, para decidir, analizó extensivamente el derecho humano a la libre expresión del pensamiento, e hizo referencia, precisamente, al artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a la opinión consultiva OC-5 sobre incompatibilidad del derecho a la libre expresión del pensamiento y la colegiación obligatoria de los periodistas, y al derecho a la presunción de inocencia “consagrado expresamente, en todo caso, en las Convenciones y Declaraciones internacionales a las que ha adherido el país o que de otro modo le obligan (Declaración Universal de los Derechos del Hombre, artículo 11; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.4, y Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8.2)”, lo que permitía al querrellado ser juzgado en libertad.⁹⁵

El sistema constitucional de la República Dominicana también puede ubicarse en este grupo constitucional donde los tratados tienen el mismo rango que las leyes. Por ello, y precisamente debido a que la República Dominicana es uno de los pocos países de América Latina que no tienen consagrado en el texto constitucional el recurso o la acción de amparo como medio judicial de protección de los derechos humanos, la Corte Suprema aplicó la Convención Americana de Derechos Humanos para admitir jurisprudencialmente la acción o recurso de amparo.

En efecto, el artículo 3 de la Constitución de la República Dominicana establece que “La República Dominicana reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado”. Conforme a ello, en 1977 el Congreso aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuyos artículos 8.2 y 25.1 se regulan los principios generales del debido proceso y, en particular, la acción o recurso de amparo para la protección de los derechos humanos declarados en la Convención, en las constituciones y en las leyes de los Estados miembros.

De acuerdo con estas previsiones, si bien era cierto que la Constitución no regulaba expresamente la acción o el recurso de amparo, éste estaba consagrado en la Convención Americana, por lo que dicho recurso podía ejercerse por toda persona en protección de sus derechos. El problema, sin embargo, radicaba en la ausencia de las reglas de procedimiento relativas al amparo, que incluía la ausencia de normas legales atributivas de competencias judiciales para conocer de la acción. Ello explica por qué hasta 1999 no se habían intentado acciones de amparo.

Ese año, sin embargo, una empresa privada, Productos Avon S. A., intentó un recurso de amparo ante la Corte Suprema contra una sentencia dictada por un juzgado con competencia en materia laboral, alegando violación de derechos constitucionales, y fue dicha acción la que originó la admisibilidad jurisprudencial de la acción de

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 72-79.

amparo en la República Dominicana sin que hubiera disposición constitucional o legal al respecto.

En efecto, la Corte Suprema, en su sentencia del 24 de febrero de 1999, admitió la acción de amparo intentada por la mencionada empresa Avon, declaró el amparo como “una institución de derecho positivo” y prescribió en la decisión las reglas básicas de procedimiento para el ejercicio de tales acciones de amparo.⁹⁶ El caso se desarrolló como sigue:

1. La empresa demandante alegó que la decisión judicial del tribunal laboral había violado su derecho a ser juzgada por el juez natural, a cuyo efecto solicitó a la Corte Suprema que, primero, declarara en su sentencia que el amparo debía considerarse como una institución dominicana de derecho público, y, segundo, que de acuerdo con las disposiciones de la Ley Orgánica Judicial, que le atribuye a la Corte el poder de resolver sobre el procedimiento aplicable en caso de que no exista uno legalmente prescrito y disponer las normas respectivas, estableciera en consecuencia dichas normas en relación con los recursos de amparo. Adicionalmente, el recurrente solicitó a la Corte que dictara una medida cautelar suspendiendo los efectos de la sentencia laboral impugnada mientras durase el juicio de amparo.

2. La Corte Suprema, a los efectos de decidir, estableció el criterio de que los tratados internacionales invocados por el recurrente, en particular los artículos 8 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, eran parte del derecho interno de la República Dominicana y tenían la finalidad de garantizar la protección judicial de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en la ley y en la indicada Convención, contra todo acto violatorio de dichos derechos, cometido por cualquier persona, fuera o no en el ejercicio de funciones públicas, por lo que incluso se admitía contra actuaciones de particulares. En este aspecto, la Corte Suprema resolvió:

Contrariamente a como ha sido juzgado en el sentido de que los actos violatorios tendrían que provenir de personas no investidas con funciones judiciales o que no actúen en el ejercicio de esas funciones, el recurso de amparo, como mecanismo protector de la libertad individual en sus diversos aspectos, no debe ser excluido

⁹⁶ Véase en *Iudicum et Vita. Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n.º 7, tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, diciembre del 2000, p. 329 ss. Véanse los comentarios a dicha sentencia en Allan R. Brewer-Carías: “La admisión jurisprudencial de la acción de amparo en ausencia de regulación constitucional o legal en la República Dominicana”, en *Iudicum et Vita. Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n.º 7, tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, diciembre del 2000, pp. 334 ss., y en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2000.

como remedio procesal específico para solucionar situaciones creadas por personas investidas de funciones judiciales, ya que, al expresar el artículo 25.1 de la Convención, que el recurso de amparo está abierto a favor de toda persona contra actos que violen sus derechos fundamentales, “aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”, evidentemente incluye entre éstas a las funciones judiciales.

Igualmente, la Corte resolvió que la vía del amparo:

Queda abierta contra todo acto u omisión de los particulares o de los órganos o agentes de la administración pública, incluido la omisión o el acto administrativo, no jurisdiccional. Del poder judicial, si lleva cualquiera de ellos una lesión, restricción o alteración, a un derecho constitucionalmente protegido.⁹⁷

En relación con este tema, la decisión de la Corte Suprema de la República Dominicana puede considerarse muy importante en virtud de haber admitido claramente que la acción de amparo también procede contra particulares, siguiendo en tal sentido la concepción amplia del amparo iniciada en Argentina y que se sigue en Uruguay, Chile, Perú, Bolivia y Venezuela. La concepción restringida, en cambio, que excluye el amparo contra particulares, es la que se sigue en México, Brasil, Panamá, El Salvador y Nicaragua.

La decisión de la Corte Suprema de la República Dominicana también siguió la concepción amplia del amparo al admitirlo contra decisiones judiciales, tal como está aceptado en la Convención Americana, y en contra de la tendencia observada en otros países latinoamericanos que excluyen la acción de amparo contra sentencias o decisiones judiciales, como es el caso de Argentina, Uruguay, Costa Rica, Panamá, El Salvador, Honduras y Nicaragua. En Colombia, el decreto de 1999, regulador de la acción de tutela, también admitió la acción de amparo contra decisiones judiciales, pero la Corte Constitucional rápidamente anuló el artículo 40 que lo consagraba, considerando que violaba el derecho a la cosa juzgada de las decisiones judiciales definitivas.⁹⁸ Sin embargo, posteriormente, la tutela fue admitida contra decisiones judiciales, con fundamento en el control de la vía de hecho judicial como instrumento para enfrentar y someter la arbitrariedad judicial.⁹⁹

3. En relación con la decisión de la Corte Suprema de la República Dominicana, adicionalmente decidió que, incluso en ausencia de reglas de procedimiento respecto del trámite del recurso de amparo —contrariamente a lo que sucedía con el recurso de hábeas corpus, que en cambio sí disponía de una regulación legal que establecía el juez competente y el procedimiento respectivo—, tratándose el amparo de un medio

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 332.

⁹⁸ Sentencia C.543 de 24 septiembre de 1992. Véase en Manuel José Cepeda Espinosa: *Derecho constitucional. Jurisprudencia*, Bogotá: Legis, 2001, pp. 1009 ss.

⁹⁹ Sentencia T-213 de 13 de mayo de 1994. *Ibíd.*, pp. 1022 ss.

judicial simple, rápido y efectivo para la protección de todos los otros derechos constitucionales distintos a los protegidos mediante el hábeas corpus, ningún juez podría rechazar su admisión aduciendo la ausencia de regulación legal. A tales efectos, la Corte Suprema, conforme se establece en el artículo 29.2 de la Ley Orgánica Judicial, y a los efectos de evitar la confusión que podría ocasionar la ausencia de reglas de procedimiento, invocó su potestad de establecerlas. Resolvió en definitiva:

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 N.º 739 del 25 de diciembre de 1977, de conformidad con el artículo 3, de la Constitución de la República.¹⁰⁰

Como consecuencia, la Corte Suprema pasó a resolver los problemas prácticos que podría originar la aceptación del amparo, estableciendo las reglas de procedimiento como sigue: primero, determinando que la competencia para conocer en materia de amparo corresponde a los tribunales de primera instancia en el lugar donde se haya producido la acción u omisión cuestionada; y segundo, estableciendo las reglas de procedimiento, en sentido similar a las dispuestas en los artículos 101 y siguientes de la ley n.º 834 de 1978, y agregando algunas referencias respecto de los plazos para intentar la acción ante los tribunales, de la audiencia que debe tener lugar para decidir, de los plazos para decidir y del lapso de apelación.

La Corte Suprema, finalmente, a los efectos de evitar los abusos que podría producir la admisión del amparo, recordó que dicho recurso no debía entenderse como la introducción de una tercera instancia en los procesos judiciales.¹⁰¹

Esta sentencia de la Corte Suprema de la República Dominicana, adoptada en ausencia de regulaciones constitucionales y legales sobre la acción de amparo, que admite este medio judicial de protección de los derechos humanos de acuerdo con lo establecido en la Convención Americana de derechos Humanos, es sin duda una de las más importantes sentencias de dicha Corte en la materia, no sólo en relación con la admisibilidad de la acción de amparo,¹⁰² sino en cuanto a la aplicabilidad directa en el orden interno de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 333.

¹⁰¹ Véase en *Judicium et Vita. Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n.º 7, Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, diciembre del 2000, pp. 329 ss. Véanse los comentarios a dicha sentencia en Brewer-Carías: "La admisión jurisprudencial de la acción de amparo...", o. cit., pp. 334 ss.

¹⁰² *Ibíd.*, p. 334 ss.

9. Los principios de interpretación constitucional sobre derechos humanos y la aplicación de los tratados internacionales

Por último, otra técnica interpretativa que ha permitido la ampliación por los tribunales constitucionales del elenco de derechos humanos, más allá de los declarados en las constituciones, recurriendo a lo establecido en los instrumentos internacionales, sin otorgarles rango normativo alguno, también deriva de las regulaciones establecidas en las propias constituciones; por ejemplo: al disponer que los derechos enumerados deben interpretarse de acuerdo con lo establecido en los instrumentos internacionales; mediante la incorporación en los preámbulos o declaraciones generales de las constituciones de referencias a las declaraciones universales de derechos humanos; o mediante la regulación del principio de la progresividad en la interpretación de los derechos humanos.

En primer lugar, algunas constituciones expresamente disponen como principio que la interpretación de sus normas relativas a derechos humanos debe hacerse atendiendo a lo establecido en los instrumentos internacionales sobre la materia. Ésta fue la técnica seguida por la Constitución de España (artículo 10,2) y Portugal (artículo 16,2) y en América Latina es la que sigue la Constitución de Colombia de 1991, cuyo artículo 93 dispone que “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

De acuerdo con esta previsión constitucional, los órganos del Estado, y no sólo los tribunales, están obligados a interpretar las regulaciones constitucionales sobre derechos humanos de conformidad con lo dispuesto en los tratados internacionales sobre la materia, y el resultado de ello es tanto el reconocimiento de los derechos declarados en dichos tratados como de igual rango y valor constitucional que los derechos declarados en la Constitución misma como su aplicabilidad directa en el ámbito interno, ya que aquéllos son los que deben guiar la interpretación de éstos.

Esta técnica interpretativa, en todo caso, ha sido utilizada frecuentemente por los tribunales en Colombia al interpretar el ámbito y la extensión de los derechos constitucionales, como fue el caso de la sentencia de la Corte Constitucional de 22 de febrero de 1996, dictada con motivo de decidir la impugnación por inconstitucionalidad de la ley de destinada a regular las transmisiones de televisión, que el impugnante consideró contraria al derecho constitucional a informar. La Corte Constitucional, en la sentencia, comenzó su argumento señalando:

La validez interna de una norma consagrada por el legislador no solamente está supeditada a la adecuación de su preceptiva a los postulados y mandatos constitucionales, sino que también depende del acatamiento de los compromisos internacionales de Colombia, pactados en tratados públicos aprobados por el Congreso y ratificados por el Jefe del Estado de acuerdo con la Constitución (artículos 9; 159, numeral 16; 189, numeral 2, y 226).

La conformidad de la legislación interna con los tratados internacionales y con las obligaciones contraídas por el Estado colombiano con otros Estados o con entidades supranacionales es exigida con mayor rigor por la Constitución Política cuando se trata de la aplicación y el ejercicio de los derechos fundamentales, según resulta con nitidez meridiana del artículo 93 de la Carta Política, a cuyo tenor los tratados y convenios internacionales que hubiere aprobado el Congreso y ratificado el Ejecutivo, mediante los cuales se reconocen los derechos humanos y en los que se prohíbe su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

La norma constitucional declara sin rodeos que los derechos y deberes consagrados en el Estatuto Fundamental se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.¹⁰³

Con fundamento en lo anterior, la Corte Constitucional pasó luego a referirse a la libertad de expresión del pensamiento y al derecho constitucional a informar de acuerdo con lo establecido en el artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 13.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, particularmente en relación con la universalidad del ejercicio de tales derechos, “sin consideraciones de fronteras”, y concluyó:

Prohibir que en el territorio nacional se instalen o pongan en funcionamiento estaciones terrenas destinadas a la captación y posterior difusión, transmisión o distribución de señales de satélites, bien que su procedencia sea nacional o internacional, implicaría flagrante vulneración del derecho a la información, que cobija a toda persona en los términos del artículo 20 de la Constitución.¹⁰⁴

Una segunda técnica interpretativa que conduce a la aplicación de los tratados internacionales en el orden interno, los que adquieren además rango constitucional, resulta de las declaraciones generales contenidas en los preámbulos de los textos constitucionales en los cuales se hace referencia a las declaraciones internacionales de derechos humanos o a los derechos humanos como valor universal.

De esta forma, muchos de los preámbulos de las constituciones dictadas después de la Segunda Guerra Mundial hacen referencia a los derechos humanos y en particular a las declaraciones internacionales, como valores fundamentales de la sociedad. El ejemplo más clásico es el de la Constitución francesa de 1958, en la cual, sin que en su texto se haya incorporado una declaración de derechos humanos, se establece la siguiente declaración general contenida en el preámbulo:

El Pueblo Francés proclama solemnemente su dedicación a los Derechos del Hombre y a los principios de soberanía nacional definidos en la Declaración de 1789, reafirmados y complementados en el Preámbulo de la Constitución de 1946.

¹⁰³ Véase en *Iudicum et Vita. Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n.º 5, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, diciembre de 1997, pp. 34-35.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 37.

Con fundamento en esta declaración, como se ha dicho, el Consejo Constitucional francés extendió el bloque de la constitucionalidad,¹⁰⁵ atribuyendo rango y valor constitucional a los derechos humanos consagrados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789,¹⁰⁶ con lo cual, al decir de Jean Rivero, “La Constitución francesa dobló su volumen con la sola voluntad del Consejo Constitucional”.¹⁰⁷

En América Latina, muchas constituciones también contienen declaraciones generales en las cuales se definen los propósitos de la organización política y de la sanción de la propia Constitución, estableciendo una orientación general para la actuación de los órganos del Estado en relación con el respeto y la garantía de los derechos humanos. Por ejemplo, la Constitución de Venezuela declara que dicho texto se ha sancionado con el fin de que se “asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna”, promoviendo “la garantía universal e indivisible de los derechos humanos”.

La Constitución de Guatemala, por su parte, también expresa en su preámbulo que dicho texto se ha dictado “afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social” y “decididos a impulsar la plena vigencia de los Derechos Humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego al derecho”.

Al ser el objetivo general de estas constituciones garantizar, promover e impulsar el efectivo goce y ejercicio de los derechos humanos referidos en el contexto universal, los derechos incorporados en las declaraciones y tratados internacionales pueden ser considerados o interpretados como del mismo rango y valor de los que se han incorporado en el texto de las declaraciones constitucionales.

Otras constituciones contienen declaraciones de principio similares, aun cuando no en sus preámbulos sino en el propio texto constitucional, al regular aspectos específicos del funcionamiento de los órganos del Estado e imponerles como obligación, por ejemplo, el garantizar efectivamente el derecho de todas las personas al goce y ejercicio de sus derechos constitucionales. En estos casos, al establecerse como obligación estatal el necesario respeto a los derechos humanos o el garantizar que éstos puedan ser efectivamente ejercidos, ello se ha interpretado como reconocimiento del valor universal de los derechos y su rango constitucional, aun cuando no estén en el texto constitucional.

Es el caso de la Constitución de Chile, que en la reforma de 1989 incorporó una declaración general en la cual se reconoce que el ejercicio de la soberanía está limitado

¹⁰⁵ Véase Favoreu: “Le principe de constitutionalité...”, o. cit., p. 33.

¹⁰⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías: *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, 1989.

¹⁰⁷ Véase Rivero: “Rapport de synthèse”, o. cit., p. 520.

por “el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” y se prescribe como un “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” (artículo 5). En consecuencia, si es un deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos humanos que están garantizados en los tratados internacionales, dichos derechos adquieren igual rango y valor constitucional que el de los derechos constitucionales enumerados en el texto fundamental. Incluso la referencia constitucional a los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” permite y exige que no sólo los declarados en el texto constitucional tengan el carácter de derechos constitucionales, sino también los enumerados en los tratados internacionales, e incluso que tengan tal carácter aquellos no enumerados a texto expreso pero que sean esenciales a la naturaleza humana.

La Constitución de Ecuador también prescribe en su artículo 16, en la misma orientación, que “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”, por lo que el Estado debe asegurar “a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes”, y se obliga, además, a adoptar “mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos” (artículo 17).

En consecuencia, en estos casos, las obligaciones del Estado se refieren no sólo a garantizar el ejercicio de los derechos enumerados en la Constitución, sino también en los instrumentos internacionales, por lo cual puede considerarse que éstos adquieren el mismo rango y valor que aquéllos.

En este sentido, también debe hacerse especial referencia a la Constitución de Nicaragua, en cuyo artículo 46 se incorporó una declaración general conforme a la cual, en el territorio nacional, toda persona goza no solo “de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos”, sino, además, de la protección del Estado respecto “de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos”.

En este caso, la referencia constitucional a ciertos tratados internacionales de derechos humanos, dada la dinámica internacional en la materia, debe entenderse como una enumeración no restrictiva, particularmente por la referencia previa a los derechos inherentes a la persona humana.

Ahora bien, con fundamento en este artículo 46 de la Constitución de Nicaragua, y alegándose la violación de derechos consagrados en tratados internacionales, se han

impugnado leyes por inconstitucionalidad. Fue el caso de la Ley General sobre los Medios de la Comunicación Social (ley n.º 57), de 1989. En la sentencia respectiva de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, del 22 de agosto de 1989, si bien ésta declaró sin lugar el amparo por inconstitucionalidad que se había intentado, para resolver consideró extensivamente las violaciones denunciadas no sólo respecto de artículos constitucionales, como el artículo 46, sino, a través de él, de normas de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana de Derechos Humanos.¹⁰⁸

Finalmente, también debe hacerse mención a la Constitución de Brasil, en la cual se proclamó que el Estado en sus relaciones internacionales se rige por el principio de la prevalencia de los derechos humanos (artículo 4.III), y se indicó que, como el Estado es un Estado democrático de derecho, tiene como uno de sus fundamentos la dignidad de la persona humana (artículo 1.III). En relación con los derechos humanos, en particular, el artículo 5.II de la Constitución dispone que “los derechos y garantías establecidos en esta Constitución no excluye otros que pueden resultar del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte”.

Este artículo también se ha interpretado, en la misma línea general de las otras constituciones latinoamericanas, como un mecanismo para reconocer en el orden interno el rango y valor de los derechos humanos declarados en los instrumentos internacionales, que por ello pueden tener aplicación directa por los tribunales.¹⁰⁹

Por último, también debe hacerse mención al principio de la progresividad como mecanismo de interpretación de los derechos humanos, mediante el cual, como cuestión de principio, no se puede admitir una interpretación o aplicación de una norma relativa a derechos humanos que resulte en una disminución de su goce, ejercicio y protección efectivos; y además, en caso de que existan varias previsiones reguladoras de derechos, la que debe aplicarse con prelación es la que disponga la regulación más favorable.¹¹⁰ Tal como lo había resuelto la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, “el principio jurídico de progresividad envuelve la necesidad de aplicar con preferencia la norma más favorable a los derechos humanos, sea de Derecho

¹⁰⁸ Véase el texto de la sentencia en *Iudicium et Vita. Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n.º 5, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, diciembre de 1997, pp. 128-140. Véanse los comentarios de Cañado Trindade: o. cit., p. 194.

¹⁰⁹ Antônio Cañado Trindade ha considerado que con estas normas la Constitución de Brasil les otorga a los tratados de derechos humanos naturaleza constitucional, inmediatamente exigibles en el derecho interno. Véase *Direito internacional e direito interno: Sua interação dos direitos humanos*, San José, 1996, citado por Henderson: o. cit., p. 78, nota 12.

¹¹⁰ Véase Pedro Nikken: *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid: Civitas e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987.

Constitucional, de Derecho Internacional o de Derecho ordinario”.¹¹¹ En consecuencia, la interpretación de las leyes relativas a derechos humanos siempre debe guiarse por el principio de progresividad, en el sentido de que siempre debe resultar una interpretación más protectora.

El principio de la progresividad, por otra parte, se incorporó expresamente en la Constitución venezolana de 1999, en cuyo artículo 19 se dispone que el Estado garantiza a toda persona “el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos [...] conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna”.

Ahora bien, en relación con este principio de progresividad, en particular en cuanto su implicación respecto de la aplicación preferente de la norma que contenga regulaciones más favorables al ejercicio del derecho (*favor libertatis*), en una importante sentencia de amparo dictada por la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, de 3 de diciembre de 1990, el supremo tribunal lo aplicó al referirse a los derechos de la mujer embarazada.

El caso se trató de una funcionaria pública que durante su embarazo fue despedida de su cargo sin causa justificada. Para la fecha, la Ley del Trabajo no establecía derecho alguno de la mujer embarazada a no ser despedida sin causa justificada, lo que, sin embargo, sí estaba regulado en el Convenio n.º 103 de la Organización Internacional del Trabajo y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En cuanto a la normativa constitucional, el artículo 74 de la Constitución de 1961 sólo contenía una previsión general relativa al derecho de protección de la maternidad.

La Corte Suprema, sin embargo, en el caso concreto, después de analizar la protección solicitada por la funcionaria despedida, que le impedía gozar de su derecho al descanso pre y posnatal, declaró con lugar la acción de amparo que había sido intentada, resolviendo:

El derecho a la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada y el derecho a disfrutar del descanso pre y post-natal constituyen derechos inherentes a la persona humana los cuales se constitucionalizan de conformidad con el artículo 50 de nuestro Texto Fundamental, según el cual “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes de la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

De modo que de toda esta normativa de carácter Supranacional, y en particular el mandato contenido en el artículo 74 de la Constitución, consagra la protección de la maternidad y de la mujer trabajadora, materializando tal protección a través de la consagración de la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada y el derecho a disfrutar del descanso pre y post-natal.

¹¹¹ Sentencia de 30-07-1996, en *Revista de Derecho Público*, n.º 67-68, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1996, p. 170.

Con fundamento en tan claras y terminantes disposiciones, esta Corte considera que cualquier intento del patrono o empleador de cercenar el derecho a la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada sin que medie causal de despido por de retiro por razones disciplinarias y al no permitir el disfrute del derecho al descanso pre y post-natal, constituye una evidente y flagrante violación al principio constitucional consagrado en los artículos 74 y 93 de la Constitución.¹¹²

En este caso, por tanto, el principio interpretativo de la progresividad condujo a la aplicación directa por los tribunales de las normas internacionales más favorables en materia de derechos humanos.

Otras constituciones, como la de Ecuador, no sólo establecen el principio de que “los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad”, sino que disponen expresamente la progresividad como principio de interpretación, al prescribir que “en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia”.

Este principio de la progresividad en la interpretación de los derechos humanos que incluso ha sido regulado en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 25) puede decirse que equivale al también denominado principio *pro homine*, el cual ha sido definido como “un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos”, e implica que en materia de derechos humanos la interpretación “estará siempre a favor del hombre” (*pro homine*).¹¹³ El principio se ha deducido como incorporado en las constituciones, como las ya mencionadas de Chile y Perú, cuando precisan como fin esencial del Estado el respeto de los derechos humanos. Era el caso de la Constitución del Perú de 1993, en la cual se disponía que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin de la sociedad y del Estado” (artículo 1), y es el caso de la Constitución de Chile, en la cual se prevé como “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” (artículo 5).¹¹⁴

¹¹² Caso *Mariela Morales de Jiménez*. Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 45, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1991, pp. 84-85. Véanse las referencias en la sentencia de 30.7.1996, en *Revista de Derecho Público*, n.º 97-98, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1996, p. 170.

¹¹³ Véase Mónica Pinto: “El principio *pro homine*. Criterio hermenéutico y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, p. 163. Véase, además, Henderson: o. cit., p. 92.

¹¹⁴ Véase Iván Bazán Chacón: “Aplicación del derecho internacional en la judicialización de violaciones de derechos humanos”, en *Para hacer justicia. Reflexiones en torno a la judicialización de casos de violaciones de derechos humanos*, Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2004, p. 27; Henderson: o. cit., p. 89, nota 27.

Como lo ha precisado Henderson, el principio *pro homine* tiene varias formas de aplicación, entre las que se destacan: 1) en los casos en los cuales está en juego la aplicación de varias normas relativas a derechos humanos, debe aplicarse aquella que contenga protecciones mejores o más favorables para el individuo; 2) en casos en los cuales se está en presencia de una sucesión de normas, debe entenderse que la norma posterior no deroga la anterior si ésta consagra protecciones mejores o mayores que deben conservarse para las personas, y 3) cuando se trate de la aplicación de una norma, debe siempre interpretarse en la forma que mejor tutele a la persona.¹¹⁵

Nueva York, febrero del 2006.

¹¹⁵ Véase Henderson: o. cit., pp. 92-96.

Luis Castillo Córdova (Perú) *

El derecho fundamental al juez imparcial: influencias de la jurisprudencia del TEDH sobre la del Tribunal Constitucional Español **

1. Introducción

Uno de los fenómenos que caracterizan los modernos ordenamientos jurídicos de Occidente es su constitucionalización,¹ es decir, el sometimiento efectivo del poder político (Legislativo, Judicial y Administrativo) en general y del entero ordenamiento jurídico en particular, a los distintos mandatos constitucionales.² Ocurre sin embargo que, lejos de configurarse la Constitución como un parámetro claro y preciso, sus distintas disposiciones están conformadas por principios o valores cuya significación y alcance requieren ser precisados.³ Esta precisión se lleva a cabo a través de los

* Investigador contratado adscrito al Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de La Coruña (España). Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura (Perú). <lfcastil@udep.edu.pe>.

** Este trabajo se enmarca dentro del proyecto “El positivismo jurídico incluyente y los desafíos del neoconstitucionalismo”, del cual es investigador principal el profesor Pedro Serna, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de La Coruña (España). Este proyecto se encuentra subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia de España y por los fondos FEDER de la Unión Europea (código BJU2003–05478).

¹ Gunnar Folke Schuppert y Christian Bumke: *Die Kosntitutionalisierung der Rechtsordnung*, Baden-Baden: Nomos, 2000.

² Miguel Carbonell (ed.): *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003; Rafael Jiménez Asencio: *El Constitucionalismo*, Madrid: Marcial Pons, 2003.

³ Luis M. Cruz: *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granada: Comares, 2005.

órganos judiciales, en particular a través de los tribunales constitucionales u órganos supremos de interpretación y decisión constitucionales. A partir de esta constatación, muchos han sido y son los intentos de someter a determinadas reglas las decisiones constitucionales para evitar la arbitrariedad y la subjetividad plena del órgano judicial.⁴ Sin embargo, en muchas ocasiones interpretar y aplicar la Constitución de un Estado significa interpretar y aplicar normas internacionales. Esto ocurre claramente respecto de las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales, las cuales son interpretadas tomando en consideración la norma internacional sobre derechos humanos, e incluso la jurisprudencia de los tribunales internacionales creados para garantizar la aplicación de la referida norma internacional.⁵

Éste es el caso del ordenamiento jurídico español.⁶ En efecto, en la Constitución Española (CE) se ha dispuesto que “[l]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” (artículo 10.2 de la CE). El Tribunal Constitucional español (TC), como supremo intérprete de la CE, tiene claramente asumido que la interpretación y aplicación que él y el resto de los intérpretes constitucionales efectúen de las normas constitucionales que reconocen derechos exige tomar en consideración el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).⁷ De esta manera, muchos de los criterios jurisprudenciales del TEDH terminan siendo asumidos por el TC en la solución de asuntos referidos a derechos fundamentales. Esto ha llevado a la segunda característica de los actuales ordenamientos jurídicos: la internacionalización del derecho nacional sobre derechos fundamentales. Esta internacionalización se refleja en la incorporación de la norma internacional sobre derechos humanos en el ordenamiento jurídico nacional, y en la influencia que sobre la

⁴ El intento más acabado —aunque no exento de críticas— es el realizado por Robert Alexy: *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985 (traducción al castellano por Ernesto Garzón Valdez: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997).

⁵ Luigi Ferrajoli: “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, n.º 17, 2001, pp. 31-45.

⁶ Carlos Ruíz Miguel: *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos un estudio sobre la relación entre el derecho nacional y el internacional*, Madrid: Tecnos, 1997; Lorenzo Mateo Bujosa Vadell: *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Madrid: Tecnos, 1997.

⁷ Ha dicho el TC desde muy temprano que “[l]a remisión que el artículo 10.2 CE hace a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias suscritos por España para la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas, autoriza y aun aconseja referirse para la búsqueda de estos criterios, a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) al aplicar la norma contenida en el [...] Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”. STC 36/1984, de 14 de marzo, fundamento jurídico (F. J.) 3.

jurisprudencia nacional ejerce la establecida por los tribunales internacionales sobre derechos humanos. De esta forma, la constitucionalización de un ordenamiento jurídico no es sólo una cuestión interna nacional, sino también —entre otras dimensiones— una de alcance internacional.

Este trabajo se enmarca en ese contexto de constitucionalización e internacionalización del ordenamiento jurídico nacional; y tiene por finalidad mostrar cómo el TC se ha visto influido tanto por el CEDH como por la jurisprudencia del TEDH al momento de definir el alcance del derecho a ser juzgado por un juez imparcial. Esta finalidad justifica plenamente que la jurisprudencia del TC y del TEDH sean las fuentes que se empleen en este trabajo.

2. Reconocimiento y protección constitucional del derecho a un juez imparcial

2.1. Reconocimiento como derecho de rango constitucional

En la CE no se ha reconocido expresamente el derecho a un juez imparcial. Sin embargo, esto no ha sido obstáculo para que el TC haya admitido no sólo su existencia jurídica, sino incluso su defensa mediante el amparo constitucional. En efecto, el alto tribunal de la Constitución ha manifestado el carácter constitucional de la exigencia de imparcialidad en el juez que ha de conocer un concreto proceso. Así, ha dicho: “Los derechos al Juez ordinario y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en la medida en que se proyectan sobre un determinado *status* de los Jueces y Tribunales, y sin prejuzgar en este momento cuál sea éste desde la perspectiva del art. 24 CE, confieren un derecho fundamental a que la propia causa, por emplear la dicción del art. 6.1 CEDH, sea oída por un Tribunal independiente e imparcial”.⁸

De esta declaración jurisprudencial se concluye que el derecho al juez imparcial puede ser considerado manifestación del derecho al juez predeterminado por ley, también como manifestación del derecho a un proceso con todas las garantías, así como manifestación de la norma internacional vinculante para España. En efecto, y en primer lugar, se ha considerado que la exigencia de juez imparcial es una manifestación de la garantía de que el justiciable sea juzgado por el juez ordinario predeterminado por la ley (artículo 24.2 de la CE). En esta predeterminación juegan un papel importante no sólo las reglas legales que determinan la jurisdicción y la competencia de los órganos jurisdiccionales, sino también “las relativas a la concreta idoneidad de un determinado juez en relación con un concreto asunto, entre las cuales es preeminente la de imparcialidad, que se mide no sólo por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rectitud, sino también por las de desinterés y neutralidad”.⁹

⁸ STC 204/1994, de 11 de julio, F. J. 2.

⁹ STC 47/1982, de 12 de julio, F. J. 3.

Es un criterio plenamente asentado en la jurisprudencia del TC la consideración de que el derecho al juez predeterminado por ley “está orientado a asegurar la independencia e imparcialidad de los jueces”.¹⁰ Sin duda, atribuir a la ley la facultad de definir el juez competente que ha de juzgar en un proceso coadyuva a la independencia e imparcialidad en la interpretación y aplicación del derecho al caso concreto. Como bien ha afirmado el TC, la garantía de imparcialidad “quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudiera alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse”.¹¹

En segundo lugar, la exigencia de imparcialidad del juez o los tribunales ha sido considerada parte del contenido implícito del derecho a un proceso con todas las garantías, recogido expresamente también en el artículo 24.2 de la CE. Aunque no se recoja de forma expresa, una de esas garantías es “el derecho a un Juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho”.¹² Bien claro ha sido el TC cuando ha mencionado que una de las garantías del proceso público es “la que concierne a la imparcialidad del Juez o Tribunal sentenciador”.¹³ En este sentido, en la jurisprudencia del TC no hay duda de que la imparcialidad judicial es una exigencia básica del debido proceso, “sin cuya concurrencia no puede siquiera hablarse de la existencia de un proceso”.¹⁴

Y en tercer lugar, el TC ha reconocido como exigible en el ordenamiento constitucional un derecho a la imparcialidad del juez por estar “reconocida explícitamente en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales”.¹⁵ En este dispositivo internacional se ha ordenado que “[t]oda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley”. En la medida en que el texto constitucional obliga al intérprete constitucional a acudir a la norma internacional para interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce (artículo 10.2 de la CE), hace bien el TC —para lo que ahora interesa resaltar— en invocar el artículo 6.1 del CEDH para fundamentar su exigibilidad constitucional en el ordenamiento español.

¹⁰ STC 181/2004, de 2 de noviembre, F. J. 7.

¹¹ STC 47/1983, de 31 de mayo, F. J. 2.

¹² STC 145/1988, de 12 de julio, F. J. 5.

¹³ STC 113/1987, de 3 de julio, F. J. 2.

¹⁴ STC 60/1995, de 17 de marzo, F. J. 3.

2.2. Protección del derecho a través del proceso constitucional de amparo

Como ya se indicó, el TC no sólo ha considerado que la exigencia a ser juzgado por un juez imparcial tiene sustento constitucional, sino que además ha admitido que su defensa debe llevarse a cabo a través del proceso de amparo.¹⁶ Esto ha sido posible al menos por las dos siguientes razones. En primer lugar, debido a su doctrina constitucional de que la procedencia del amparo no exige tanto que la invocación del derecho supuestamente vulnerado haya de llevarse a cabo mediante la concreta identificación del precepto constitucional donde se recoge, ni tampoco mencionando su *nomen iuris*, “cuanto que se acote suficientemente el contenido del derecho constitucional violado, permitiendo así un pronunciamiento del Tribunal sobre la infracción aducida”.¹⁷ Y en segundo lugar, debido a la consideración del derecho a un juez imparcial, como parte componente de derechos fundamentales cuya protección constitucional corre por cuenta del amparo. Como se ha señalado, la exigencia de imparcialidad en el juez es comprendida como parte del contenido constitucional del derecho fundamental a ser juzgado por el juez predeterminado por ley, o del derecho fundamental a ser juzgado mediante un proceso con todas las garantías (ambos recogidos expresamente en el artículo 24.2 de la CE), derechos éstos que caen en el ámbito protector del amparo. No podía ser de otra forma, cuando el mismo TC ha considerado que la imparcialidad y objetividad del juzgador “aparece no sólo como una exigencia básica del proceso debido derivada de la exigencia constitucional de actuar únicamente sometidos al imperio de la Ley (art. 117 de la CE), sino que además se erige en garantía fundamental de la Administración de Justicia [...] dirigida a asegurar que la razón última de la decisión jurisdiccional que se adopte sea conforme al Ordenamiento jurídico y se dicte por un tercero ajeno tanto a los intereses en litigio como a sus titulares”.¹⁸

3. Criterios para la determinación del contenido constitucional del derecho a un juez imparcial

3.1. La necesaria confianza de los justiciables en los tribunales de justicia

En la definición de la significación y el alcance del contenido constitucional del derecho a ser juzgado por un juez imparcial, el TC ha empleado los distintos criterios jurisprudenciales que se han planteado en la nada escasa jurisprudencia del TEDH

¹⁵ STC 39/2004, de 22 de marzo, F. J. 3.

¹⁶ Aunque se ha de reconocer que es un derecho cuya defensa no sólo se ha producido a través del recurso de amparo, sino también a través de cuestiones de inconstitucionalidad. Por todas, confróntese STC 145/1988, citada, en particular F. J. 5 a 7.

¹⁷ STC 154/2001, de 2 de julio, F. J. 2.

¹⁸ STC 38/2003, de 27 de febrero, F. J. 3.

sobre este punto. Nuevamente, será el artículo 10.2 de la CE el fundamento constitucional de esta actualmente arraigada práctica del supremo intérprete de la Constitución española de acudir a la jurisprudencia del TEDH, y lo hace en el convencimiento de que ella “constituye un obligado y valioso medio hermenéutico para configurar el contenido y alcance de los derechos fundamentales (art. 10.2 CE)”.¹⁹ En particular, y para lo que ahora interesa resaltar, el artículo 10.2 de la CE autoriza tomar en consideración “la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) al aplicar la norma contenida en el artículo 6.1 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.²⁰

Un punto de partida en la configuración de la doctrina constitucional sobre el contenido del derecho a un juez imparcial es la exigencia de “confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática”.²¹ Este criterio, sin embargo, no es propio del TC, sino que ha sido recogido de la jurisprudencia del TEDH, en la cual se ha dejado claramente establecido que, cuando se trata de defender el derecho a un juez imparcial (artículo 6.1 del CEDH), se debe tener muy en cuenta que “[I]o que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática”.²² Este criterio, definido así, se convierte —qué duda cabe— en el elemento teleológico necesario para interpretar la norma nacional o internacional que recoge el derecho al juez imparcial, y para definir en cada caso el concreto contenido constitucional de este derecho. Atendiendo a la finalidad del derecho al juez imparcial, se podrá concluir si unas concretas circunstancias, entre las cuales el juez o tribunal ha tenido que sentenciar, suponen o no un quebrantamiento efectivo de la garantía de imparcialidad. Sin embargo, siendo el elemento teleológico necesario, no es el único. Es verdad que la finalidad del derecho al juez imparcial lo constituye la preservación de la necesaria confianza de los ciudadanos en sus instituciones de administración de justicia; pero también es verdad que —como criterio material— se encuentra la exigencia de que los ciudadanos sean procesados y sentenciados en justicia.

Si se trata de preservar la necesaria confianza que en un sistema democrático debe experimentar la ciudadanía en sus tribunales de justicia, se debe admitir que dos serán los actores principales en la generación y el mantenimiento de esa confianza: los jueces y la ciudadanía. Así, en lo que respecta al juez, será importante que su labor de administración de justicia se desenvuelva según unas pautas y circunstancias que den —hacia fuera— la apariencia de su actuar imparcial. Y en lo que respecta al ciudada-

¹⁹ STC 162/1999, de 27 de septiembre, F. J. 5.

²⁰ STC 38/1984, de 14 de marzo, F. J. 3.

²¹ STC 41/2005, de 28 de febrero, F. J. 3.a.

²² Caso *Piersack contra Bélgica*, del 1 de octubre de 1982, apartado 30.a. En el mismo sentido, caso *De Cubber contra Bélgica*, de 26 de octubre de 1984, apartado 28, y el caso *Perote Pellón contra España*, de 25 de julio de 2002, apartado 45.

no, se ha de tomar en consideración —con los matices que oportunamente se manifestarán— el convencimiento del justiciable al momento de determinar la falta o no de imparcialidad en el juez. A continuación se examinará cada uno de estos dos elementos.

3.2. *Apariencia de imparcialidad*

Es un criterio hermenéutico plenamente asentado en la jurisprudencia del TC que las actuaciones de los jueces y tribunales deberán conducirse de tal manera que las apariencias no puedan llevar a pensar que está actuando exento de imparcialidad. Si se trata de generar el convencimiento en la ciudadanía acerca de la imparcialidad judicial, el juez no sólo tiene la obligación de actuar imparcialmente, sino que además esa imparcialidad debe manifestarse hacia fuera. Esto es importante “porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos”.²³ De manera que “debe abstenerse todo Juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad”.²⁴ De todos modos el justiciable tiene a su alcance el mecanismo de recusación “[p]ara garantizar las apariencias de imparcialidad exigidas y reparar de forma preventiva las sospechas de parcialidad”.²⁵ Sin embargo, no sólo las apariencias definen la parcialidad o imparcialidad del juez, sino que esta apariencia deberá ir acompañada de una razón justificada. Es decir, no basta “que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar [...] si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas”.²⁶

Esta importancia que el TC brinda a las apariencias ha sido fiel reflejo de la consideración que sobre ellas ha manifestado el TEDH desde el caso *Del Court*, en el cual un ciudadano belga se quejaba del hecho de que un miembro del departamento de la Fiscalía General vinculado al Tribunal de Casación había tomado parte en las deliberaciones de ese tribunal que finalmente lo condenó a prisión. La participación del agente fiscal en las mencionadas deliberaciones estaba permitida por la legislación belga. Ante esta circunstancia, dijo el TEDH que cabía pensar en la posibilidad de que los “justiciables se sientan desigualmente tratados si, después de haber oído a un miembro de la Fiscalía General ante el Tribunal de Casación plantear, en la vista pública, alegaciones desfavorables a sus demandas, los ven reunirse con los magistrados para celebrar las deliberaciones en la intimidad de las salas”.²⁷ Si bien en este

²³ STC 162/1999, citado, F. J. 5.

²⁴ STC 310/2000, de 18 de diciembre, F. J. 4.

²⁵ STC 155/2002, de 22 de julio, F. J. 2.

²⁶ STC 162/1999, citado, F. J. 5.

²⁷ Caso *Del Court contra Bélgica*, del 17 de enero de 1970, apartado 30.

caso finalmente el TEDH concluye que no hubo violación del artículo 6.1 del CEDH, es la primera vez que resalta la importancia de las apariencias en la labor de un tribunal: “[s]i tomamos en cuenta el adagio ‘justice must not only be done; it must also be seen to be done’ estas consideraciones permitirían albergar alguna duda sobre la naturaleza satisfactoria o no del sistema [penal belga] en cuestión”.²⁸ A partir de aquí se ha afianzado una línea jurisprudencial que ha evolucionado de la posibilidad de reconocer *cierta importancia*²⁹ a las apariencias, a admitir que éstas *son importantes*³⁰ en la definición de una actuación judicial como imparcial. Y es que, habrá que insistir: “Lo que está en juego es la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben merecer a los que acuden a ellos y, sobre todo, en cuestiones penales a los acusados. Por consiguiente, cualquier juez de quien se pueda temer legítimamente la falta de imparcialidad debe ser recusado”.³¹

3.3. *Imparcialidad de los tribunales y convicción del justiciable*

Pero no sólo se ha de atender a las apariencias que envuelven la labor de administración de justicia por parte del juez para determinar si ha actuado o no con imparcialidad, sino que de manera complementaria se ha de atender a la concreta convicción del ciudadano, pues de lo que se trata es de salvaguardar la confianza de estos justiciables en los órganos judiciales. Sin embargo, bien rápido se cae en la cuenta de que apelar simplemente a la particular convicción del procesado para determinar la actuación imparcial del juez puede terminar configurando situaciones de verdadera arbitrariedad. Para evitar este riesgo, el TC —de la mano de la jurisprudencia del TEDH— ha planteado una serie de criterios que a continuación se comentarán.

3.3.1. *Dimensión subjetiva y objetiva de la exigencia de imparcialidad del juez*

Un primer criterio es la admisión de un doble orden de significación en la exigencia de imparcialidad del juez. Para el TC, se trata de reconocer que esta exigencia tiene una dimensión subjetiva y otra objetiva. La primera “exige que el Juez considere asuntos que le sean ajenos, en los que no tenga interés de clase alguna, ni directo ni indirecto”.³² Mediante esta perspectiva, se “trata de apreciar la convicción personal

²⁸ Ídem, apartado 31.

²⁹ Cf. Caso *Piersack contra Bélgica*, citado, apartado 30.a.

³⁰ Más recientemente, el TEDH afirmó: “Desde el punto de vista objetivo, debe determinarse si existen hechos evaluables que puedan, no obstante, plantear dudas en cuanto a la imparcialidad de los tribunales. A este respecto, incluso las apariencias son importantes”. Caso *Salov contra Ucrania*, de 6 de septiembre de 2005, apartado 81.

³¹ Caso *Hauschildt contra Dinamarca*, de 24 de mayo de 1989, apartado 48.

³² STC 11/2000, de 17 de enero, F. J. 4.

del Juez, lo que pensaba en su fuero interno en tal ocasión, a fin de excluir a aquel que internamente haya tomado partido previamente, o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos”.³³ La imparcialidad objetiva, por su parte “puede darse cuando los Magistrados no han tenido contacto anterior con el ‘thema decidendi’, de modo que se ofrezcan las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al respecto”.³⁴ De esta manera, determinar la imparcialidad objetiva del juez significa “determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna ni toma de partido previa, el Juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto”.³⁵ Con otras palabras, el mencionado derecho al juez imparcial exige “que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial, incluidas aquellas que, desde una perspectiva objetiva, pueden producirse, entre otras consideraciones, por haber tenido el juzgador una relación o contacto previo con el *thema decidendi*”.³⁶

Nuevamente, este criterio jurisprudencial del TC es fruto de haber hecho suya la definición subjetiva y objetiva de la exigencia de imparcialidad en el juez que ha establecido el TEDH.³⁷ Ha manifestado este Tribunal: “Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada, especialmente conforme al artículo 6.1 del Convenio, de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto”.³⁸

3.3.2. *La imparcialidad del juez se define según elementos objetivos*

La imparcialidad subjetiva o personal del juez, como segundo criterio, “debe presumirse hasta que se pruebe lo contrario”.³⁹ Esta prueba siempre es una cuestión harto compleja debido a que se deberá acreditar algo que pertenece al fuero interno del juez. Por esta razón, el aspecto subjetivo de la imparcialidad del juzgador no ha sido determinante para establecer una violación del artículo 6.1 del CEDH, como sí lo

³³ STC 162 /1999, citada, F. J. 5.

³⁴ STC 11/2000, citada, F. J. 4.

³⁵ STC 162 /1999, citada, F. J. 5.

³⁶ STC 39/2004, citada, F. J. 3.

³⁷ De hecho, el propio TC ha reconocido expresamente que la exigencia de una imparcialidad subjetiva y objetiva tiene su raíz en la jurisprudencia del TEDH: “En sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos venimos distinguiendo entre imparcialidad subjetiva e imparcialidad objetiva”. *Ibidem*.

³⁸ Caso *Piersack contra Bélgica*, citado, apartado 30, primer párrafo.

³⁹ Caso *Le Compte, Van Leuven y de Meyere contra Bélgica*, de 23 de junio de 1981, apartado 58.

ha sido la dimensión objetiva. Esta advertencia nos coloca rápidamente sobre un segundo criterio, a saber, la exigencia de que deben existir elementos objetivos en la tramitación y la decisión de un proceso que permitan concluir razonablemente que el juzgador carece de imparcialidad. Consecuentemente, no basta con que el justiciable tenga la convicción de que es juzgado por un juez parcializado, sino que además esta convicción debe haber sido fruto de la concurrencia de una serie de elementos o circunstancias que lleven a concluir objetiva y razonablemente que el juez no ha actuado con la exigida imparcialidad.

Bien lo ha dicho el TC cuando ha afirmado que “no basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del Juez surjan en la mente de la parte, sino que lo determinante y decisivo es que las razones para dudar de la imparcialidad judicial, por un lado, queden exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos y, por otro, alcancen una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas”.⁴⁰ Oportunidad ha tenido también este tribunal para definir las “sospechas objetivamente justificadas” como aquellas “exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa”.⁴¹ Este segundo criterio igualmente es manifestación de la influencia de la jurisprudencia del TEDH,⁴² el cual ha dicho que “para pronunciarse sobre la existencia, en un asunto concreto, de una razón legítima para temer que un Juez carezca de imparcialidad, se tiene en cuenta el punto de vista del acusado pero no juega éste un papel decisivo. El elemento determinante consiste en saber si se pueden considerar las aprehensiones del interesado como objetivamente justificables”.⁴³

3.3.3. *La imparcialidad del juez se define en las circunstancias del caso concreto*

Un tercer criterio presente en la jurisprudencia del TC es que sólo a la luz de las circunstancias del caso concreto se valorará la parcialidad o imparcialidad del juez. Bastante categórico ha sido el TC al afirmar que “[e]l concepto de un Tribunal imparcial no se debe interpretar en abstracto”,⁴⁴ sino que para ello es “necesario valorar las circunstancias de cada caso concreto”.⁴⁵ Este criterio se ha predicado especialmente de los casos en los que un mismo juez resultaba ser juez instructor y juez sentenciador

⁴⁰ STC 306/2005, de 12 de diciembre, F. J. 3.

⁴¹ STC 162/1999, de 27 de septiembre, F. J. 5.

⁴² Cf. caso *Hauschildt contra Dinamarca*, citado, apartado 48; *Ferrartelli y Santangelo contra Italia*, de 7 de agosto de 1996, apartado 58; y caso *Wettstein contra Suiza*, de 21 de diciembre de 2000, apartado 44, entre otros.

⁴³ Caso *Pescador Valero contra España*, de 17 de junio de 2003, apartado 23.

⁴⁴ STC 60/1995, de 17 de marzo, F. J. 5.

⁴⁵ STC 39/2004, citada, F. J. 3.

en una misma causa. La imparcialidad del juez, ha dicho el TC, “no puede examinarse *in abstracto*, sino que hay que determinar, caso por caso, si la asunción simultánea de determinadas funciones instructoras y juzgadoras puede llegar a comprometer la imparcialidad objetiva del juzgador y erigirse en un menoscabo y obstáculo a ‘la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables’”.⁴⁶

Atender a las concretas circunstancias de un caso para determinar la imparcialidad o parcialidad del juez es un criterio que también el TC recoge de la jurisprudencia del TEDH. Este criterio es formulado como una matización a su doctrina sobre el juez imparcial recogida principalmente en los casos *Piersack contra Bélgica* y *De Cubber contra Bélgica*. En el primero, el demandante alegó violación del artículo 6.1 del CEDH porque el presidente del Tribunal que lo condenó (Sr. Van de Walle) “fue el jefe de la sección B del departamento de acusación pública de la capital, sección encargada de la investigación de los crímenes y delitos contra las personas y, en consecuencia, la que conoció el caso del señor Piersack”.⁴⁷ Este solo hecho fue suficiente para crear la razonable duda sobre la imparcialidad del magistrado y destruir así la confianza de los justiciables en los tribunales de justicia. En este contexto, no es necesario determinar la mayor o menor desconfianza generada en el procesado, sino que “[e]s suficiente constatar que la imparcialidad del ‘tribunal’ al que incumbía decidir sobre ‘el fondo de la acusación’ podía ser sometida a duda”.⁴⁸

Algo semejante ocurrió con el caso *De Cubber*, en el que el demandante había sido condenado por un tribunal en el que uno de los magistrados había sido juez de instrucción en la misma causa. Se trataba de un asunto en el que se había producido “el ejercicio sucesivo de las funciones de juez de instrucción y de juez sobre el fondo del asunto por un mismo Magistrado en una misma causa”.⁴⁹ En este caso, el TEDH razonó igualmente que el hecho de que un juez de instrucción sea a la vez el juez sobre el fondo en una misma causa se constituía en un elemento objetivo suficiente para considerar quebrantaba la confianza del procesado en la imparcialidad del tribunal. Así, es plenamente comprensible que “un inculpado pueda inquietarse si encuentra, en el seno del Tribunal llamado a decidir sobre el fundamento de la acusación, al Magistrado que le había puesto en situación de detención preventiva y le había interrogado frecuentemente durante la instrucción preparatoria, estando sus preguntas dictadas por la preocupación de descubrir la verdad”.⁵⁰

Hasta aquí, el TEDH consideraba que el solo hecho de que un mismo juez instruya y resuelva una misma causa bastaba para hablar ineludiblemente de ausencia de imparcialidad en el juez. Sin embargo, esta postura fue matizada en la sentencia del caso *Hauschildt*, en el sentido de que no siempre que esto ocurra se estará frente a

⁴⁶ STC 142/1997, de 15 de septiembre, F. J. 3.

⁴⁷ Caso *Piersack contra Bélgica*, citado, apartado 28.

⁴⁸ Ídem, apartado 31.

⁴⁹ Caso *De Cubber contra Bélgica*, citado, apartado 27.

un juez parcial, sino que la imparcialidad “dependerá de las circunstancias que concurran”⁵¹ en el caso concreto. Y a partir de este caso “el simple hecho de que [un] juez haya tomado ya decisiones con anterioridad a [un] proceso [...] no justifica en sí las aprehensiones en cuanto a su imparcialidad. Únicamente las circunstancias concretas pueden, como en el asunto Hauschildt, llevar a otra conclusión”.⁵²

Igual criterio se puso de manifiesto en el caso *Castillo Algar*, en el que para el TEDH la respuesta a la pregunta de si se pueden considerar las dudas sobre la imparcialidad del juez como objetivamente justificadas “varía según las circunstancias de la causa; el simple hecho de que un Juez haya tomado decisiones antes del proceso no puede, por tanto, en sí mismo, justificar las aprehensiones en cuanto a su imparcialidad”.⁵³ En estos casos, lo decisivo “es el alcance y la naturaleza de las medidas ordenadas por el juez con anterioridad al proceso”.⁵⁴ Se estará ante un juez imparcial cuando las medidas ordenadas previamente en ningún caso pueden llevar a concluir razonablemente que el juez tiene creado un prejuicio sobre el justiciable. Con otras palabras, la labor del juez que falla en un caso sobre el cual ha conocido preliminarmente, debe ser una labor que “[n]o llevaba consigo ninguna apreciación de los elementos presentados [en el juicio] ni exigía de dicho magistrado ninguna conclusión en cuanto al papel del demandante”.⁵⁵

Para el TC, de igual modo, no sólo cualquier intervención previa del juez en una misma causa no ocasiona automáticamente una razonable duda sobre su imparcialidad, sino que, además, no se puede establecer una relación general y abstracta de actuaciones previas del juez en una misma causa que supongan la pérdida de su imparcialidad. Siempre se ha de estar a las concretas circunstancias, de modo que con base en ellas se pueda concluir razonablemente que el pronunciamiento previo se ha producido sobre cuestiones esencialmente semejantes. Para este tribunal español, la determinación de cuáles son las circunstancias concretas que justifiquen objetivamente las dudas sobre la imparcialidad judicial “no está vinculada tanto con una relación nominal de actuaciones o decisiones previas que queden vedadas al juzgador, cuanto, especialmente, con la comprobación, en cada supuesto en particular, de si la intervención previa en la que el interesado hace residenciar sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo”.⁵⁶

⁵⁰ Ídem, apartado 29.

⁵¹ Caso *Hauschildt contra Dinamarca*, citado, apartado 49.

⁵² Caso *Sainte-Marie contra Francia*, de 16 de diciembre de 1992, apartado 32.

⁵³ Caso *Castillo Algar contra España*, de 28 de octubre, apartado 46. Idéntica respuesta se halla en la sentencia al caso *Perote Pellón contra España*, citada, apartado 47.

⁵⁴ Caso *Fey contra Austria*, de 24 de febrero de 1993, apartado 30.

⁵⁵ Caso *Bulut contra Austria*, de 22 de febrero de 1996, apartado 34.

⁵⁶ STC 39/2004, citada, F. J. 3.

3.4. *El juez imparcial como un juez alejado de los intereses de las partes*

Un nuevo criterio de definición de la presencia o ausencia de la necesaria imparcialidad del juez, complementario de los manifestados hasta ahora, viene referido a la consideración del juez como un tercero imparcial que juzgará al margen de los intereses de las partes procesales y con sujeción plena al ordenamiento jurídico. En este sentido, para afirmar la inexistencia de imparcialidad en el juez, deberá verificarse la concurrencia de una serie de circunstancias que “permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa o que permitan temer, por cualquier relación con el caso concreto, que no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al Ordenamiento jurídico”.⁵⁷ Esta exigencia al juez de ser ajeno al litigio, “puede resumirse en dos reglas: según la primera, el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; por la segunda, el Juez no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra”.⁵⁸

Hace esta afirmación el TC con base en casos como el de *Langborger contra Suecia*, el de *Holm contra Suecia* y el de *Gautrin contra Francia*, todos ellos resueltos por el TEDH. En el primero de ellos, el TEDH declaró que se había configurado violación del artículo 6.1 del CEDH porque objetiva y razonablemente podía concluirse que parte de los miembros del tribunal que falló en contra del demandante tenían intereses contrapuestos a éste. En efecto, Rolf Langborger alquiló un piso, en cuyo contrato de alquiler se incluía una “cláusula de negociación” por la cual las partes se obligaban a aceptar la renta y demás condiciones que se estipulasen según el acuerdo al que se podía llegar entre una Unión de Propietarios Inmobiliarios y una Unión de Inquilinos, afiliada ésta a la Unión Nacional de Arrendatarios. La Unión de Inquilinos cobraba el 0,3% del alquiler por su participación en las negociaciones. El señor Langborger, descontento con el alquiler y con que lo representaba la Unión de Inquilinos, resolvió el contrato según el Código Inmobiliario, y directamente propuso al arrendador firmar un nuevo contrato con renta fija y sin la cláusula de negociación. El arrendador rechazó la oferta y el señor Langborger planteó reclamación ante la Junta de Alquileres de Estocolmo, la cual la rechazó, rechazo que fue confirmado por el Tribunal de Arrendamientos.

A fin de determinar la vulneración o no del derecho al juez imparcial (artículo 6.1 del CEDH), el TEDH circunscribe su análisis a lo actuado en el Tribunal de Arrendamientos. Éste se componía de dos jueces de carrera y dos que no lo eran. Los que no lo eran, aunque los nombraba el Gobierno; uno era propuesto por la Federación Sueca

⁵⁷ STC 69/2001, de 17 de marzo, F. J. 16.

⁵⁸ STC 162/1999, citada, F. J. 5.

de Propietarios de Inmuebles y el otro por la Unión Nacional de Inquilinos. El TEDH, en la medida en que eran cualidades estrechamente vinculadas, examinó la independencia e imparcialidad de los dos miembros del tribunal que no eran jueces de carrera, y al hacerlo concluyó la vulneración del artículo 6.1 del CEDH. Manifestó el Tribunal de Estrasburgo que “en cuanto a la imparcialidad objetiva y a la apariencia de independencia, el Tribunal reconoce, en cambio, que fueron propuestos por dos asociaciones con las que tenían estrechos lazos, ambas interesadas en que se conservara la cláusula de negociación. El demandante, como pretendía su supresión, podía temer legítimamente que los miembros no profesionales tuvieran un común interés opuesto al suyo y que se produjera una ruptura del equilibrio de intereses, inherente a la composición del tribunal de arrendamientos en los demás litigios cuando se tratara de resolver su propia demanda”.⁵⁹

4. Imparcialidad del juez y medios de comunicación

4.1. Protección frente a juicios paralelos

Son especialmente importantes y a la vez complejas las situaciones comúnmente conocidas como *juicios paralelos*. Se trata de determinar si puede ser afectada la imparcialidad de los jueces cuando en los medios de comunicación se transmiten opiniones sobre los distintos elementos que conforman un juicio que se está llevando a cabo, en particular sobre la inocencia o culpabilidad del procesado e incluso sobre la condena que ha de recibir. Esas opiniones pueden ser propias de los periodistas de los medios de comunicación, o bien pertenecer a otras distintas personalidades (políticos, miembros del Gobierno o la ciudadanía) y los medios limitarse a divulgarlas.

El TC, con la ayuda de la jurisprudencia del TEDH, ha manifestado una serie de criterios que ayudarán a resolver esta cuestión. En particular, se destaca que el TEDH ha advertido del peligro que para la administración de justicia tienen los juicios paralelos. Según este tribunal, el peligro consiste en “asistir a una falta de respeto de las vías legales y a una usurpación de las funciones de los Tribunales si se incitaba al público a formarse una opinión sobre un proceso que estaba todavía pendiente o si las partes debían sufrir un ‘proceso paralelo en la prensa’. [...] Si se agitan con antelación los puntos en una forma tal que el público se forma sus propias conclusiones, se corre el riesgo de perder el respeto y la confianza en los Tribunales”.⁶⁰ Complementariamente, “si el público se habitúa al espectáculo de un seudoproceso en los medios de comunicación pueden darse, a largo plazo, consecuencias nefastas para el prestigio de los Tribunales como órganos cualificados para conocer de los asuntos jurídicos”.⁶¹

⁵⁹ Caso *Langborger contra Suecia*, de 22 de junio de 1989, apartado 35.

⁶⁰ Caso *Sunday Times contra el Reino Unido de Gran Bretaña*, de 26 de abril de 1979, apartado 63.

⁶¹ *Ibidem*.

Tomando en consideración este denunciado peligro, el TC ha admitido —con base en el derecho a un juez imparcial— que es posible argumentar una defensa frente a los juicios paralelos en la medida que “parece razonable deducir [...] que la Constitución brinda un cierto grado de protección frente a los juicios paralelos en los medios de comunicación”.⁶² Esta protección es necesaria al menos por las dos siguientes razones. En primer lugar, que “la regular Administración de Justicia pueda sufrir una pérdida de respeto, y que la función de los Tribunales pueda verse usurpada, si se incita al público a formarse una opinión sobre el objeto de una causa pendiente de sentencia, o si las partes sufrieran un pseudojuicio en los medios de comunicación”.⁶³ Y en segundo lugar, porque las declaraciones en los medios de comunicación acerca de procesos en curso “pueden llegar a menoscabar, según sea su tenor, finalidad y contexto, la imparcialidad o la apariencia de imparcialidad de los Jueces y Tribunales, ya que la publicación de supuestos o reales estados de opinión pública sobre el proceso y el fallo puede influir en la decisión que deben adoptar los Jueces, al tiempo que puede hacer llegar al proceso informaciones sobre los hechos que no están depuradas por las garantías que ofrecen los cauces procesales”.⁶⁴

4.2. La protección no puede suponer la vulneración de otros derechos fundamentales

La garantía del derecho al juez imparcial que supone la protección contra los juicios paralelos debe aplicarse de tal manera que no se vea afectado el contenido constitucional de otros derechos igualmente fundamentales, como los derechos de libertad de expresión e información y el derecho a la publicidad de los procesos judiciales. Sin duda, la protección contra juicios paralelos se encuentra *seriamente contrapesada*: “[e]xternamente, por las libertades de expresión e información que reconoce el art. 20 [de la CE] [...]. Internamente, la protección del acusado frente a los *media* encuentra límites dentro del propio art. 24, porque la publicidad no sólo es un principio fundamental de ordenación del proceso, sino igualmente un derecho fundamental (inciso 5 del art. 24.2 [de la CE])”.⁶⁵

En relación con las libertades de expresión (artículo 20.1.a de la CE) e información (artículo 20.1.d de la CE), se debe tomar en especial consideración la relevancia que en una sociedad democrática juegan ambas libertades. En palabras del TEDH, “[l]a libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad [democrática], una de las condiciones primordiales para su progreso y para el

⁶² ATC 195/1991, de 26 de junio, F. J. 6.

⁶³ *Ibídem*.

⁶⁴ STC 136/1999, de 20 de julio, F. J. 8.

⁶⁵ ATC 195/1991, citado, F. J. 6.

desarrollo de los hombres”.⁶⁶ Este valor esencial se mantiene igualmente “en el campo de la administración de la justicia, que sirve a los intereses de toda la colectividad y exige la cooperación de un público instruido”.⁶⁷ Es una opinión generalizada “que los Tribunales no pueden operar en el vacío. Son competentes para resolver los conflictos entre las partes, pero eso no quiere decir que con anterioridad no puedan dar lugar a debates, bien sea en revistas especializadas, en la prensa o en la opinión pública”.⁶⁸

Precisamente este criterio jurisprudencial fue adoptado por el TC, el cual manifestó —con referencia expresa al caso *Sunday Times contra Reino Unido*, de 1979— que “[l]os Tribunales, no pueden operar en el vacío. Aun cuando son el foro adecuado para resolver los conflictos, ello no impide que en otros ámbitos se desarrolle una discusión previa, tanto en publicaciones especializadas como en la prensa periódica o, en general, en los círculos públicos. Así como los medios de comunicación de masas no deben traspasar los linderos trazados en interés de una serena administración de la Justicia, igualmente les corresponde ofrecer información e ideas concernientes a los asuntos llevados ante los Tribunales, lo mismo que en cualquier otro ámbito de interés público”.⁶⁹

Como se puede comprobar, el TC —siguiendo al TEDH— ha puesto de manifiesto la necesidad de que la garantía de un derecho como el derecho al juez imparcial no suponga la desprotección de la libertad de expresión e información. La proscripción de los juicios paralelos como garantía de imparcialidad no puede conllevar el silencio de los periodistas. Éstos podrán ejercer plenamente su libertad de informar sobre un juicio o proceso, pero deberán hacerlo sin poner en riesgo la necesaria imparcialidad del juez. Esta exigencia de razonabilidad y de ajuste en el ejercicio de un derecho fundamental la ha puesto de manifiesto también el TC en referencia al derecho fundamental de publicidad de los procesos (artículo 24.2 de la CE): “A condición de no franquear los límites que marca la recta administración y dación de justicia, las informaciones sobre procesos judiciales, incluidos los comentarios al respecto, contribuyen a darles conocimiento y son perfectamente compatibles con las exigencias de publicidad procesal (art. 24.2 CE y art. 6.1 CEDH)”.⁷⁰

⁶⁶ Caso *Handyside contra el Reino Unido de Gran Bretaña*, de 7 de diciembre de 1976, apartado 48.

⁶⁷ Caso *Sunday Times contra el Reino Unido de Gran Bretaña*, citado, apartado 65.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ ATC 195/1991, citado, F. J. 6.

⁷⁰ STC 136/1999, citado, F. J. 8. De esta manera, el TC hace suyo literalmente lo dicho por el TEDH: “[a] condición de no sobrepasar los límites fijados a efectos de una buena administración de la justicia, las actas de los procedimientos judiciales, incluidos los comentarios, contribuyen a hacerlos conocer y son por tanto perfectamente compatibles con la exigencia de publicidad de la audiencia enunciada en el artículo 6.1 del Convenio”. Caso *Worm contra Austria*, de 29 de agosto de 1997, apartado 50.

4.3. Algunos criterios para la protección de la imparcialidad frente a juicios paralelos

A continuación, se formularán algunos criterios que han sido expresados tanto por el TEDH como por el TC en la solución de casos concretos en los que se cuestionaba la posible vulneración del derecho al juez imparcial debido a la publicación de noticias o comentarios referidos a un juicio en desarrollo.

4.3.1. Tomar en consideración las concretas circunstancias

En primer lugar, se debe recordar un criterio ya puesto de relieve: las supuestas vulneraciones del derecho a un juez imparcial deben ser examinadas a la luz de las circunstancias del caso concreto. En esta casuística, deberá determinarse si las sospechas de parcialidad del juez que pueda invocar un procesado son objetivamente justificadas. Con otras palabras: “[l]o determinante consiste en saber si los temores del interesado pueden ser considerados como objetivamente justificados”.⁷¹ En este contexto, juega un papel principal el análisis de lo comunicado o difundido a fin de determinar la configuración o no de un juicio paralelo y, consecuentemente, si existe o no violación del derecho al juez imparcial.

Así, por ejemplo, no se ha contravenido el contenido constitucional del derecho a un juez imparcial cuando “el tenor de la información aparecida en los medios de comunicación (tendente a informar sobre cuál había sido el contenido de parte de las deliberaciones y del sentido del fallo antes de que el mismo fuese notificado a las partes), no implica, ni que el fallo se hubiese visto modificado a partir de tal información, ni que se haya producido un ‘juicio paralelo’ capaz de menoscabar la imparcialidad o apariencia de imparcialidad de la Sala sentenciadora, puesto que ya había concluido el juicio oral, se había desarrollado toda la prueba e, incluso, había finalizado la deliberación sobre el contenido del fallo condenatorio”.⁷² De igual forma, no atentan contra la imparcialidad del juez aquellas declaraciones que simplemente “manifiestan una opinión o un deseo de cuál debiera ser el sentido del fallo”,⁷³ o las expresiones que contenían “la inocuidad de las predicciones acerca del sentido de los votos de los Magistrados”.⁷⁴

En cambio, puede llegar a haber vulneración del derecho a un juez imparcial cuando del texto de una serie de artículos se concluye objetivamente que han sido escritos “con el fin de influir en el resultado del procedimiento”,⁷⁵ tratando de llevar “al lector a la conclusión de que [el procesado] era culpable y predijo su condena”.⁷⁶

⁷¹ STC 136/1999, citada, F. J. 8.

⁷² STC 69/2001, citada, F. J. 14.

⁷³ STC 136/1999, citada, F. J. 9.

⁷⁴ *Ibídem*.

⁷⁵ Caso *Worm contra Austria*, citado, apartado 51.

⁷⁶ *Ibídem*.

Se trata de textos redactados “en términos tan absolutos que el lector tenía la impresión de que un Tribunal penal no tendría otro recurso que condenar al [procesado]”.⁷⁷ También pueden llegar a constituir agresiones al derecho al juez imparcial aquellas publicaciones que sean capaces “de propiciar un clamor popular a favor de la condena o de la absolución de los encausados, poniendo en entredicho la necesaria serenidad del Tribunal o la confianza de la ciudadanía en el comportamiento neutral de los juzgadores”.⁷⁸

4.3.2. *Dos exigencias frente a comunicaciones que rompen la parcialidad del juez*

En segundo lugar, si llegan a producirse comunicaciones que —según los supuestos enunciados en el apartado anterior— configuren juicio paralelo, puede que se considere vulnerada la imparcialidad judicial “incluso sin necesidad de probar que la influencia ejercida ha tenido un efecto concreto en la decisión de la causa, pues, por la naturaleza de los valores implicados, basta la probabilidad fundada de que tal influencia ha tenido lugar (TEDH, asunto Worm, ap. 54)”.⁷⁹

Muy de la mano con esto, y en tercer lugar, la posibilidad de que determinados ejercicios de los medios de comunicación puedan vulnerar la imparcialidad judicial no habilita a anular toda “forma de debate público sobre asuntos pendientes ante los Tribunales”.⁸⁰ En palabras del Tribunal de Estrasburgo: “Las restricciones a la libertad de expresión autorizadas en el apartado 2 del artículo 10 [del CEDH] ‘para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial’ no permiten a los Estados limitar todas las formas de debate público sobre cuestiones que están siendo examinadas por los Tribunales”.⁸¹

4.3.3. *Relación del juez con los medios de comunicación*

El cuarto criterio está referido a la relación de los jueces con los medios de comunicación. Sin duda, una adecuada relación de los jueces (en general, de los funcionarios judiciales) con la prensa puede evitar juicios paralelos. A las autoridades judiciales llamadas a juzgar, en palabras del TEDH, se les ha de exigir “la mayor discreción, con el fin de garantizar su imagen de jueces imparciales. Esta discreción debe llevarles a no utilizar la prensa, incluso cuando sea para responder a provocacio-

⁷⁷ Ídem, F. J. 52.

⁷⁸ STC 136/1999, citada, F. J. 9.

⁷⁹ Ídem, F. J. 8.

⁸⁰ Ibídem.

⁸¹ Caso *Worm contra Austria*, citado, apartado 50.

nes. Lo imponen la exigencia superior de la justicia y la naturaleza de la función judicial”.⁸²

Siguiendo este criterio jurisprudencial, el TC ha manifestado que “como principio general, la exigencia superior de la justicia y la naturaleza de la función judicial oblig[a] a las autoridades judiciales llamadas a juzgar a observar la mayor discreción, con el fin de garantizar su imagen de jueces imparciales”.⁸³ Cuando esta exigida discreción de los jueces no llega a manifestarse y ocurre, por ejemplo, la filtración de información del proceso en curso hacia los medios de comunicación, sólo se podrá considerar vulnerado el derecho al juez imparcial “en la medida en que se acredit[e] que la opinión de alguno o de algunos de los integrantes del Tribunal [ha] podido verse condicionada por hechos o circunstancias externas a la propia deliberación, o que la citada ‘filtración’ iba encaminada a obtener una modificación interesada de lo previamente decidido”.⁸⁴

5. La abstención y la recusación como remedios procesales

5.1. Semejanza y diferencia

El derecho a ser procesado y sentenciado por un juez imparcial, que se reconoce a todas las personas en cuanto procesadas, tiene al menos los siguientes dos mecanismos de protección: la abstención y la recusación. Uno y otro mecanismo se asemejan en que ambos tienen por finalidad alejar del conocimiento de una concreta *litis* a aquel juez sobre cuya imparcialidad existe una razonable duda. La diferencia radica en que la abstención se produce a instancia del juez mismo que ha incurrido en situación de parcialidad, mientras que la recusación es formulada por la parte procesal que ve amenazado su derecho a un juez imparcial. Un mecanismo se presenta en sustitución de otro: si frente a una situación de sospecha de pérdida de imparcialidad el juez no se ha abstenido de conocer el juicio, el procesado tiene la facultad —y el deber— de echar a andar el mecanismo de recusación.

5.2. Lista de causales de abstención y/o recusación

A partir de aquí, varias cuestiones pueden plantearse sobre esos mecanismos procesales. La primera está referida a las causales que podrán invocar tanto el juez, para abstenerse de conocer un proceso, como la parte procesal, para conseguir la recusación del juez. La lista de causales que pueda formularse ¿es taxativa o abierta?, y en todo caso, ¿quién es el encargado de definirla? El TC ha manifestado que la Constitución “no enumera en concreto, las causas de abstención y recusación que

⁸² Caso *Buscemi contra Italia*, de 16 de septiembre de 1999, F. J. 67.

⁸³ STC 69/2001, citado, F. J. 14.

⁸⁴ *Ibídem*.

permitan preservar el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 [de la CE]”.⁸⁵ Sin embargo, esto no impide que la lista sea formulada legislativamente, aunque con ciertos límites. En efecto, el legislador está sujeto a una serie de condicionamientos, los cuales “derivan del contenido esencial de los derechos reconocidos en el art. 24.2 CE, a la luz de los mandatos del art. 10.2 CE, y, en relación con el mismo, de los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales llamados a interpretar y aplicar los tratados y convenios internacionales suscritos por España en materia de derechos fundamentales y libertades públicas”.⁸⁶ De modo que, si en la jurisprudencia del TEDH se llegasen “a identificar supuestos de abstención y de recusación hasta hoy no contemplados en nuestra legislación, [...] cabría sostener la exigencia de una acomodación del Derecho español al precepto internacional de este modo interpretado por el órgano competente para ello”.⁸⁷

De aquí se concluye, en respuesta a la doble cuestión apuntada líneas arriba, que la lista de causales de abstención y/o revocación es una lista abierta, es decir, aunque expresamente no esté reconocida una causal como de recusación, si de ella se desprende que es necesario pedir el apartamiento del juez a fin de garantizar la imparcialidad judicial, se ha de aceptar igualmente como causal. De la misma manera, si bien el primero que está destinado a formular la lista de causales es el legislador, también es cierto que el juez no debe limitarse a las correspondientes disposiciones legales que la recogen, sino que podrá atender también a la jurisprudencia del TEDH a fin de determinar si se presentan y acogen nuevas causales para incorporarlas también en el ordenamiento nacional español.

5.3. Necesidad y oportunidad de la recusación

5.3.1. La recusación como requisito de procedencia del amparo

La recusación se define como la solicitud que formula una de las partes procesales de que un juez se aparte del conocimiento de una causa, a fin de evitar que se pronuncie en ella, debido a que concurre alguna situación que hace dudar seria y objetivamente de su actuación imparcial. En palabras del TC, “es un remedio arbitrado por la Ley para desplazar del conocimiento del proceso a aquellos Jueces y Magistrados que posean una especial relación con las partes o con el objeto del proceso y que, por ello, susciten recelo sobre su imparcialidad”.⁸⁸ En definitiva, la recusación se convierte en un remedio procesal de defensa y garantía del derecho constitucional al juez imparcial. Como ha dicho el TC: “[L]a recusación del Juez o Magistrado de cuya

⁸⁵ STC 157/1993, de 6 de mayo, F. J. 2.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ STC 138/1991, de 20 de junio, F. J. 2.

imparcialidad se duda es, en casi todas las ocasiones, un remedio procesal útil para evitar la lesión del derecho a un Juez imparcial”.⁸⁹

Definido así el mecanismo de recusación, conviene preguntarse —como segunda cuestión— si existe un plazo dentro del cual deba presentarse la correspondiente reclamación. De manera general, en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) se ha establecido que “[l]a recusación deberá proponerse tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde, pues, en otro caso, no se admitirá a trámite” (artículo 223.1 LOPJ). Inicialmente, el TC hizo suya de manera estricta la expresión *tan pronto como se tenga conocimiento de la causa que lo funde* para definir la oportunidad en que debería ser solicitada la recusación.⁹⁰ Esta interpretación estricta vino muy ligada a la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo, en la medida en que el amparo se convirtió en el mecanismo constitucional para defender el derecho a un juez imparcial frente a posibles agresiones. Como se sabe, en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se ha dispuesto que para la procedencia del recurso de amparo se deben haber agotado los recursos judiciales previos y se debe haber invocado en el proceso el derecho constitucional supuestamente agredido *tan pronto como se hubiese conocido de la violación* (artículo 44.1 LOTC).

Es así que el TC manifestó que las infracciones que se produzcan en el curso de un procedimiento “han de ser denunciadas en el momento en que tengan lugar, y el recurso de amparo ha de interponerse contra la resolución que decida sobre la infracción denunciada, si no ha sido previamente corregida por la vía ordinaria. [...]. Así ocurre con el derecho al Juez predeterminado por la Ley, pues la infracción de este derecho hace sentir sus efectos de inmediato —en todos y cada uno de los actos que lleve a cabo el Juez— y por ello ha de ser denunciada cuando se produce y no cuando recae la resolución que pone fin al proceso, sea cual sea ésta”.⁹¹ Complementariamente, y como necesaria consecuencia, admite el TC que el “derecho de recusación cuyo ejercicio diligente es, a su vez, presupuesto procesal de un posterior recurso de amparo en defensa del derecho fundamental al Juez imparcial, pues normalmente ese incidente es el que permite invocar el derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello, y simultáneamente agotar los recursos utilizables dentro de la vía judicial”.⁹²

Significaba esto que, presentada la circunstancia que supuestamente vulneraba el derecho constitucional al juez imparcial, el que se decía afectado debía solicitar la recusación del juez tan pronto como tuviese conocimiento de la ocurrencia de la mencionada circunstancia. Sólo así le era permitido acceder al TC a través del amparo. En buena cuenta, sin recusación previa no había amparo. Esta situación llevó al TC a

⁸⁹ STC 306/2005, citada, F. J. 2.

⁹⁰ Entre otras STC 138/1991, citada, F. J. 2; STC 384/1993, de 21 de diciembre, F. J. 2.

⁹¹ STC 30/1986, de 20 de febrero, F. J. 3.

⁹² STC 180/1991, de 23 de septiembre, F. J. 6.

manifestar que esta interpretación suya no era más que consecuencia de la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo: “la exigencia de recusación previa para poder considerar agotados los recursos utilizables en la vía judicial previa no constituye una extensión analógica *in malam partem* del art. 44.1 a) LOTC, ni cabe ver en ella la imposición de un puro formalismo en perjuicio del derecho fundamental invocado, sino que, de la misma manera que el requisito contenido en el art. 44.1 c) LOTC, responde plenamente a la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo”.⁹³ De hecho, el TC era del convencimiento de que no exigir la recusación en estos términos “favorecería un indebido uso alternativo por las partes del derecho a la recusación, al no derivarse consecuencia negativa alguna para ellas de la consciente falta de interposición del correspondiente incidente por motivo de una expectativa razonable de obtener un fallo absolutorio”.⁹⁴

5.3.2. *Matización del criterio del TC por aplicación de la jurisprudencia del TEDH*

Sin embargo, el TC tuvo que matizar este criterio jurisprudencial a raíz de la sentencia del TEDH en el caso *Castillo Algar*, en el que la alegada vulneración del derecho al juez imparcial consistió en que dos magistrados del tribunal que condenó al demandante habían formado parte del tribunal que anteriormente había rechazado el recurso de apelación contra el auto de procesamiento, debido a que *existían indicios suficientes de la comisión de un delito*. El Gobierno español presentó una excepción preliminar a la tramitación de esta causa ante el TEDH, en la cual manifestó que con anterioridad a la apertura del procedimiento el demandante pudo impugnar la imparcialidad de los dos jueces en cuestión, por lo que “no habría agotado las vías de recursos internos como exige el artículo 26 del Convenio y su queja debería, en consecuencia, ser declarada inadmisibles”.⁹⁵ Con base en un recordatorio de la finalidad de la exigencia de agotamiento de los recursos internos, que consiste en “facilitar a los Estados contratantes la ocasión de prevenir o corregir las violaciones alegadas contra ellos antes de que estas alegaciones sean sometidas a los órganos del Convenio”,⁹⁶ el TEDH rechazó la excepción preliminar afirmando que, “a pesar del hecho de que el demandante o su abogado no hayan solicitado la recusación de los dos Jueces con anterioridad a la apertura del proceso, los Tribunales del Estado demandado no care-

⁹³ STC 384/1993, citado, F. J. 2.

⁹⁴ *Ibidem*

⁹⁵ Caso *Castillo Algar contra España*, citado, apartado 30.

⁹⁶ *Ídem*, apartado 33. En este mismo sentido en sentencias como la que resolvió el caso *Van Oosterwijck contra Bélgica*, de 6 de noviembre de 1980; el caso *Gasus Dossier und Fördertechnik GMBH contra Países Bajos*, de 23 de febrero de 1995, apartado 48; y el caso *Botten contra Noruega*, de 19 de febrero de 1996, apartado 36.

cieron de ocasiones para corregir la violación alegada del artículo 6.1 [del CEDH]”.⁹⁷ Por tanto, no siempre será necesaria la solicitud de recusación para considerar agotada la vía interna.

El TC recoge este criterio, pero no para dejar a un lado su inicial entendimiento del papel y la oportunidad de la recusación antes comentado, sino sólo para matizarlo. Es decir —para lo que interesa resaltar ahora—, se admite que no siempre que no se haya interpuesto un incidente de recusación frente a una supuesta violación del derecho a un juez imparcial se habrán cerrado las puertas del amparo ante el TC (y, con ello, las puertas del TEDH). Si de lo que se trata con el requisito de la vía previa judicial cuando se está en la jurisdicción del TC (y de la vía nacional interna cuando se esté en la jurisdicción del TEDH) es de dar la oportunidad a las instancias judiciales correspondientes para que ellas corrijan una eventual vulneración de un derecho fundamental a fin de que se le otorgue una oportuna y eficaz protección, poco importa que el otorgamiento o rechazo de la protección del derecho constitucional venga dado a petición de la parte interesada o de oficio por la instancia judicial misma.

Por ejemplo, en la STC 310/2000 se resolvió un amparo en el que se había invocado vulneración del derecho al juez imparcial. Los recurrentes en amparo habían sido condenados por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona por delito de tráfico de drogas. El juez que había dictado el auto de apertura de juicio oral había presidido la mencionada sección tercera. Los recurrentes interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que fue desestimado, por lo que luego acudieron en amparo al TC. En este caso los recurrentes en ningún momento recusaron al presidente de la sección tercera por haber emitido también el auto de apertura de juicio oral. En aplicación estricta del inicial criterio del TC, el recurso de amparo debería haber sido declarado improcedente debido a que los recurrentes no habían recusado oportunamente al magistrado de la Audiencia Provincial. Sin embargo, el TC comenzó a examinar el caso concreto y constató que, aunque no fue recusado el magistrado, tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo se habían pronunciado sobre la imparcialidad del magistrado en cuestión. El hecho de que las referidas instancias se hubiesen pronunciado —sin que se haya presentado ni tramitado revocación alguna— sobre la imparcialidad del presidente de la sección tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona equivalía al cumplimiento del requisito del agotamiento de la vía judicial previa.

Dijo así el TC: “[N]o puede sostenerse que concurra la causa de inadmisión del art. 44.1 c) LOTC, visto que ambos Tribunales [la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo] se pronunciaron sobre la posible lesión del derecho fundamental [al juez imparcial] y habida cuenta de que la pronta invocación de la violación, así como el agotamiento de la vía judicial, tienen como finalidad garantizar la subsidiariedad del

⁹⁷ Ídem, apartado 35.

recurso de amparo, amén de la posibilidad de que la lesión sea reparada con celeridad por quienes la hubieran causado”.⁹⁸ Y, precisamente en invocación del caso Castillo Algar, dijo el TC: “[A] pesar de que ni el demandante ni su Abogado habían solicitado la recusación de los Jueces, los Tribunales no carecieron de ocasiones para reparar la violación alegada. Con idéntico fundamento ha de concluirse que tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo tuvieron ocasión de reparar la vulneración alegada al pronunciarse sobre el fondo de la misma”.⁹⁹

De esta manera, se ha de reconocer que el TC ha matizado su inicial criterio sobre el cumplimiento del requisito de agotamiento de la vía judicial previa a través de la oportuna recusación, y lo ha hecho con base en el criterio jurisprudencial del TEDH. Reconoce el TC que “es cierto que este Tribunal, a la hora de su interpretación conforme con la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derechos fundamentales —art. 10.2 CE—, ha flexibilizado la vigencia del principio de subsidiariedad, al considerarlo cumplido cuando, al margen del necesario ejercicio de la recusación por parte del recurrente en amparo, los órganos judiciales ya se han pronunciado sobre la lesión del derecho fundamental. Si la posible vulneración del derecho al juez imparcial ha sido objeto de enjuiciamiento, de oficio o a instancia de otras partes, existiendo, por tanto, un previo pronunciamiento judicial al respecto, este Tribunal ha estimado cumplido el principio de subsidiariedad”.¹⁰⁰

Incluso, la matización llega a admitir cumplido el carácter subsidiario del amparo cuando los recurrentes no habían activado revocación alguna, pero ésta había sido formulada por otros recurrentes en otro amparo, cuando ambos amparos estaban referidos de una misma sentencia supuestamente vulneradora del derecho al juez imparcial. En esta ocasión, manifestó el TC: “En el caso presente diversos condenados alegaron en casación la vulneración de la imparcialidad judicial. Dicha vulneración se fundamentó en aspectos fácticos y jurídicos que eran idénticos y aplicables a la totalidad de los condenados. Ello exigió un pronunciamiento del órgano judicial sobre esta vulneración en el cual se analizaron las mismas cuestiones de fondo que ahora se plantean en este amparo”.¹⁰¹ Esto lo llevó a concluir que, “al haberse pronunciado en casación el órgano judicial sobre esta vulneración y haber existido la posibilidad cierta de que en dicha fase procesal se hubiera reestablecido también la lesión de quienes [...] no la invocaron, ha quedado satisfecha la subsidiariedad del amparo”.¹⁰²

En todo caso, el criterio del TEDH no ha sido interpretado por el TC como si eximiese a los procesados de la obligación de recusar a un juez antes de acudir al

⁹⁸ STC 310/2000, citada, F. J. 3.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ STC 313/2005, de 12 de diciembre, F. J. 2.

¹⁰¹ STC 39/2004, citada, F. J. 2.a.

¹⁰² *Ibidem*.

recurso de amparo: “[S]i el órgano judicial autor de la resolución impugnada, debido a la actitud pasiva o, en su caso, negligente de la parte afectada a la hora de invocar su derecho al juez imparcial, no se ha pronunciado al respecto, sin que tampoco le fuera exigible hacerlo de oficio al no existir causa legal de abstención, ha de entenderse incumplido, no sólo el presupuesto procesal consistente en el previo agotamiento de la vía judicial —art. 44.1 a) LOTC—, sino, también, el relativo a la invocación formal del derecho fundamental en el proceso al haber tenido ocasión para ello —art. 44.1 c) LOTC”.¹⁰³

¹⁰³ STC 313/2005, citada, F. J. 2.

José Luis Cea Egaña (Chile) *

Proyecciones de la separación de poderes en el Estado contemporáneo

1. Una invención feliz

Rectamente entendido, en el Estado constitucional de nuestra época un principio organizativo y legitimante fundamental es el de *separación o división de poderes*.¹ Tal premisa resulta ya pacífica, porque en ese tipo de asociación política el principio aludido deriva del imperativo de vigilar el ejercicio de la dominación humana para asegurar, de la mejor manera posible, el respeto y la promoción de la dignidad de la persona y de los derechos esenciales que fluyen de ella,² cualesquiera sean las circunstancias que se vivan.³

Trátase de una premisa antropológico-cultural cuya consecuencia organizativa es la democracia, entendida como estilo de vida y no sólo en cuanto procedimiento destinado a resolver, pacíficamente, los conflictos políticos.⁴ Obsérvese, además, que la legitimidad formal y material del ordenamiento jurídico depende, en medida decisiva-

* Profesor titular de la Universidad de Chile y la Universidad Católica de Chile. Presidente del Tribunal Constitucional. <joseluisceaegana@tribunalconstitucional.cl>

¹ Ésta es la denominación común, aunque inexacta, porque el poder o soberanía es uno e indivisible, de modo que sólo es su ejercicio, en órganos diferentes, el que motiva la distribución de potestades o competencias y el control entre ellos.

² Peter Häberle: *El Estado constitucional*, Lima: PUCP, 2003, pp. 193 y 203.

³ Antonio María Hernández (ed.): *Las emergencias y el orden constitucional*, México: UNAM, 2003, pp. 3 ss. Cf. Carl Schmitt: *Political Theology*, Cambridge (Massachusetts): MIT, 1988, pp. 5 ss.

⁴ Häberle: o. cit.

va, de la vigencia real del mismo principio. Lamentablemente, la formalización positivista de aquél llevó a su identificación con el mecanicismo racionalista, apartándose de cuanto Montesquieu, observador agudo de los hechos,⁵ había concebido con base en y para la consecución de objetivos sustantivos y más complejos:⁶ el equilibrio entre las tres clases o estamentos de la sociedad inglesa de la época, cada cual representada en el mando político, de modo que ninguna llegara al extremo de abusar de los otros.⁷

El principio implica, consiguientemente, mucho más que el funcionamiento automático de un artificio, pues asume el ejercicio seguro de la libertad, la igualdad y la justicia en democracia, valores configurativos, en definitiva, de un régimen pluralista, con distinción nítida entre el Estado y la sociedad civil, sin perjuicio de las interrelaciones entre uno y otra. Ahora que el debate para la reforma de las Naciones Unidas ha permitido visualizar la constitucionalización del derecho internacional, la arquitectura institucional que irá emergiendo tendrá en la “separación de poderes” un criterio matriz tan indiscutido como ineludible.⁸

Entendido así el principio, puede reafirmarse hoy, tal como en 1789,⁹ que es un derecho humano fundamental el de vivir en un régimen político con “separación de poderes”. Como tal, trátase de una de las más felices invenciones de la historia del espíritu y la cultura.¹⁰ Imperativo es reconocer, sin embargo, que ese hallazgo está sujeto a toda clase de circunstancias, entre las cuales se hallan riesgos que ponen de manifiesto otro paradigma de Montesquieu: el precio de la libertad es la vigilancia eterna del ejercicio del poder de unos hombres sobre sus semejantes.¹¹

2. Complementación y enriquecimiento

El principio de “separación de los poderes” ha experimentado cambios significativos, sin alterar su médula. Entre ellos cabe realzar la subdivisión de los órganos

⁵ I *El espíritu de las leyes* (1748), Madrid: Sarpe, 1984, pp. 166 ss.

⁶ Franz Neumann: *The Democratic and Authoritarian State*, Nueva York: Free Press, 1966, pp. 96 ss. Existe edición en español de Paidós, Buenos Aires, 1973.

⁷ Revítese la semblanza de Charles-Louis de Sécondat, barón de la Brède y de Montesquieu (1689-1755), escrita por Juan B. Vallet de Goytisolo, incluida en Rafael Domingo (ed.): *II Juristas universales*, Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 559 ss.

⁸ Revítese, en general, Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez (coords.): *Estado constitucional y globalización*, México: Porrúa, 2001.

⁹ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, cuyo artículo 16 señala: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, carece de Constitución”. Sigue siendo sugerente el estudio que acerca de esa Declaración hizo Georg Jellineh en 1895, publicada después con un análisis preliminar de Adolfo Posada y, más tarde, con introducción de Miguel Carbonell, por UNAM, México, 2003.

¹⁰ Häberle: o. cit., p. 208.

¹¹ Norberto Bobbio: *Teoría general de la política*, Madrid: Trotta, 2003, pp. 299 ss; y Hans Welzel: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid: Aguilar, 1974, pp. 264 ss.

estatales, que abarcan entes constitucionales autónomos como el Tribunal Constitucional, el Banco Central, el Ministerio Público, la Contraloría General y el Defensor del Pueblo.¹² Ya no son, por lo tanto, sólo tres los “poderes”, como sostuvo la doctrina clásica, siguiendo primero al libertario Locke¹³ y después a Montesquieu.¹⁴ Hoy esos son poderes en sentido pleno, no *extra ni minipoderes*, como suele llamárselos, con lo cual se rebaja su rol en el sistema gubernativo.¹⁵

Otra modificación sustancial, casi coetánea de la formulación original del principio, estriba en que los “tres poderes” nunca estuvieron separados ni era concebible que hubieran sido independientes entre sí, porque entonces tampoco habrían podido coordinarse ni cumplir la finalidad reconocida a la teoría.¹⁶ Efectivamente, la mentalidad práctica de los políticos y constitucionalistas norteamericanos,¹⁷ ya en 1788-1789, afirmó que la división de órganos y funciones estatales era ineficaz para defender la libertad sin la dispersión territorial de la dominación y la práctica de frenos y contrapesos efectivos. Esa afirmación implicaba, por supuesto, reafirmar que los “poderes” se hallaban sólo parcialmente separados, porque en lo demás estaban unos a otros dispuestos para controlarse recíprocamente.¹⁸ El control y la responsabilidad subsecuente eran el objetivo que se perseguía concretar en la tesis federalista. Además, el enfoque de los frenos y contrapesos propugnaba el equilibrio en las atribuciones de los “tres poderes”, sin que el servicio de ninguna competencia relevante quedara eximido de control. Enfocado desde el ángulo del tipo presidencial de gobierno, se acentuaba, entonces, la distancia entre los órganos constitucionales, pero sin perjudicar el balance perseguido.

El principio, complementado en los términos expuestos, mantiene plena vigencia y continúa suscitando estudios sobre su aplicación en el Estado posmoderno o contemporáneo.¹⁹ En esa vertiente novedosa lo hallamos inserto en el contexto del sistema de control que rige en dicho Estado. Es decir, ya no se trata sólo de frenos y contrapesos, en el sentido estricto de los “tres poderes” clásicos, sino, además y con respecto a la sociedad civil, de una matriz más compleja, de la cual forman parte los

¹² Consúltese del autor su *Teoría de gobierno*, Santiago: Universidad Católica de Chile, 2000, pp. 70 ss.

¹³ John Locke: *Dos tratados sobre el gobierno civil* (1690), Madrid: Aguilar, 1965, pp. 102 ss. Una imagen de la vida y obra inconmensurable de Locke (1632-1704), escrita por Joaquín Abellán, se halla en *II Juristas universales*, o. cit., pp. 430 ss.

¹⁴ *El espíritu de las leyes*, o. cit., pp. 173-174.

¹⁵ Néstor Pedro Sagüés: *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 92.

¹⁶ Karl Joachim Friedrich: *I Gobierno constitucional y democracia*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975, pp. 347 ss.

¹⁷ *El Federalista*, México: Fondo de Cultura Económica, 1974, pp. 219 ss.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ V. gr., Héctor Fix-Zamudio: *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México: Porrúa, 2005, pp. 13 ss.; y Antonio Carlos Pereira Menaut: *Teoría constitucional*, Santiago: Lexis Nexis, 2006, pp. 101 ss.

nuevos entes constitucionales autónomos ya nombrados. Además, hoy la sociedad civil misma interviene, incesantemente movilizada por la subsidiariedad y la solidaridad, hacia la conquista de decisiones en procesos de interés colectivo. Es la fórmula semidirecta de la democracia la que así se propugna, con la reducción correlativa del mandato libre, ideado por Edmund Burke,²⁰ que ha derivado, más de una vez, en el ejercicio de la representación sin fiscalización constante y efectiva.

En la misma línea de pensamiento cabe destacar los procesos de descentralización territorial de las políticas y resoluciones públicas.²¹ Este fenómeno subyace al federalismo real y no meramente proclamado en los textos constitucionales. Ponderando sus virtudes, aunque asumiendo la imposibilidad de trasplantarlo al Estado unitario, los analistas fueron descubriendo, sucesivamente, las fórmulas de la desconcentración y descentralización administrativa, para, después de un siglo de evolución, llegar a la regionalización, esto es, un tipo de organización territorial de la soberanía-autonomía que abarca a todos los “poderes” susceptibles de desempeñarla en sus aspectos orgánicos y funcionales. En el fondo, esta nueva estructura estatal satisface mejor dos finalidades relevantes y que se mencionan aquí por sus ligámenes con el tema en examen: una, las demandas de mayor participación de la democracia de masas en que vivimos, con el fortalecimiento del control de la ciudadanía sobre sus representantes a través del acercamiento de las decisiones a la población de las comunidades territoriales que serán afectadas por ellas; y otra, la reducción de la hegemonía de los partidos políticos, para subordinarlos a las decisiones de las colectividades locales en asuntos que son de interés para la población del área territorial respectiva.²² En nexa con tales fuerzas políticas, a mayor abundamiento, no puede ser silenciada una deducción reconocida y elemental: donde manda un solo partido o coalición férrea de tales colectividades políticas no puede, por definición, alcanzar eficacia el principio en estudio. Aunque se utilicen argucias para disfrazar esa realidad, se torna nítido que el paso del tiempo las deja de manifiesto, con el descrédito consiguiente.

En suma, en el Estado de nuestra época se halla configurada una matriz del control, integrada hoy por los frenos y contrapesos que, según el origen, la dirección y el destinatario del mando pueden ser verticales y en sentido estricto, en los términos que formuló la teoría en su versión clásica, o bien adicionados y enriquecidos con los

²⁰ *Escritos políticos*, México: Fondo de Cultura Económica, 1976, pp. 206 ss. Del humanista Burke (1729-1797) puede leerse una síntesis de su obra política y jurídica escrita por Antonio Torres del Moral, incluida en *II Juristas universales*, o. cit., pp. 667 ss.

²¹ Robert E. Sovdin y Hans-Dieter Klingemann: *A New Handbook of Political Science*, Oxford University Press, 1998, pp. 551 ss.

²² Francia, el Estado centralizado por excelencia, emprendió el proceso de rectificación descrito en el año 2003. Consúltense, al respecto, las obras siguientes: Renaud Denoix de Saint Marc: *L'État*, París: PUF, 2004; Pierre Pactet: *Les institutions françaises*, París: PUF, 2003; Didier Truchet: *Le droit public*, París: PUF, 2003; y Pierre Pactet y Ferdinand Melin-Soucramanien: *Droit constitutionnel*, París: Sirey, 2006, pp. 42 ss.

controles horizontales y de significado amplio, típicos de la descentralización regionalizada del ejercicio de las potestades públicas, concomitante con la participación creciente de la comunidad política en regímenes pluralistas en ideas, centros de poder y recursos de toda índole. La democracia y el Estado constitucional son los beneficiarios de tan valioso progreso, pero una y otro sin más rango que el de instrumentos, puesto que se conciben y encuentran legitimidad en la medida en que sirven a la persona, individualmente o asociada.

3. El caso chileno

En el contexto de ideas expuestas cabe analizar el tema en su proyección concreta al régimen constitucional chileno. Para ello se torna conveniente examinar, por separado, la función de la justicia constitucional y la posición de ésta en el marco de la “separación de poderes”. Con antelación, sin embargo, bosquejaré la evolución institucional de nuestro país en el tema, pues así quedará demostrado el nexo de aquel principio con la trayectoria republicana de Chile.

3.1. Trayectoria histórica

En casi doscientos años de independencia, sólo dos de los diez textos constitucionales chilenos se han referido, por su nombre, al principio de “separación de poderes”.²³ Con lenguaje idénticamente enfático, sin embargo, procede agregar que, desde 1812, la falta de expresiones explícitas no ha disminuido la presencia, vigencia y exigibilidad de ese principio.²⁴ Contrapunto notable fue el decreto ley n.º 1,²⁵ en virtud del cual el nuevo régimen *de facto* asumió “el Mando Supremo de la Nación”, declarando que iba a garantizar la plena eficacia de las atribuciones del Poder Judicial y a respetar la Constitución y las leyes, “en la medida en que la actual situación del país lo permita para el mejor cumplimiento de los postulados” que se había propuesto cumplir la Junta Militar de Gobierno.

En análogo orden de ideas cabe agregar que, a partir de 1833, Chile fue arraigando el presidencialismo, al punto que hoy es una tradición difícilmente comparable con la de otro régimen en América Latina. La Constitución de 1980, reformada diecisiete veces, no ha modificado en su esencia ese presidencialismo, consecuencia de lo cual es la existencia de un Congreso Nacional, un Poder Judicial y una Contraloría General de la República débiles en su estructura orgánica, potestades, recursos hu-

²³ Artículo 12 de la Constitución de 1822 y artículo 22 de la Constitución de 1828.

²⁴ Véase, en general, Luis Valencia Avaria: *I Anales de la República*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2.ª ed., 1987.

²⁵ Acta de Constitución de la Junta de Gobierno de la República de Chile, publicada en el *Diario Oficial* el 18 de septiembre de 1973.

manos, autonomía presupuestaria y procesos de modernización. El desequilibrio en la radicación de facultades, rechazado por la teoría, halla en nuestro país, por consiguiente, una clara y objetable acogida. Secuela de tal premisa es que los nuevos órganos constitucionales autónomos enfrentan dificultades con la Presidencia de la República, desde la designación de sus miembros, en algunos casos, hasta la formulación y ejecución de sus presupuestos, el desempeño de las competencias que la Carta Política les ha conferido y la independencia funcional que, por principio, tiene que serles siempre reconocida.

En ese contexto debe ser situado el Tribunal Constitucional, creado en 1970, en funciones a partir de 1971, disuelto en 1973 y restaurado en 1981. Al cabo de veinticinco años de labor, dicho Tribunal goza de prestigio, ganado durante los años cruciales de recuperación de nuestra tradición democrática y conservado hasta hoy. La independencia de los ministros, asociada a su coraje, erudición y jurisprudencia innovadora, es clave para explicar tal fenómeno. Comprensiblemente, por lo tanto, las sentencias del Tribunal son ampliamente respetadas, aunque no se hallan exentas de alguna crítica.²⁶

Evidencia de ese prestigio es la última reforma a la Carta Fundamental, hecha en agosto de 2005, que elevó a diez el número de ministros, aumentó a dieciséis las competencias exclusivas del Tribunal y reservó a la ley orgánica de la institución la regulación de los procedimientos respectivos. En suma, sin llegar a un control concentrado, es claro que el régimen chileno se ha distanciado del control difuso de supremacía que existía con anterioridad a esa enmienda.²⁷

Fuerza es advertir, no obstante, que el Tribunal es titular de otras y decisivas competencias, todas susceptibles de ser ligadas con el imperio del principio de “separación de poderes” y los frenos y contrapesos respectivos. Por ejemplo, dicha magistratura resuelve las contiendas de competencia entre las autoridades políticas y administrativas, de un lado, y los tribunales inferiores de justicia, de otro; declara la inconstitucionalidad de los partidos, organizaciones y movimientos que incurren en los ilícitos descritos en el Código Político; emite opinión fundada acerca de la inhabilidad del presidente de la República o del presidente electo; en fin, se pronuncia en punto a las inhabilidades y renuncia de los parlamentarios, así como con respecto a los impedimentos que afecten a los ministros de Estado para ser nombrados o seguir en el cargo.²⁸

²⁶ Consúltese la serie de monografías sobre el tema publicadas en *IV Ius et Praxis* n.º 1, 2006.

²⁷ Derivado del artículo 6 de la Constitución.

²⁸ Artículo 93, inciso 1.º, n.ºs 10.º, 11.º, 12.º, 14.º y 15.º.

3.2. *Función y posición en el sistema*

La Justicia Constitucional en Chile ha ido, lenta pero sostenidamente, conquistando el espacio institucional que le corresponde en el Estado de derecho. Cualquier analista riguroso comprende lo difícil que es vencer obstáculos en ese camino. Ello ha sido consecuencia del reconocimiento creciente del principio de supremacía, sustantiva y procesalmente concebido, defendido con rasgos impecables por el Tribunal. Correlativamente, la ley y los actos administrativos han quedado en situación de ser revisados, especialmente por los jueces, para compararlos con la Carta Fundamental y decidir si están o no de acuerdo con ella.

La función esencial de la Justicia Constitucional es la defensa del espíritu, la historia y la letra de la Carta Política, en todo momento y circunstancia, quienquiera sea el que la amenace o quebrante. Pero ¿con qué objetivos o propósitos lo hace? Para tutelar la dignidad humana y los atributos que fluyen de ella, en especial de las minorías y marginados, y después, con el ánimo de resolver los conflictos interórganos constitucionales, mediante la aplicación del Código Político. A esos dos objetivos matrices suelen añadirse otras competencias, verbigracia, las previstas en el artículo 93, n.ºs 10, 11, 13, 14 y 15, de la Carta Fundamental vigente. Sólo así la Constitución cobra primacía efectiva. Procede observar que, en el término genérico *justicia constitucional*, sobresale el Tribunal, la corte o sala respectiva, por su jerarquía suprema en el servicio de los tres roles descritos. Con base en esa premisa se despliegan las atribuciones de las cuales el Tribunal, la corte o sala son titulares para obrar dentro y con sujeción a la Constitución, nunca por sobre ella.²⁹ La posición del Tribunal en el sistema institucional fluye de lo ya escrito: trátase de un órgano de jerarquía máxima, tipificado por la autonomía plena en el servicio de sus atribuciones exclusivas, aunque carente de imperio para hacerlas cumplir.³⁰

En conexión con lo recién expuesto, útil es destacar, a propósito del proceso de control de supremacía en el ámbito de los textos constitucionales, que él fue iniciado con la incorporación del recurso de inaplicabilidad de preceptos legales en la Constitución de 1925. Antes, el legislador disponía a su arbitrio, probablemente porque el nivel de conciencia constitucional, en especial a propósito de cuanto implicaba la supremacía ante la ley, dictada por el soberano, era mínimo.³¹ Quedó así la Corte Suprema

²⁹ Gustavo Zagrebelsky: *Principi e voti: La Corte Costituzionale e la politica*, Turín: Giulio Einaudi, 2005, pp. 38-39.

³⁰ Revétese Miguel Ángel Fernández González: “La sentencia del Tribunal Constitucional, su eventual carácter vinculante y la inserción en las fuentes de derecho”, en IV *Ius et Praxis* n.º 1, pp. 125 ss.

³¹ Consúltese Eugenio Valenzuela Somarriva: “Labor jurisdiccional de la Corte Suprema”, en Eugenio Valenzuela Somarriva (coord.): *Proposiciones para la reforma judicial*, Santiago: Centro de Estudios Públicos, 1991, pp. 157 ss. Revétese, además, Hernán Larraín Fernández: “Recurso de inaplicabilidad, amparo y protección. Un análisis de la labor judicial”, en XVII *Revista Chilena de Derecho* n.º 1, 1990, pp. 87 ss.

habilitada por controlar la supremacía en el sentido descrito. La experiencia resultó, sin embargo, pobre en punto a la defensa del Código Político; por ejemplo, a raíz de haber establecido la jurisprudencia de esa corte que el principio de “separación de poderes” le impedía entrar a examinar los aspectos nomogenéticos de las disposiciones legales, por lo que admitía como válidas e imperativas normas de esa jerarquía que eran contrarias a la Constitución. Algo semejante ocurrió con el ejercicio de la potestad reglamentaria del presidente de la República y, en general, a propósito de los actos administrativos discrecionales. Una tesis tan formalista culminó, obviamente, aumentando las potestades del Poder Ejecutivo y eximiéndolas de control de supremacía. Se decía que Chile era una sociedad ingobernable y que “el resorte maestro de la máquina”, es decir, el presidencialismo exacerbado, era el único que permitía dominarla.³² Hacia 1970, sin embargo, la evidencia de los acontecimientos históricos demostraba que tanta fe en el presidencialismo iba a terminar sofocando la democracia. Desgraciadamente, así ocurrió y con rasgos inusitadamente cruentos.

El Código Político de 1980 contempló ciertos mecanismos destinados a rectificar tan deplorable situación. Por ejemplo, fue ampliada la gama de posibilidades para declarar la inaplicabilidad de las leyes, por vicios de forma o de fondo, en cualquier asunto o gestión en que hubieren sido invocadas para decidirlos.³³ Análogamente útil es recordar la introducción del recurso de protección (*amparo*, denominado en México y otros países) para tutelar el respeto en el ejercicio legítimo de la mayoría de los derechos fundamentales.³⁴ En la misma línea de reflexión se halla el trámite preventivo denominado *toma de razón*, efectuado en la Contraloría General de la República con respecto al mérito constitucional y legal de los decretos supremos y resoluciones de la Presidencia de la República.³⁵ Por último, los presidentes de cada una de las dos cámaras del Congreso Nacional quedaron facultados para pronunciar la admisibilidad o no tramitación de los proyectos de ley una vez cotejados con el Código Político.³⁶

El balance de tal enriquecimiento del sistema de control de la supremacía, evidencia de la “separación de poderes” con los frenos y contrapesos respectivos, podía, al cabo de un cuarto de siglo, ser calificado de alentador, pero sin llegar a ser promisorio. Hubo, en efecto, numerosas manifestaciones de quebrantamiento de la supremacía que no tuvieron el correctivo de rigor. Preponderantemente, ellas eran causadas

³² Expresión usada por el ministro Diego Portales en 1832 para caracterizar al primer mandatario en el Gobierno, fuerte y centralizador, que él visualizó para Chile y cuya institucionalización alcanzó a iniciar. Revítese, con relación al tema, Simon Collier: *Ideas y políticas de la independencia de Chile 1808-1833*, Santiago: Andrés Bello, 1977, pp. 302 ss. Consúltense también Ernesto de la Cruz y Guillermo Feliú Cruz: *II Epistolario de don Diego Portales*, Santiago, 1937, p. 203.

³³ Artículo 80, hoy artículo 93, inciso 1.º, n.º 6, e inciso 11.º.

³⁴ Artículo 20.

³⁵ Artículo 99.

³⁶ Artículo 25 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, ley n.º 18 918 de 1990 y sus reformas.

por demasías de la Administración, en tiempos de crisis o de normalidad institucional. Sería inexcusable, en tal sentido, callar que, al cabo de ochenta y un años de haber sido creados por la Constitución de 1925, Chile todavía carece de tribunales dedicados al contencioso administrativo. Se cierra este párrafo con una nota sobre la jurisprudencia del Tribunal que se ha pronunciado acerca de dicho principio.³⁷ En síntesis, no son frecuentes tales sentencias, pero sí suficientes y uniformes como para sostener que existe reiteración y coherencia. Un ejemplo, que es el más reciente, se inserta a continuación:³⁸

La norma transcrita [alude al artículo 62 de la Constitución] consagra el llamado fuero, garantía procesal que protege al parlamentario de una persecución criminal infundada y que inhiba o entorpezca el cumplimiento adecuado de sus funciones. Posee un fundamento claramente político, asociado al resguardo de la autonomía de los órganos legislativos y al principio de la separación de poderes —valores esenciales del Estado de Derecho—, y cuya justificación mediata es el pleno ejercicio de la soberanía popular.

3.3. *Perspectivas*

La reforma de 2005 avanzó en la dirección adecuada, incrementando el modelo concentrado de dicho control, radicándolo en el Tribunal Constitucional, pero sin llegar, como fue advertido, a la concentración plena o total de él en esa magistratura. En concreto, hoy el Tribunal Constitucional ejerce el control *ex ante* de los proyectos de leyes orgánicas constitucionales y de las normas de los tratados internacionales que sean de esa naturaleza. Lo mismo hace con los auto acordados de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Calificador de Elecciones.³⁹ De él es también la potestad de vigilar, *ex post*, la legitimidad de los preceptos legales, pronunciando su inaplicabilidad y la subsecuente inconstitucionalidad cuando vulneran el Código Político. En fin, el Tribunal puede servir también el control *ex post*, pero sólo por breve tiempo, de la potestad reglamentaria del presidente de la República.⁴⁰

Ya ha quedado de manifiesto, sin embargo, la existencia de disposiciones, emanadas de órganos diversos, todas las cuales se hallan sustraídas del control de supremacía. El postulado de la teoría queda, por lo tanto, incumplido. En la nómina aludida es posible incluir los reglamentos parlamentarios, los actos administrativos que la ley exime del trámite de toma de razón, las instrucciones generales del Ministerio Público y los acuerdos del Banco Central que afecten los derechos fundamentales. A tal

³⁷ Desde 1981, la mención del principio de separación de poderes se halla en las sentencias siguientes: rol n.º 23, rol n.º 205, rol n.º 242, rol n.º 253, rol n.º 309 y rol n.º 325.

³⁸ Rol n.º 478 de 2006.

³⁹ Artículo 93, inciso 1.º, n.º 2.

⁴⁰ Artículo 93, inciso 1.º, n.º 16.

elencos se añade la falta de un sistema regulatorio del contencioso administrativo,⁴¹ reparo que adquiere mayor gravedad de cara a resoluciones y otros actos de esa índole que se hallan liberados de la toma de razón con sujeción a lo dispuesto por la Contraloría General de la República.

La normativa concerniente a la emergencia constitucional, finalmente, fue objeto de positivas enmiendas,⁴² de las cuales, por su pertenencia en el tema de este artículo, fuerza es destacar la ampliación de las posibilidades que la Constitución confiere ahora a los tribunales superiores para cautelar el respeto de los derechos humanos mediante los recursos de hábeas corpus y de protección.⁴³

3.4. Sumisión de la ley a la Constitución

Culmino esta parte del ensayo deteniéndome, con alguna extensión, en las enmiendas hechas a la Constitución en agosto de 2005 para fortalecer el control de supremacía de los preceptos legales. Sin duda, es la innovación de mayor envergadura, razón que justifica comentarla.

El análisis debe ser situado en ligamen con la nueva situación que la ley, como categoría de norma jurídica positiva, tiene en el Estado de derecho contemporáneo. En efecto, a raíz de la relativización del concepto de soberanía por el respeto que debe a la dignidad de la persona y a los derechos esenciales inherentes a esa cualidad del ser humano, resulta que la ley dejó el sitio privilegiado que tuvo por siglos, descendiendo para quedar subordinada tanto a la Carta Fundamental como a los tratados internacionales relativos a los derechos aludidos. La experiencia, trágica en punto a los sufrimientos de toda índole padecidos en los más diversos países en el siglo XX, desembocó, afortunadamente, en un consenso amplio y profundo, consistente en limitar al legislador por Constituciones garantistas, expresivas de un derecho mejor.⁴⁴ Herbert Krüger lo resumió con una frase que ha llegado a ser famosa:⁴⁵ “Antes los derechos fundamentales solían valer en el ámbito de la ley; hoy, las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales”.

Secuela de esa alteración del *ethos* en el orden jerárquico de los preceptos jurídicos fue la introducción de los controles requeridos para infundirle eficacia, que contemplan los órganos, las acciones y los procedimientos de rigor. Quedó, de tal manera, articulada la justicia constitucional en los códigos políticos, con característica difusa al principio y crecientemente concentrada después. El resultado en la actualidad es el

⁴¹ Véase, en general, Juan Carlos Ferrada Bórquez (ed.): *Constitución y derecho administrativo*, Santiago: Jurídica de Chile, 2005.

⁴² Artículos 39 ss.

⁴³ Artículos 20 y 21 de la Constitución, en relación con el artículo 45 de ella.

⁴⁴ Luigi Ferrajoli: *Derechos y garantías. La ley del más fuerte*, Madrid: Trotta, 1999, pp. 15 ss.

⁴⁵ Citado por Otto Bachof: *Jueces y Constitución*, Madrid: Civitas, 1987, p. 41.

predominio de regímenes mixtos, esto es, integrados por instituciones diferentes que participan, cada cual dentro de su competencia, en vigilar al legislador para que acate la supremacía. El principio de “separación de poderes”, con los frenos y contrapesos respectivos, se ha reafirmado y abarca los aspectos preventivos y *ex post*, procesales y sustantivos del control de los textos legislativos.

En Chile, el proceso alcanzó rasgos notables con la reforma del 2005, porque el Tribunal retuvo su competencia exclusiva para velar, preventivamente, por el respeto de la supremacía de los proyectos de leyes pertinentes,⁴⁶ pero incrementado con el control *ex post*, tanto *inter partes* o de inaplicabilidad del precepto legal en el asunto o gestión concreta que motiva el requerimiento, como *erga omnes* o de inconstitucionalidad, abstracto y equivalente a la derogación de la ley con alcance general.

Puede hablarse de un sistema, entonces, cuyo principio se halla en la ampliación de los sujetos activos legitimados para requerir el pronunciamiento de nuestra magistratura, es decir, las partes y los jueces que conocen de los asuntos respectivos; continúa con el pronunciamiento, por cada sala, de la admisibilidad de tal requerimiento; prosigue con la eventual declaración de suspensión del procedimiento, esto es, la paralización de la gestión en curso por la orden de no innovar que dicta la sala encargada del asunto; y queda así, por último, en situación de ser conocida y decidida la cuestión en el Tribunal pleno, habiendo puntualizado el Código Político que se requiere el quórum de la mayoría de los ministros en ejercicio para pronunciar la inaplicabilidad del precepto legal impugnado.⁴⁷

Eventualmente y después, como ya se dijo, el control de supremacía puede culminar con la sentencia que declara la inconstitucionalidad de aquel precepto. La norma legal, por ende, termina siendo eliminada del ordenamiento jurídico. El quórum para acordarlo se eleva, en tal hipótesis, a cuatro quintos de los miembros en ejercicio del Tribunal.

3.5. *Incidencia en el nuevo constitucionalismo*

Vivimos la época en que surgió y se va consolidando un concepto o idea nueva de Constitución, con todas las implicaciones pertinentes.

Ese concepto o idea nueva puede ser caracterizado, sumariamente, destacando los rasgos siguientes: supremacía formal y sustantiva, con énfasis a propósito de la ley; reconocimiento de que la Constitución es la fuente primaria del sistema normativo, cuya imperatividad goza de los caracteres de inmediata y directa, y sanciona las ominosis en que incurre el legislador, pero sin que tal crítica perturbe la aplicación, sin más trámite, de sus disposiciones; articulación de valores, principios y normas con un *ethos* o espíritu humanista, es decir, que asume la dignidad de la persona en cuanto

⁴⁶ Artículo 93, inciso 1.º, n.ºs 1 y 3, en armonía con los incisos 2.º y 4.º del mismo artículo.

⁴⁷ Artículo 93, inciso 1.º, n.º 6, en relación con el inciso 11.º del mismo artículo.

criterio matriz, del cual fluyen los derechos y deberes inherentes a esa cualidad única del sujeto aludido; imperativo de tutelar y promover aquel humanismo por todos los órganos estatales, para lo que debe el ordenamiento contemplar las garantías, sobre todo judiciales, que permitan el acceso fácil a ella a fin de infundirle eficacia sociológica; entronización de la justicia constitucional como magistratura dedicada a la defensa del Código Político en todo momento y circunstancia, cualquiera sea el que intente transgredirla o la haya quebrantado; radicación en el Tribunal, la corte o sala constitucional de la responsabilidad suprema de custodiar el respeto y desenvolvimiento de aquel Código, aplicando una hermenéutica axiológica y finalista, resolviendo antinomias, ambigüedades, colisiones y conflictos político-constitucionales con sujeción a la Ley Suprema, para protegerla y con subordinación a ella; apertura de la Carta Fundamental a la vida de la comunidad en que se halla inserta, acogiendo las demandas de la población y devolviéndolas con sentencias a favor del orden y la seguridad, de la justicia y la paz, del progreso y el bienestar; en fin, irradiación de la doctrina que emana de esa jurisprudencia a toda la comunidad, con preponderancia de la integrada por los operadores jurídicos, con la obligación para sus destinatarios, sin excepción, de estudiarla, difundirla, respetarla y hacerla cumplir de buena fe y omitiendo reticencias.

Atrás va quedando el formalismo de la Constitución escrita, tanto como su aislamiento de la realidad de los procesos presentes y de la evolución histórica. Al fin, se ha comprendido que la pureza del derecho desembocó en la sumisión completa de él, y los legisladores, funcionarios y jueces a las contingencias del poder ideológicamente ejercido. Marginada está quedando, por consiguiente, esa visión científica pura, típica de las disciplinas exactas, imposible de extrapolar al derecho, henchido de libertad en el orden, de igualdad sin discriminación, de certeza legítima, de diversidad en el marco de consensos básicos, de circunstancias infinitamente variables que impiden encapsular, sin más, en los preceptos, formales y *a priori* y, la dinámica riquísima de la vida en la sociedad democrática.

El bosquejo que se ha hecho del neoconstitucionalismo incluye roles inéditos para el Código Político. Cito, porque condensa con brillo ese postulado, lo escrito por Peter Häberle:⁴⁸

Constitución es “invitación y barrera” (R. Smend), norma y tarea (U. Scheuner), marco ordenador de procesos públicos y procedimientos convencionales asimilables y, por fin, cultura. No es mero “estatuto de organización” o “instrumento de gobierno”, sino una estructura valorativa con una enorme riqueza tipológica en cuerpos de textos y derecho constitucional. Tampoco olvidemos que existe tanto Estado como la Constitución establece. [...] La Constitución deja de ser un instrumento jurídico y se convierte en expresión de un estado de desarrollo, reflejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas. Por su forma y contenido, la Constitución *viva* es, esencialmente, expresión y transmisión de cultura, marco de

⁴⁸ *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Lima: Palestra, 2004, p. 177.

reproducción y reproducción cultural, recepción y memoria de “informadores” culturales, de tradiciones, experiencias, vivencias y sabidurías.

No es difícil, para terminar, deducir las implicaciones que el constitucionalismo contemporáneo tiene para la “separación de poderes”, hasta el punto de que obliga a replantearse muchos de sus presupuestos tradicionales. Por ejemplo, entre esas implicaciones sitúo las siguientes: la supremacía se predica como atributo del bloque constitucional⁴⁹ y no sólo del documento llamado Constitución Política; aquel bloque abarca los tratados internacionales sobre derechos humanos, como asimismo el *ius cogens* que los acompaña y permite darles la interpretación y la aplicación requeridas;⁵⁰ no se controvierte la sumisión del ordenamiento jurídico completo al *telos* constitucional, rasgo que no puede ser homologado con el panconstitucionalismo, pero que tampoco admite la sustracción o exención de una o más disciplinas de los valores, principios y normas del Código Político; y, a raíz de lo recién expuesto, inserto una última deducción ilustrativa: la irradiación al derecho privado de los postulados jurisprudenciales de la justicia constitucional, de modo que la autonomía de la voluntad no puede ser más invocada para eludir cuanto es inherente al nuevo constitucionalismo, verbi-gracia, en punto a la renuncia anticipada del ejercicio de los derechos esenciales, o su entrabamiento ilícito.⁵¹ De tan relevante enunciado colijo otra conclusión que obliga a proyectar, en el sentido de dirigir, extendiéndolo, el principio a la sociedad civil: la creciente autonomía de esa sociedad con respecto al Estado, clave en la democracia participativa y solidaria que anhelamos, torna ineludible fortalecer la subsidiariedad y la solidaridad respetando los límites que separan a una del otro.⁵²

4. Proyecciones horizontales

Dije que la “separación de poderes” debe ser entendida hoy con la cualidad de un principio ontológico y deontológico constitutivo de la persona humana en su proyección al prójimo, sea quienes integran la sociedad civil o el orden internacional, además del Estado. La explicación de tal premisa se halla en que la dominación de unos sujetos sobre otros tiende a ser objeto de abuso, cualquiera sea la relación que exista entre ellos, esto es, política, social, económica o cultural en sentido amplio. Consecuentemente, en todas esas facetas de nuestra convivencia se vuelve indispen-

⁴⁹ Louis Favoreu y Francisco Llorente: *El bloque de constitucionalidad*, Madrid: Civitas, 1989, pp. 25 ss.

⁵⁰ Véase el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, publicada en el *Diario Oficial* el 22 de junio de 1981.

⁵¹ Revítese María Venegas Grau: *Derechos fundamentales y derecho privado*, Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 205 ss.; y Pedro de Vega: “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *III Derecho procesal constitucional*, México: Porrúa, 2006, pp. 2315 s.

⁵² Raymond Chappuis: *La solidarité*, París: PUF, 1999, pp. 3 ss.

sable el control para precaver o rectificar los excesos y sancionar a los responsables. De allí que, en la actualidad, el principio en comentario sea percibido como un criterio matriz para la organización y regulación de los vínculos que suceden dentro de la sociedad civil y, en germen también, en la reestructuración del orden internacional. La defensa de la libertad y la mayor eficiencia por la especialización en el servicio de las funciones públicas continúan siendo las razones y los móviles justificativos de aquel paradigma.

Puede desprenderse de lo escrito una conclusión relevante. Me refiero a la expansión de la “separación de poderes” más allá del Estado para posibilitar, por ejemplo, en la sociedad civil la operación fluida y transparente de los mercados, removiendo los obstáculos que levantan las entidades monopólicas; o la distribución equitativa de la renta nacional, impidiendo que siga elevándose su concentración en los quintiles o deciles más altos en perjuicio de la mayoría; o la alianza de partidos con organizaciones sindicales o con entes empresariales para aumentar su hegemonía socioeconómica; o, por último, en la comunidad política la extrapolación de la estructura constitucional del Estado a los organismos internacionales, que deriva en el proceso de constitucionalización del derecho internacional.

Evoco nuevamente a Peter Häberle⁵³ para sintetizar las ideas: antes del derecho positivo y más allá de él, todos quienes nos relacionamos con la existencia, interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico adherimos a una cierta antropología. Ésta determina las actitudes frente al derecho, la política, la sociedad, la economía y, más en general, la cultura. Hoy, felizmente, en esa perspectiva predomina la corriente del humanismo basado en valores. Ojalá que él perdure hasta institucionalizarse, quiero decir, arraigarse en la conciencia colectiva y transmitirse generación tras generación.

Epílogo

Han transcurrido sólo ocho meses desde que la reforma del 2005 a la Constitución de Chile entró en vigencia. Es demasiado breve el tiempo corrido, en consecuencia, para formular evaluaciones certeras y vaticinios objetivos. Sin perjuicio de ello, resulta imperativo reconocer que la experiencia recogida es valiosa. Las cifras lo demuestran: ciento diez requerimientos de inaplicabilidad han sido formalizados, ante el Tribunal Constitucional, desde el 27 de febrero de 2006 a la fecha. De ellos, el 40% se ha declarado inadmisibles. En treinta casos el Tribunal ha dictado sentencia, y en quince de ellos ha acogido la tacha de inaplicabilidad esgrimida. El tiempo transcurrido desde el ingreso de la causa hasta la fecha en que se notifica la sentencia definitiva que la decide se ha reducido de dos años a tres meses, en promedio.

⁵³ *Nueve ensayos*, o. cit., pp. 177 y 203-204.

Una secuela importante de esos fallos es que el legislador y la Administración han manifestado ya su opinión en el sentido de efectuar los cambios normativos que permitan precaver la declaración de inconstitucionalidad de tales preceptos por el Tribunal. Más inesperado ha sido saber que ellos propugnan el pronunciamiento de tal inconstitucionalidad. Va así, por una y otra vía, depurándose de vicios nuestro régimen jurídico, a la vez que va infundiendo vida a la Constitución. Por lo mismo, ya se torna más difícil reintroducir el síndrome, bastante típico de Latinoamérica, del reformismo constitucional. Nuestra magistratura se aleja, en suma, de la imagen del legislador negativo y coopera con el remozamiento y la legitimidad del ordenamiento vigente.

Siempre un Tribunal Constitucional sabe, o ha de saber, que algunos aplauden sus fallos mientras otros los critican. Lo decisivo, sin embargo, es obrar sin temor, con independencia e imparcialidad y con rigor en la defensa suprema que le incumbe del Código Político. Así ha sucedido en Chile y, evaluando el clima de la opinión pública dominante hoy, pensamos que el Tribunal ha experimentado un fortalecimiento vigoroso de su imagen de guardián máximo del *telos* y de las formas de la Carta Fundamental. En definitiva, el Tribunal es ahora “el resorte maestro de la máquina” para infundir realidad a los valores, principios y normas que contemplan la “separación de poderes”, con frenos y contrapesos, a fin de servir a la persona en democracia y mediante el derecho.

Sin duda, es largo el camino que resta todavía para llegar a un régimen, completo y eficiente, de control de supremacía. ¡Pero hemos avanzado ostensiblemente y ojalá que sea sin retrocesos!

Krystian Complak (Polônia)*

Instrumentos de participação popular no direito constitucional europeu e latino-americano

Considerações preliminares

O meu artigo tem por objetivo apresentar a aparição dos mecanismos da chamada participação popular no direito constitucional, no limiar do terceiro milênio. Este fenômeno não é de todo novo. Aqui se faz bastante lembrar o famigerado projeto de Thomas Jefferson – sem falar da democracia grega, helvética ou comunista – de criar o sistema político onde cada um poderia tornar-se “membro ativo do governo comum atendendo a pessoalmente uma grande parte de seus direitos e deveres”.¹

Depois de precisar na primeira parte a noção da democracia participativa, mostrarei as suas regulamentações nas leis maiores da Europa e da América Latina. Na terceira parte, abordarei as opiniões doutrinárias européias e latino-americanas acerca desta nova concepção de exercer o poder estatal.

I. Questões terminológicas

Para designar o fenômeno estudado usam-se diferentes nomes como a participação democrática, cidadania ativa, democracia participativa (direta, meio-direta), a

* Professor de Direito Constitucional na Universidade de Wrocław (Polônia)

¹ Na carta de T. Jefferson ao major J. Cartwright, do 5 de junho de 1824. Cf. também a sua missiva ao Sr. S. Kercheval, de 12 de julho de 1816.

sociedade civil, o governo da opinião pública, governabilidade e assim por diante.² Todos estes conceitos espelham as singularidades do fenômeno estudado, ou os seus aspectos particulares. Por exemplo, por sociedade civil se entende um conjunto de habitantes de um país que pratica as atividades fora da esfera onde se realizam as iniciativas e as decisões do Estado. A democracia direta é a sociedade na qual o povo atua por si próprio na gestão dos negócios públicos, enquanto que a democracia meio-direta é uma democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo na direção do Estado, especialmente por meio dos referendos ou das iniciativas legislativas.

A democracia participativa significa o empenho de cada um na preparação, tomada e realização de uma decisão, bem como no controle da sua execução com exclusão das eleições gerais, parlamentos, partidos políticos, sindicatos, etc. Este gênero de participação da população ocorre em todos os âmbitos – vindo a ter uma importância ponderável e pessoal para os todos os cidadãos –, tais como o trabalho, a moradia, o divertimento e/ou recreação coletivos, as instituições educacionais, e assim por diante. Sem embargo, quando falamos da autêntica participação popular constitucional temos em mente as situações nas quais a cidadania forma autonomamente os atos de governo. Não há muitos institutos deste gênero, sobretudo em escala nacional.³ Na maioria das vezes, trata-se dos mecanismos de co-participação do povo na tomada das decisões públicas. A iniciativa destes atos pertence quase sempre aos órgãos do Estado. Os exemplos mais típicos deste gênero são os chamados referendos consultivos, normalmente convocados pelo Presidente da República ou pelas câmaras legislativas.

Este conjunto de institutos de participação popular desempenha papel especial nos referendos constitucionais obrigatórios, que consistem no dever de intimar a população a se pronunciar sobre as modificações na Lei Maior do Estado: a aprovação ou a ratificação da nova Lei Maior, a sua revisão parcial, ou simplesmente sobre assuntos públicos de peso. Nestas hipóteses, a participação do povo é apenas passiva – embora decisiva – nos negócios públicos. A extensão da sua participação baseia-se nas limitações definidas previamente no Máximo Texto Jurídico.

² A relação parece não ter um fim. Para qualificar só a palavra democracia usa-se os seguintes adjetivos: deliberativa, dialógica, contínua, difusa, acrescida, social, cotidiana, integral, midiática, de proximidade, dos direitos, de sondagem, dos cidadãos, entre outros mais. Uma boa mostra de teorias de participação popular (e da sua bibliografia) contém o estudo de J. A. L. Sampaio, *Democracia, Constituição e Realidade*, “Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais”, 2003, no. 1, pp. 741-823.

³ Neste aspecto, não é de admirar que um autor brasileiro se refira à necessidade de ‘repolitização da legitimidade. P. Bonavides, *Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de Luta e Resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma Repolitização da Legitimidade*, São Paulo 2001. A meu conhecimento, a obra do professor de Fortaleza e uma única monografia deste gênero na literatura jurídica mundial.

O papel do povo é mais ativo quando ele mesmo elabora uma proposição normativa, política ou outra e quando esta vai diretamente - sem controle - para a votação geral. Trata-se dos assim ditos referendos de abaixo, isto é, decretados pelo povo mesmo. Os entraves mais sérios nesta classe de consultas resultam das categorias dos assuntos constitucionalmente excluídos do âmbito das decisões do povo. Por isso, o objeto da minha pesquisa serão unicamente as duas classes dos instrumentos de participação popular, a saber: os referendos nacionais obrigatórios e as iniciativas dos referendos decisórios, nos quais os cidadãos são os seus protagonistas de fio a pavio.⁴

II. Ordenamentos constitucionais comparados

A base da comparação está formada pelas 27 nações europeias e pelos 18 países latino-americanos. Em ambos os casos não é a totalidade dos Estados existentes nos continentes respectivos, mas se trata de uma amostra mais representativa das entidades políticas destes partes do mundo. As 25 nações do Velho Continente constituem a União Européia - uma sorte de modelo da futura organização constitucional para os outros Estados da região. Os países latino-americanos imprimem a tonalidade a todo este grande conjunto dos Estados, inclusive aos pequenos Estados caribenhos.⁵

Encontram-se fora da minha pesquisa dois países, cuja ausência pode chamar a atenção e até despertar uma objeção. A Suíça está excluída do campo de meu interesse, nem tanto por não ostentar uma condição de Estado-membro da União Européia, mas devido a sua singularidade. A sua democracia direta é uma exceção, não só na Europa, mas também em todo o mundo. Não é casual que este exemplo não tenha no globo terrestre um só imitador.⁶ Por outro lado, não levo em consideração Cuba. Este Estado manifesta alguns indícios de participação popular. Na sua Constituição estão previstos os institutos da democracia direta como 'ocasionais tomadas das opiniões das massas' e

⁴ Por isso, não posso levar em conta aqui, entre outros, os chamados referendos de arbitragem. Por exemplo, na Letônia, 10% dos eleitores podem anular - nas circunstâncias estreitamente definidas - uma lei votada pelo parlamento e a qual o Presidente de República não quer assinar. Não obstante, se a Dieta aprovasse pela segunda vez este projeto por três quartos dos seus membros, não se convocaria os habitantes para este voto popular.

⁵ A base da comparação foram as leis maiores destes Estados vigentes no dia 01 de junho de 2006. Quanto às constituições no Velho Continente, era de auxílio excepcional a sua coletânea em língua alemã, lançada por Adolf e Christiane Kimmel, *Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten*, Munique 2005. No que tange a América latina, uma recopilação atualizada (também em inglês) e divulgada pela Base de Dados Políticos sobre Américas (PDBA) do Centro de Estudos Latino-americanos da Universidade de Georgetown em Washington, DC, acessível no site da Internet: <http://pdba.georgetown.edu/>

⁶ Quando se fala do Uruguai como a Suíça latino-americana, tem-se em mente as suas duas tentativas de introduzir o chamado governo de assembléia (1919-1933 e 1952-1966), os institutos da democracia direta. A abordagem dos referendos acusa essenciais diferenças entre ambos os Estados, sendo, outrossim, a Suíça o país onde, em dois cantões, continuam as originais reuniões de vizinhos (Landgemeinden).

referendo. A democracia representativa - puxada para baixo - articula-se com o papel dirigente do partido comunista. O sistema de poder público é bastante diferente das instituições liberais. Uma comparação neste caso seria muito formal e artificial.

Leis maiores européias

A forma representativa (indireta) do exercício de poder prevalece claramente nos países membros da União Européia. Normalmente, nas leis maiores destas nações se diz que a soberania nacional pertence ao povo, que a exerce por meio dos seus representantes ou diretamente. Entre os vinte e sete Estados da União Européia, só em dois países a constituição coloca em primeiro lugar o princípio de exercício direto do poder supremo pelo povo. Esta regulamentação está presente nas leis maiores das repúblicas da Eslovênia e da Lituânia.

Na Eslováquia e na Espanha existem os preceitos especiais sobre a participação dos cidadãos nos negócios do Estado. O art. 30 constitucional do primeiro país a encara como direito político da subdivisão do capítulo II dedicado aos direitos fundamentais e liberdades. Não obstante, na Lei Maior eslovaca não se explica no que consiste este direito, a não ser que no acesso dos cidadãos às funções públicas outras que as assentadas nas eleições ou no direito deles a fazer resistência a qualquer pessoa que rejeite a ordem democrática dos direitos e liberdades constitucionais fundamentais.⁷ Na Constituição espanhola o alcance do quase idêntico preceito foi consideravelmente restringido pelo Tribunal Constitucional. Nos considerandos do seu acórdão de 25 de abril de 1984, lê-se que esse direito não é um direito segundo o qual os cidadãos participem em todos os assuntos públicos, independentemente de sua índole e sua condição, pois que para participar nos negócios concretos se exige um apelo especial ou uma competência particular, se temos a ver com órgãos públicos ou com uma legitimação distinta no caso de entes ou sujeitos de direito privado, que a lei pode então organizar. Além disso, a Máxima Jurisdição Constitucional precisou que o direito em pauta pertence aos cidadãos individuais e que não pode ser conferido indiscriminadamente às pessoas jurídicas.⁸

⁷ Nos considerandos do acórdão do Tribunal Constitucional eslovaco de 27 de abril de 2000, vemos que os órgãos do auto-governo local, ao decidir sobre direitos fundamentais, têm como correlato o procedimento segundo o qual estes estão obrigados a obter um parecer que pode ser logo verificado para necessidades dos processos e veredictos posteriores. Em outras palavras, a autarquia territorial, ao resolver sobre direitos fundamentais, tem o dever de conseguir o exaustivo exame de peritos acerca do caso dado. Veja-se E. Barany (coordenador), *Zbirka nalezov a uznaneseni Ustavneho sudu Slovenskej republiky 2000* (coletânea dos acórdãos e fundamentações do Tribunal Constitucional da República Eslovaca 2000), Kosice 2001, pp. 468-569.

⁸ As dificuldades da doutrina espanhola a respeito caracterizam bem a seguinte citação do comentário de J. Galvez Guasp. Nela consta que o conteúdo do artigo 23 da vigente Constituição do país ibérico “*não se presta a um desenvolvimento legislativo unitário, que por isso não teve lugar e provavelmente não o terá jamais*”. Veja-se a obra coletiva coordenada por F. Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, Madri 2001, p. 518.

Dos vinte e cinco países que formam parte da União Européia, apenas em doze Estados está prevista uma forma da participação direta do povo na gestão dos assuntos públicos. Numa nação – na República Checa desde 14 de novembro 2002 – existe a possibilidade, mediante a Lei Constitucional, de determinar as situações em que o povo pode realizar diretamente o poder estatal. O único caso previsto claramente no Máximo Texto Jurídico checo refere-se à ratificação do tratado sobre a transferência, pelos órgãos da República, das determinadas atribuições às organizações ou instituições internacionais (art.10^o). Sem embargo, até hoje em dia a correspondente Lei constitucional não foi promulgada.

Caso especial e muito significativo do ponto de vista do objeto desta pesquisa, constitui a Eslováquia. O art. 99 da Lei Maior deste país prevê a atribuição do parlamento da República eslovaca de poder modificar ou anular o resultado do referendo pela Lei Constitucional passados os três anos desde a sua entrada em vigor. A isso devemos acrescentar que a votação popular dizendo respeito ao mesmo assunto pode ser repetida após três anos a partir da data de sua realização.

Referendos obrigatórios

A maioria dos referendos previstos nas constituições relaciona-se com a variação destes documentos jurídicos. Na Áustria, Espanha, Estônia, Lituânia e Letônia, determinados artigos ou capítulos inteiros estão penderes de ratificação popular sempre que ocorrer a revisão total da constituição. Na Espanha, Estônia e Lituânia exige-se a votação dos eleitores no caso das alterações no primeiro capítulo. Na Lituânia e na Letônia, encomenda-se *ad referendum* a modificação dos artigos individuais. A Constituição da Letônia liga esta reserva aos artigos 1, 2, 3, 4 e 6, (e adicionalmente ao art. 77)⁹, enquanto que a da Lituânia limita este dever só ao primeiro artigo, que decreta que o Estado da Lituânia é uma republica democrática independente. Na Espanha, submete-se ao exame da população também uma revisão parcial que afete a seção 1 do capítulo II do título I, ou o título II. Na Estônia e na Lituânia, o referendo é convocado quando se procede à alteração do último capítulo das suas leis maiores, intitulado ‘reforma da constituição’. Na Irlanda, qualquer mudança na constituição é inseparável do ditame de organizar o referendo, enquanto que na Dinamarca este imperativo diz respeito só a uma nova disposição constitucional e quando se efetua a alteração da idade eleitoral ativa.

⁹ O artigo 77 da Constituição lituana dispõe que “O Presidente da República é o Chefe do Estado e representa o Estado da Lituânia e cumpre todos os deveres a ele investidos pela Constituição e pelas leis”. Por sua vez, os seus dois primeiros artigos referem-se aos traços marcantes do Estado lituano: uma independente república democrática, a sua formação pela Nação e a soberania nacional. O art. 4 define os modos de exercer o poder do Estado (diretamente e por meio dos representantes), enquanto que o art. 6 estatui o princípio da aplicabilidade direta da Lei Maior.

Na Dinamarca, Eslováquia e França existem os referendos obrigatórios sobre temas internacionais, nomeadamente os relativos às diversas facetas da integração no nosso continente. No primeiro país, quando a Folketing aprova – com a maioria de votos parlamentares necessários para a adoção dos projetos de lei ordinários, sem alcançar a maioria de cinco sextos dos deputados – a delegação das atribuições constitucionais às instituições integradoras quando o governo sustenta esta transferência, ela será submetida à resolução dos eleitores. Por sua vez, aos cidadãos eslovacos compete a votação sobre todos os ingressos e saídas do seu país da união dos Estados. Na França, contudo, este escrutínio iniludível relaciona-se com a ratificação de cada futuro tratado sobre a associação de um novo país à União Européia ou às comunidades econômicas européias.

Referendos opcionais

Outro grupo de países constituem-no Eslováquia, Eslovênia, Hungria e Lituânia. Nestes Estados um determinado grupo dos eleitores está em condições de produzir a votação dos seus habitantes sobre as chamadas questões significativas nacionais. Estas podem ser “*importantes problemas de interesse público*” (Eslováquia), “*assuntos mais importantes no que tange à vida do Estado e da Nação*” (Lituânia), “*assuntos da esfera de regulamentação legislativa do parlamento*” (Eslovênia) ou definidos por meio da exclusão das dez questões selecionadas (Hungria).¹⁰ Para serem ativadas, estas votações requerem o apoio de número definido de eleitores. Na Eslováquia, Lituânia, Hungria e Eslovênia exige-se 350, 300, 200 e 40 mil assinaturas-cidadãos, respectivamente.

Num só país a população pode opor-se às medidas legislativas já em vigor ou na fase de sua adoção. Na Itália, o meio-milhão dos eleitores pode provocar um escrutínio dos habitantes do país no intuito de abrogação de um ato legislativo (de uma lei ou de um decreto com este valor). Não é admitido referendo para as leis tributárias e orçamentárias, de anistia e indulto, e de autorização para ratificação de tratados internacionais.

Quoruns e maiorias

Para a validade dos referendos, as leis maiores estatuem diversas condições. Na Áustria, Eslovênia, Estônia e Irlanda, a maioria indispensável para reconhecer o resultado da votação está estabelecida no número de pessoas que tomam parte nela. Sem-

¹⁰ Algumas destas questões chamam a atenção. São proibidos os escrutínios populares sobre o programa do governo, a dissolução do órgão representativo da auto-administração local, e o “conteúdo das leis concernentes aos condicionamentos centrais dos impostos locais”, entre outros.

pre se trata da maioria relativa, exceto do primeiro país mencionado, cuja Constituição impõe a maioria absoluta. Nos países restantes, o critério do cálculo da aprovação da medida constituem-no os eleitores. A exigência mais alta vigora no que tange ao primeiro artigo da Constituição da Lituânia, pois neste caso a sua modificação só será eficaz quando for votada por três quartos dos eleitores. Na Eslováquia e na Itália é suficiente para a validade do referendo que a metade das pessoas aptas para escrutínio dele participe. Na Dinamarca e na Hungria se exige não só o apoio do assunto votado pela maioria dos votos expressados, mas também que eles constituam respectivamente 30% e 25% do total dos eleitores. Só na Letônia, durante o sufrágio tendendo a abolir uma lei, o número dos votantes deve ser, ao menos, a metade dos participantes nas últimas eleições parlamentares. Nas constituições espanhola e francesa não há uma determinação a respeito.¹¹

Vigilância jurisdiccional

A autônoma e independente tomada de decisões jurídicas e/ou políticas pelo povo em doze Estados europeus é limitada pela supervisão jurisdiccional. Na maioria dos casos se trata da vigilância implícita.¹² A base deste controle é a identificação dos atos de referendo com os atos normativos. O caso paradigmático é a Espanha, onde o controle formal dos mecanismos da participação popular é sempre possível - apesar da falta de uma prescrição constitucional a respeito - mas não material, pois a Lei Maior do país não inclui pontos de referência no sentido das proibições de modificação de certos conteúdos ou princípios.¹³ A prática do controle em muitos países só atesta o acima afirmado.¹⁴

¹¹ Também é impossível dizer quais regras disciplinam os quoruns e maiorias populares correspondentes durante o referendo legislativo ou sobre a revisão do capítulos I e XIV da Constituição lituana.

¹² Somente nas constituições eslovaca e francesa existem normas sobre o controle das consultas populares. O Tribunal Constitucional do primeiro país pode decidir sobre a conformidade com a Constituição ou Lei Constitucional do objeto do referendo, enquanto que ao órgão homônimo na França compete vigiar só a regularidade das operações de referendo.

¹³ Assim escreve M. Aragon Reyes, ao abordar este ponto em obra coletiva, coordenada por O. Alzaga Villaamil, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madri 1999, t. XII, p. 204 e mais amplamente no seu livro intitulado *Constitución y democracia*, Madri 1990, pp. 23-64.

¹⁴ O maior número de interdições de referendos na Europa Ocidental ordenou a Corte Constitucional italiana. Também, as jurisdições constitucionais dos países do Leste europeu têm a experiência neste domínio. Vale lembrar aqui a proibição do referendo sobre a reprivatização, pelo Tribunal Constitucional letão ou húngaro, que deu a preferência ao referendo de baixo em detrimento do contra-referendo organizado pelo governo. A respeito da Letônia, cf. W. Ismayr, *Die politischen Systeme Osteuropas*, Opladen 2002, pp. 131-133. Os extensos fragmentos da decisão do Tribunal constitucional húngaro de 14 de outubro de 1997 estão contidos em livro de L. Solyom e G. Brunner, *Constitutional Judiciary in a New Democracy. The Hungarian Constitutional Court*, Ann Arbor 2000, pp.371-378

Leis maiores latino-americanas

Os mecanismos da democracia direta estão amplamente presentes nos ordenamentos constitucionais da América Latina. Sete nações deste continente têm o sistema constitucional de participação popular muito desenvolvido, enquanto que nos seis outros Estados existem as instituições deste gênero alavancadas “de cima”. Só em três nações desta parte do mundo – Costa Rica, México e República Dominicana – existe um puro regime representativo. Muito particular situação configura-se no Chile. Conforme o art. 5 da sua Constituição, a soberania deve ser praticada pelo povo por meio do plebiscito e das eleições periódicas, e também por autoridades constitucionais. O seu art. 1 se refere aos “grupos intermédios por meio dos quais se organiza e estrutura a sociedade”. Inclusive, prevê-se o referendo convocado pelo Chefe de Estado no caso de uma discordância entre ele e o Congresso sobre a lei ou uma parte dela.¹⁵ Em Honduras, aparece uma certa contradição entre a adesão constitucional ao sistema representativo e o art. 5 da Lei Maior, que estatui que o “governo deve sustentar-se no princípio da democracia participativa”.

Referendos obrigatórios

Em seis nações latino-americanas está previsto o imperativo referendo constitucional quando se procede – nos casos apontados – à reforma da Lei Maior. A Constituição venezuelana distingue os três diferentes modos de efetua-los. A adição ou a modificação de um ou vários artigos da Lei Maior sem alterar a sua estrutura fundamental exige o apoio da maioria dos votantes, com a condição de que tenha participado no referendo, pelo menos, uma quarta parte do eleitorado. Quando a reforma da Constituição visa uma revisão parcial da Lei Maior e a substituição de uma ou de várias de suas disposições sem modificar a estrutura e os princípios fundamentais do texto constitucional, esta vai requerer só uma maioria simples.¹⁶ O terceiro modo de reforma constitucional relaciona-se com uma revisão total da Lei Maior. Neste caso, 15% dos eleitores podem convocar uma Assembléia Constituinte. Depois de aprovar o texto preparado pela Constituinte não se organiza a sua ratificação pelo referendo.¹⁷

¹⁵ A constitucionalização das instituições da democracia direta no Chile não está devidamente percebida mesmo por competentes constitucionalistas pátrios. Cf. J. L. Cea Egana, *El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis crítica*, Santiago de Chile 1999, pp. 76-77 e passim.

¹⁶ Esta regulamentação parece ilógica em comparação ao primeiro método de reforma constitucional. Apesar de não ser tão abrangente, a chamada emenda exige a participação de uma quarta parte dos eleitores, enquanto que a revisão constitucional se faz sem esta condição numérica. Em ambos os casos a iniciativa da reforma pertence a 15% dos eleitores.

¹⁷ É uma outra inconseqüência da norma venezuelana da reforma constitucional. O que acontecerá se a Constituinte adotar um texto divergente das expectativas do povo? É uma hipótese um pouco improvável, mas possível. Em todo o caso, o art. 350 da Lei Maior estabelece os limites materiais da reforma constitucional.

No Uruguai, todas as reformas constitucionais se submetem à decisão da generalidade da população adulta. No Equador, o projeto popular de reforma constitucional, entabulado por 1% dos cidadãos – passado o tempo assinalado constitucionalmente à sua aprovação definitiva – deve ir a referendo. No Peru, o referendo de reforma constitucional (encetado, entre outros, por 0,3% da população eleitoral) procede em todos os casos em que o Congresso não adota a alteração da Lei maior em duas sucessivas legislaturas por mais de dois terços de votos em cada caso. Na Colômbia, somente as reformas da Lei Maior relativas aos direitos fundamentais e às suas garantias, aos procedimentos de participação popular ou ao Congresso, devem ser votadas – se 15% dos eleitores o demandarem – por meio do referendo. No Panamá é organizado o escrutínio geral quando o projeto de reforma constitucional for aprovado três vezes por maioria absoluta pela Assembléia Legislativa de duas legislaturas sucessivas.¹⁸

Referendos opcionais

Em quatro países sul-americanos, uma certa porcentagem das pessoas com direitos eleitorais pode exigir a organização do referendo legislativo. Esta porcentagem oscila entre 0,1% do eleitorado na Venezuela e 25% dos cidadãos adultos no Uruguai, enquanto que na Colômbia e no Peru esta proporção se situa em 5 e 10% dos aptos para votar. Na Venezuela e na Colômbia todos os temas podem ser objeto de uma proposta de votação popular legislativa. As constituições peruana e uruguaia estabelecem as limitações temáticas. Em ambos os países, a população não pode pronunciar-se acerca dos tributos. Se a Lei Maior do Peru exclui da consulta à população a supressão ou a diminuição dos direitos fundamentais da pessoa, as normas de caráter orçamentário, assim como os tratados internacionais, no segundo país a lista destes assuntos é mais longa.. No Uruguai, outrossim, não se pode submeter a referendo a fixação do salário mínimo, dos preços de aquisição de produtos ou de bens públicos ou privados, a dívida ou crédito públicos, a criação de empregos, ordenados, aposentadorias, pensões, compensações pecuniárias e benefícios de aposentadoria.

Na Venezuela, Panamá e El Salvador, o povo tem direito de decidir sobre os acordos internacionais. No primeiro país citado, 15% das pessoas com aptidão para votar podem reclamar o referendo sobre os tratados, convênios ou pactos internacionais que pudessem expor a perigo a soberania nacional ou transferir as competências aos órgãos supranacionais. No Panamá, o objeto da consulta imperativa popular abrange todos os tratados ou convênios internacionais (e também as suas possíveis modifi-

¹⁸ Quando o parlamento panamenho escolheu o outro método de revisão constitucional, isto é, em três debates na primeira legislatura, e mais tarde em um só debate na legislatura seguinte, mas sem a possibilidade de modificação alguma; neste caso a intervenção do povo é excluída.

cações, reservas ou novas interpretações) celebrados pelo poder executivo sobre o canal declusas, a sua zona adjacente e a proteção deste em nível do mar, ou a construção de um terceiro conjunto de comportas.¹⁹ Na última nação aludida, o dever de combinar o escrutínio geral relaciona-se com a reconstrução total ou parcial da República de Centro América. O projeto e bases desta União – em forma unitária, federal ou confederada – deve ser submetida ao voto cidadão.

Os povos colombiano, uruguaio e venezuelano têm o direito de abolir os atos normativos em vigor. Na Colômbia e Venezuela, este privilégio²⁰ cabe a 10% dos cidadãos, ao passo que no Uruguai uma quarta parte da população em idade eleitoral dispõe desta espécie de iniciativa. Existem restrições no que tange à algumas questões a serem derogadas. Na maioria das vezes, estas exclusões se referem às matérias fiscais, tributárias (em três países), orçamentárias e tratados internacionais (Colômbia e Venezuela), ou ao crédito público, anistia e direitos humanos (Venezuela), aos postos estáveis, remunerações e aposentadorias (Uruguai).

Além disso, as constituições destes dois países reservam para o povo a possibilidade de pactuar o referendo sobre um tema de sua preferência. No Equador, o objeto do escrutínio geral é qualificado como “assuntos de importância transcendental para o país, que não sejam reformas constitucionais”, ao passo que na Venezuela estes têm de ser “as matérias de especial transcendência nacional”. Se o referendo venezuelano é consultivo, a votação popular no Equador tem caráter vinculativo. O número das pessoas habilitadas para convocar estas votações é de 10 e 8 %, respectivamente. A problemática do referendo é ilimitada na Venezuela, enquanto que no segundo Estado este não pode ser em tempo algum tributário.

Os cidadãos do Equador e Venezuela têm possibilidade de destituir autonomamente as pessoas eleitas para postos públicos antes de terminarem os seus mandatos.²¹ Na Venezuela, o encurtamento do mandato compreende todos os cargos e magistraturas de eleição popular (até o Presidente da República !). O afastamento pode ser posto em efeito a partir da metade do período para o qual foi eleito o funcionário.

¹⁹ A obrigação de fazer o referendo concerne igualmente aos contratos do executivo com as empresas privadas ou pertencentes a um outro Estado (ou Estados) sobre a construção de um canal no nível do mar, ou de um terceiro jogo declusas.

²⁰ Na Venezuela, a prerrogativa de revogar está atribuída também ao Presidente da República (em Conselho dos Ministros). Por outra parte, neste país, os cidadãos podem derogar os decretos-leis. Neste caso, o número dos cidadãos suficientes para provocar o referendo é de apenas 5% dos eleitores.

²¹ A Constituição peruana conhece também a ‘remoção ou revogação de autoridades’. Sem embargo, o art. 31 não dá mais dados sobre esta instituição. A Lei que a regulamentou abarca somente os funcionários locais. A possibilidade de aplicá-la, p.ex., aos parlamentares está excluída, pois o art. 134 da Constituição proíbe a finalização do mandato dos membros do Congresso Nacional por outra via que não seja a dissolução do órgão legislativo, decretada pelo Poder Executivo, no caso explicitamente autorizado. Cf. E. Bernal Ballesteros (com a colaboração de A. Otárola Penaranda), *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*, Caracas 1999, p. 270.

A iniciativa pertence a 20% dos aptos para votar. No primeiro país mencionado, a extensão da instituição em exame é menos abrangente. Em nível nacional, a medida afeta só os parlamentares. Se na Venezuela não há nenhuma condição para atalhar o período da delegação das funções,²² no Equador é preciso diferenciar duas situações. Quando o deputado é removido por razão de corrupção, pode ser exonerado a qualquer momento. Se a causa da sua deposição é uma injustificada falta de cumprimento do seu plano de trabalho, o seu retiro pode ocorrer após o primeiro e antes do último ano do exercício das suas funções.

A Constituição vigente no Peru introduz um instrumento muito peculiar de participação popular, a chamada “*exigência de prestação de contas*”. Esta instituição está regulada só no seu art. 32, exclusivamente por meio dessas cinco palavras. Ela encontrou o seu desenvolvimento na Lei 26300 sobre os direitos de participação e controle de 3 de maio de 1994. A normativa não tem muito interesse para a presente pesquisa, pois somente diz respeito à algumas autoridades locais.²³

Quoruns e maiorias

Quanto ao apoio indispensável para conferir a validade às ações diretas do povo, nota-se uma considerável despreocupação do poder constituinte latino-americano. As leis maiores do Panamá, Peru e El Salvador não determinam nem o quorum nem as maiorias para decidir sobre os assuntos votados popularmente. Dentre os oito instrumentos de participação popular venezuelanos, somente dois deles têm a regulamentação clara. Outros mecanismos devem ser disciplinados em leis ou são construídos pela doutrina.²⁴ No Equador, não existe uma norma constitucional reguladora correspondente, quando se procede ao referendo obrigatório no que tange uma reforma da Lei Maior. No Peru, o único ponto certo em nível constitucional consiste na privação da validade de qualquer consulta popular quando os votos nulos ou em branco, adicionados ou separadamente, excedem dois terços do número de votos emitidos. No Uruguai, toda a regulamentação do quorum e das maiorias requeridas nos referendos legislativos e contra as leis é objeto de determinação legal.

Entre as nove regulamentações constitucionais das maiorias decisivas nos referendos, apenas duas consultas populares levam em consideração os eleitores como

²² O comentador do art. 72 da Lei Maior venezuelana indica a extinção da confiança como motivo genérico da revogação. F. Zambrano, *Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela*. 1999. Comentada, Caracas 2006, t. 1, p. 453.

²³ Cf. a crítica desta Lei por E. Bernales Ballesteros, op.cit, p. 269 e seguintes.

²⁴ Dois dos seis restantes referendos comportam elementos de nosso interesse. Para derogar um ato normativo (lei ou decreto-lei) é indispensável a assistência de 40% dos eleitores: mas não se sabe qual é a maioria, neste caso. Para aprovar uma reforma constitucional (art. 345) é suficiente “se o número de votos afirmativos é superior ao número de votos negativos”: isto é, pode dar-se hipoteticamente o caso de dois de três cidadãos decidirem sobre o novo teor da Lei Maior.

base para seu cálculo. Trata-se, em ambos os casos, da instauração das assembléias nacionais constituintes. Quando os votantes são o fundamento de cômputo das maiorias decisórias, as constituições requerem que estas sejam absolutas (5), simples (1) ou referidas ao número das pessoas que votarem antes a favor deste mesmo candidato. Neste último caso, necessita-se “*igual ou maior*” quantidade de votos contra o agente publico revogado.

Atentas a que a contagem assenta nos votantes pode levar a uma tomada de decisões até por pequenos grupos de cidadãos, as cinco leis maiores impõem uma participação mínima dos eleitores. Nos referendos colombianos sobre a derrogação de uma lei, a rejeição de uma reforma constitucional – e na Venezuela, durante a revogação dos mandatos representativos – deve participar pelo menos uma quarta parte dos eleitores. Esta condição é mais rigorosa na Colômbia quando a respeito da aprovação de reforma constitucional. O total de votos a favor desta revisão deve ser mais alto que uma quarta parte do eleitorado. Só no Uruguai esta proporção mínima durante a revisão constitucional é de 35% de todos os aptos, para escrutínio geral.

Vigilância jurisdiccional

Apenas em dois países latino-americanos existe uma vigilância jurisdiccional sobre os mecanismos de participação popular. O Tribunal constitucional colombiano conhece todos os atos reformatórios da Lei Maior (incluídos os promovidos pelo povo), mas só do ponto de vista dos vícios de procedimento na sua formação. O mesmo se verifica no que tange a convocação de um referendo para reformar a Lei Maior ou uma Assembléia Constituinte. A mesma regra rege também qualquer consulta popular e plebiscitos nacionais. Estes podem ser examinados somente por vícios de procedimento na sua convocação e realização.²⁵ Parecida regulamentação existe no Uruguai, onde a Corte Eleitoral – como ente máximo do Estado no que tange os escrutínios – é o juiz unicamente dos atos de plebiscito e de referendo (não do seu teor).

III. Doutrinas

Os cultores do direito constitucional de ambos os lados do Atlântico têm – no que tange a democracia – pontos de vista opostos. Os teóricos europeus na sua maioria pronunciam-se a favor da democracia representativa, enquanto que os autores latino-americanos tomam o partido do amplo emprego das instituições da participação popular. Isto não exclui a existência das correntes minoritárias nestes quadrantes científicos. Por exemplo, no nosso continente, um partidário inabalável do maior empenho da

²⁵ O Tribunal Constitucional colombiano pode decidir acerca da materialidade dos referendos somente no que tange os chamados referendos sobre as leis. Cf. o *capud* do art. 241 (3) da Lei Maior deste país.

população na direção dos assuntos públicos é o influente filósofo político J. Habermas.²⁶ Por outra parte, não faltam na América Latina os adeptos do regime representativo puro, especialmente entre os constitucionalistas seguidores das doutrinas de Montesquieu ou Locke.²⁷

1. *Ótica europeia*

A maioria dos teóricos e especialistas em direito constitucional na Europa é partidária do regime representativo como o modo de exercer o poder supremo pelo povo. É uma organização do Estado na qual a população está governada pelos seus eleitos. Até na pátria do fervoroso adepto da concepção da soberania nacional praticada pelo seu titular sem intermediação alguma, lembra-se o próprio J.J. Rousseau, que escreveu que o regime da democracia direta pode ser efetuado somente pelo povo de Deus.²⁸ Os teóricos europeus afirmam que a democracia participativa não pode, pelo menos no tempo presente, substituir a democracia representativa. A participação popular é capaz – nas limitadas circunstâncias – de apenas completar ou corrigir o puro regime representativo.²⁹

Virtudes da democracia representativa

De acordo com os experts europeus, a democracia indireta tem muitas vantagens. Em primeiro lugar, a complexidade dos assuntos da sociedade moderna exige

²⁶ Ele tem o apoio entre os estudiosos do direito constitucional. Cf. p.ex. na Alemanha E.-W. Bockenforde, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht* (Francoforte sobre Meno 1991), mormente a terceira parte. Na Espanha, um promotor incansável de uma radical autogestão político-social é o professor de direito constitucional na Universidade Politécnica de Valência. Veja-se, A. Colomer Videl, *El retorno de Ulisses. Una filosofía política alternativa*, Valência 2002.

²⁷ Não é fácil indicar os contemporâneos experts autorizados em direito constitucional latino-americano contrários abertamente aos instrumentos da participação popular. A sua oposição é normalmente indireta ou oculta. Veja-se, por exemplo, R. Gonzalez Schmal, *Programa de Derecho Constitucional*, México 2003, pp. 63-84 ou M. A. Pangrazio, *Tratado de Derecho Público*, Assunção 1996, pp. 205-206.

²⁸ Este sábio franco-suíço é muito mais enfático quando escreve no seu “*Contrat social*” (capítulo IV, livro III) que “é contra a ordem natural que o número maiores governe e o pequeno seja governado”. Estou de acordo com os seus intérpretes em que este pensador não era adversário da representação em geral, mas da representação por delegação (definitiva e irrevogável), como foi o caso da Grã-Bretanha da época. Cf. Y. Ben Achour, *Le regime representatif, modele indepassable*, em R. Ben Achour, J. Gicquel, S. Milacic (dir.) *La democratie representative devant un defi historique*, Paris 2006, 284.

²⁹ Cf. as reflexões sobre esta temática no livro coletivo coordenado por Fr. J. Laporta, *Constitución: problemas filosoficos*, Madri 2003, especialmente os capítulos de Fr. J. Laporta e de J.C. Bayon. Merece também a atenção a tese de doutorado em ciências políticas de C. Leconte, *L’Europe face au defi populiste* (Paris 2005), com o prefácio de J. Delors.

uma seleção dos mais aptos para a tomada das decisões políticas. O primeiro exame nesta seara constitui o envolvimento partidário. A atividade política permite avaliar as aptidões e competências dos futuros legisladores como organizadores de grupos populacionais ou porta-vozes dos seus interesses. O engajamento partidário possibilita também conhecer as capacidades dos afiliados de expressar as grandes correntes do pensamento sobre os problemas internacionais, nacionais e locais que articulam a gente, ou pelo menos as suas camadas significativas.³⁰

Se a democracia é uma forma de Estado, ela deve ter uma estrutura pronta para entrar em funcionamento a qualquer momento. Isto é impossível sem uma representação permanente da população. A democracia sem certa delegação política é imaginável somente onde não se precisa de uma contínua disposição para a tomada das decisões. Uma democracia imediata supõe uma noção de poder da maioria (de pobres), o que seria invariavelmente um contraste com o pluralismo da sociedade. Esta não seria uma forma estatal, mas algo improvisado e espontâneo.

A democracia representativa é mais concorde com o Estado de direito que com qualquer outra forma de exercer o poder. Esta pressupõe, entre outras coisas, a reserva da ação legislativa a favor do órgão representativo. O seu principal produto – a lei – deve ser elaborada no decorrer de uma apreciação longa e pública. Esta dilatação possibilita levar em conta muitos pontos de vista. A lei não pode ser um ‘tiro no escuro’. Em consequência da aplicação dos procedimentos parlamentares de reiteradas deliberações e votações, a lei possui as qualidades mormente prezadas no Estado de direito, a saber: previsibilidade, precisão e certeza.

Na democracia indireta, uma possível divergência entre a vontade do parlamento e a vontade do povo é resolvida por via judicial. O princípio democrático não é considerado como o mais importante no Estado de direito. A democracia neste sistema de organização das autoridades públicas é constitucional, o que quer dizer que nem o legislador nem o povo são todo-poderosos. Em nosso espaço cultural é bastante difundida a opinião de que mesmo o poder das maiorias está restrito. O seu enquadramento mais legítimo é o Estado de direito, assente na Lei Maior do país.³¹

³⁰ Veja-se por todas, em meio de vastíssima bibliografia, a obra coletiva referida acima na nota 28. Este livro recente (2006) é um canto às virtudes da democracia representativa. Aí há um leque mais variado de razões em prol da democracia indireta. Uma obra semelhante apareceu há onze anos na Polônia como a coletânea das conferências em três línguas. Veja-se Ph. Braud e A. Jamróz (coordenadores), *Democratie hier et aujourd'hui. Demokratie gestern und heute. Democracy yesterday and today*, Bialystok 1995.

³¹ Vejam-se notadamente as exposições de D. Merten, *Demokratie und Rechtsstaatlichkeit*, em: Ph. Braud e A. Jamróz, op.cit., pp. 47-61.

Aspectos nocivos da democracia participativa

A maioria dos experts europeus vê com muita desconfiança o novo entendimento da democracia. Atribui-se especialmente à democracia participativa uma grande ambigüidade. Diz-se que a participação popular na gestão dos assuntos públicos se expressa antes numa série de contextos pontuais que numa concepção genérica unível. As eventualidades concretas de participação popular são muito diversificadas, como, por uma parte, os conselhos de bairro, reuniões de vizinhos, assembléias de cidadãos, comissões de diálogo nacional, e, por outra, os institutos da chamada democracia direta ou semi-direta. Quanto às manifestações do fenômeno em tela, há mais perguntas do que respostas, pelo menos com respeito ao seu alcance jurídico: deliberativo, consultivo, decisivo, etc. Não há um âmago que pudesse dar uma origem a um direito constitucional da participação popular. Se estudamos as leis maiores dos Estados da União Européia, atrás do enunciado do princípio da democracia participativa, encontramos, no fundo, simples instituições da tradicional democracia direta (referendo e/ou iniciativa popular) nas mãos dos poderes constituídos, os quais têm sempre a última palavra.³²

Os experts em matéria do Velho Continente frisam que a democracia participativa é disfuncional. Na sua essência, é um ditadura da opinião pública (para não dizer da rua), manipulada por elites e abusada pelas massas. Se a este império brusco da população não houver oposição, no tempo oportuno triunfará na melhor das hipóteses o que o autor de um livro célebre denominou a “borrachera democrática”.³³ A sua chegada ao poder mina a estável representação política conectada com a ordem normativa de Estado de direito. A duradoura presença da multidão no palco político transforma este num fator de incerteza, de falta de previsão e de prudência, isto é: em um estuprador das qualidades tidas em estima nesta forma de exercer o poder mais aceita no mundo de hoje. Consoante os teóricos europeus, os mecanismos da participação popular são, no seio das autoridades constituídas, um irrefutável perturbador do sistema constitucional estabelecido.³⁴

³² O típico exemplo são o artigos 45 e 46 da rejeitada Constituição Européia. O primeiro dispõe que o funcionamento da União se baseará no princípio da democracia representativa, enquanto que no seguinte se fala na democracia participativa no sentido em que as instituições desta organização darão aos cidadãos e às associações representativas, por meio dos meios apropriados, uma possibilidade de expressar e intercambiar publicamente suas opiniões em todos os âmbitos de ação da União. Só no apartado 4 deste artigo se prevê uma iniciativa legislativa de um milhão dos cidadãos para pedir que a Comissão apresente uma proposição almejada. Cf. as primeiras anotações a este respeito no livro de K. H. Fischer, *Konvent zur Zukunft Europa. Texte und Kommentar mit einem Geleitwort von Dr. Benita Ferraro-Waldner, einschliesslich Begleit-CD-ROM mit Gesamtdokumentation*, Baden-Baden 2003, pp. 180-181.

³³ A. Minc, *L'ivresse démocratique*, Paris (Gallimard) 1995.

³⁴ Cf. R. Lukic, *Teorie de l'Etat et du Droit*, Paris 1974.

2. *Ângulo latino-americano*

A doutrina constitucional latino-americana é quase unânime no que tange a condenação da democracia representativa e a valorização da participação cidadão na gestão dos negócios público-estatais. Não obstante, há opiniões que pregam que as sociedades do nosso tempo “*terão que acostumar-se ... a ver na representação política o instrumento mais adequado, a fim de que o poder político possa ser fiscalizado devido a múltiplos riscos contidos nele*”.³⁵ Por outra parte, apesar de uma disposição favorável para com os institutos da democracia direta, diz-se também que, nas condições de desenvolvimento atual das nações do Continente Verde, a sua utilização deve ser acompanhada dos limitantes respectivos.³⁶

Vícios da democracia representativa

Os autores latino-americanos, ao abordarem a problemática da democracia representativa, ressaltam em primeiro lugar a característica de que esta forma de exercer o poder de Estado torce pareceres, reclamações e aspirações do povo. Os eleitos jamais são capazes de expressar adequadamente os governados. Os representantes formam nas assembleias legislativas um grupo muito diferente da população que os elegeu. Por obrigação constitucional, devem ter sempre em mente os interesses supremos da nação, do Estado ou de outra entidade global, mas não os da gente que os designou para estas altas dignidades. É o que se chama de princípio do mandato livre. Este é irrevogável após a eleição. Entre os membros do órgão representativo se forma uma espécie de solidariedade, muitas vezes mal-entendida: protetora dos seus interesses egoístas, e até de colegas delinquentes.³⁷

A razão principal deste distanciamento entre a cidadania e deputados está na intermediação dos partidos políticos. Estes constituem a primeira barreira entre o povo e o órgão legislativo. Desprezados pela população, devem a sua manutenção ao financiamento estatal. São, sobretudo, mais as agremiações sectárias que não se preocupam muito pelas reivindicações do povo. Inclusive, quando durante as campanhas eleitorais estes propõem uma série de mudanças, chegados ao poder esquecem-se

³⁵ A. Rodriguez Lozano, *Lo claroscuro de la representacion politica*, México 1996, p. 216.

³⁶ Tais são ao menos as conclusões principais da seção dedicada a este tema durante o penúltimo Congresso Ibero-Americano de Direito Constitucional. H. A. Concha Cantu (coordenador), *Sistema representativo y democracia semidirecta, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México 2002, pp. 924-926.

³⁷ A doutrina latino-americana não é original na sua reprovação da democracia representativa. Toma emprestado muito da argumentação lavrada nos Estados historicamente mais estáveis nesta seara. Por exemplo, um grande constitucionalista boliviano, ao especificar as limitações mais graves da democracia formal, menciona as maiorias parlamentares “pelas costas do povo”. Lembra que este fenômeno já foi assinalado por “Carl Schmitt e outros autores nas obras clássicas nesta matéria”. P. Dermizaky Peredo, *Constitucion, Democracia y Derechos Humanos*, Sucre 1999, p.114.

delas após o escrutínio. Às vezes, realizam os programas dos seus adversários eleitorais. Neste mister não são melhores os partidos opositores. Não é raro que os seus afiliados troquem - durante as legislaturas - de blocos políticos e passem a formar parte de outras agremiações que lhes possibilitem receber os votos dos habitantes. A chamada partidocracia encontra aqui o seu maior encarnado.³⁸

Vantagens da participação popular

O primeiro elemento positivo da democracia direta é que esta fornece ao arcabouço institucional da nação uma legitimidade plena. Não há uma interrupção entre a vontade expressa nas eleições gerais e o estado de espírito variável da população no decorrer do tempo. A qualquer momento se pode saber o ambiente dos habitantes do país com relação aos negócios do Estado. Sempre existe uma possibilidade de corrigir uma política realizada sem as discussões sobre quem tem a razão acerca da avaliação correta do humor da chamada maioria silenciosa. Quanto mais instrumentos de participação popular, tanto maior a sintonia da atividade estatal com os desejos e ambições dos cidadãos.³⁹

Um outro argumento de peso a favor do vasto recurso aos mecanismos de participação irrestrita da população na gestão dos assuntos públicos é que essa atividade contribui ao desenvolvimento do civismo entre a gente comum. Não basta o engajamento das elites - dos mais competentes - na direção do Estado. O autêntico poder do povo, isto é, a democracia em todo o significado desta palavra, existe se estiver exercida em todo tempo, não só nos cinco segundos da emissão do voto durante o escrutínio universal. Conforme essas concepções, a votação - considerada por muitos como a essência da democracia direta - não é suficiente para equacionar a dificuldade em análise. A participação requer uma gama mais ampla dos seus institutos, bem como a sua cotidiana experiência. Apenas então se pode atingir o ideal pretenso de toda futura sociedade; o governo dos assuntos públicos pela quantidade mais elevada possível dos homens.⁴⁰

³⁸ A partidocracia é um outro exemplo desta apropriação dos conceitos alheios. Como bem lembra R. Borja na sua "Enciclopedia de la Política. H-Z" (México 2003, p. 1555), este vocábulo surgiu na Europa depois da Segunda Guerra Mundial.

³⁹ Cf. Fr. Miro-Quesada Rada, *Democracia directa y derecho constitucional*, Lima 1990. Veja-se também A. Ruiz-Eldredge, *La Constitución y la vida*, Lima 1996. Este último autor reclama a introdução das assembléias permanentes dos cidadãos (a rigor, só em municípios).

⁴⁰ Neste contexto vale a pena citar um desapontamento de um autor venezuelano quanto a que a Lei Maior pátria de 1999 "não contempla tanto um modelo de participação da sociedade no Estado e no âmbito econômico como poderia sugerir a leitura superficial de seu art. 70, quanto uma organização social na qual o que é o coletivo absorve no seu seio a teórica autonomia do Estado, e o mercado, relativamente, a sociedade. A 'organização para a participação', que parece acolher a regulamentação constitucional, não pretende substituir a representação política dos partidos por uma representação de

Apontamentos conclusivos

Ao terminar a minha incursão no tema do auto-governo do povo, desejaria antes de mais nada fazer uma síntese das suas regulamentações constitucionais. Cumprida essa tarefa de comparação simultânea, tratarei de atender ao subtítulo da minha exposição – propostas e alternativas – no sentido de apresentar as minhas meditações sobre a problemática.

Resumo e generalizações

A primeira coisa que salta aos olhos do comparador das constituições de ambos os lados do Atlântico é o fato de que na América latina existem somente três Estados representativos puros, enquanto que no nosso continente menos da metade das nações admite umas formas da participação popular. Outra diferença é que na Europa não existem duas formas de democracia direta conhecidas no continente latino-americano, a saber: a remoção antecipada dos funcionários pelo voto geral da população, e a instituição de prestação de contas de pessoas oficiais públicas.⁴¹ Por outra parte, cabe ressaltar a mesma proporção dos referendos obrigatórios em assuntos constitucionais e a mais ou menos idêntica quantidade de restantes objetos de votações populares, a saber: sobre a integração internacional, os chamados ‘assuntos nacionais importantes’ e sobre a possibilidade de derrogar um ato legislativo, ainda que neste último caso se note um pequeno predomínio deste último mecanismo na América Latina (três países, contra um só na Itália).

Os chamados referendos obrigatórios acerca das mudanças no texto constitucional estão organizados diferentemente nas respectivas partes do mundo. Somente na Irlanda e no Uruguai todas as mudanças do texto da Lei Maior obedecem ao escrutínio geral da população. Na Europa, estas votações são convocadas automaticamente quando tocam determinados assuntos, isto é, as normas do primeiro capítulo (eventualmente do segundo, referente aos direitos fundamentais ou alguns deles) e/ou do último, sobre o modo de reformar a Lei Maior. Na América Latina, o imperativo de convocar o referendo sobre problemática constitucional resulta do cumprimento de certos passos procedimentais revisórios, às vezes alavancados por um determinado número das eleitores. Exceto no Panamá, todos os referendos sobre temas interna-

interesses segundo o modelo neocorporativo europeu”. M. Criado de Diego, *La absorción del Estado por el colectivo. El proyecto constitucional de sociedad civil em Venezuela*, em: L. Salamanca, R. Viciano Pastor, *El sistema político en la Constitución Bolivariana de Venezuela*, Valência-Caracas 2004, 146.

⁴¹ A prática dessas instituições não é muito desenvolvida ou freqüente. As normas infra-constitucionais venezuelanas dificultam mesmo a revogação dos titulares dos cargos eletivos. Veja-se A. B. Brewer-Carias, *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano (con el texto oficial de la Constitución publicado inicialmente en la Gaceta Oficial No 36.860 de 30-12-1999 y reimpresso posteriormente, con correcciones, en la Gaceta Oficial No 5.453 Extra. del 24-3-2000)*, Caracas 2004, t. I, p.240, nota 359.

cionais se referem a aspectos da integração regional. Só na Venezuela e na Dinamarca trata-se do assunto da transferência de atribuições estatais a um organismo supranacional.

Em quatro países europeus e em dois latino-americanos, o próprio povo pode provocar o referendo sobre os chamados assuntos nacionais importantes. O número dos habitantes habilitados a ativar estas votações acerca dos temas públicos gerais é determinado na Europa pelos números absolutos, ao passo que nos Estados latino-americanos em percentagens. A regulamentação européia parece ser melhor, em comparação com a aplicada na América Latina, visto que é menos exageradamente alta, como na Venezuela, onde 10% dos eleitores significam o apoio de aproximadamente 1,5 milhão de pessoas, ou no Equador, onde 8% dos inscritos no registro eleitoral nacional somam acima de 200 mil assinaturas para uma população eleitoral que não excede 2 milhões. Não obstante, as cifras européias de apoio às iniciativas em tela devem ser rebaixadas, com exceção da Eslováquia, onde as 40 mil assinaturas para 2,7 milhões dos aptos para votar é uma solução mais razoável.

Em três países latino-americanos e num só europeu os habitantes têm direito de opor-se aos atos normativos. Em duas nações, o início do processo referendário conduzente a esse resultado pertence a 10% da total dos indivíduos aptos para votar, enquanto que no Uruguai esta porcentagem monta à quarta parte dos eleitores. Em todos estes países estão excluídas do objeto do escrutínio geral algumas matérias, especialmente de caráter financeiro, referidas a tratados internacionais ou aos direitos humanos. A população italiana já pode frustrar os projetos de atos legislativos. É suficiente que meio-milhão dos cidadãos adultos assine uma solicitação correspondente. Em contraste com os referendos de anulação latino-americanos, a votação italiana está menos limitada, nomeadamente no domínio dos direitos humanos.

No que tange à determinação dos resultados dos escrutínios gerais, as constituições européias mostram uma precisão e cuidado maiores com a sua legitimidade que os atos homônimos do Continente Verde. Elas estabelecem não só as maiorias indispensáveis para a sua aprovação positiva (ou a sua rejeição), mas às vezes requerem, outrossim, certa percentagem da participação no referendo. Na maioria dos casos, o critério do cálculo da aprovação da medida são os eleitores. A sua taxa de participação pode ser também decisiva quanto à validade e mesmo no que tange o cálculo dos votos positivos. Se estes últimos não atingem ao mesmo tempo uma determinada percentagem de todos os eleitores, não se qualificam como aprovados. Apesar da exigüidade da regulamentação constitucional latino-americana dos assuntos em análise, há algumas regras que vale a pena fazer notar. É surpreendente ver que a revogação dos cargos oficiais na Venezuela é o inverso de sua designação, pois um funcionário só pode ser destituído quando a totalidade de votos contra ele é a mesma ou supera os que recebeu ao ser eleito. É também interessante a norma peruana quando priva de validade qualquer sufrágio popular sempre que as cédulas nulas e/ou em branco ultrapassam os dois terços do número de votos emitidos.

O último ponto de diferença entre ambos continentes se refere à possibilidade de verificação dos instrumentos da vontade suprema do povo. A ordem constitucional latino-americano mostra uma grande moderação neste aspecto. As leis maiores europeias manifestam-se mais ligadas a tal competência. O argumento principal a favor de submeter também as decisões soberanas do povo ao controle jurisdicional, é a existência nas constituições das chamadas cláusulas pétreas. Mesmo sem estas proibições absolutas de reforma constitucional, um fundamento sólido oferece a vigente concepção dos direitos humanos. Estes são concebidos, tanto no sistema jurídico nacional como no direito internacional, como barreiras infranqueáveis no mundo de hoje.

Propostas e alternativas

É fácil propor e apresentar as alternativas ao sistema de poder existente numa sociedade. Difícil é constitucionalizar as mesmas e, mais ainda, colocar em prática as novas instituições. A experiência dos Estados contemporâneos (e também a passada) nos ensina que as novas formas políticas são adotadas com atraso ou de modo incompleto, a não ser quando apoiadas totalmente pelo povo inteiro, o que é raro na história da humanidade. As revoluções são as testemunhas mais patentes disso. No caso da democracia participativa, assistimos a uma evolução lenta da expansão dos seus instrumentos.

As leis maiores mais recentes incluem sempre os institutos da participação popular. Este elenco é muito mais amplo que o aqui apresentado. Ele abarca os mecanismos de consulta, apoio e diálogo sem os poderes decisórios. Essa tendência é, no mundo de hoje, incontida. É suficiente lembrar os trabalhos da Constituinte boliviana em pleno desenvolvimento neste momento (novembro de 2006), ou a frustrada Constituição Europeia. A situação não é tão brilhante se olharmos o fenômeno em tela a partir da experiência cotidiana. A introdução na Venezuela dos oito mecanismos da “democracia governante” – para recorrer a uma expressão feliz de G. Burdeau – não levou a uma efervescência popular de todos os dias. Na Europa, não esquecemos as palavras de decepção com relação aos resultados dos referendos de ratificação da Constituição e as propostas de substituí-los por aprovação parlamentar. Não se pode ignorar as múltiplas votações gerais na Dinamarca até a obtenção do efeito politicamente correto.⁴²

⁴² O cinismo de alguns políticos poloneses quanto à ratificação da Constituição Europeia chegou a tal ponto que sugeriram – contra as normas constitucionais unívocas – a sua ratificação pelo parlamento, na eventualidade de uma rejeição. Para aumentar o número de votantes, o referendo teve lugar durante dois dias, permitindo-se a revelação da quantidade de pessoas que votaram no primeiro dia, etc.

Na Europa e na América Latina é visível uma expansão do Estado de direito. Esta organização do exercício de poder pressupõe uma considerável dose de estabilidade política e normativa da sociedade. As instituições da participação popular introduzem uma também desejável espontaneidade e promessa de correções oportunas no sistema constitucional existente. Trata-se de uma faceta também aceita no Estado de direito, a saber por meio da sua caracterização como democrática. Este regime não pode ser estático e de caráter exclusivamente procedimental. Aparece precisamente aqui uma interrogação sobre se isso é admissível face à obra do poder constituinte. Uma construção fina e equilibrada do arcabouço institucional pode ser arruinada em consequência da decisão majoritária momentânea.

Não há dúvida de que a introdução dos mecanismos da participação popular é uma resposta a uma crise da democracia representativa. Mas não parece que a medicina aplicada seja a mais adequada à doença tratada. A instauração do sistema simultâneo e rival ao regime representativo não é uma boa solução. O remédio é tanto mais inapropriado porquanto está baseado na criticada democracia numérica. O que falta mais à vida política dos Estados contemporâneos é a existência de um diálogo permanente entre os representantes e a sociedade civil. Os eleitos, ao serem dotados do mandato geral e livre, não se vêem obrigados a expressar as vozes parciais do público. A sua boa disposição para com estas forças do país não é propícia ao pluralismo de todos os matizes próprios da sociedade moderna.

O futuro da democracia é inseparável do seu aperfeiçoamento, e não só da democracia indireta. Dizer que esse pertence por completo à democracia participativa é um pouco ousado. Mesmo os seus aderentes mais convencidos acham que a reprodução da democracia ateniense nas condições do mundo previsível está excluída. Como vimos, tanto a doutrina européia como a latino-americana estão de acordo quanto ao caráter subsidiário desta forma de poder. As raízes profundas da crise da democracia abarcam tanto a democracia representativa quanto a participativa. Somente um maior engajamento dos cidadãos nos negócios públicos do Estado é uma saída efetiva dos apuros reais em que se debatem as democracias modernas. O desgosto e o desalento gerais com as formas indiretas ou diretas do exercício do poder estatal estão à espreita do seu saneamento.

Ivo Dantas (Brasil)*

Reforma política e fidelidade partidária**

1. Primeiras palavras e localização topográfica do tema

Permitam-me uma breve explicação inicial: tenho entendido, e já expus esta posição em diversos congressos, que nossos encontros jurídicos já estão em condição de assumir uma postura mais próxima daquela que está presente em outras áreas, ou seja, nos quais os expositores apresentem suas posições pessoais, não se limitando a resumir ou retransmitir o que outros já disseram. Em outras palavras, não devemos

* Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife - UFPE. · Doutor em Direito Constitucional - UFMG. · Livre Docente em Direito Constitucional - UERJ. · Livre Docente em Teoria do Estado - UFPE. · Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. · Membro da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas. · Presidente do Instituto Pernambucano de Direito Comparado. · Presidente da Academia Pernambucana de Ciências Morais e Políticas. · Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (México). · Miembro del Consejo Asesor del Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid. · Ex- Diretor da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. · Membro da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas. · Membro Fundador da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democráticos. · Membro Efetivo do Instituto dos Advogados de Pernambuco. · Membro do Instituto Pimenta Bueno - Associação Brasileira dos Constitucionalistas. · Professor Orientador Visitante do Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, conforme aprovação do Colegiado, em 31 de maio de 2001. · Juiz Federal do Trabalho - (aposentado). Professor do Curso de Mestrado da Universidade da Amazônia (UNAMA), Belém do Pará. Advogado e Parecerista.

** Texto apresentado ao IX Congresso Ibero-Americano de Direito Constitucional e VII Simpósio Nacional de Direito Constitucional, Curitiba, 11-15 novembro de 2006.

apenas repetir as aulas que são dadas nas Faculdades, até porque, neste caso, há uma possibilidade de que elas sejam melhores do que os pronunciamentos nos encontros e congressos, em decorrência do tempo destinado para cada expositor.

Evidentemente, não acreditamos em nenhuma originalidade no tratamento de qualquer tema jurídico. Contudo, pensamos que, diante dos quadros já existentes, seja possível um adicional de *peçoalidade*, mesmo quando este possa dar motivos a contestações as mais variáveis possíveis.

O importante, em nosso entender, é que cada expositor, se tiver, traga uma *contribuição pessoal* ao debate, pois é nos Congressos, em meio a nomes de reconhecida competência na matéria objeto do conclave, que poderão brotar novas teses, sempre lembrando a lição de KARL POPPER, no sentido de que é do embate entre *teses* e *contestações* cada vez em maior número (*antíteses*) que surgirão novas descobertas passíveis de novas contestações. Pode-se dizer que é a *Dialética* aplicada ao *conceito de ciência e sua provisoriade*.

Feita esta observação, partamos, até por *imperativo epistemológico*, de algumas afirmativas que, mesmo parecendo desnecessárias, hão de facilitar a delimitação e o enfoque que pretendemos imprimir a esta exposição:

a) – Iniciemos com a afirmativa de que a análise do tema exige do estudioso um *corte metodológico*, por meio do qual se fixe(m) a(s) perspectiva(s) que será(ão) exposta(s), isto porque, logo à primeira vista, cumpre lembrar que o estudo de uma denominada *Reforma Política* tem um campo de abrangência bem maior do que, simplesmente, a *Forma de Governo*, a *Forma de Estado* e/ou o *Regime Político*, neste incluído o *Sistema Eleitoral*, ou um aspecto deste (p. ex.: *partidos políticos e fidelidade partidária*).

Creemos mesmo que em uma realidade política como a nossa há de se partir de um ponto que fica aparentemente distante de todos os aspectos mencionados.

Refiro-me ao que se poderia denominar *Sentimento* ou *Patriotismo Constitucionais*¹, aspecto este *inexistente* no Brasil, pelo menos desde o início de nossa His-

¹ Sobre o tema vejam-se: CARMONA Y CHOUSAT, Juan Francisco, *Constituciones: Interpretación Histórica y Sentimiento Constitucional. Cuatro ensayos sobre la organización política*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2004; HABERMAS, Jürgen, *Conciencia Histórica e Identidad Postradicional*. In *Identidades Nacionales y Potnacionales*. Segunda Edición, Madri: Tecnos, 2002, p. 83-109; HERREIRO DE MIÑON, Miguel, *Patriotismo Constitucional o Constitucionalismo Útil?* In *El Valor de la Constitución*. Barcelona: Editorial Crítica, 2003, p. 394-420; LUCAS VERDU, Pablo, *El sentimiento constitucional. (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*. Madrid: Reus, S. A, 1985; LUCAS VERDU, Pablo, “*O Sentimento Constitucional*”. *Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004; STERNBERGER, Dolf, *Patriotismo Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001; IVO DANTAS, *Pensamento Constitucional Brasileiro – 1808-1822*. Revista do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Norte. Natal: vols. LXXIII - LXXIV, anos 1981 – 1982, p. 67-90. Neste texto, embora não conste do título, discuto a presença do *Sentimento Constitucional no Brasil*, no período citado.

tória Republicana, o que se evidencia de forma mais intensa na denominada *Nova República*, na qual uma de suas maiores características é o atentado contra o *ordenamento jurídico vigente*, em especial contra os *Direitos e Garantias Constitucionais*, inicialmente praticado pelos Executivos (nos três planos da Federação) com a complacência das Casas Legislativas, e hoje, muitas vezes, com decisões do próprio Supremo Tribunal Federal.

Neste ponto, seja-me dado o direito de afirmar que em toda a minha experiência de Professor, de Advogado e de Magistrado Federal aposentado, jamais pensei ser testemunha ocular de um período da História do Poder Judiciário Brasileiro no qual Presidentes de Tribunais Superiores (STF e STJ), em pleno exercício da função, assumiam abertas posições político-partidárias, enquanto um deles concedia uma liminar em favor de um grupo de determinado partido político e, logo em seguida, viajava para seu Estado, a fim de lançar-se candidato a Governador, com a bênção do grupo beneficiado pela Liminar por ele concedida ².

Em decorrência desta variedade de aspectos, não deverá a análise sobre o tema *Reforma Política e Fidelidade Partidária* ser entendida no restrito sentido da expressão, mas em um contexto histórico-cultural que deveria começar por uma *macro-reforma* que implicasse, no âmbito eleitoral, na *regulamentação do funcionamento dos grupos de pressão, na obrigatoriedade de que cada partido tivesse uma definição ideológica visivelmente identificada, no financiamento de campanha com acompanhamento real (o que obrigaria a uma alteração total da Justiça Eleitoral), o fim da reeleição para cargos Executivos e a permissão de apenas dois mandatos sucessivos para o Legislativo (o que significa 1 reeleição além do mandato originário)*, sem que isto significasse obstáculo à candidatura do ex-parlamentar ou ex-Chefe do Executivo após um mandato longe do Poder.

Toda esta realidade faz com que, ao se falar em *Reforma Política*, deva ela ser objeto de diversos ramos do conhecimento científico, dentre os quais a *Ciência Política*, a *Sociologia Política*, o *Direito Constitucional*, o *Direito Eleitoral*, o *Direito Parlamentar*, a *História* e a *Filosofia* (incluindo-se aqui a *Ética Política*), a depender da especialização do analista.

b) – O segundo pressuposto do *corte epistemológico* de que falávamos acima é no sentido de que a análise do tema – em qualquer aspecto – está profundamente vinculada ao estudo do *Poder Político como elemento formal do Estado*, pelo que vale recordar que em diversos de nossos trabalhos ³ temos defendido o entendimento de

² Sobre a esta realidade, consulte-se o livro de JOSÉ CARLOS BRUZZI CASTELLO, *Brasil – República da Ditadura Civil*. Rio de Janeiro: José Olympio Editor, 2006.

³ *Ciência Política (vol. I) - Teoria do Poder e da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 39 e segs.; *Teoria do Estado – Direito Constitucional I*. Belo Horizonte: Del Rey 1989, p. 267 e segs.

que o *poder político*⁴ não é algo *estático*, mas, ao contrário, *dinâmico*, visto que sofre contínua influência do que se poderia chamar de *forças políticas*, entendidas estas como todo tipo de *força social* desde que, direta ou indiretamente, vise influenciar no exercício do poder político.

Neste ponto, ou seja, o *Poder Político e sua Dinamicidade*, é nosso entendimento que não se poderá estudar a *Fidelidade Partidária* afastando-a da análise dos *sistemas eleitorais* e dos *partidos políticos*, sobretudo se existe uma adesão à concepção de que estes últimos (*partidos políticos*) são caracterizados por um *fundamento ideológico*, e não simplesmente jurídico, por mera formatação escrita, ou seja, com o registro de seus estatutos.

Vale aqui uma observação em relação ao nosso sistema jurídico: a prescrição constitucional (CF/88, art. 18 § 1º, com a redação que lhe deu a EC 52, de 8.3.2006,⁵) de que “*é assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, e para adotar os critérios de escolha*

No âmbito específico do Direito Constitucional, o estudo destas forças é bastante importante, sobretudo nos instantes de escolha dos candidatos a cargos eletivos, funcionamento dos parlamentos, principalmente quando se trata de produzir a norma fundamental, ou seja, a Constituição.

⁴ A bibliografia específica sobre o *Poder Político* é bastante rica, mesmo sem falarmos em capítulos de Manuais e Tratados de Ciência Política, Teoria do Estado, Sociologia Política, Filosofia Política e Direito Político. A seguir (só como rápida referência) indicamos as seguintes leituras: LUCIO MENDIETA Y NÚÑEZ, *Sociología del Poder*. México: Instituto de Investigaciones Sociales – UNAM, 1969; MARTIN BLAIS, *Philosophie du Pouvoir*. Montréal: Éditions du Jour, 1970; STEVEN LUKES, *El Poder – Un enfoque radical*. Madrid: Sglo XXI de España Editores, 1985; GUGLIELMO FERRERO, *El Poder – Los Genios invisibles de la Ciudad*. Madrid: Editorial Tecnos, 1992; BERTRAND RUSSELL, *O Poder – Uma nova análise social*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957; ACACIO VAZ DE LIMA FILHO, *O Poder na Antigüidade – Aspectos Históricos e Jurídicos*. São Paulo: Ícone, 1999; JOSÉ ZAFRA VALVERDE, *Poder y Poderes*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1975; F. ONOFRI, *Poder y Estructuras Sociales en la Sociedad industrial de masas*. Caracas: Editorial Tiempo Nuevo, 1970; MARIA SARA ELIAS ABOID, *La Institucionalización del Poder*. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1967; SEBASTIAN EYZAGUIRRE BALMACEDA, *El Poder en la Teoría del Estado*. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1967; RAFAEL M^a DE BALBIN BEHRMANN, *La Concreción del Poder Político*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1964; ANTONIO LOMBARDO, *La Struttura del Potere*. Roma: Bulzoni Editore, 1972; JOSÉ A. SECO VILLALBA, *El Poder Político: Del mito monárquico a la ficción democrática. Introducción al fundamento metafísico y físico del poder en sus aspectos jurídico, político y social*. Buenos Aires: Depalma, 1973; GERMAN J. BIDART CAMPOS, *El Poder*. Buenos Aires: EDIAR, 1985; BERTRAND DE JOUVENEL, *El Poder*. Madrid: Editora Nacional, 1974; J. BLANCO ANDE, *Teoría del Poder*. Madrid: Ediciones Pirámide, 1977.

⁵ Sobre a referida EC, decidiu o STF que para as eleições do corrente ano de 2006 seria aplicada a redação original em razão do que determina o art. 16 da CF/88 ao consagrar o *princípio da anualidade*.

“Art. 16: A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até 1 (um) ano da data de sua vigência”.

Redação anterior: “*é assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias*”.

e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de **fidelidade e disciplina partidárias**” a nosso ver lamentavelmente não impõe, como deveria, de forma expressa, uma **definição ideológica do partido**, através da qual daria eficácia ao art. 1º, V da mesma Constituição ⁶.

Voltemos ao aspecto da *dinamicidade do poder político*; isto porque esta se explica, exatamente, em função do que ensina GEORGES BURDEAU (*Traité de Science Politique* ⁷), ao afirmar que “*le pouvoir est une force au service d’une idée. C’est une force née de la conscience sociale, destinée à conduire le groupe dans la recherche du Bien commun et capable, le cas échéant, d’imposer aux membres l’attitude qu’elle commande*”.

Afirmemos, de logo, e tal como observado por C. FRIEDRICH, que a abordagem do poder não é tarefa fácil, até porque deveremos partir de uma diferenciação entre *poder social e poder político* (que gera uma diferenciação terminológica), aos quais BURDEAU denomina, respectivamente, *puissance* e *pouvoir*, enquanto que G. E. G. CATLIN os chama de *potentia* e *potestas* ⁸.

Aqui, uma constatação-afirmativa poderá aparecer: o Poder é um *fenômeno social*, inerente a toda vida comunitária, por mais primitiva que esta seja. Há, em outras palavras, uma *natureza social do Poder*, em decorrência da existência, em qualquer época, de pessoas encarregadas de governar e outras destinadas a serem governadas. Deste ponto de vista, ao que conhecemos, apenas discorda ÉMILE DURKHEIM quando no livro *Leçons de Sociologie (Physique des Moeurs et du Droit)* ⁹ advoga que “*es muy posible que en el origen de la evolución social esta distinción no haya existido; la hipótesis es tanto más valedera porque encontramos sociedades donde está solo muy debilmente marcada*”, para depois arrematar referindo-se ao clã como forma mais simples de sociedade política: “*Pero, en cambio, nada autoriza a creer que tales sociedades estuvieran sometidas a una autoridad cualquiera*”.

Em geral, e de forma inversa, os autores identificam a existência do Poder nos mais longínquos exemplos de sociedade, podendo-se mesmo ler o que DJACIR ME-

⁶ Em passado recente, presenciamos a expulsão de senadores e deputados do PT, pelo simples fato de que não concordavam em votar, no Congresso Nacional, contra os princípios e posições que sempre foram bandeira de lutas do referido partido. Em outras palavras: em nome da desobediência às decisões da cúpula partidária, foram punidos aqueles que optaram pela coerência com a tradição ideológica...

⁷ Paris: LGDJ, vol. I, 1966, p. 406.

⁸ Veja-se SULLY ALVES DE SOUZA, *Poder Social e Poder Político*. Revista de Ciência Política. Rio de Janeiro: FGV, 1969, vol. III.

⁹ Paris: Press Universitaire de France, 1950. Com maior circulação existem edições em língua espanhola, sendo uma da Editorial La Pléyade – Buenos Aires, 1974 (donde as citações foram feitas – p. 87/91) e outra da Colección Tauro, Schapiro Editor, SRL, 1974. Há uma edição brasileira sob o título *Lições de Sociologia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NEZES escreve no estudo *O sentido Antropógeno da História*¹⁰: “As lições dos etnologistas alongariam exaustivamente o estudo da aparição do Poder. Retiremos apenas o seguinte esclarecimento: ele é a manifestação inerente a todo o tipo de vida associativa humana. Exercitado por um indivíduo, por um grupo, por uma casta hierocrática, por elites renovadas, por qualquer que seja a forma de constituição e métodos de dominação, a clivagem prévia está na relação: dominantes e dominados, relação de força”, enquanto que o já citado GEORGES BURDEAU assevera: “*no hay sociedad sin poder y no hay poder sin posibilidad de establecer normas*”¹¹. De igual modo pensa BEHRMANN ao escrever: “*la existencia del poder, que moldea la realidad social, es un hecho observable desde la tribu cazadora a la moderna sociedad anónima*”¹².

O reconhecimento desta *natureza social do Poder*, pelo que se disse, é generalizado pelos grandes nomes da doutrina sociológica e da Ciência Política.

Neste estudo, porém, não é o *Poder Político* nosso alvo principal, mas estará ele presente apenas para justificar a existência dos *Partidos Políticos* (e neles a controvertida questão da *Fidelidade Partidária*), veículos por meio dos quais, em um *regime político democrático*, ocorre a disputa para alcançar o poder e nele realizar uma *ordem desejável* que, representando a *Idéia de Direito*, objetive o *Bem Comum* (na expressão não há nenhuma vinculação ideológica nossa), pois como diz HERMES LIMA no artigo *Notas sobre a natureza do Poder Político*¹³, “sem iniciativa, sem direção, a ordem pública não se estabelece nem perduraria”.

Pois bem, a constatação desta realidade e mais a certeza de que o Poder é uma das agências do chamado *Controle Social Formal*¹⁴ nos levariam a uma série de indagações que se encontram além dos limites estabelecidos pelo regulamento deste Congresso, razão pela qual não as abordaremos.

2. Reforma Política: um primeiro contato

Cumpramos observar (e já o afirmamos) que a análise de uma possível *Reforma Política* não poderá limitar-se a uma reestruturação jurídica e política dos *Partidos Políticos*, mas, partindo de sua análise (a nosso ver, até certo ponto como tema central), ao seu redor deveriam girar as considerações sobre as alterações que se venham a fazer no *Regime Político* (*processos de escolha dos governantes*, ou seja, *sistema eleitoral*), na *Forma de Governo* (*relações entre as diversas funções do*

¹⁰ Editora Organizações Simões, 1959, p. 68.

¹¹ *Método de la Ciencia Política*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1964, p. 189.

¹² RAFAEL M. DE BALBIN BEHRMANN, *La Concreción del Poder Político*. Pamplona: Editora Gomez SL, 1964, p. 44.

¹³ *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: vol. I, nº 1, p. 10.

¹⁴ Veja-se SOLANGE SOUTO, *Sociedade e Controle Social*. Recife: UNICAP, 1971, especialmente, Cap. III, *Tipos de Controle Social*.

Estado) e na *Forma do Estado* (*distribuição de competências no âmbito do Federalismo*), não esquecendo que ao se falar em *Reforma* se está utilizando o termo com o significado de *Mudanças ocorridas por meio do Poder Constituído*, pelo que os *limites materiais* fixados pelo constituinte (*Cláusulas Pétreas*) terão que ser respeitados, antes e acima de tudo¹⁵.

Como se observa, longe de nós uma adesão ao que está sendo pregado por alguns oportunistas, isto é: necessidade de uma *nova Constituinte* e, conseqüentemente *nova Constituição*, escondendo a verdadeira intenção do que defende a política oficial, ou seja: a *subtração de direitos previdenciários, sociais e trabalhistas*, o que apenas representa um *Golpe mortal contra as instituições e direitos adquiridos ao longo dos anos*.

Ao invés de nova Constituição, o que precisamos, no fundo, é que os Poderes, sobretudo o Judiciário, trabalhem no sentido de *tornar efetiva a Constituição*, para o que bastaria, pelo Congresso Nacional, uma rígida aplicação aos pressupostos que funcionam como limitação à expedição de *Medidas Provisórias*, e um STF mais atento à *Defesa da Constituição* do que à defesa de *planos governamentais de natureza econômica* frontalmente inconstitucionais, pois a de defender planos governamentais não se encontra enumerada entre as competências do órgão máximo do Poder Judiciário.

Só para comprovar o que se diz, traga-se à colação a triste, afrontosa e repugnante decisão daquele Colegiado com relação à *contribuição previdenciária dos inativos*, sobre a qual a História, com seu Tribunal inapelável, no momento oportuno haverá de exigir explicação¹⁶.

3. Conceito e perspectivas. Caracterização do partido político

Na realidade da disputa e exercício do *Poder* (vale a repetição), o veículo de ligação e acesso a este, nos dias atuais, com os denominados *regimes políticos democráticos*, é o *partido político*, o que, em uma *perspectiva histórico-sociológica*, tem o seu surgimento e posterior desenvolvimento ligados ao processo do chamado *regime representativo*, no qual, apesar de MARCEL PRÉLOT falar em “forças políticas individuais” (posição que contestamos), o *indivíduo isolado* nenhuma ou quase nenhuma influência exerce no mecanismo de governo, sendo-lhe, por isto mesmo, necessário participar dos chamados *Corps Intermediaires*, para ficarmos com a terminologia tão a gosto de MONTESQUIEU e A. TOCQUEVILLE.

¹⁵ Em livro intitulado *Sobre a Democracia* (Brasília: Editora UnB, 2001, p. 147), afirma ROBERT A. DAHL que “provavelmente, nenhuma instituição política molda a paisagem política de um país democrático mais do que seu sistema eleitoral e seus partidos. Nenhuma apresenta variedade maior”.

¹⁶ Sobre o tema, consulte-se nosso livro *Direito Adquirido, Emenda Constitucional e Controle da Constitucionalidade*. 3ª edição revista, aumentada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.

Por outro lado, cumpre afirmar que a existência dos partidos políticos é hoje reconhecida inclusive sob o ângulo dos textos constitucionais, a ponto de alguns autores consagrarem a expressão *Estado de Partidos - Parteinstaat*, do que é exemplo HANS KELSEN¹⁷. Ademais, vale recordar que a importância cada dia maior dos estudos que têm como objeto os partidos políticos deu origem ao que MAURICE DUVERGER chama de *Estasiologia ou Ciência dos partidos políticos*¹⁸.

Sobre o tema, e assumindo a mesma posição que tivemos ao nos referir a MARCEL PRÉLOT, o já referido KELSEN, em seu livro *Esencia y Valor de la Democracia*¹⁹, afirma de forma direta ser patente que o “*individuo isolado carece por completo de existência política positiva por não poder exercer nenhuma influência efetiva na formação da vontade do Estado, e que, por conseguinte, a democracia só é possível quando os indivíduos, a fim de lograrem uma atuação sobre a vontade coletiva, se reúnem em organizações definidas por diversos fins políticos, de tal maneira que entre o indivíduo e o Estado se interponham aquelas coletividades que agrupam em forma de Partidos Políticos as vontades políticas coincidentes dos indivíduos*”. E mais: “*a democracia moderna descansa sobre os Partidos Políticos, cuja significação cresce com o fortalecimento progressivo do princípio democrático*”.

No mesmo sentido (vinculando democracia à existência de partidos políticos) encontramos, dentre muitos, LESLIE LIPSON, G. C. FIELD, LINARES QUINTANA, AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, C. J. FRIEDRICH, ORESTE RARLETI e OTTO H. VON DER GABLENTZ.

Assim, escreve LIPSON em seu livro “*A Civilização Democrática*”²⁰: “*No governo de uma democracia moderna, os partidos políticos ocupam a posição central. As funções que desempenham são indispensáveis, visto que, sem sua existência, as instituições representativas que hoje conhecemos não poderiam funcionar*”, enquanto que G. C. FIELD doutrina que os partidos “*são peça da maquinaria constitucional que se desenvolveu em governo representativo moderno*”²¹.

LINARES QUINTANA, por seu turno, entende que “*o chamado sistema de partidos tem chegado a integrar, como elemento essencialíssimo, o esquema de governo representativo contemporâneo*”²².

¹⁷ A título de referências bibliográficas complementares, consulte-se MANUEL GARCÍA PELAYO, *El Estado de Partidos* (Madri: Alianza Editorial, 1986), além, evidentemente, dos textos citados e muitos outros.

¹⁸ In *Tratado de Sociología*, dirigido por G. GURVITCH. Buenos Aires: Editorial Kapelusz, 1963, vol. II, p. 25.

¹⁹ Editorial Labor, 1934, p. 37-38.

²⁰ Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1966, vol. II, p. 391.

²¹ *Teoría Política*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1959, p. 173.

²² *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, s/d, vol. II, p. 224-225.

Dentre os autores brasileiros, por todos, afirma AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO que “o partido político se tornou a peça mais importante no quadro de funcionamento dos governos modernos”²³, do mesmo modo que GABLENTZ advoga: “em uma sociedade de massa não se pode conceber a democracia sem partidos”²⁴.

Feitas as considerações introdutórias, podemos partir para a conceituação do partido político, ponto indispensável, a nosso ver, para o estudo da *Fidelidade Partidária*, valendo lembrar que dois pontos devem ser ressaltados:

- 1) antes de ser uma *instituição jurídica*, é ele (o partido) um *grupo social*, uma realidade sociológica que interessa, profundamente, à Sociologia;
- 2) apesar do número cada vez maior de estudos sobre esta força política, ainda hoje não se alcançou uma sistematização onde, pelo menos, seu conceito fosse ponto pacífico, no que, é claro, não escapa à regra da *flexibilidade terminológica*, a que já nos referimos noutros estudos.

Estudando-os em sua *Teoría de la Política*²⁵, CARLOS S. FAYT agrupa em quatro categorias os critérios interpretativos que se podem formular com relação aos partidos, adiantando, em forma de síntese, que “a Sociologia e a Psicologia explicam o fato de sua existência como forças que desprendem poder social para a conformação do Estado; a Política, o de sua missão como instrumento de poder e o Direito, o de sua natureza jurídica e sua inter-relação com o Estado”²⁶.

Diante deste quadro, parece-nos lícito afirmar que o partido político tem um caráter *pluridimensional*, cabendo a cada uma das ciências antes citadas estudá-lo sob um critério, conforme o entendimento seguinte, ainda dentro do raciocínio de FAYT:

- a) A *interpretação sociológica*, segundo a qual os partidos políticos são produto das forças sociais e da luta de classes, é resultado da integração social dos grupos segregados que se orientam para o poder, tendo como objetivo seu controle;
- b) A *interpretação psicológica*, segundo a qual os partidos são produtos dos impulsos e tendências existentes entre os homens; de seu instinto de luta e sua tendência à dominação, sendo este o *substratum* sobre o qual os sentimentos, paixões e interesses, em correspondência com o ciclo vital humano, conformam o comportamento individual que encontram expressão em, e por meio dos partidos;

²³ *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958, vol. I, p. 142.

²⁴ *Introducción a la Ciencia Política*. Barcelona: Herder, 1964, p. 189.

²⁵ Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1966, p. 204.

²⁶ Idem, p. 203. Itálicos nossos.

c) *A interpretação política*, que os considera agrupações destinadas a proporcionar a classe ou estamento governante a obter o controle do governo para realizar seus fins ideais e materiais, postulando candidatos e formulando doutrina e programas políticos;

d) *A Interpretação jurídica*, que vê nos partidos políticos organizações de Direito Público, necessárias para o desenvolvimento da democracia representativa, instrumentos do governo cuja institucionalização gera vínculos e efeitos jurídicos entre os membros dos partidos, entre estes e o partido em sua relação com o corpo eleitoral e com a estrutura do Estado, da qual os partidos são parte integrante”

– conclui CARLOS S. FAYT.

Vale observar, por oportuno, que no Brasil, por força do art. 18 § 2º da CF, os partidos políticos são considerados *pessoa jurídica de Direito Privado*.

Do inventário trazido à colação, destaque-se que ele traz consigo, dentre outras, a vantagem de explicar o interesse com que diversas ciências olham e estudam os partidos, os quais permanecem como *objeto material* de todas elas, mas se diferenciam no tocante ao seu *objeto formal* (maneira de olhá-los e analisá-los).

Pessoalmente, entendemos ser possível acrescentar-se ao esquema de FAYT a *perspectiva histórica*, por meio da qual se busca a formação e desenvolvimento dos partidos, bem como seu relacionamento com o processo político, este visto em seu aspecto dinâmico, mutável.

Obedecendo às linhas ou interpretações referidas, vamos encontrar na *perspectiva sociológica* a obra de MAX WEBER e S. NEUMANN; na *perspectiva psicológica*, os trabalhos de VILFREDO PARETO, ROBERT MICHELS e outros; na *perspectiva política*, SANCHES AGESTA e C. FRIEDRICH e, finalmente, na *perspectiva jurídica*, HANS KELSEN e GEORGE JELLINEK.

Para WEBER (“Economía y Sociedad”²⁷) “os partidos são formas de socialização que, descansando em um recrutamento formalmente livre, têm como fim proporcionar poder a seus dirigentes e outorgar por esse meio a seus membros ativos determinadas probabilidades ideais ou materiais”, enquanto que NEUMANN os considera como “organização articulada dos agentes ativos da sociedade interessados no controle do governo e que competem pelo apoio popular com outros grupos que mantêm critérios distintos”²⁸.

Para S. LINARES QUINTANA, o partido deve ser entendido como “uma associação de indivíduos à margem da organização estatal cujo número representa uma parte da cidadania, *pars pro tóto*, unidos por um conjunto de ideais comuns, com a finalidade política da conquista do poder mediante o sufrágio, para realizar, no governo, um determinado programa, e no caso de não triunfar

²⁷ México, Fondo de Cultura Económica, 1974, vol. I, p. 228.

²⁸ *Partidos Políticos Modernos*. Madrid, Editorial Tecnos, 1965, p. 597. Negritos nossos.

nas eleições, controlar o partido governante”²⁹. PABLO LUCAS VERDU, por sua vez, o entende como “*uma agrupação organizada, estável, que solicita apoio social para sua ideologia e programa políticos a fim de disputar o poder e participar na orientação política do Estado*”³⁰.

Oportuno é que enfatizemos um aspecto no âmbito dos estudos atuais sobre os partidos políticos: referimo-nos ao seu *ingresso e reconhecimento de sua existência pelos textos constitucionais contemporâneos*, isto, evidentemente, de forma contrária àquela própria do denominado *Estado Liberal*, quando J. J. ROUSSEAU, e em seguida, G. WASHINGTON, os viam como uma constante ameaça à unidade nacional.

A este respeito, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, na sua tese *Os Partidos Políticos nas Constituições Contemporâneas*,³¹ afirma: “*Hoje em dia, todos os que se preocupam com os problemas institucionais têm consciência da influência dos partidos, quer no funcionamento, quer na estruturação do poder político. Já se começa a esquecer que, há poucas décadas, o papel que desempenhavam era ignorado, ou, pelo menos, minimizado*”.

Razão assiste a FERREIRA FILHO, isto porque aquele mesmo *partido* que o *Estado Liberal* condenava hoje é objeto, não só de norma constitucional em diversos textos, como de inúmeros estudos monográficos, todos de alto conteúdo científico.

3.1. Os partidos políticos e sua constitucionalização.

As Constituições Brasileiras

Dissemos acima que os *partidos políticos, atualmente, foram elevados à categoria de matéria constitucional*.

Assim, entre as Constituições que os reconhecem, citemos, a título de exemplo, o que diz a *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha* (23 de maio de 1949), em seu art. 21: (Partidos):

“(1) - Os partidos colaboram na formação da vontade política do povo. A sua fundação é livre. A sua organização interna tem de corresponder aos princípios democráticos. Deverão prestar contas publicamente da procedência dos seus recursos.

²⁹ Ob. cit. p. 335.

³⁰ *Principios de Ciencia Política*. Madri: Editorial Tecnos, vol. III, 1971, p. 30. Negritos nossos.

³¹ Tese defendida em Paris, 1960. Edição da “*Revista Brasileira de Estudos Políticos*”, 1966, p. 11. A propósito, A. TOCQUEVILLE (*La Democracia en América*. Madri: Aguillar, 1971, p. 94-96), escreve: “*Os partidos constituem um mal inerente aos governos livres*” (p. 94), para depois afirmar: “*Os grandes partidos subvertem a sociedade, os pequenos a agitam; os primeiros a desgarram e os outros a depravam; os primeiros a salvam, às vezes, ao comovê-la; os segundo sempre a perturbam sem benefício*” (p. 95).

(2) - Os partidos que pelos seus objetivos ou pelas atitudes dos seus adeptos tentarem prejudicar ou eliminar a ordem fundamental democrática e livre, ou pôr em perigo a existência da República Federal da Alemanha, são inconstitucionais. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal decidir sobre questões de inconstitucionalidade.

(3) - As particularidades são regulamentadas por leis federais”.

A *Costituzione della Repubblica Italiana de 1948*, por seu turno, no art. 49, afirma: “*Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale*”.

A *Constituição da França* (28.9.1958), em seu Titre I, article 4, determina:

“Les parties, et groupements politiques concourent à l’expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie.

Finalmente, não foram diferentes os entendimentos da *Constituição da República Portuguesa* (02.04.1986, com a redação da Lei Constitucional nº 1, resultante da revisão constitucional de 2005) e da *Constituição Espanhola* (31.10.1988).

Assim, diz a primeira delas, em seu art. 114º - (*Partidos políticos e direito de oposição*)³²:

“1. Os partidos políticos participam nos órgãos baseados no sufrágio universal e directo, de acordo com a sua representatividade eleitoral.

2. É reconhecido às minorias o direito de oposição democrática, nos termos da Constituição e da lei.

3. Os partidos políticos representados na Assembléia da República e que não façam parte do Governo gozam, designadamente, do direito de serem informados regular e directamente pelo Governo sobre o andamento dos principais assuntos de interesse público, de igual direito gozando os partidos políticos representados nas Assembléias Legislativas das regiões autónomas e em quaisquer outras assembléias designadas por eleição directa relativamente aos correspondentes executivos de que não façam parte”.

Noutra passagem, agora no art. 160º (*Perda e renúncia do mandato*), a mesma Constituição Portuguesa determina:

“1. Perdem o mandato os Deputados que:

a) Venham a ser feridos por alguma das incapacidades ou incompatibilidades previstas na lei;

b) Não tomem assento na Assembléia ou excedam o número de faltas estabelecido no Regimento;

c) Se inscrevam em partido diverso daquele pelo qual foram apresentados a sufrágio;

d) Sejam judicialmente condenados por crime de responsabilidade no exercício da sua função em tal pena ou por participação em organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascista;

2. Os Deputados podem renunciar ao mandato, mediante declaração escrita”.

A *Constituição espanhola*, por seu turno, prescreve:

³² Negritos na Constituição.

Artículo 6. Los partidos políticos expresan el pluralismo político concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

Entre nós, foi a *Constituição de 1946* (18 de setembro) a primeira a tratar da matéria em nível constitucional, inserindo o partido político no capítulo II, ao tratar *Dos Direitos e Garantias Individuais*, em seu art. 141 § 13, nos seguintes termos: «É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer partido político ou associação, cujo programa ou ação contraria o regime democrático, baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem».

Com o *texto de 1968* (24 de janeiro) os partidos tiveram sua disciplina por meio de capítulo próprio, o qual passou, pelo seu art. 149, a fixar a organização, funcionamento e extinção dos mesmos, regulados em lei federal, observados os 8 (oito) princípios enumerados no próprio corpo do artigo.

A *Emenda de nº 1/1969* (18.10, art. 152) manteve a mesma orientação de reunir os partidos em capítulo próprio, embora com algumas modificações de *caráter moralista* frente ao texto originário de 1968, ou seja: a disciplina partidária, ficando sua redação, conforme a EC nº 11/88 (13.10), nos seguintes termos:

“Art. 152 - A organização e o funcionamento dos partidos políticos de acordo com o disposto neste artigo, serão regulados em lei federal.

§ 1º - Na organização dos partidos políticos serão observados os seguintes princípios:

I – regime representativo e democrático, baseado na pluralidade de partidos e garantia dos direitos humanos fundamentais;

II – personalidade jurídica, mediante registro dos estatutos;

III – inexistência de vínculo, de qualquer natureza, com a ação de governos, entidades ou partidos estrangeiros;

IV – Âmbito nacional, sem prejuízo das funções deliberativas dos órgãos regionais ou municipais;

§ 2º - O funcionamento dos partidos políticos deverá atender às seguintes exigências:

I – Filiação ao partido de, pelo menos 10 por cento (dez por cento) de representantes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal que tenham, como fundadores, assinado seus atos constitutivos; ou

II – Apoio, expresso em votos, de 5% (cinco por cento) do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos, pelo menos, por nove Estados, com o mínimo de 3 por cento (três por cento), em cada um deles;

III - Atuação permanente, dentro de programa aprovado pelo Tribunal Superior Eleitoral;

IV – Disciplina partidária;

V – Fiscalização financeira.

§ 3º - Não terá direito a representação o partido que obtiver votações inferiores aos percentuais fixados no item II do parágrafo anterior, hipótese em que serão nulas.

§ 4º - A extinção dos partidos políticos dar-se-á na forma e nos casos estabelecidos em lei.

§ 5º - Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas, nas Câmaras Municipais, quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito, salvo se para participar, como fundador, da constituição de novo partido.

§ 6º - A perda do mandato, nos casos previstos no parágrafo anterior, será decretada pela justiça eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa”³³.

Pelo visto, o instituto da *Fidelidade Partidária* estava consagrado, sob a denominação de *Disciplina Partidária*, sendo mantido até a *EC nº 25/85 (15.05)* quando a redação dada pela *EC 11* sofreu alterações, ficando o art. 152, com a seguinte redação:

“Art. 152 - É livre a criação de Partidos Políticos. Sua organização e funcionamento resguardarão a Soberania Nacional, o regime democrático, o pluralismo político e os direitos fundamentais da pessoa humana, observados os seguintes princípios:

I – é assegurado ao cidadão o direito de associar-se livremente a Partido Político;
 II – é vedada a utilização pelos Partidos Políticos de organização paramilitar;
 III – é proibida a subordinação dos Partidos Políticos a entidade ou Governo estrangeiros;

IV – o Partido Político adquirirá personalidade jurídica mediante registro dos seus Estatutos no Tribunal Superior Eleitoral;

V – a atuação dos Partidos Políticos deverá ser permanente e de âmbito nacional, sem prejuízo das funções deliberativas dos órgãos estaduais e municipais.

§ 1º - Não terá a representação no Senado Federal e na Câmara dos Deputados o Partido que não obtiver apoio, expresso em votos, de 3% (três por cento) do eleitorado, apurados em eleição geral para a Câmara dos Deputados distribuídos em, pelo menos, 5 (cinco) Estados, com o mínimo de 2% (dois por cento) do eleitorado em cada uma deles.

§ 2º - Os eleitos por Partidos que não obtiverem os percentuais exigidos pelo parágrafo anterior terão seus mandatos preservados, desde que optem, no prazo de 60 (sessenta) dias, por qualquer dos Partidos remanescentes.

§ 3º - Resguardados os princípios previstos no ‘caput’ e itens deste artigo, lei federal estabelecerá normas sobre a criação, fusão, incorporação, extinção e fiscalização financeira dos Partidos Políticos e poderá dispor sobre regras gerais para a sua organização e funcionamento”.

Na *Comissão Afonso Arinos*, encarregada de elaborar anteprojeto que seria submetido à Constituinte (*EC 26/86*) para transformá-lo na *Constituição de 05.10.1988*, a discussão sobre o instituto da *Fidelidade Partidária* foi recepcionado pelo texto originário, remetendo-se sua regulamentação para a esfera estatutária dos Partidos Políticos (art. 18, § 1º).

³³ Quer-nos parecer que a expressão *diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção*, devam ser aquelas baseadas no *Conteúdo Ideológico do Partido*, não decisões momentâneas.

Atualmente, a *Constituição de 05.10.1988*, por meio da Emenda Constitucional nº 52, de 8 de março de 2006, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em razão do *princípio da anualidade* determinada pelo art. 16 da própria Constituição, nela inserido através da EC nº 4, de 14.09.1993³⁴, dedica aos Partidos Políticos todo o art. 18, § 1º³⁵, com a seguinte redação³⁶:

Art. 18. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I - caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e *fidelidade partidária*³⁷.

§ 2º - Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

§ 3º - Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

§ 4º - É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar”.

³⁴ A matéria está regulamentada de *maneira muito frouxa*, pela Lei nº 9.096, de 19.9.95, arts. 23 a 26.

³⁵ Como referências bibliográficas, consultem-se, dentre inúmeras outras, as seguintes obras, todas referentes ao Brasil: AUGUSTO ARAS, *Fidelidade Parlamentar – A Perda do Mandato Parlamentar*. Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2006; MARIZA CRASTO PUGLIESI (*Os Partidos Políticos nas Constituições Brasileiras*). Recife: Nossa Livraria Editora, 2006; VÂNIA SICILIANO AIETA, *Reforma Política – Estudos em Homenagem ao Prof. Siquiera Castro*. Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, Tomo V, 2006; ORIDES MEZZAROBBA, *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. 2ª edição revista, Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2004; VAMIREH CHACON. *História dos Partidos Políticos Brasileiros*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981; DAVID V. FLEISCHER (Org.), *Os Partidos Políticos no Brasil — vol. 1*. Brasília: Cadernos da UnB, 1981; ALAIN ROUQUIE (Org.) *Os Partidos Militares no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Record, s/d). BRANDÃO MONTEIRO e CARLOS ALBERTO P. DE OLIVEIRA, *Os Partidos Políticos*. Global Editora, 1989; BOLIVAR LAMOUNIER, *Partidos e Utopias — O Brasil no limiar dos anos 90*. São Paulo: Edições Loyola, 1989) e PINTO FERREIRA, *Comentários à Lei Orgânica dos Partidos Políticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1992; RACHEL MENEGUELLO, *Partidos e Governos no Brasil Contemporâneo (1985-1997)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

³⁶ Redação anterior: “§ 1º: É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplinas partidárias”.

³⁷ Redação dada pela EC 52, de 8.3.2006. Na ADin nº 3.685-8 (DOU 31.3.2006), como já se mencionou, o STF determinou que esta redação não será aplicada às eleições de 2006.

Arguta é a observação de ORIDES MEZZAROBÀ (Introdução ao Direito Partidário Brasileiro³⁸) ao analisar a matéria na Constituição vigente, afirmando que “assim, embora remetido não à lei, mas aos estatutos de cada organização, a faculdade de estabelecer as sanções para os atos que configurem a infidelidade partidária, a ação mais drástica que o Partido pode praticar é a de excluir o infiel de sua legenda. Porém, quando se tratar de membro do Legislativo, tal exclusão terá como reflexo unicamente a perda de eventuais cargos ocupados em mesas diretoras, por se tratar de indicações partidárias.”

A partir desse raciocínio, não há que se falar em proteção de *mandato* para os representantes infiéis, os quais muitas vezes incorporam os *mandatos políticos* como se fossem propriedades pessoais. Pela lógica do sistema eleitoral brasileiro, que admite também o voto de legenda, os *mandatos* daqueles representantes eleitos por esse recurso deveriam pertencer ao *Partido*, cabendo a este último resguardar a confiança no representante depositada pelos seus militantes e simpatizantes, por meio do acompanhamento permanente das ações legislativas postas em prática pelo parlamentar³⁹.

A perda de *mandato* por ato de infidelidade partidária não está prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Conforme reza o *caput* do art. 15, a cassação de direitos políticos, sua perda ou suspensão só podem ocorrer nos casos previstos pelo próprio dispositivo constitucional.

Assim, como o art. 15 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não prevê a perda do *mandato* do parlamentar pelo ato de infidelidade partidária, isso não significa que o representante não possa vir a ser punido pelo *Partido*. A caracterização da infidelidade partidária pela *Lei dos Partidos* (Lei nº 9.096/95) remete à confluência de três requisitos básicos, quais sejam: que o *Partido* tenha estabelecido suas diretrizes partidárias, que esse estabelecimento das diretrizes tenha sido realizado de forma legítima e pelos órgãos de direção da cada *Partido*.

Em decorrência dessa omissão constitucional, o *mandato* está vinculado ao representante, e, portanto, o instituto da *fidelidade partidária* só pode ser aplicado pelos *Partidos* de forma limitada, já que o representante só poderá ser punido com, no máximo, a expulsão da agremiação, sem, no entanto, acarretar qualquer prejuízo em relação ao *mandato*.

³⁸ 2ª edição revista, Rio de Janeiro: Lumen Juris editora, 2004, p. 276-278.

³⁹ Apesar de concordarmos plenamente com o autor, lembramos que, até hoje, se faz necessária uma legislação que obrigue cada partido a definir, claramente, o seu *conteúdo ideológico*. Em consequência, quando o partido fugir do programa apresentado ao eleitor, poderá o parlamentar demonstrar a contradição e permanecer fiel ao conteúdo ideológico e opor-se à posição oficial do partido. Estas *providências* evitariam a prática de *estelionato eleitoral*, há muito praticado entre nós, mas sobretudo nos dias mais recentes, em que o Executivo Federal tem assumido posições que sempre condenou, inclusive obstruindo votações no Congresso sobre matérias que hoje foram aprovadas, muitas inconstitucionais, mas, lamentavelmente, abençoadas pelas *negociatas parlamentares* e pelo silêncio do Poder Judiciário, sobretudo, o STF.

Para todos os efeitos, pelo que determina o art. 23 da *Lei dos Partidos Políticos* (Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995), o ato de *infidelidade partidária* “*deve ser apurado e punido pelo competente órgão, na conformidade do que disponha o estatuto de cada partido*”, sendo que, pelo art. 25, nas Casas Legislativas, “*o integrante de cada bancada de partido deve subordinar sua ação parlamentar aos princípios doutrinários e programáticos e às diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidária, na forma do estatuto*”.

Por sua vez, entretanto, conforme a determinação legal do art. 25 da Lei nº 9.096/95, “*o estatuto do Partido só poderá estabelecer, para o parlamentar que não cumprir as diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos partidários, além das medidas disciplinares básicas de caráter partidário, normas de desligamento temporário da bancada, suspensão do direito de voto nas reuniões internas ou perda de outras prerrogativas de que frua em decorrência da representação e da proporcionalidade partidária*” – conclui ORIDES MEZZAROBA.

Na expressão seguinte se encontra o grande problema da questão: ao declarar “*diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos partidários*”, o ordenamento jurídico brasileiro não evita em nada que estas *legítimas diretrizes* possam ser adotadas após as eleições, contra tudo o que sempre foi o programa do partido, simplesmente para atender acordos e vantagens momentâneas.

3.2. Ideologia e partidos políticos: breves notas preliminares

Feitas as referências de ordens constitucional e doutrinária, sobretudo aquelas de autoria de S. LINARES QUINTANA e PABLO LUCAS VERDU, voltemos de forma mais objetiva à *caracterização do partido político*, a qual, em nossa maneira de entender, só estará correta a partir do instante em que não nos esqueçamos de dois importantes aspectos que deverão (mesmo que existam outros), necessariamente, estar inclusos em sua definição: o *vínculo ideológico* e o *conteúdo teleológico*, sem os quais, mesmo que tais associações estejam formal e juridicamente compostas, não representam *onticamente* um partido político.

Dito de outra forma: *para nós, o partido político tem, essencialmente, a função de representar um programa ideológico correspondente aos valores que defende e que, se alcançar o poder, deverá colocar em prática no exercício do mandato daqueles que, por serem a ele filiados, tornaram-se governantes.*

Este ponto de vista, por sinal, é o mesmo defendido por BISCARETTI DI RUFFIA no seu *Diritto Costituzionale*,⁴⁰ havendo apenas, entre nossos entendimentos,

⁴⁰ Versão espanhola da Editorial Tecnos, s/d, p. 715.

pequena variação semântico-vocabular. Eis como nos ensina RUFFIA: “*O partido político deve ser entendido sob dois pontos de vista, a saber: um, sociológico; e outro, jurídico. Sob o primeiro, aparece como organizações sociais espontâneas, caracterizadas por uma comunidade de concepções onde interesses políticos de seus membros, tanto inscritos como simpatizantes (chamado vínculo ideológico) influem na determinação da orientação política geral do governo (vínculo teleológico). Para tal, buscam maior número de pastas nas eleições e na vida administrativa*”. Por outro lado, sob o ponto de vista jurídico, ainda para RUFFIA, partidos “*são associações compostas de cidadãos reunidos com o fim comum de influir na orientação política em geral dos governos, valendo-se de uma organização estável, baseada em vínculo jurídico bem definido*”⁴¹.

Não há dúvidas de que o reconhecimento jurídico dos partidos políticos é um importante passo dado pelas legislações contemporâneas. Contudo, não será este reconhecimento que dará *vida ativa e real ao partido*, até porque o seu reconhecimento jurídico-constitucional data de apenas algumas décadas, muito embora o fenômeno partidário lhe seja bem mais anterior, a ponto de ter sido condenado à época do *Estado Liberal*. Ademais, partidos existem que, embora à margem da lei, atuam com muito maior força do que muitos outros juridicamente reconhecidos, como foi o caso do *Partido Comunista* no Brasil, durante todo o tempo em que viveu na clandestinidade.

Resumindo, entendemos que *partido político é o conjunto de cidadãos inspirados pelos mesmos princípios ideológicos, que tende, normalmente por vias constitucionalmente previstas, obter a confiança do corpo eleitoral, para por meio delas (vias e confiança) chegar ao poder e determinar a linha de conduta a ser seguida pelo governo e nele intervir, em busca da realização dos ideais em que acredita (e defendeu durante o processo eleitoral, levando-o a filiar-se a este ou àquele partido)*.

Necessário é lembrarmos que, mesmo recebendo pressões dos chamados “*poderes de fato*”, a diretriz última seguida pelos governantes no exercício do poder político é assumida em função do programa e dos valores apregoados e definidos junto àqueles que votam, e que, em virtude da democracia representativa, se fizeram por eles representar, esperando ver seus ideais postos em prática.

É, em última análise, *o poder político a serviço de um programa de idéias*, na conceituação correta de GEORGES BURDEAU.

3.3. Ainda a ideologia. Organização partidária e fidelidade

Pressuposto fundamental para a tese que já rapidamente lançamos, é que enfrentemos com mais detalhes em que sentido utilizamos o vocábulo *Ideologia*, lembrando logo que, tal como ocorre com inúmeros outros vocábulos pertencentes ao

⁴¹ ob.cit. p. 718.

paralóquio das Ciências Jurídicas, Políticas e *Sociais* (e que são consequência da *Flexibilidade Terminológica* que tanto nos atormenta), o substantivo *Ideologia* (de fundamental importância para a posição que desenvolveremos) sofreu diversas mudanças de conteúdo, a ponto de JEAN-MARIE DENQUIN em sua *Science Politique*⁴² afirmar que “*peu de mots, en science politique, ont un contenu aussi large et aussi vague que le mot ‘ideologie’*. Selon les auteurs, selon les contextes, il désigne non seulement des réalités différentes, mais même des notions incompatibles. Son utilisation est parfois neutre, parfois laudative, parfois péjorative”.

TERRY EAGLETON, na *Introdução* de seu livro,⁴³ escreve que “*a última década testemunhou um ressurgimento notável de movimentos ideológicos em todo o mundo. No Oriente Médio, o fundamentalismo islâmico emergiu como uma potente força política. No chamado Terceiro Mundo, e em certa região das Ilhas Britânicas, o nascimento revolucionário continua em luta com o poder imperialista. Em alguns estados pós-capitalistas do bloco oriental, um neo-stalinismo ainda obstinado mantém-se em combate contra um batalhão de forças oposicionistas. A nação capitalista mais poderosa da humanidade foi arrebatada, de ponta a ponta, por um tipo particularmente novo de evangelismo cristão. No decorrer desse período, a Inglaterra vivenciou, ideologicamente falando, o mais agressivo e explícito regime da memória política viva, em uma sociedade que tradicionalmente prefere que seus valores dominantes permaneçam implícitos e oblíquos. Enquanto isso, em algum lugar da margem esquerda, proclama-se que o conceito de ideologia se encontra hoje obsoleto*”⁴⁴.

A demonstração desta amplitude é ratificada por EAGLETON, desta feita no capítulo intitulado *O que é a Ideologia*⁴⁵, ao afirmar que “ninguém propôs ainda uma definição única e adequada de ideologia e este livro não será uma exceção. E isso não porque as pessoas que trabalham nessa área sejam notáveis por sua pouca inteligência, mas porque o termo ‘ideologia’ tem toda uma série de significados convenientes, nem todos eles compatíveis entre si. Tentar comprimir essa riqueza de significado em uma única definição abrangente seria, portanto, inútil, se é que possível. A palavra ‘ideologia’ é, por assim dizer, um *texto*, tecido com uma trama inteira de diferentes fios conceituais; é traçado por divergências teóricas, e mais importante, provavelmente, do que forçar essas linhagens a reunir-se em alguma Grande Teoria Global é determinar o que há de valioso em cada uma delas e o que pode ser descartado.

⁴² PuF, Paris, 1985, p. 193.

⁴³ In *Ideologia: Uma Introdução*. São Paulo: Editora UNESP/Boitempo Editorial, 1997, p. 11.

⁴⁴ Não há como negar que toda esta realidade descrita pelo autor reflete-se nos *partidos políticos* e, por sua vez, no exercício do poder, como facilmente se constata de nossa *estrutura partidária* (?) que nos permite ver nomes que se identificavam até como *comunistas*, hoje apóiam candidatos de tradicional postura *centro-direita*.

⁴⁵ Ob. cit. p. 15.

Para indicar essa variedade de significados – continua EAGLETON – deixe-me listar mais ou menos ao acaso algumas definições de ideologia atualmente em circulação:

- a) o processo de produção de significados, signos e valores na vida social;
- b) um corpo de idéias
- c) idéias que ajudam a legitimar um poder político dominante;
- d) idéias falsas que ajudam a legitimar um poder político dominante;
- e) comunicação sistematicamente distorcida;
- f) aquilo que confere certa posição a um sujeito;
- g) formas de pensamento motivadas por interesses sociais;
- h) pensamento de identidade;
- i) ilusão socialmente necessária;
- j) a conjuntura de discurso e poder;
- k) o veículo pelo qual atores sociais conscientes entendem o seu mundo;
- l) conjunto de crenças orientadas para a ação;
- m) a confusão entre realidade lingüística e realidade fenomenal;
- n) oclusão semiótica;
- o) o meio pelo qual os indivíduos vivenciam suas relações com uma estrutura social;
- p) o processo pelo qual a vida social é convertida em uma realidade natural.”

Em seguida, EAGLETON faz um interessante resumo relacionando todas as citadas posições e, em nota de pé de página, aponta uma pequena referência bibliográfica na qual os sentidos relacionados poderão ser desenvolvidos.

É exatamente este resumo que, embora em texto longo, mas necessário, será transcrito a seguir⁴⁶:

“Há vários pontos a serem observados acerca dessa lista. Em primeiro lugar, nem todas essas formulações são compatíveis entre si. Se, por exemplo, ideologia significa *qualquer* conjunto de crenças motivadas por interesses sociais, então não pode simplesmente representar as formas de pensamento *dominante* em uma sociedade. Algumas dessas definições podem ser mutuamente compatíveis, mas com certas implicações curiosas: se ideologia é, ao mesmo tempo, ilusão e veículo pelo qual os protagonistas sociais entendem o seu mundo, então isso nos revela algo bastante desanimador com relação a nossos modos habituais de perceber. Em segundo lugar, podemos notar que algumas dessas formulações são pejorativas. Considerando-se várias dessas definições, ninguém gostaria de afirmar que seu próprio pensamento é ideológico, assim como ninguém normalmente conceituaria a si mesmo como ‘gorducho’. A ideologia, como o mau hálito, é, nesse sentido, algo que a outra pessoa tem. Ao afirmar que os seres humanos são até certo ponto racionais queremos dizer, como parte dessa declaração, que ficaríamos surpresos se encontrássemos uma pessoa que sustentasse convicções que ela própria reconhecesse como ilusórias. Algumas dessas definições, no entanto, são neutras nesse aspecto – por exemplo, ‘um corpo de idéias característico de um determinado grupo ou classe social’ – e nesse caso seria possível descrever as próprias opiniões como ideológicas, sem qualquer implicação de que elas sejam falsas ou quiméricas.

⁴⁶ Ob. cit. p. 16.

Em terceiro lugar, – prossegue o autor – podemos perceber que algumas dessas formulações envolvem questões epistemológicas – questões relacionadas com o nosso conhecimento do mundo -, enquanto outras se calam a esse respeito. Algumas compreendem um sentido de percepção inadequada da realidade, enquanto uma definição como ‘conjunto de crenças orientadas para a ação’ deixa essa questão em aberto. Tal definição, como veremos, é um importante objeto de controvérsia na teoria da ideologia e reflete as desavenças entre duas das tradições correntes que encontramos inseridas no termo. De modo geral, uma linhagem central – de Hegel e Marx a Georg Luckás e alguns pensadores marxistas posteriores – esteve muito preocupada com idéias de verdadeira e falsa cognição, com a ideologia como ilusão, distorção e mistificação; já uma outra tradição de pensamento, menos epistemológica que sociológica, voltou-se mais para a função das idéias na vida social do que para seu caráter real ou irreal. A herança marxista hesita entre as duas correntes intelectuais, e o fato de que ambas têm algo importante a nos dizer será um dos pontos que discutiremos neste livro”

– conclui EAGLETON.

PALOMA ROMÁN MARUGÁN, em texto intitulado *Los Partidos políticos y la ideología*⁴⁷ e que será várias vezes trazido à colação (embora em sua essência tenha posição contrária à que vimos defendendo), escreve que “*los partidos políticos, en su consideración genuina, es decir, la contemporánea, aparecen en el siglo XIX, al hilo de las transformaciones que se operan en el universo político. Las ideologías, también en su significado más propio, nacen a partir del siglo VXIII, acompañando a un fenómeno clave: la politización de la sociedad. Por lo tanto, se puede establecer esta primera aproximación en el tiempo. Tanto partidos como ideologías caminan paralelamente durante el curso de su evolución, pero todos sabemos que, como en geometría, las líneas paralelas son aquellas que por más que se prolonguen no llegan a encontrarse nunca. No sería justo, por lo tanto, hablar de total paralelismo, ya que partidos e ideologías han tenido y tienen puntos de contacto, mas de lo que muchos sostienen hoy en día y menos de lo que les gustaría a quienes prescinden de un análisis real de la situación.*

La ideología ha sido un concepto equívoco, puesto que es un concepto polisémico. No es este el lugar de tratar los distintos significados, ocupándonos en este capítulo de los partidos y no las ideologías; por lo tanto, para ser operativo habrá que considerar, en una primera aproximación, la ideología ‘como el conjunto de ideas y valores que tienen la función de guiar los comportamientos políticos colectivos’”.

Ato contínuo arremata: “*El requisito ideológico no es realmente sustancial para un partido político*”⁴⁸.

⁴⁷ In AA.VV. *Curso de Partidos Políticos*. Madrid Ediciones Akal, 1997, p. 115. Itálicos no original.

⁴⁸ Ob. cit, p. 115. Itálico e negrito nossos.

Mais adiante, reforçando o que já dissera, afirma PALOMA ROMÁN que o comportamento ideológico não é essencial para uma definição de partido político, mas um *complemento*, sendo que “está comúnmente aceptado que los dos requisitos a la hora de definir un partido son *la existencia de una organización y el objetivo declarado de conseguir el poder*. Por lo tanto, la ideología queda fuera del núcleo duro. Ahora bien, en la estasiología clásica podemos encontrar abundantes ejemplos de cómo la ideología ha sido utilizada como criterio clasificador entre estas organizaciones: M. Weber escribió sobre ‘partidos ideológicos’ y ‘partidos de patronazgos’; G. Burdeau será quien hable de ‘partidos de opinión’ y ‘partidos de masas o ideológicos’. A estos ejemplos podrían seguir muchos más. A la luz de todo ello, los partidos manifiestan su intención de alcanzar el poder para llevar a la práctica su ideología”⁴⁹.

Feitas estas observações pelo autor mencionado, poderíamos, em uma tentativa de resumo, afirmar que no evoluir da História o termo *Ideologia* assumiu vários sentidos⁵⁰, indo desde (I) aquele de origem helênica, *Ciência das Idéias*, até aquele (II) identificado no pensamento epistemológico marxista, ou seja, o *condicionamento inconsciente* a que estão sujeitos os homens na análise do social, e que levaria a uma distorção do conhecimento verdadeiro (a este fenômeno a Sociologia Americana identifica com o nome de *bias*). Finalmente, aquele outro (III) que é utilizado neste trabalho, *como conjunto de idéias que formam um programa, uma estratégia relacionada com a ordem política e social, visando defendê-la ou modificá-la por meio do Poder Político, cujos titulares lá chegaram com a presunção de que defenderam durante a campanha eleitoral as referidas idéias, presentes na definição ideológica do partido ao qual se encontram filiados*.

Nesta terceira perspectiva, ou seja, conjunto de *idéias* e *valores* que formam um programa e/ou sistema, é que se fala em *Ideologia como elemento caracterizador do Partido Político*, cada um dos quais, pregando e defendendo um modelo que se transformará em *Ideologia Constitucional*, significando esta uma opção frente a vários modelos políticos, econômicos e sociais disponíveis para reger os destinos da sociedade⁵¹.

⁴⁹ Idem, p. 116-117.

⁵⁰ A propósito, inicialmente, vale lembrar que antes de ser criada pelo filósofo francês ANTOINE DESTUTT DE TRACY, nos seus *Elements d' Ideologie*, durante a Revolução Francesa, o termo *ideologia* trazia consigo a significação de *Ciência das Idéias*, ou seja: estudo das origens, evolução e natureza das idéias, tendo sido formada pela raiz grega *eidos* (= idéia) com *logos* (= estudo, conhecimento, teoria).

⁵¹ Para KARL MANNHEIM, em livro intitulado *Ideologia e Utopia* (há uma tradução brasileira, Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968), as funções referidas de defesa e modificação da realidade que corresponderiam, respectivamente, à *Ideologia* (visando estabilizar e reproduzir a ordem estabelecida), e à *Utopia* (constituindo forma de pensamento das classes oprimidas, objetivariam transformar a realidade que é, noutra que esteja moldada sobre seus valores.

Inegável é o fato – e já o dissemos – de que o exercício do *Poder Político* é guiado e controlado pelo *Direito Constitucional Positivo*, cuja função maior é, exatamente, a concretização jurídico-positiva de uma determinada *Ideologia*⁵², aquela socialmente aceita.

Em conseqüência, cada período ou ciclo em que se possa dividir a *História do Constitucionalismo Ocidental* (e ficamos adstritos a este por ser mais acessível) representa o predomínio de determinada forma de *idealizar a realidade*, sem que com isto pretendamos afirmar que o *constitucional* seja algo passivo na relação bipolar existente entre o *jurídico* e o *social*, onde se enquadram o econômico, cultural, histórico e geográfico. Existe, isto sim, uma *inter-relação*⁵³ que gerará um *paradigma ideológico*, variável em cada partido político que se funda e é fundamentado para realizar aquele que representa seus objetivos, no exercício do poder político⁵⁴.

4. Conclusões, ainda que provisórias

O título deste parágrafo é, sem dúvidas, inspirado na Epistemologia de KARL POPPER, segundo a qual, *em ciência não há verdades definitivas, pois todas são provisórias*, passíveis de novas contestações, residindo aí a possibilidade do *progresso científico*.

Por tudo o que foi dito, pode-se concluir que a questão da *Fidelidade Partidária* não é tanto de *prescrição ou determinação jurídicas*, mas de *cultura política*, ou, se quisermos utilizar a expressão inicial, de *sentimento constitucional*, visto que

⁵² Sobre a expressão *Ideologia Constitucional*, ver nossos livros *Constituição & Processo vol. I. Introdução ao Direito Processual Constitucional*. 2ª edição, Curitiba: Juruá Editora, 2003; *O Valor da Constituição (Do Controle de Constitucionalidade como Garantia da Suprlegalidade Constitucional)*. 2ª edição revista e aumentada, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001; *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro*. 2ª edição revista e aumentada, Curitiba: Juruá Editora, 2001 e *Direito Constitucional Econômico Brasileiro. Constitucionalismo & Globalização*. Curitiba: Juruá Editora, 1999.

⁵³ Nesta inter-relação existe uma predominância dos fatores reais do poder sobre o texto escrito denominado Constituição, conforme o posicionamento quase unânime da Sociologia Jurídica Contemporânea.

⁵⁴ Sobre *Ideologia*, vejam-se, dentre outras, as seguintes obras: AA.VV. *Curso de Partidos Políticos*. Madri: Ediciones Akal, 1997; AA.VV. *Ideologias & Política Moderna*. São Paulo: IBRASA, 1974; ALAÔR CAFFÉ ALVES, *Estado e Ideologia. Aparência e realidade*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987; JEAN BAECHLER, *Qu'est-ce que c'est l'idéologie?* Éditions Gallimard, 1976; RAYMOND BOUDON, *A Ideologia. Ou a origem das idéias recebidas*. São Paulo: Editora Ética, 1989; GISÁLIO CERQUEIRA FILHO, *Análise Social da Ideologia*. São Paulo: E.P.U, 1988; TERRY EAGLETON, *Ideologia*. São Paulo: Boitempo editorial, 1997; CIRO MARCONDES FILHO, *Ideologia*. 9ª edição, São Paulo: Global Editora, 1997; ISTVÁN MÉSZARO, *O Poder da Ideologia*. São Paulo: Boitempo editorial, 2004; JACQUES RANCIÈRE, *Sobre a Teoria da Ideologia. A Política de Althusser*. Porto: Portucalense Editora, 1971; THERBORN, GÖRAN, *La Ideología del Poder y el Poder de la Ideología*. 2ª edición, Madri: Siglo XXI de España Editores, 1987; FREDERICK M. WATKINS, *A Idade da Ideologia. O Pensamento Político, de 1750 até o Presente*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1966.

Constituição (sobretudo no Brasil) se muda conforme os interesses, enquanto que a questão cultural tem uma estabilidade invejável.

Neste sentido, são oportunas as considerações feitas por MARIZA CRASTO PUGLIESI (*Os Partidos Políticos nas Constituições Brasileiras*⁵⁵) no item intitulado *O Instituto da Fidelidade Partidária no Direito Comparado*, sobre alguns modelos de Constituições (algumas por nós citadas acima), pelo que nos permitimos apresentá-las neste instante.

Assim, são suas palavras: “Nos *Estados Unidos* de há muito tempo o poder político está dividido entre dois partidos: o democrata e o republicano. Não existe qualquer norma estabelecendo a fidelidade partidária; entretanto, não se encontram registros de mudança entre os dois grandes partidos de forma sistemática e consistente. A fidelidade partidária é, assim, implícita e muito forte devido à longa tradição dos dois partidos majoritários, e o político que muda de partido é imediatamente considerado como pouco confiável⁵⁶.

No *caso alemão*, a Lei dos Partidos da República Federativa da Alemanha remete explicitamente a disciplina partidária aos Estatutos dos partidos políticos. Na prática, observa-se um profundo comprometimento dos partidos para com as suas agremiações partidárias. Na Alemanha, dois grandes partidos (o social democrata e a democracia cristã) têm governado alternadamente mediante coalisões com partidos menores, como o liberal ou os verdes. As opções políticas das duas legendas são pouco compatíveis e, em conseqüência, torna-se difícil ao eleitor a troca partidária.

A *lei francesa* deixa a matéria referente à fidelidade partidária a cargo dos partidos políticos. Os partidos políticos franceses têm existência mais tumultuada de que nos países até agora abordados. Os partidos conservadores franceses têm mudado diversas vezes de nomenclatura, com a conseqüente mudança de membros. Todavia, esta mudança está restrita ao âmbito da direita⁵⁷. Na esquerda observam-se algumas dissidências mal sucedidas do Partido Socialista e do Partido Comunista, este praticamente varrido eleitoralmente após o fim do regime soviético. Na direita, estão os tradicionais católicos, hoje reagrupados com os liberais da União pela Democracia Francesa, e os conservadores e defensores de um Estado forte, sob o legado do Gen. de Gaulle, com a sigla União pela República.

Os políticos franceses não mudam de partido a não ser no caso de fusão, incorporação ou criação de novo partido, e não há registros de muitas mudanças. Na realidade, a fidelidade na França está associada aos partidos políticos serem marca-

⁵⁵ Recife: Nossa Livraria Editora, 2006, p. 185-189.

⁵⁶ Ob cit. p. 185. Negritos nossos.

⁵⁷ Nem esta limitação existe no Brasil. Assim, em uma realidade por nós muito bem conhecida (Pernambuco), nas eleições de 2006, alguém que estivesse há anos fora do Estado ou em *estado de coma*, ao tomar contato com a realidade política atual haveria de ter um comportamento idêntico àquele de um personagem do humorismo televisivo, que a cada notícia que recebia no exílio, de tão absurda, afirmava: “*Não, meu bichinho, não... Assim você não quer que eu volte...*”

dos ideologicamente, o que compromete demasiadamente os eleitos. Torna-se, assim, particularmente difícil, neste contexto, explicar mudança de legenda aos eleitores”⁵⁸.

Observe-se que, mesmo sem uma *previsão legal explícita*, nos ordenamentos jurídicos citados não há a *dança dos partidos*, em todos eles em razão da *cultura política* que não temos e em razão de que, no Brasil, as facilidades para que um parlamentar não permaneça no partido pelo qual fora eleito são imensas e ilimitadas, quando até no futebol, Campeonato Nacional, existe limite às mudanças de jogadores como requisito para suas regularizações e possibilidades de participar das disputas.

Neste sentido, mais uma vez trazemos à colação texto de CRASTO PUGLIESI ao emitir um *juízo de valor* que assinamos sem restrição alguma: “*Nos casos abordados conclui-se que o fator preponderante para conseguir-se a fidelidade partidária é a constituição de partidos fortes e sólidos, marcados ideologicamente, em que haja por parte do eleito o temor da troca partidária ser recebida com repúdio pelo eleitor*”.⁵⁹

Por tudo o que foi dito ao longo deste texto, fica evidente que *o mandato pertence ao partido*, pelo que a mudança de partido implicará em perda daquele.

Há aqui um ponto a ser destacado: para ser candidato por um determinado partido político, de acordo com a *Lei dos Partidos Políticos* (Lei nº 9.096/95, art. 9º), o candidato terá que fazer prova de que sua filiação deve ter ocorrido há pelo menos um ano antes do pleito.

Comentando a matéria, LOURIVAL SEREJO (*Programa de Direito Eleitoral de acordo com a Lei 11.300/2006*)⁶⁰ observa que

“este é um ponto que suscita reclamações e recursos em todo o processo eleitoral. Apesar da sua aparente clareza, sempre surgem situações que desencadeiam a busca da solução judicial. Em casos tais, o Tribunal Superior Eleitoral já teve oportunidade de firmar este entendimento:

Registro de Candidato. Filiação Partidária. Nome de candidato que não consta da relação de filiados enviados à Justiça Eleitoral. Comprovação da filiação por certidão do Cartório. Recurso não conhecido (In: JTSE 2/98/229).

Nesta hipótese – continua SEREJO – o equívoco do partido consistiu em mandar a lista apenas com os nomes dos últimos filiados e não com a relação completa.

Só os candidatos militares estão isentos desta exigência. Convém assinalar, também, que se admite prazo especial de filiação partidária para os magistrados e membros do Ministério Público que, nos termos da LC n. 64/90, se desincompatibilizem de suas funções nos seis meses anteriores ao pleito”.

Fato deveras interessante: *para candidatar-se há um prazo de filiação. Eleito, nada mais se exige daquele que foi eleito, razão pela qual temos casos de*

⁵⁸ Idem, p 185-186.

⁵⁹ Idem, p. 186-187.

⁶⁰ Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 69.

Deputado Federal que chegou a passar por 4 (quatro) siglas em uma só legislatura, embora tenha permanecido no mesmo lugar: a base do governo ⁶¹.

É quando se pergunta: teria havido mudança ideológica, ou simplesmente fisiológica, buscando em cada mudança, sem dúvida, vantagens que nada tenham a ver com a *ideologia*, se esta fosse a base dos partidos políticos?.

Contudo, para tanto é necessário que haja uma *definição ideológica clara nos Estatutos e Programas de cada partido*.

Em não ocorrendo tal comportamento, teremos que concordar em que a expressão contida no Ato Complementar nº 4 (art. 1º), de 20 de novembro de 1965, permanece com plena atualidade: “Aos membros efetivos do Congresso Nacional em número não inferior a cento e vinte deputados e vinte senadores, caberá a iniciativa de promover a criação, dentro do prazo de quarenta dias, de *organizações que terão, nos termos do ato, atribuições de partidos enquanto estes não se constituírem*” ⁶².

⁶¹ *Revista Veja*, 02.08.2006, p. 48.

⁶² Veja-se nosso texto intitulado *Partidos Políticos no Brasil (1964-1974)*, publicado no livro *Ciência Política – Teoria do Poder e da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 117-125.

Wolfgang Hoffmann-Riem (Alemania) *

La división de poderes como principio de ordenamiento

1. La organización del poder a través de la división de las responsabilidades

El principio de la división del poder¹ ha hecho escuela en los últimos 250 años. Se trata de un principio para organizar el poder. Como un tema de debate político, se refería sobre todo al ejercicio del poder en el Estado. Sus conceptos básicos, sin embargo, son también aplicables a otras organizaciones; por ejemplo, a empresas o a instituciones internacionales y supranacionales. Hoy en día, el concepto de la división de poderes como una división de responsabilidades, y por lo tanto el dividirse la realización de tareas y además hacerlo de una manera interdependiente, está más expandido que nunca. Para el ordenamiento político de una sociedad, la división de poderes es en primer lugar una manera de proceder para ejercer el poder. Se trata de la organización del poder que reparte el poder entre diferentes actores y de cómo éstos se interrelacionan a la hora de ejercer el poder.

* Juez del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. <gkaiser@bundesverfassungsgericht.de>.

¹ Trabajos fundamentales con respecto a la división de poderes son: Hans Peters: *Die Gewaltentrennung in moderner Sicht*, Colonia, 1954; Norbert Achterberg: *Probleme der Funktionenordnung*, Múnich, 1970; Gerhard Zimmer: *Kompetenz - Funktion - Legitimation: Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes*, Berlín, 1979; Hansjörg Seiler: *Gewaltenteilung: Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung*, Berna, 1994; Christoph Möllers: *Gewaltengliederung, Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich*, Tübinga, 2005.

Una idea básica es la del control mutuo. La división de poderes, a final de cuentas, es la expresión de la desconfianza por un posible abuso de poder y equivale a la búsqueda de un remedio para evitar ese abuso. Con el correr del tiempo, a esta idea, que sigue siendo importante, se agregó el convencimiento de que la división de poderes es además un recurso para optimizar la capacidad de rendimiento de las organizaciones estatales y no estatales. En esto se trata sobre todo de encontrar mecanismos para ejercer funciones allí donde se pueda hacerlo de la manera más competente. Cuanto más complejas, heterogéneas y segmentadas las circunstancias de vida y, por lo tanto, la necesidad de resolver problemas pendientes, tanto más importante es encargarles las tareas a aquellas organizaciones o personas que tengan las capacidades requeridas para ello.² Si esto lo referimos a la organización del cumplimiento de las tareas del Estado, la consecuencia es el principio de la realización de estas tareas de una manera adecuada a las funciones. La base de todo ello la constituye la idea de que los diferentes funcionarios del Estado disponen de diferentes competencias, según la organización, el procedimiento y la misión, de modo que es necesario buscar el reparto y la adjudicación óptimos de las funciones.

Detrás del principio organizacional de la división de poderes están ciertos conceptos. En los debates histórico-políticos de los últimos 250 años, éstos fueron en primer lugar conceptos de naturaleza filosófica y de teoría del Estado. En la actualidad se agregan consideraciones de sabiduría pragmática o las realizaciones de las teorías modernas de organización y *management* sobre cómo cumplir mejor las funciones. Qué conceptos están o estaban en boga o no depende siempre del nivel de evolución de la sociedad. Para la organización de la estatalidad es importante el desarrollo de la relación entre el Estado y la sociedad; por ejemplo, cómo se reparte el poder entre el Estado y la sociedad, y cuáles son las condiciones marco de la actuación del Estado en las demás áreas, es decir, económicas, culturales, sociológicas o ecológicas. Partiendo de éstas puede parecer menester desde el punto de vista constitucional y políticamente “sabio” el excluir la concentración de poder, pero sin proceder según el principio de la mezcla de responsabilidades entre varios agentes, porque esto podría propiciar la falta de sentido de responsabilidad. Más bien se trata de crear competencias, imputabilidades y responsabilidades claras, aunque siempre de una manera que sea compatible con el ya mencionado principio del adecuado cumplimiento de funciones: las instancias responsables tienen que poseer las capacidades necesarias para procesar los problemas de manera adecuada.

² Con respecto a tales justificaciones de la división de poderes en la literatura alemana, véanse las fuentes indicadas en Möllers (nota 1), p. 68, nota 14.

2. Justificación de los tres poderes “clásicos”

Las doctrinas modernas de división de poderes,³ que en principio se referían únicamente al Estado, estaban caracterizadas en Europa por abandonar el concepto de la unidad entre Estado y sociedad, tal como había sido característico de la sociedad feudal. En la medida en que se imponían las ideas de la Ilustración, en la medida en que aumentaba la separación entre el Estado y la sociedad y en la medida en que se daba el reconocimiento de la libertad individual como un bien importante, cobraba cada vez mayor importancia la cuestión de cómo se podía proteger al ciudadano individual y a la sociedad de ciudadanos en su conjunto ante la injerencia del poder del rey, de la iglesia y de los demás señores feudales, y, sobre todo, cómo se podía limitar el poder del soberano absolutista.

En aquella época en la cual se originaba el liberalismo político, se entendía y se usaba la ley como un recurso de limitación del poder en los Estados constitucionales. En este ideario, el derecho, en la medida en que va de la mano de los conceptos de derecho natural, tiene un fundamento supralegal. Sin embargo, es definido con mayor precisión a través de las leyes “hechas” por el Estado. Igual sucede en el caso de los derechos y libertades fundamentales, que a final de cuentas adquieren importancia práctica por la manera en que la ley los protege y los cuida.⁴ La ley, como instrumento para la configuración jurídica, era decretada por la representación de los ciudadanos —el parlamento—, por sí sola o —según el orden político— en muchos casos aun en conjunción con el monarca.

La creación del derecho a través de la legislación parlamentaria protege la libertad del individuo incluso en aquellos casos en los que la ley autoriza a la administración a intervenir en los derechos de libertad, para proteger los bienes jurídicos que puedan peligrar por el uso de la libertad. Por otra parte, la protección de la libertad, aun mediante la injerencia en la libertad,⁵ conlleva a su vez el peligro de abuso. Por eso es necesario controlar a la administración en su aplicación del derecho. En consecuencia, después de un primer paso —que es la separación del legislativo y del ejecutivo— se requiere el siguiente paso del control de la aplicación de la ley, que no debe quedar en manos del ejecutivo, sino que se confía a un tercer poder, el judicial.

³ Con respecto a las exposiciones siguientes, véase, en vez de muchos trabajos más, Ralf Poscher: “Funktionensordnung des Grundgesetzes”, en Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann y Voßkuhle (eds.): *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, t. I (2006), pp. 493 ss.

⁴ Véase, en vez de muchos trabajos más, Horst Dreier: *Dimensionen der Grundrechte. Von der Werteordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundgehalten*, 1993.

⁵ Con respecto a las diferentes dimensiones de la protección de los derechos fundamentales, véanse, en vez de muchos trabajos más: Horst Dreier, en Horst Dreier (ed.): *Grundgesetz. Kommentar*, tomo 1, 2.^a ed., 2004, nota introductoria a las notas marginales 82 ss.; Johannes Masing “Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht”, en Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann y Voßkuhle (véase arriba, nota 3), pp. 391 ss., notas marginales 46 y ss. Con referencia al ejemplo de la libertad de comunicación, véase, por ejemplo, Wolfgang Hoffmann-Riem: *Kommunikationsfreiheiten*, 2002, pp. 29 ss.

Esto nos lleva a los tres poderes clásicos tal como los distinguió analíticamente Montesquieu.⁶ A este logro analítico se agrega otro logro que es el de no solamente reconocer y describir cada uno de los poderes por separado, sino de convertir el resultado en algo normativo, es decir, establecer una ley con base en esto. Como ya se mencionó, históricamente se llegó a esta norma como consecuencia de la idea de la libertad, es decir, se recurrió a las teorías del Estado del liberalismo. No fue casualidad que el principio moderno de la división de poderes fuera fijado normativamente por primera vez en la Bill of Rights de Virginia en el año 1776; la declaración francesa de los derechos humanos y cívicos de 1789 volvió a recurrir a ello.

Según esto, la división de poderes no fue un valor en sí, no fue ningún principio abstracto, sino un medio para la realización de la libertad. Una consideración funcional de este estilo facilita evitar soluciones rígidas y ayuda a diferenciar, si es necesario. Por ejemplo, respetar que los tres poderes son interdependientes y que se trata también de determinar según qué reglas se tratan mutuamente, de manera óptima para el bien común.

En la medida en que el concepto de la libertad se convertía en un hecho en la Constitución y en la práctica, el principio de la división de poderes dejaba de fungir únicamente como garante de la libertad individual. Se imponía cada vez más el reconocimiento de que, al dividir entre los diferentes actores las tareas por hacer, que eran cada vez más complejas, y organizando la convivencia entre los poderes, se disponía al mismo tiempo de un recurso para aumentar la calidad con la cual el Estado cumplía sus funciones. Naturalmente, seguía existiendo la idea de que a través de la división de poderes y el control mutuo se evitaba un abuso de poder. Sin embargo, un objetivo negativo, así por sí solo, todavía no hace un “buen Estado”. No asegura que el orden existente siga funcionando, cuando este orden se ve en la necesidad de responder a las demandas de organización cada vez más novedosas y con miras al futuro, debido a los problemas de nuestra sociedad, que se complican cada vez más.

3. La división de poderes también en otras dimensiones

Siempre —y hoy en día más que nunca— se debe tener en cuenta que aparte del Estado existen otros depositarios del poder. Dada la existencia de empresas económicamente poderosas, también de corte global o incluso con dominio global en el mercado —pensemos en Microsoft—, empresas cuya influencia y por ende cuyo poder probablemente superará en muchos aspectos a los de los Estados-nación, sería miope pensar únicamente en el Estado como destinatario de la defensa ante el abuso y, por lo tanto, del principio de división de poderes. El Estado —y en su caso también una asociación de varios Estados en una forma jurídica internacional, como por ejemplo, la

⁶ Charles de Secondat Montesquieu: *De l'esprit des loix* (1748).

Unión Europea— debe organizarse de tal modo que pueda servir de contrapeso a los depositarios del poder en la sociedad. Esto será posible únicamente si, *de iure* y *de facto*, es capaz de ayudar a imponer el bien común, cuando está en peligro en el marco del mercado o dentro de otras formas de autoorganización de la sociedad. Parte de ello es también procurar que los económicamente poderosos no se entrelacen demasiado con el Estado, sino mantenerlos a cierta distancia. Ésta es otra forma de concretar la idea de la división de poderes.

En las condiciones actuales el Estado es —como ya se mencionó— no solamente el adversario de la libertad, sino en muchas áreas también su garante. Sin la protección que da un orden jurídico funcional, sin que el Estado ponga a disposición una infraestructura fuerte —vías de comunicación, escuelas, instalaciones culturales, hospitales— y sin las redes de protección sociales, organizados por el Estado —como el seguro social—, para muchos, actualmente para la gran mayoría de la humanidad, no existe ninguna libertad real, es decir, notable para el individuo, si definimos la libertad como la capacidad real de ejercer la libertad de desarrollo en el sentido lato (por ejemplo, desarrollo económico y cultural, pero también participación política). Es evidente en el mundo entero que las actividades estatales muchas veces no son suficientes para hacer posible la libertad vivida para todos. Sin embargo, esto no nos debe llevar a la resignación, sino que debe ser un aliciente para establecer un orden que, por una parte, evite que el Estado abuse de su poder, que sigue siendo grande, y que, por otra parte, le proporcione a la comunidad todo lo necesario para que pueda dar los servicios necesarios o hacer que otros le rindan estos servicios, y en la medida de lo posible evitar el abuso de poder por parte de otros agentes del poder.

En este sentido no es sorprendente que el concepto de la división de poderes hoy en día vaya mucho más allá de ser un mero principio de ordenamiento de la organización interna de un Estado-nación.⁷ La idea básica de la división del trabajo a la hora de realizar tareas, con el doble objetivo de evitar el abuso de poder y de optimizar la calidad de los servicios rendidos, existe en muchas dimensiones. Esto no tiene por qué ser la expresión de un mandato constitucional, sino que puede ser un patrón recomendable, meramente con el objetivo del óptimo cumplimiento de las tareas. Como ejemplo de los modelos de cooperación estatales u organizados por el Estado quiero mencionar el orden internacional “organizado” por el derecho público internacional o —usando el ejemplo de las Comunidades Europeas— la administración plurinivel dentro de la Unión Europea. Igualmente hago referencia a la organización de muchos Estados según el principio de ordenamiento federativo —es decir, como Estados federales—, lo cual lleva a una realización de funciones lo más descentralizada posible, de la

⁷ Véase, en vez de muchos trabajos más, Gunnar Folke Schuppert: *Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstufen, Die Verwaltung*, 1998 (tomo 31), pp. 415 ss., y las contribuciones en ídem (ed.): *Jenseits von Privatisierung und “schlankem” Staat*, 1999.

mano de una interconexión correspondiente —como contramodelo de los ordenamientos centralistas—. Por otra parte, también puedo hacer referencia a agentes no estatales de influencia que cuentan entre sus objetivos con el de evitar abusos y procurar que las funciones se realicen con calidad, tales como los medios de comunicación libres, pero también las organizaciones no gubernamentales (ONG) no lucrativas.

Sin embargo, también ellos pueden volverse tan influyentes —pensemos en algunos medios de comunicación— que parece menester proteger a los ciudadanos de ellos (por ejemplo, de violaciones de sus derechos como personas por agresiones a su intimidad) o crear pluralidad publicista a través de las correspondientes leyes mediáticas —cuando la concentración en los medios de comunicación empieza a ser excesiva—. Si bien es cierto que los medios de comunicación muchas veces se autodenominan *el Cuarto Poder*, queriendo decir que ellos mismos son un importante factor a la hora de evitar que los órganos estatales abusen del poder, en muchos aspectos este Cuarto Poder amenaza con convertirse en algo tan excesivamente poderoso que el poder estatal, es decir, el legislativo, tiene que establecer estructuras para que el poder mediático no se convierta en un instrumento de influencia unilateral, o para que las empresas o las asociaciones influyentes no puedan consolidar aún más su poder a través de los medios. Una constelación muy peligrosa para el equilibrio de un orden político y social se da cuando el poder mediático se usa para obtener el poder en el Estado, como fue el caso en la Italia de Berlusconi.

4. La salvaguarda de los diferentes intereses

Con independencia de la ampliación de la idea de la división de poderes, su campo de aplicación tradicional, el ordenamiento del Estado, sigue siendo un área importante. Actualmente, y probablemente también en el futuro próximo, el sistema del Estado es el orden que más caracteriza e influye en la vida de los ciudadanos. Tanto en los Estados ricos como en los Estados pobres, el bienestar y la libertad dependen de la concepción de los órganos del Estado y, sobre todo, de la capacidad de ellos de evitar el abuso del poder y de realizar las tareas de la vida pública con calidad. Parte de ello es también el responder a los diferentes intereses de los ciudadanos y de poner a su disposición posibilidades para la pacífica compensación de intereses. Por eso forman parte de la sociedad moderna las organizaciones de representación de intereses, como son las organizaciones sindicales y patronales, los grupos de protección del medio ambiente, las asociaciones de la tercera edad y también los grupos religiosos. Las actividades de estos agentes de intereses particulares contribuyen al bien común cuando se mantiene la variedad y cuando existe un equilibrio mutuo en la oportunidad para imponer los diferentes intereses en las mismas problemáticas.

También hoy en día el parlamento democráticamente electo, y por lo tanto legitimado por el pueblo, es un lugar adecuado para velar por los diferentes intereses en una sociedad y atribuirlos de tal modo que los intereses —si es posible, de todos— se

realicen de una manera óptima (aunque no máxima). En este sentido, en Alemania se habla de la concordancia práctica, es decir, se hace el esfuerzo de asignar bienes jurídicos que chocan entre sí —por ejemplo, derechos y libertades fundamentales—, de tal modo que no se tenga que sacrificar un interés por otro, sino que los diferentes intereses sigan teniendo la posibilidad de realizarse.⁸ Para ello, el parlamento establece parámetros en forma abstracta y general por medio de la ley y pone a disposición procedimientos para superar problemas. El poder ejecutivo está obligado a respetar estos preceptos, sin que con ello se lo prive de posibilidades adicionales de reglamentar. Los tribunales controlan si las administraciones aplican estas leyes o —si es que existe un control constitucional de la constitucionalidad de las leyes— si las leyes a su vez corresponden a la Constitución. Para ello, los tribunales están dotados de independencia personal y técnica —estoy hablando del caso ideal, que no es realidad en todos los Estados—, es decir, los tribunales pueden decidir con la seguridad de que no tienen que recibir instrucciones, y tampoco se ejerce presión personal en contra de sus miembros, ni tienen que temer sanciones personales.

5. La cultura de asumir responsabilidades

Si bien es cierto que cada vez más sociedades o sus ordenamientos estatales suscriben este principio de la división de poderes, la aseveración por sí sola, y algunas veces muy enérgica, de este principio todavía no es garantía de que se vaya a respetar. La división de funciones entre los diferentes agentes del poder estatal, la asignación de responsabilidad y las posibilidades de control del ejercicio de la responsabilidad necesitan de muchas condiciones. Se requiere no solamente de las adecuadas bases constitucionales y legales, sino también de instituciones que las respeten, y que respeten no sólo la letra, sino también el espíritu de las leyes. Esto significa que lo que se quiere lograr es que los objetivos de las leyes y los conceptos en los que se basan éstas deben tener consecuencias para la vida de los ciudadanos, es decir, que no se queden como puros símbolos sin efectos prácticos.

También los órganos del Estado actúan, a final de cuentas, a través de personas, de modo que es especialmente importante que el cumplimiento de las funciones se encuentre en manos cualificadas, que exista una cultura de asumir responsabilidades que responda al bien común, que se vayan formando e imponiendo estándares profesionales y éticos para la realización de las funciones que llenen de vida el principio de la división de poderes. Es a la hora de la aplicación de la ley cuando se ve la calidad de un orden jurídico. Solamente si los ciudadanos pueden confiar en que las leyes no son papel entintado, sino que se pueden hacer valer, existen las condiciones para una seguridad jurídica y por lo tanto para la confianza. Sin seguridad jurídica ni confianza

⁸ Véase a este respecto Konrad Hesse: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.^a ed., 1995, nota marginal 317 s.

en los órganos estatales, los ciudadanos depositan sus esperanzas en otra parte, o algunos individuos poderosos logran construir nuevas estructuras de poder. Éstos serían mundos mafiosos o mundos paralelos al orden jurídico formal, en los cuales el principio del trato igualitario puede ser roto con el lubricante de la corrupción.

6. La función particular de los tribunales constitucionales

El actual presidente federal de Alemania, Horst Köhler, hizo una visita de cortesía al Tribunal Constitucional poco después de su nombramiento y explicó que esa visita y el reconocimiento que ello significaba se debían a que, cuando desempeñaba el cargo de director ejecutivo del Fondo Monetario Internacional (FMI), vivió de manera práctica en muchos Estados de África, Sudamérica o Asia, pero obviamente también en Europa, lo importante que es tener un orden jurídico que funcione, también para el orden económico de aquellos países y, naturalmente, para el grado de libertad en el ordenamiento de la sociedad en su totalidad. Sin confianza en la vigencia inalterable de la ley y la posibilidad de imponerla, los potenciales económicos, culturales, etcétera, de una sociedad no pueden ser ni despertados ni ampliados. Los órganos supremos, es decir, más poderosos del Estado tienen por lo tanto una responsabilidad especial; también el Tribunal Constitucional, como protector de la Constitución y por lo tanto como el garante de última instancia para todos aquellos cuyo poder no es suficiente para imponer sus intereses sin la ayuda de la ley.

Actualmente podemos observar en muchos Estados de Europa del Este que la transición a la democracia, la implementación del principio de la división de poderes y la creación de leyes a partir de los principios de un ordenamiento liberal por sí solos no son suficientes para cambiar las estructuras obsoletas que se habían desarrollado bajo la égida del centralismo, del orden totalitario y de la corrupción. Muchos Estados de Europa del Este han creado tribunales constitucionales,⁹ de los cuales algunos tienen atribuciones muy amplias (por ejemplo, la competencia para un amplio control de la legislación); algunos conocen también el recurso de amparo que puede interponer cualquier ciudadano; otros tribunales disponen de competencias más acotadas (por ejemplo, en cuanto a la acción de inconstitucionalidad) y conocen solamente posibilidades limitadas de que un individuo pueda interponer un amparo.

Pero también las posibilidades existentes para la tutela jurídica por parte del Tribunal Constitucional no se están aprovechando todavía en todas partes de manera eficiente, no solamente porque para ello se requiere de personal con formación adecuada y convencido de los ideales de un orden de este tipo, sino también porque todavía no existe en todas partes la confianza suficiente en que para proteger sus

⁹ Con respecto a la jurisdicción constitucional en Europa véase, por ejemplo, Peter Häberle: "Funktion und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive", en *EuGRZ* 2005, pp. 685 ss.

derechos uno puede contar con estas instituciones. La verdadera prueba de si un orden de derecho existe también en la realidad es si se da un control eficiente de la constitucionalidad de las leyes y si los presidentes, gobernadores y demás funcionarios de la administración respetan los mandatos de la Constitución. El Tribunal Constitucional tiene un papel precursor y de modelo a la hora de realizar los preceptos de la Constitución.

En Alemania, después del colapso del orden totalitario del nacionalsocialismo y una vez terminada la época de ocupación, se instauró una Constitución liberal con derechos fundamentales y derechos humanos y un ordenamiento que seguía el principio de la división de poderes, entre cuyas joyas se cuenta el Tribunal Constitucional. Tiene competencias amplias para el control de todos los órganos del Estado, sobre todo para controlar y, en su caso, desechar todas las leyes y para controlar todos los fallos de los tribunales y las decisiones administrativas en que éstos se basan.

En el mundo existen pocos tribunales constitucionales con una competencia tan amplia. La existencia de un tribunal de este tipo y el hecho de que esté dispuesto a ejercer sus funciones y ponerles límites a los gobernantes de manera equitativa y con un sentido de responsabilidad para con todos los ciudadanos han contribuido al hecho de que este tribunal tenga la mejor reputación de todos los órganos del Estado. Desde su fundación en 1951 hasta finales del 2005, el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de 64 leyes y reglamentos y otras 517 normas dentro de otras leyes o reglamentos. Además, en el período comprendido entre 1991 y 2005 ha calificado como violatorios a la constitución casi 2000 fallos de tribunales, entre ellos 268 fallos de tribunales federales de nivel superior.¹⁰ Según las experiencias hasta ahora, la gran reputación del Tribunal no disminuye ni siquiera cuando toma decisiones altamente controversiales para la sociedad —como por ejemplo, la posibilidad de la interrupción del embarazo, el apoyo a una ley sobre la unión libre entre personas del mismo sexo, o si las profesoras musulmanas pueden llevar la cabeza cubierta en las escuelas.

Debido a la integración europea, este tribunal, sin embargo, no siempre es la última instancia de decisión. Casi todos los Estados europeos —desde Rusia, pasando por Rumania, hasta los miniestados de Liechtenstein y Mónaco, al igual que las democracias occidentales tradicionales Francia y Gran Bretaña— han firmado la Convención Europea de Derechos Humanos como Tratado internacional, y la han integrado como leyes —en algunos casos con carácter constitucional (como en Austria)— dentro de su propio orden jurídico. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se encarga de vigilar que se respete la Convención Europea de Derechos Humanos y todos los ciudadanos de Europa pueden dirigirse a él con un amparo individual —es decir, también ciudadanos de Estados que no conocen ninguna forma de amparo o solamente en forma muy limitada.

¹⁰ Cifras citadas según la Estadística Anual del Tribunal Constitucional Federal de 2005.

Solamente en el año 2005, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recibió más de 41 000 amparos individuales. Sin embargo, tiene considerables problemas con la gran carga de trabajo. A pesar de esto, ha hecho grandes méritos hasta la fecha al defender los derechos de libertad y los derechos humanos en Europa, pero algunas veces se tropieza con grandes obstáculos —por ejemplo, cuando se trata de imponer la protección de derechos humanos en Chechenia—. También critica decisiones de países con tradición liberal, como Alemania, y en este contexto ha clasificado algunas decisiones del Tribunal Constitucional Federal como contrarias a la Convención Europea de Derechos Humanos. En el año 2005 esto sucedió en diez casos.¹¹

El hecho de que un fallo del Tribunal Constitucional alemán sea clasificado como contrario a la Convención Europea de Derechos Humanos en algunos casos se explica por cuanto el Tribunal Constitucional Federal aplica únicamente la Constitución alemana como parámetro para sus decisiones, pero no la Convención Europea de Derechos Humanos, ya que ésta tiene en Alemania el rango de una ley ordinaria. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, aplica la Convención según los parámetros del derecho internacional público, y no tiene en cuenta que éste no siempre coincide con las legislaciones intraestatales. Esto puede generar algunos conflictos que —y estoy convencido de ello— a final de cuentas provocarán que ambos tribunales se acerquen aún más en su jurisprudencia. En todo caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cierto modo significa también un contrapeso si algunos tribunales constitucionales pierden de vista la protección de los derechos humanos —lo cual es un riesgo que nunca se puede excluir.

7. Historia de los tribunales constitucionales

1. Desde el punto de vista de la división de poderes, es sobre todo la acción de inconstitucionalidad la que es importante para los tribunales constitucionales. El legislativo aprueba las leyes que son también vinculantes para el poder judicial, que a su vez tiene la capacidad de ponerle límites al legislativo, al dictaminar que una ley determinada es anticonstitucional. En algunos Estados, como en Alemania, pero no en todos los Estados con un tribunal constitucional, todos los tribunales son competentes para controlar la constitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos. Son, en cierto modo, tribunales constitucionales materiales, pero no pueden declarar la inconstitucionalidad de leyes. En Alemania, un tribunal que estima que una ley determinada es inconstitucional, debe presentarla al Tribunal Constitucional para que éste revise su constitucionalidad (artículo 100 de la Ley Fundamental alemana). Únicamente el Tribunal Constitucional puede desechar una ley como inconstitucional y declararla nula, en su caso. En Francia, en cambio, esto no es posible: allí existe únicamente el control

¹¹ Informe del Gobierno Federal del 20 de junio de 2006 acerca de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en procedimientos contra la República Federal de Alemania en el 2005.

legislativo previo, es decir, antes de que la ley entre en vigor.¹² En Francia se aplica una concepción de la división de poderes muy rígida —debido sobre todo a la Revolución Francesa—, mediante la cual se pretende proteger sobre todo la supremacía del parlamento. La situación es similar en Inglaterra, que, por cierto, no tiene Tribunal Constitucional, pero está discutiendo si lo requiere o no.

2. El primer tribunal constitucional que reconoció la acción de inconstitucionalidad fue la Supreme Court de Estados Unidos. En la famosa sentencia *Marbury v. Madison*, la Supreme Court formuló, a través de la persona del *chief justice* Marshall, la pretensión del tribunal de ejercer el control judicial de normas¹³ —sin embargo, sin ejercerlo en el caso en cuestión, sino en cierto modo manteniéndolo en reserva—. La demanda fue rechazada como no admisible, pero en su argumentación para llegar a la decisión, el *chief justice* Marshall sentó la base para el control de constitucionalidad. Tan solo 54 años más tarde —en 1857—, por primera vez fue declarada inconstitucional una ley que había sido revisada.¹⁴ También en Alemania la justicia usó este instrumento de manera cautelosa. En Alemania existe un Tribunal Constitucional específico recién desde 1951, pero ya en 1925 el Tribunal del Reich como Corte Suprema decidió que se consideraba competente para revisar la constitucionalidad de las leyes.¹⁵ Solamente cuatro años después (1929) usó este poder y declaró la inconstitucionalidad de una ley.¹⁶

En la Supreme Court lo que había detrás de esa reorientación era claramente la idea de la división de poderes. Ésta se concebía en los Estados Unidos no solamente como la idea formal de la división de diferentes poderes, sino también como el modelo del mutuo equilibrio y control del poder.¹⁷ Si bien la Constitución norteamericana escrita preveía a principios del siglo XIX la jurisprudencia federal, no le transfería expresamente la función del *judicial review* de los actos de los demás poderes en el Estado. Cuando el *chief justice* Marshall reclamó este poder para la Supreme Court, negó la posibilidad alternativa de que cualquier poder estatal por sí solo tuviera la responsabilidad de que sus actos fueran conformes con la Constitución —como a grandes rasgos sigue siendo el caso en Francia y en Gran Bretaña para el Legislativo.

Marshall fue más allá y con ello quiso lograr una solución adecuada a los requerimientos políticos actuales: quería prevenir el riesgo de un abuso del poder por parte del Legislativo. En su momento reflejó justamente el espíritu de su época. Por medio de Alexis de Tocqueville, la idea de la Constitución norteamericana se dio a conocer

¹² Con respecto al desarrollo en Francia, véase Noll: *Internationale Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1992, pp. 53 ss.

¹³ 5 US (1 *Cranch*) 137 (1803).

¹⁴ *Dred Scott v. Sandford* 60 US 393 (1857).

¹⁵ RGZ 111, 320.

¹⁶ RGZ 124, 173.

¹⁷ Véase, a este respecto, Madison, en *The Federalist*, n.º 51, p. 26.

también en Europa¹⁸ y contribuyó, por ejemplo, a que en Alemania, después de la revolución burguesa de 1848, un órgano de alto nivel, la Asamblea de la Iglesia de San Pablo, exigiera que se instalara un tribunal constitucional. En aquella época el reclamo todavía no tuvo éxito. En Alemania, la idea de un tribunal constitucional dio frutos después de la Segunda Guerra Mundial, y un factor importante para ello fue la experiencia del Estado de injusticia totalitaria del nacionalsocialismo. Pero, a pesar de esto, la idea del control de leyes efectuado por un tribunal fue controversial. En este sentido, un experto en derecho constitucional, conservador y muy influyente, Carl Schmitt, formuló la tesis de que la facultad del control de constitucionalidad de las normas provocaba una juridificación de la política y una politización de la justicia, en la cual las dos no tenían nada que ganar, pero todo que perder.¹⁹ Estos pensamientos tenían seguidores también en la Alemania de la posguerra.

Naturalmente, desde el punto de vista político es controversial el derecho de revisión del juez, pero renunciar a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley también puede ser políticamente controversial. Si el ordenamiento del derecho constitucional deja margen en la aplicación del derecho —lo cual es indudablemente el caso—, entonces la cuestión de lo que se hace con este margen se convierte en algo políticamente controversial. Sin embargo, el poder jurídico para tomar la última decisión, que además es vinculante, va unido con una gran responsabilidad. Una politización no pertinente se puede evitar solamente si los tribunales constitucionales ejercen su poder de manera cautelosa, si en asuntos políticos reina el pensamiento de la neutralidad y si toman sus decisiones basados en una metodología de derecho constitucional que corresponde con el nivel de desarrollo de la justicia y del Estado.

En Alemania el Tribunal Constitucional, con su continua concreción de los preceptos constitucionales y el implacable e independiente control del uso del poder por parte del Estado, se convirtió en una garantía importante durante la transición al orden del Estado de derecho en Alemania. El orden jurídico y político alemán se vería bien diferente sin este tribunal, y el éxito económico fenomenal de Alemania después del colapso económico al final de la Segunda Guerra Mundial no habría sido posible si este tribunal, y naturalmente también los otros tribunales, no hubieran creado certidumbre jurídica y si los ciudadanos no hubieran podido actuar con la confianza de tener un aliado equitativo en la implementación de sus derechos.

En su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional se ha fijado al mismo tiempo en que el principio normativo de la división de poderes se convierta también en la máxima para la actuación del orden estatal. Esto no se hace solamente porque el tribunal mismo actúa como controlador de los demás tribunales. Tiene también la atribución de vigilar las estructuras plasmadas en el resto del orden constitucional que se vinculan con la idea de la división de poderes. Parte de ello es el orden federal, que en Alemania

¹⁸ Alexis de Tocqueville: *De la démocratie en Amérique*, 1840.

¹⁹ Véase Schmitt: *Verfassungslehre*, 4.ª ed., 1969, p. 119.

realmente tiene una larga tradición, pero que al procesar las experiencias con el régimen de injusticia nacionalsocialista centralista tuvo que ser reinstaurado. El federalismo es considerado un medio para tener contrapesos contra el poder central de la federación, es decir, a través de los estados de la federación, con sus parlamentos propios, también de elección popular.

Por eso, el Tribunal Constitucional Federal decide en casos de “diferencias de opinión en cuanto a derechos y obligaciones de la Federación y de los Estados”.²⁰ Estos derechos y obligaciones tienen que resultar de la Constitución. El baremo para la revisión son sobre todo las reglas de competencia de la Constitución (Ley Fundamental) y el principio no escrito de la lealtad a la federación, que obliga a la federación y a los *Länder* a tenerse en cuenta mutuamente. Esto hace necesario que los poderes se coordinen recíprocamente. Sobre todo en el inicio de la República Federal, cuando el orden democrático y del Estado de derecho todavía no se habían “armonizado”, se dieron controversias importantes en la relación entre la federación y los *Länder*. Más tarde la relevancia práctica de estas controversias disminuyó considerablemente. Hoy en día no suelen tener lugar como controversias independientes, sino como disputas por la constitucionalidad de las leyes que rigen la relación entre la federación y los *Länder*, es decir, en forma de las acciones de inconstitucionalidad.

Otra área de conflictos constitucionales se refiere a la protección del orden descentralizado en los *Länder* mismos. Los municipios en Alemania, por ejemplo, tienen un derecho fundamental de autoadministración municipal (artículo 28 de la Ley Fundamental) y se pueden defender mediante un amparo municipal contra posibles violaciones de este derecho (artículo 93, § 1, n.º 4, b, de la Ley Fundamental). El Tribunal Constitucional federal puede entrar en acción para proteger los derechos de autoadministración de otros órganos. Un ejemplo es la protección de la autoadministración de asuntos de las personas jurídicas del derecho público que para proteger el interés público les han sido transferidos para su autoadministración —por ejemplo, las asociaciones de abasto de agua potable²¹ o las cajas de notarios que se encargan de la previsión para la vejez de los notarios.²²

8. Modificaciones en la relación entre el Estado y la sociedad

El principio de la división de poderes ha demostrado su utilidad en el ámbito mundial, si bien no se ha podido imponer todavía en todas partes. Llenarlo de vida concreta seguirá siendo un cometido para el futuro. En ello es muy importante —y quiero volver a resaltar esto— hacerlo de tal modo que, por una parte, contribuya al equilibrio de poderes y que aumente la calidad de cumplimiento de las tareas, pero

²⁰ Artículo 93, § 1, n.º 3, de la Ley Fundamental.

²¹ Véase BVerfGE 107, 59.

²² Véase BVerfGE 111, 191.

que, por otra parte, no debilite de tal modo a los agentes que no tengan ni la disposición ni la capacidad para asumir responsabilidades.

El principio de acotar el poder tampoco se debe emplear de tal modo que el Estado, allá donde se lo necesite como un contrapeso de otros poderes, esté tan limitado que su capacidad para realizar funciones públicas se vea demasiado debilitada. Como ya se mencionó, el Estado tiene que estar preparado para fungir como contrapeso de factores de poder nacionales o internacionales en la sociedad, cuando éstos hagan peligrar la libertad y el bien común.

Esto no excluye la opción de redistribuir las tareas entre agentes estatales y sociales, tal como está siendo el caso actualmente debido a la economización y la desregulación en muchas partes. En muchos Estados del mundo, entre ellos Alemania, el ejercicio de las funciones públicas en diversas áreas ha sido transferido en cada vez mayor medida a la autorregulación social (por ejemplo, a través del mercado económico). Esto corresponde a los principios básicos de un orden liberal, en el cual el Estado no es un fin en sí mismo, sino que debe actuar solamente si las funciones se ejercen menos bien sin él.

Paralelamente a esta mayor transferencia de funciones a la autorregulación social, se ha dado un claro aumento de la cantidad de leyes estatales, como una reacción a que el cuidado del bien común debe seguir ejerciéndose en forma legal, aunque estas formas han cambiado en comparación con las épocas en las que el Estado (de bienestar) creía ser el más indicado para ejercer de la mejor manera muchas de estas funciones. En Alemania, en los últimos años el papel del Estado ha cambiado sustancialmente, también debido a la influencia de la Unión Europea, sin que por ello haya sido liberado de su función como garante de libertad y de condiciones de vida dignas.

Esto ha provocado que en Alemania los derechos fundamentales, que por la evolución histórica eran dirigidos solamente contra el Estado, se hayan convertido cada vez más en principios básicos del orden social en su totalidad.²³ Tiene sus efectos también allá donde el Estado ya no figura, sino que son los factores de poder en la sociedad los que podrían hacer peligrar la libertad. En este sentido, en Alemania se da una construcción especial. La base de ello es el hecho de que, a diferencia de lo que se observa en los países anglosajones, en Alemania el derecho público y el derecho privado están separados como regla general. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal ha determinado ya hace mucho que los derechos fundamentales representan un orden de valores que impregna todas las áreas del derecho. En todas aquellas circunstancias en las que el derecho civil trabaja con términos que todavía requieren ser llenados de valores, sobre todo cuando se trata de cláusulas generales como la prohibición de actuar contra las buenas costumbres, los parámetros para llenar estos términos deben derivarse de los derechos fundamentales. La clave aquí es *la vigencia de los derechos fundamentales también para particulares en su relación*

²³ BVerfGE 1, 14; BVerfGE 6, 309; BVerfGE 8, 122; BVerfGE 12, 205; BVerfGE 13, 54.

jurídica unas con otros, vigencia proporcionada mediante la aplicación, por los tribunales estatales, de los términos que requieren ser llenados de valores.

Esta construcción es importante cuando se trata de limitar a los agentes de poder en la sociedad en su ejercicio del poder, también cuando actúan con recursos del derecho civil; por ejemplo, con el derecho contractual. Un ejemplo de ello es el control de las condiciones contractuales generales establecidas por las empresas o los consorcios, que son determinantes para muchos contratos individuales sin que el ciudadano individual pueda influir en su contenido. Cuando se da un control de los tribunales, el parámetro de los derechos fundamentales puede tener consecuencias. El hecho de que estos derechos fundamentales y de libertad estén impregnando todo el orden jurídico —en cierto modo, el proceso de ir constituyendo el orden jurídico— ha modificado a la vez la función del Tribunal Constitucional alemán y en algunas instancias la ha ampliado. Ya no es sólo responsable de determinar las relaciones entre los diferentes poderes en el Estado y de la protección de la libertad ante las autoridades estatales, sino también de que el orden social en general sea un orden de libertad, es decir, también para los que no tengan poder.

Viendo este cambio en la jurisdicción constitucional se puede notar que tampoco los tribunales constitucionales se encuentran nunca ante un orden terminado, sino que ellos mismos deben ser capaces y tener la voluntad de percibir la realidad que los rodea. Para ello se requiere una mirada abierta a las relaciones de poder en una sociedad. Aun si las condiciones cambian continuamente, los tribunales constitucionales tienen que defender los ideales que deben ser característicos de un Estado de derecho democrático y liberal. Parte de ello es que se autodefinan como los guardianes supremos del efecto del principio de la división de poderes. Éste, sin embargo, no debe concebirse como un principio formal y petrificado. Debe ser interpretado y aplicado de tal modo que se puedan lograr los objetivos que se persiguen con él. En esto podría resultar que el nivel de desarrollo difiriera en los distintos órdenes jurídicos, lo cual puede ser un incentivo para el aprendizaje de cada cual.

Ernesto Jinesta L. (Costa Rica)*

Relaciones entre jurisdicción ordinaria y justicia constitucional **

Introducción

Los puntos de encuentro y desencuentro entre la jurisdicción ordinaria y la justicia constitucional surgen, básicamente, a partir del análisis y el estudio de una serie de instituciones tales como el carácter normativo de la Constitución o su eficacia directa e inmediata, la vinculación más fuerte de los derechos fundamentales, la facultad del juez común de desaplicar una norma o acto de rango legal o infralegal cuando exista un precedente para un caso similar o idéntico, la consulta judicial de constitucionalidad en caso de tener duda fundada de inconstitucionalidad, y la aplicación, por la jurisdicción ordinaria, del principio de interpretación conforme con el derecho de la Constitución.

Las próximas líneas versan sobre esas relaciones, desde la perspectiva del derecho positivo constitucional costarricense y su jurisprudencia.

* Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. <ejinestal@Poder-Judicial.go.cr>.

** Conferencia pronunciada en I Encuentro de Cortes y Salas Constitucionales de Centroamérica y República Dominicana, Santo Domingo de Heredia (Costa Rica), 27 de febrero del 2006.

1. Interrogantes

Cuando se habla de la interpretación y aplicación del derecho de la Constitución por la jurisdicción ordinaria, surgen una serie de interrogantes fundamentales, como las siguientes:

- a) ¿Existe un monopolio en la interpretación y aplicación del derecho de la Constitución por el Tribunal Constitucional?
- b) ¿Es el Tribunal Constitucional el sumo o único intérprete del derecho de la Constitución?
- c) ¿Los valores constitucionales de seguridad y certeza jurídicas imponen una interpretación y aplicación únicas del derecho de la Constitución?
- d) ¿Atenta la pluralidad de intérpretes contra los principios de unidad, coherencia y seguridad del ordenamiento jurídico?
- e) ¿Existe una clara conciencia del juez de aplicar preferentemente el derecho de la Constitución?
- f) ¿Existe una contracultura judicial en aplicar una ley o un reglamento que roce con el derecho de la Constitución?
- g) ¿Riñe el principio de interpretación conforme al derecho de la Constitución con el carácter vinculante *erga omnes* de las sentencias de la Sala Constitucional?

En esta exposición tendremos oportunidad de evacuar esas interrogantes y de arribar a algunas conclusiones que nos clarifiquen el panorama.

2. Supremacía y valor normativo inmediato y directo del derecho de la Constitución¹

El derecho de la Constitución, conformado por las normas, principios, valores constitucionales y la jurisprudencia de la Sala Constitucional, vincula a todos los poderes

¹ Sobre el particular, Schneider distingue, dentro del supraconcepto *validez constitucional*, entre *aplicación directa* (concreción) y *eficacia mediata* (actualización) o aplicación indirecta de las normas constitucionales. Por la primera entiende “la consciente y querida concreción de la Constitución, según reglas técnicas fijas, por los órganos estatales y miembros de la organización jurídica, siempre que se traduzca en la preparación y adopción de medidas y decisiones por parte del poder público”. Por su parte, la eficacia indirecta o mediata está referida al momento en que “las normas constitucionales son cumplidas y actualizadas, consciente o inconscientemente, por centros estatales de decisión, instituciones sociales y ciudadanos, pero, desde luego, no por un mandato expreso o por coacción”, por ello, indica que “sólo los órganos estatales, autoridades y los tribunales pueden aplicar directamente la Constitución, mientras que los efectos indirectos se manifiestan a través de la conducta de personas concretas”. Hans Peter Schneider: *Democracia y Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 75.

públicos y a los ciudadanos. La Constitución es una norma jurídica, fuente de derecho en sentido propio, y que, por ende, integra e informa todo el ordenamiento jurídico (artículos 6, párrafo 1.º, inciso *a*, de la Ley General de la Administración Pública y 1.º del Código Civil).²

En esa inteligencia, el derecho de la Constitución forma parte del bloque o parámetro de legalidad que le corresponde interpretar y aplicar al juez ordinario al ejercer la función jurisdiccional (artículo 154 de la Constitución Política).

Precisamente, en ese sentido la Sala Constitucional, en los votos n.º 3035-96 de las 10:51 h, 3036-96 de las 10:44 h y 3038-96 de las de las 11 h, todos del 21 de junio, puntualizan (considerandos III, IV y II, respectivamente) que el derecho de la Constitución es “un elemento de legalidad, y del más alto rango por cierto”.

El valor normativo directo e inmediato de la Constitución se encuentra expresamente consagrado en los artículos 11, 18, 154 y 197 del texto constitucional. El numeral 11 preceptúa que todos los funcionarios públicos “[d]eben prestar juramento de *observar y cumplir esta Constitución* y las leyes [...]”; este artículo debe concordarse con el 194. El ordinal 18, al establecer los deberes constitucionales de los costarricenses, indica con meridiana claridad que “[...] *deben observar la Constitución* y las leyes [...]”. En lo atinente al Poder Judicial, el artículo 154 estatuye que “[...] *sólo está sometido a la Constitución* y a la ley [...]”. Por último, el artículo 197 dispuso mantener vigente el ordenamiento jurídico existente a partir de la entrada en vigencia de la Constitución —8 de noviembre de 1949— “[...] mientras no sea modificado o derogado por los órganos competentes del Poder Público, *o no quede derogado expresa o implícitamente por la presente Constitución*”.

Lo anterior implica, ante todo, que el carácter meramente programático que se les atribuía a los preceptos constitucionales ha quedado absolutamente superado y desfasado con el reconocimiento de su eficacia jurídica directa e inmediata.

La Constitución establece y configura el Poder del Estado, sus objetivos y prestaciones en beneficio de la colectividad, pero, al propio tiempo, instituye sus límites, mediante la atribución del orden de las competencias y la consagración de los derechos y garantías individuales (derechos fundamentales). La Constitución conforma un sistema normativo emanado del pueblo como titular de la soberanía en el ejercicio de su función constituyente.³

La Constitución ocupa la posición de la norma suprema y fundamental del ordenamiento jurídico, el cual gira en torno de ésta, dado que define el sistema de fuentes y tiene una pretensión evidente de permanencia. En ese sentido, constituye un parámetro superior y permanente (superlegalidad formal y material) de la validez de las

² Así Gregorio Peces-Barba: *La Constitución española de 1978, un estudio de derecho y política*, Valencia: Fernando Torres-Editor, 2.ª ed., 1984, p. 99.

³ Véase Eduardo García de Enterría: *La Constitución española de 1978, un estudio de derecho y política*, Valencia: Fernando Torres-Editor, 2.ª ed., 1984, p. 49.

leyes, lo que se traduce en el principio de supremacía, que impone al juez ordinario una vinculación más intensa y más fuerte que la emanada de la propia ley.⁴

Tal eficacia directa e inmediata del derecho de la Constitución supone, ineluctablemente, sin desmedro de la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, normas y actos contrarios a la Constitución, que todos los jueces y tribunales ordinarios deben interpretarla y aplicarla (verbigracia, enjuiciamiento previo de la constitucionalidad de la norma aplicable, el que puede traducirse en un juicio positivo de constitucionalidad de la norma o acto aplicable al caso concreto, uno dubitativo fundado de constitucionalidad que desemboca en la consulta judicial de constitucionalidad; la aplicación de los principios y valores constitucionales que deben informar la práctica judicial⁵ —entre los que destaca el de interpretación conforme a la Constitución—, así como de la jurisprudencia de la Sala Constitucional que resulta vinculante *erga omnes*).

En los votos supracitados, la Sala Constitucional deja claramente establecida la eficacia directa e inmediata del derecho de la Constitución y el poder-deber del juez del orden común de interpretarlo y aplicarlo sin esperar su desarrollo por el legislador, en el ejercicio de su libertad de configuración, o por la Administración Pública al utilizar las potestades reglamentaria y de autotutela declarativa.

En los considerandos III, IV y II, respectivamente, esa Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, subraya que el derecho de la Constitución es:

[...] vinculante por sí mismo para todas las autoridades y personas, públicas y privadas, inclusive, con mayor razón, para los tribunales de justicia, de todo orden y de toda materia. En este sentido la Sala ha definido, con el valor vincular *erga omnes* de sus precedentes y jurisprudencia (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), los alcances de dicha sujeción con respecto a los tribunales de justicia, a los que corresponde el ejercicio universal y exclusivo de la función jurisdiccional [...] como sigue:

a) El Derecho de la Constitución les vincula directamente, y así deben aplicarlo en los casos sometidos a su conocimiento, sin necesidad de leyes u otras normas o actos que lo desarrollen o hagan aplicable [...]

No es ocioso advertir que la jurisdicción ordinaria, desde el momento en que despliega la función jurisdiccional (conociendo de las causas, resolviéndolas definitivamente y ejecutando las resoluciones que pronuncien —artículo 153 Constitución

⁴ Así Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, reimpr. 3.ª ed., 1991, pp. 49-50. Véase en igual sentido Pablo Pérez Trepms: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid: CEC, 1985, p. 119; J. A. Santamaría Pastor: *Principios de derecho administrativo*, Madrid: Centro Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 149-152. Claudio Movilla Álvarez: “Sistema político y jurisdicción contencioso-administrativa”, en *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid: Tecnos, 1987, p. 101.

⁵ Así T. Freixes Sanjuán y J. C. Remotti Carbonell: “Los valores y principios en la interpretación constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 35, mayo-agosto 1992, pp. 104-105. Pablo Lucas Verdú: *El sentimiento constitucional*, Madrid: Reus, 1985, p. 117.

Política—), para tutelar efectivamente los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados (artículos 41 y 49 Constitución Política), está aplicando el texto constitucional de forma directa e inmediata.

3. ¿Impide un sistema concentrado de control de constitucionalidad que el juez ordinario interprete y aplique directamente la Constitución?

De la parte considerativa de los votos supracitados, se puede inducir la existencia de una suerte de reserva constitucional en lo concerniente al control de la constitucionalidad de las normas y actos sujetos al derecho público. Esta conclusión encuentra firme asidero en el artículo 10 de la Constitución Política, que dispone: “Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, declarar por mayoría absoluta de sus miembros la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público [...]”. Es así como, a tenor de la Carta Magna, sólo la Sala Constitucional puede declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de normas de cualquier naturaleza y actos sujetos al derecho público con efectos retroactivos (*ex tunc*) y *erga omnes*.

La Sala Constitucional, en el voto n.º 1185-95 de las 14:33 h del 2 de marzo de 1995, se decantó, mayoritariamente, por un sistema de control de constitucionalidad concentrado y no difuso. Ese aserto nos conduce, ineluctablemente, a concluir que el juez común no puede, bajo ningún concepto, declarar *ex tunc* y *erga omnes* la inconstitucionalidad de una norma o acto sujeto al derecho público, puesto que el control de constitucionalidad es de competencia exclusiva de la Sala Constitucional.

Empero, la aceptación de un sistema de control de constitucionalidad concentrado no puede suponer, desde ningún punto de vista, el fraccionamiento o la bipartición del ordenamiento jurídico, es decir, la aceptación de un nivel de legalidad ordinaria (infraconstitucional) y otro de constitucionalidad. La Constitución permea todos los estratos jerárquicos del ordenamiento jurídico (principio kelseniano de la regularidad jurídica), además de constituir el fundamento o factor aglutinante del entero sistema jurídico, por lo que el juez ordinario, al momento de interpretar y aplicar cualquier norma o acto, no puede marginar los preceptos, valores y principios constitucionales.⁶

La existencia de una jurisdicción constitucional no supone, *per se*, la ausencia de competencia de la jurisdicción ordinaria en materia constitucional, dado que todo órgano jurisdiccional común tiene, según lo apuntado, el deber de garantizar la observancia y la aplicación de la Constitución, pues su función es asegurar la supremacía del derecho y la preservación del ordenamiento jurídico.⁷

⁶ Véase Luis Díez-Picazo: “Tribunal Constitucional y Poder Judicial”, en *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid: Tecnos, 1987, p. 83.

⁷ En este sentido la doctrina ha distinguido entre el juez constitucional en sentido estricto y el juez constitucional en sentido amplio; es este último el juez ordinario que está vinculado fuerte y directamente a la Constitución, y por ende tiene el deber de instrumentalizar su valor normativo directo

Más aún, la labor exegética y aplicadora de la Constitución desplegada por la jurisdicción ordinaria ha supuesto que la dogmática jurídica haya relativizado las insuperables diferencias clásicas entre los dos sistemas de control de constitucionalidad por antonomasia (concentrado y difuso), al existir una serie de elementos comunes.⁸

Resulta, entonces, inadmisibles valerse del argumento de la existencia de un sistema concentrado “atenuado” o “reforzado” para circunscribir la interpretación y la aplicación de la Constitución de modo exclusivo o monopólico en la Sala Constitucional, pues de ser así se limitaría su valor normativo inmediato y directo. De otra parte, un monopolio de tal índole atentaría, frontalmente, contra el principio de equilibrio y colaboración de los poderes en el marco de un Estado social y democrático de derecho.⁹

Ahora bien, debe evitarse que el juez común, en el momento de interpretar y aplicar la Constitución, asuma una actitud conservadora, pasiva y sectorial, empleando instrumentos hermenéuticos propios de su especialidad, prescindiendo de las categorías dogmáticas del derecho constitucional. Resulta, entonces, de vital importancia que el juez ordinario cuente con una clara conciencia constitucional o “voluntad de Constitución”¹⁰ que permita el desarrollo pleno del carácter normativo de la Constitución.

Obviamente, los votos n.º 3035-96, 3036-96 y 3038-96 de la Sala Constitucional son encomiables al dar pasos sustancialmente relevantes para romper con el monopolio interpretativo y aplicativo de la Constitución, admitiendo una pluralidad de intérpretes y de aplicadores de ésta, todo en aras del principio de la supremacía de la Constitución.

e inmediato. Véase sobre el particular Francisco Rubio Llorente: “Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 4, enero-abril 1982, p. 42; Pedro Cruz Villalón: “¿Reserva de Constitución?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 9, septiembre-diciembre 1983, p. 206.

⁸ Así M. L. Balaguer Callejón: *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria*, Madrid: Civitas, 1990, p. 32; Mauro Cappelletti: “El control de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado”, en *La Justicia Constitucional*, México: UNAM, 1987, p. 23.

⁹ Véase Balaguer Callejón: o. cit., p. 35; Santamaría Pastor: o. cit., p. 162; C. J. Fernández Carnicero: “La interpretación de la norma constitucional”, en *La Constitución y las fuentes del derecho*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979, p. 795; J. Zafra Valverde: “La interpretación de las Constituciones”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1971, pp. 49 ss.

¹⁰ Así Konrad Hesse: *Elementos de derecho constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 66.

4. Juicio negativo de constitucionalidad por el juez ordinario: desaplicación de la norma o acto inconstitucional con vista en los precedentes de la Sala Constitucional

4.1. Juicio negativo de constitucionalidad

Este estado de certeza negativa de inconstitucionalidad en el juez puede surgir cuando la Sala Constitucional ha dictado alguna sentencia estimatoria de inconstitucionalidad para una norma idéntica o similar. En este supuesto, el juez ordinario debe atenerse a lo preceptuado en el artículo 8.º, inciso 1, párrafo *in fine*, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al indicar que el funcionario que administra justicia tampoco podrá “[...] interpretarlos ni aplicarlos de manera contraria a los precedentes o la jurisprudencia de la Sala Constitucional”, en referencia a las leyes, normas o actos de cualquier naturaleza.

Ese numeral referido de la LOPJ, resulta congruente con el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que otorga un efecto vinculante *erga omnes* a las sentencias vertidas por la Sala Constitucional.

Nótese que, en el voto n.º 1185-95 de las 14:33 h del 2 de marzo de 1995, la Sala Constitucional indicó en la parte dispositiva de forma explícita:

[...] no es inconstitucional el párrafo del inciso 1) del artículo 8 de la ley Orgánica del Poder Judicial, que obliga a los jueces a interpretar o aplicar normas o actos a un caso concreto, de conformidad con los precedentes o jurisprudencia de la Sala Constitucional [...].

En esta inteligencia, el juez ordinario puede desaplicar, para el caso concreto y con efectos *inter partes*, la norma que resulta idéntica o muy similar a una declarada inconstitucional, toda vez que el parámetro de constitucionalidad también está integrado por los precedentes de la Sala Constitucional.

Esta tesis resulta un tanto polémica en cuanto la desaplicación de una norma, aun para el caso concreto y con efectos *inter partes*, supone un control de constitucionalidad que no resulta congruente con el sistema *concentrado* de control de constitucionalidad existente en nuestro medio, según la tesis mayoritaria planteada por la Sala Constitucional en el voto n.º 1185-95, y más bien le imprime el carácter de *difuso*.

4.2. ¿Qué normas y actos puede desaplicar el juez ordinario cuando exista precedente de la Sala Constitucional?

4.2.1. Leyes formales

Con relación a las normas con rango de ley formal, se pueden plantear serias dudas acerca de su desaplicación para el caso concreto. En efecto, se ha sostenido que, dentro del marco de un sistema de control de constitucionalidad concentrado, el juez ordinario, como todo funcionario público, está impedido, por el principio de legalidad

(artículo 11 de la Constitución Política), para aplicar de forma directa la Constitución y desaplicar una norma o acto para un caso concreto, aunque los considere en contraste con ésta, por cuanto no existe ninguna norma que lo autorice y le atribuya expresamente esas competencias; esto es, está sometido a la ley.¹¹

Discrepamos de esa postura, toda vez que el ordinal 154 de la Constitución Política señala: “El Poder Judicial *solo está sometido a la Constitución y a la ley [...]*”. De esta manera, el constituyente dispuso que los jueces ordinarios estén sometidos y vinculados de forma directa e inmediata a la Constitución, lo que los obliga a defenderla mediante su interpretación y aplicación. Obsérvese que el juez del orden común tiene, a tenor de ese precepto, una vinculación más fuerte con la Constitución que con la propia ley. Asimismo, el artículo 11 *ibídem* le impone a todo funcionario público el deber de observarla y cumplirla a cabalidad.

En lo tocante a si la Constitución le atribuye al juez ordinario el poder-deber de desaplicar la norma o acto manifiestamente inconstitucional, es preciso observar que el artículo 153 *ibídem* le otorga al Poder Judicial, entre otras funciones, la de “[...] conocer las causas [...] resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie [...]”, de modo que una potestad implícita que integra su función de resolver definitivamente las causas sometidas a su conocimiento es la de desaplicar la norma o acto manifiestamente inconstitucional para el caso concreto, siempre y cuando exista precedente de la Sala Constitucional.

En esa inteligencia, el artículo 8, inciso 1°, de la Ley Orgánica del Poder Judicial n.º 7333, de 5 de mayo de 1993, *a contrario sensu*, especifica y desarrolla una de las potestades del juez ordinario dentro del marco de la función general que debe desplegar éste a tenor del texto constitucional.

En estos casos el juez común, al desaplicar una norma o acto manifiestamente inconstitucional, simplemente se limita a concretar su deber de sometimiento absoluto a la Constitución, respetando principios fundamentales como el de su supremacía jerárquica y la unidad del ordenamiento jurídico. Asimismo, al actuar de esa forma lo hace de conformidad con los artículos 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 8, párrafo primero, inciso 1.º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La ley ordinaria simplemente le concede al órgano jurisdiccional común la potestad de desaplicar la norma o acto evidentemente inconstitucional, vinculándolo a las normas, valores, principios constitucionales, y a los precedentes que la propia Sala Constitucional ha sentado, dado sus efectos *erga omnes* y al carácter de intérprete supremo, no único, que ostenta ésta.

¹¹ Así Luis Fernando Solano Carrera: “La aplicación directa de la Constitución (el caso de Costa Rica)”, en *Revista Judicial*, año XIX, n.º 61, abril 1995, p. 45.

Debe señalarse que, si el juez ordinario debe interpretar y aplicar la norma o acto para el caso concreto, según los precedentes de la Sala (artículo 8, párrafo primero, inciso 1.º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial), igual facultad debe tener para desaplicar, por inconstitucional, la norma o acto cuando así lo indique de manera manifiesta e inequívoca la doctrina establecida por la Sala Constitucional y el derecho de la Constitución.

Los principios de la supremacía constitucional (artículo 10 de la Constitución Política), vinculación o sometimiento más fuerte a la Constitución (artículo 154 de la Constitución Política), la eficacia directa e inmediata de los preceptos constitucionales y el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Sala Constitucional le imponen al órgano jurisdiccional defender, en el caso concreto, la Constitución, cuando la ley sea manifiesta y evidentemente inconstitucional —por existir precedente de la Sala— y no guarde la más mínima hesitación de constitucionalidad.¹²

En torno a esta tesis, la Sala Constitucional, en los votos n.ºs 3035-96, 3036-96, 3038-96 (considerandos III, IV y II, respectivamente), después de indicar el carácter vinculante del derecho de la Constitución y la necesidad de aplicarlo prescindiendo de normas y actos intermedios de desarrollo, fue enfática al señalar lo siguiente:

b) Sin embargo, al hacerlo no pueden desaplicar, por su propia autoridad, leyes u otras normas que consideren inconstitucionales, en cuyo caso deberán formular ante la Sala la correspondiente consulta judicial de constitucionalidad, en la forma prevista por los artículos 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 8.º inciso 1.º, párrafo 2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

c) Lo anterior, salvo que existan precedentes o jurisprudencia de esta Sala Constitucional, los cuales sí deberían acatar, incluso cuando para hacerlo deban desaplicar leyes u otras normas que resulten incompatibles con ellos (ver sentencia 1185-95 de las 14:33 horas del 22 de marzo de 1995, precisamente sobre la constitucionalidad del citado artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Está claro que el Juez del orden común ostenta esa facultad, siempre y cuando los “precedentes” y la “jurisprudencia” constitucionales permitan el encuadramiento del nuevo caso sub iudice, pues tal es el propósito de la norma contenida en el artículo 8.1, párrafo final, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Evidentemente, la Sala Constitucional, en los votos citados, sólo admite la des-aplicación de una ley formal cuando existan precedentes o jurisprudencia de la Sala (verbigracia, en materia de normas atípicas de presupuesto, leyes que establezcan penas o sanciones perpetuas, etcétera).

¹² “[...] todos los jueces de la República deben aplicar directamente la Constitución, razón por la que están obligados a desaplicar otras normas generales y los actos sujetos al derecho público que estimen contrarios al marco constitucional, aunque sea competencia exclusiva de la Sala Constitucional el reconocer la inconstitucionalidad de esas normas y actos [...]”. Luis Paulino Mora Mora: “La jurisdicción constitucional costarricense...”, citado por Solano Carrera: o. cit., p. 47. En igual sentido, Luis Paulino Mora Mora y Sonia Navarro Solano: *Constitución y derecho penal*, San José: Escuela Judicial, 1995, pp. 30-33.

Los referidos votos n.^{os} 3035-96, 3036-96 y 3038-96 suponen un innovación notable, puesto que, en la parte dispositiva del voto n.^o 1185-95, de las 14:33 h del 2 de marzo de 1995, se indicó que el artículo 8, inciso 1, de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es inconstitucional, “[...] siempre que se interprete que veda al juez del orden común capacidad para desaplicar normas o actos inconstitucionales con carácter ‘in casu e inter partes’, pero permitiéndole consultar a la Sala Constitucional cuando tenga duda fundada de la inconstitucionalidad de la norma o acto aplicable al caso concreto [...]”.

Nótese que de la parte dispositiva del voto de mayoría n.^o 1185-95 parece inferirse que la consulta facultativa de constitucionalidad dejó de ser tal para convertirse en preceptiva;¹³ adicionalmente ese voto contiene una interdicción general dirigida al juez ordinario para desaplicar cualquier norma o acto, independientemente de su jerarquía (legal o infralegal), sin considerar la existencia de precedentes.

4.2.2. *Normas y actos de rango infralegal*

En lo relativo a las normas y actos infralegales (disposiciones generales o reglamentos, simples decretos, acuerdos y resoluciones), los votos de la Sala no dejan margen de duda acerca del poder-deber del juez ordinario —específicamente contencioso-administrativo— para desaplicarlos por propia autoridad, al estimar (considerandos IV, V, III), lo siguiente:

[...] en tratándose de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y dado que ésta sí tiene competencia constitucional para conocer de la legalidad y, por ende, de la constitucionalidad de los actos y normas administrativos (artículo 49 de la Constitución Política), en este caso la prohibición de desaplicar por propia autoridad las normas constitucionales se limita a las de rango de ley formal, de manera que sí pueden-deben hacerlo con las de rango infralegal.

En realidad, se trata de una tesis que va mucho más allá, puesto que, a la luz de estos votos, el juez ordinario puede desaplicar aquellas conductas formales de rango infralegal incluso cuando no exista un precedente de la Sala Constitucional.

5. Juicio dubitativo de constitucionalidad de la norma o acto por aplicar: consulta judicial de constitucionalidad

Cuando el órgano jurisdiccional del orden común, al momento de interpretar y aplicar una norma o acto al caso concreto para resolverlo, tiene duda fundada de constitucionalidad, debe plantear la consulta judicial de constitucionalidad.

A través de este mecanismo el juez ordinario coadyuva, indirectamente, a que se ejerza el control de constitucionalidad sobre el ordenamiento jurídico, puesto que sólo

¹³ Tesis sostenida por Solano Carrera: o. cit., p. 51.

en virtud de su consulta puede la Sala Constitucional evacuarla y, eventualmente, dictar una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad. El papel protagónico que pueda tener el juez común en esta materia depende de su conocimiento y manejo del derecho Constitucional y, desde luego, de la forma en que plantea el juicio de probabilidad acerca de inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional.

Este mecanismo se encuentra normado en el título IV, capítulo III, artículos 102 a 108 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Puede tener un carácter facultativo, respecto a lo cual el artículo 102, párrafo 1.º, dispone:

Todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento.

El párrafo 2.º de ese mismo ordinal prevé una consulta judicial preceptiva:

[...] cuando haya de resolver los recursos de revisión a que se refiere el artículo 42 de la Constitución Política, fundados en una alegada violación de los principios del debido proceso o de los derechos de audiencia o defensa; pero esto solamente para los efectos de que la Sala Constitucional defina el contenido, condiciones y alcances de tales principios o derechos, sin calificar ni valorar las circunstancias del caso concreto que motiva el respectivo recurso.

El artículo 104 de la LJC estipula:

La consulta se debe formular mediante resolución en la que se deben indicar las normas, actos, conductas u omisiones cuestionados, y los motivos de duda del tribunal sobre su validez o interpretación constitucionales [...].

Por su parte, el artículo 8.º, inciso 1.º, párrafo 2.º, de la LOPJ dispone:

[Si los funcionarios que administran justicia] tuvieren duda sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, necesariamente deberán consultar ante la jurisdicción constitucional.

Cabe agregar que la consulta será procedente en todo caso, “[...] sin perjuicio de otras que se hayan planteado, o de acciones de inconstitucionalidad interpuestas o que se interpongan en el mismo proceso” (artículo 103 LJC).

A la luz de estas normas cabe concluir que el juez ordinario, cuando tenga duda fundada de constitucionalidad de la conducta que juzga, debe, ineluctablemente, formular la consulta judicial de constitucionalidad, incluso si tiene un estado íntimo de certeza negativa de constitucionalidad cuando no existe ningún precedente de la Sala Constitucional aplicable, es decir, pese a la que la conducta impugnada colida de forma evidente y manifiesta con algún componente del bloque de constitucionalidad (principios, valores y preceptos). Desde esta perspectiva, la consulta judicial deja de ser facultativa cuando el juez tiene un estado dubitativo fundado de inconstitucionalidad, puesto que necesariamente debe plantearse. Así, en el referido voto n.º 1185-95, de las 14:33 h del 2 de marzo de 1995, por voto de mayoría, la Sala Constitucional consideró:

[...] no es inconstitucional el inciso 1) del artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, siempre que se interprete que veda al juez del orden común capacidad para desaplicar normas o actos inconstitucionales con carácter “in casu et inter partes”, pero permitiéndole consultar a la Sala Constitucional cuando tenga duda fundada de la constitucionalidad de la norma o acto aplicable al caso concreto.

6. Juicio positivo de constitucionalidad

El juez ordinario, al conocer de la impugnación de una conducta, puede arribar a un juicio positivo de constitucionalidad, con lo cual no deberá plantear la consulta de constitucionalidad. En este caso, obviamente, debe interpretar y aplicar el derecho de la Constitución, puesto que para arribar a ese estado de certeza positivo debe enjuiciar la conducta a la luz de éste con todas las herramientas hermenéuticas y dogmáticas propias del derecho constitucional. Nótese que incluso en este caso el juez común puede aplicar el principio de interpretación conforme con el derecho de la Constitución.

Obviamente, se trata de un ejercicio de control de constitucionalidad que nunca será de conocimiento de la Sala Constitucional, salvo, claro está, si las partes interesadas en el respectivo proceso plantean la cuestión previa de inconstitucionalidad —a partir de un asunto pendiente de ser resuelto— ejerciendo el control concreto de constitucionalidad, en el que se invoque la inconstitucionalidad como medio razonable para amparar el derecho o interés que se estima lesionado (artículo 75, párrafo 1.º, LJC).

7. Principio de interpretación del ordenamiento jurídico conforme al derecho de la Constitución

7.1. Planteamiento general

En virtud de la supremacía o prioridad jerárquica (*lex superior*) y cualitativa de la Constitución y, desde luego, de su carácter normativo, todos los operadores jurídicos, y en especial los jueces, están obligados a interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico de consuno con las reglas, principios, valores constitucionales y la jurisprudencia de la Sala Constitucional, elementos que operan como parámetro hermenéutico.¹⁴ La Constitución deviene, así, en el contexto sistemático dominante en el cual ha de

¹⁴ “En consecuencia, pues, toda autoridad jurisdiccional, respetando la superioridad normativa de la Constitución y vinculado por ella, debe interpretar el ordenamiento jurídico a la luz de la norma fundamental, tanto en conflictos públicos como privados. Para ello deberá buscar dicha autoridad los principios generales, expresos o tácitos, que en la Constitución se encuentre para interpretar e integrar el resto del ordenamiento, ya que su constitucionalización les otorga una preferencia sobre cualquier otro principio general sea cual sea su origen”. Pérez Tremps: o. cit., p. 190.

interpretarse cualquier norma, acomodándola al sentido más adecuado de sus exigencias.¹⁵

A través de este principio la Constitución se convierte “en el elemento de coordinación e integración de todo el ordenamiento jurídico”,¹⁶ al ser fuente de criterios y directrices que le permiten al operador jurídico colmar las lagunas del sistema jurídico.¹⁷

En los votos n.º 3035-96, 3036-96 y 3038-96, la Sala Constitucional reconoce expresamente este principio y lo tiene por estrechamente ligado a la vinculación directa del derecho de la Constitución para el órgano jurisdiccional, al puntualizar (considerandos III, IV, II, respectivamente) lo siguiente:

a) El Derecho de la Constitución les vincula directamente, y así deben aplicarlo en los casos sometidos a su conocimiento, sin necesidad de leyes u otras normas o actos que lo desarrollen o hagan aplicable, *lo mismo que deben interpretar y aplicar todo el resto del ordenamiento en estricta conformidad con sus normas y principios* [...].

7.2. ¿Se contraponen el principio de interpretación del ordenamiento jurídico conforme con el derecho de la Constitución con el carácter vinculante erga omnes de la jurisprudencia o precedentes de la jurisdicción constitucional?

Parece existir una contraposición insalvable entre el principio de interpretación del ordenamiento jurídico conforme con el derecho de la Constitución, el que admite todo género de interpretaciones por parte de los operadores jurídicos —Administración y tribunales— de las normas infraconstitucionales bajo la condición de su compatibilidad con la Constitución, y la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Sala Constitucional (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), al ser sus interpretaciones sobre el ordenamiento subconstitucional vinculantes para los aplicadores del derecho. El primero admite una pluralidad de intérpretes, quizá con detrimento de la seguridad jurídica, y la segunda tiende a monopolizar en un órgano jurisdiccional la hermenéutica del texto constitucional, impidiendo la interpretación creadora de jueces y funcionarios administrativos compatible con el bloque de constitucionalidad.¹⁸

A nuestro juicio, esa incompatibilidad es solamente formal o aparente, puesto que el derecho de la Constitución se encuentra integrado, entre otros elementos, por

¹⁵ Véase Javier Delgado Barrio: “Reflexiones sobre el artículo 106.1 CE: El control jurisdiccional de la Administración y los principios generales del derecho”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid: Civitas, t. III, 1991, p. 2317.

¹⁶ Pérez Tremps: o. cit., pp. 188-189.

¹⁷ Véase Santamaría Pastor: o. cit., p. 163-164; Miguel Aparicio Pérez: “La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 3, mayo-agosto 1989, p. 50.

¹⁸ Véase R. Hernández Valle: *Derecho procesal constitucional*, San José: Juricentro, 1994, pp. 374-376.

los precedentes de la Sala Constitucional, los que, al propio tiempo, han desarrollado algunos valores y principios constitucionales.

De otra parte, aunque la Sala Constitucional haya dictado una “sentencia desestimatoria interpretativa conforme a la Constitución”, cualquier otra interpretación de los jueces de la norma previamente impugnada, congruente con el derecho de la Constitución, es válida y no quebranta el carácter vinculante de su jurisprudencia, puesto que el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional proscribía únicamente la interpretación del ordenamiento infraconstitucional en contraste con el bloque de constitucionalidad.¹⁹

7.3. Definición

Desde una perspectiva general, supone que el juez ordinario debe optar o acoger, entre las varias soluciones interpretativas, la que permita una interpretación de la ley, norma o acto conforme al derecho de la Constitución, prescindiendo de las que los colocan al margen de éste.²⁰ Esto es, el hermeneuta debe escoger la opción interpretativa que se mantiene dentro de los parámetros constitucionales.

En términos prácticos, para el juez que aplica e interpreta una ley, norma o acto, supone el deber de encontrar su concordancia con la Constitución, antes de desaplicarlos o de efectuar la consulta facultativa de constitucionalidad.

Este principio se sustenta en “[...] una doble presunción: subjetiva de que el legislador realizó su función dentro de los límites constitucionales (favor legislatoris); y objetiva de que la ley se ajusta a los parámetros establecidos por la Constitución (favor legis)”.²¹ Esta última supone que la norma o acto no adolece de ningún vicio que lo invalide, y su fundamento radica en la necesidad de conservar el derecho.

El problema que se plantea es si al aplicar este principio deben los jueces asumir una interpretación unívoca. La respuesta es negativa, pues al interpretarse una norma o un acto puede surgir una pluralidad de interpretaciones de su conformidad, igualmente correctas y conformes. Lo anterior obedece al carácter concentrado, indeterminado, fragmentario o abierto de muchos preceptos constitucionales y al contexto de consenso en el que surge la Constitución.

Esa interpretación de la norma o acto congruente con el derecho de la Constitución puede tener lugar, tal y como señala Hesse:

¹⁹ *Ibíd.*, pp. 397-398.

²⁰ Véase Raúl Canosa Usera: *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 206.

²¹ Antonio Pérez Luño: *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos, 1984, p. 280.

[...] donde la ley, sin el recurso a puntos de vista jurídico-constitucionales permite una interpretación compatible con la Constitución; puede tener igualmente lugar cuando un contenido ambiguo o indeterminado de la ley resulta precisado gracias a los contenidos de la Constitución.²²

No sobra, por lo demás, advertir que la interpretación no cabe contra el texto y el sentido de la propia ley, por lo que es recomendable no forzar el tenor literal de ésta.

7.4. *Fundamento*

Surge del principio *favor legitimitatis*, que pretende conservar el derecho para evitar el denominado *horror vacui* producido por la anulación de una ley,²³ asegurar la supremacía de la Constitución y respetar la seguridad jurídica.

También encuentra fundamento en otros principios, tales como el de jerarquía normativa, seguridad jurídica entroncado con los de unidad y coherencia,²⁴ los que suponen una interpretación coordinada del ordenamiento jurídico para evitar antinomias. También desempeña un papel importante el principio de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico, a efecto de evitar lagunas.²⁵

7.5. *Regulación legal*

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, en los que el principio se encuentra plenamente incorporado al derecho positivo,²⁶ en el nuestro se puede inferir fácilmente del artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

²² Hesse: o. cit., p. 51.

²³ La anulación de una ley provoca graves efectos, pues deja un vacío en el ordenamiento jurídico el cual no puede ser colmado de manera inmediata por el legislador, además de generar una situación de desconcierto para la totalidad de los poderes públicos y los ciudadanos. Véase García de Enterría: *La Constitución como norma...*, o. cit., p. 96.

²⁴ *Ibidem*, p. 97; Hesse: o. cit., p. 51.

²⁵ Pérez Luño, además de los fundamentos formales del principio, señala como éste supone la transposición de un postulado del derecho natural a la teoría del constitucionalismo y del Estado de derecho, pues no es un “mero banco de prueba de la adecuación formal de las leyes, es decir, de su respeto a las reglas de procedimiento que en cada sistema jurídico determinan la producción normativa, sino que es un criterio material que enjuicia el contenido de las normas y su conformidad con el contenido de la Constitución en su conjunto, o sea, con el sistema de valores, principios y normas que deben informar todo el ordenamiento jurídico” (o. cit., pp. 282-283).

²⁶ En España la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, del 1.º de julio, en su artículo 5.1 dispone: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos [...]”.

El inciso 1.º del párrafo 1.º de ese numeral establece que el órgano jurisdiccional no puede interpretar las leyes, normas o actos de manera contraria a los precedentes o la jurisprudencia de la Sala Constitucional; *a contrario sensu*, debe entenderse que el administrador de justicia debe interpretarlos conforme al derecho de la Constitución.

Como se ve, ese precepto impone una interpretación de las leyes, normas y actos *secundum constitutionem*; es decir, dentro del amplio abanico de significados o sentidos, el juez debe optar por el conforme con el derecho de la Constitución.

7.6. *Trascendencia*

El principio de interpretación del ordenamiento jurídico conforme al derecho de la Constitución, enunciado por la Sala Constitucional en los votos n.ºs 3035-96, 3036-96 y 3038-96, tiene una trascendencia enorme en cuanto a la creación judicial del derecho y, en general, con relación al funcionamiento de jueces y tribunales en su labor diaria de administrar justicia.

El principio presupone abrir el sistema de fuentes a la labor creativa del derecho por parte del juez; las normas no tendrán únicamente un sentido gramatical, sino también el extraído por el juez o tribunal para tenerlas por conformes con el derecho de la Constitución.²⁷

De esa forma, la jurisdicción ordinaria relativiza su sometimiento a la ley (artículo 154 de la Constitución Política), esto es, deja de ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, para introducir y conformar una doctrina que se incorpora al derecho objetivo e interpreta creativamente la ley (con relación a su texto literal), contribuyendo positivamente al proceso de transformación social.²⁸

Merced a este principio, la jurisdicción ordinaria goza de un campo muy fértil en el cual puede efectuar una interpretación constitucional de eficacia directa e inmediata.²⁹

²⁷ Véase Balaguer Callejón: o. cit., p. 50.

²⁸ *Ibidem*, p. 57.

²⁹ Se afirma, incluso, que el principio de interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución permite un control difuso de la constitucionalidad de la ley, pese a la existencia de un sistema concentrado, en cuanto se aplica según lo que el órgano contralor de la constitucionalidad entiende que es conforme con la Constitución. Véase Tomás de la Quadra: "Interpretación de la Constitución y órganos del Estado", en *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid: Tecnos, 1987, p. 30.

Fernando Muñoz León (Chile) *

Principios rectores del orden social e igualdad de oportunidades

1. Introducción

Siendo de interés constitucional considerar la relación entre un recto orden social y el problema tan contemporáneo de la igualdad de oportunidades, iniciaremos este recorrido en este trabajo a partir de la consideración del concepto o noción de *derecho social*. Ciertamente, es éste un concepto abierto que clama por su definición. No es una tarea fácil, pues atraviesa transversalmente las diversas ramas o disciplinas del derecho. Incluso más, pareciera chocar con las concepciones clásicas del derecho, según las cuales “la pareja de términos público/privado ingresó en la historia del pensamiento político y social de Occidente [...] y terminó por volverse una de las ‘grandes dicotomías’”.¹

Sin embargo, no hay lugar para la desesperanza. Ya es un hecho que la doctrina jurídica mundialmente ha proclamado la muerte de una concepción separatista del derecho, ya que, “al centrar la normativa constitucional en la dimensión social de las personas”, la Constitución “no ha hecho suyo, pues, el mundo del Estado constitucio-

* Licenciado en Derecho, Certificado Académico de Especialidad en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor ayudante de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad Andrés Bello. Becario Fulbright para el período académico 2007-2008. <fjmunoz@uc.cl>.

¹ Norberto Bobbio: *Estado, gobierno y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 11.

nal de primera generación, el de los dos hemisferios separados por regímenes jurídicos fuertemente diferenciados que dividían drásticamente lo estatal de lo particular”.²

La idea de derecho social es, ciertamente, polisémica; no es claro si con ella pretendemos referirnos a los *derechos sociales* contrapuestos a los derechos de primera generación, o a los derechos de tercera generación como *derechos colectivos* frente a los derechos individuales, o a los derechos con un contenido o *sensibilidad social*.

La madeja puede comenzar a desenrollarse al recordar que, por definición, *todo derecho es social*. El derecho es un fenómeno que surge ante la convivencia; es, ante todo, regulación de derechos o atribución de potestades, en un contexto de convivencia de titulares. Como destaca el derecho político, los requisitos para que exista un ordenamiento jurídico son la mundanidad, “en el sentido de que el hombre se halla en medio de las cosas animadas e inanimadas, y de sus semejantes”;³ la sociabilidad, “como tendencia del hombre a vincularse con los demás, sobre los cuales proyecta su actividad, al tiempo que en él repercute a su turno el comportamiento de sus semejantes”;⁴ y la politicidad, “en el sentido que, como consecuencia de encontrarse el hombre en el mundo y en relación con sus semejantes, comprende que le es necesario organizar la convivencia de la pluralidad de los que conviven y tiende a estructurarla”.⁵ Derecho y sociedad son, pues, dos conceptos inseparables e inescindibles.

Hecha esta precisión, podemos matizarla un poco más para perfilar de manera más precisa este concepto. Ciertamente, si bien todo ordenamiento jurídico tiene como condición de existencia a la sociedad, no suena convincente que podamos calificar de *social* al derecho que regía las sociedades capitalistas del siglo XIX, así como no podríamos llamar *humanista* o *personalista* al derecho que regía los países soviéticos durante el siglo XX. Convengamos que, una vez reconocido lo social como requisito existencial de lo jurídico, hilando más fino *no todo derecho es social*; por lo menos, en cuanto a su orientación o vocación. Para que podamos denominar como *social* a un derecho o a ciertos derechos, es necesario que en aquél o éstos se evidencie una preocupación sincera y diligente por cuidar de los espacios de convivencia comunitaria, a la luz de una noción de bien común inspirada en la *justicia social*.

El jesuita chileno Alberto Hurtado sostenía que la justicia social, a la cual también llama justicia general o legal, “determina el bien que corresponde a una sociedad en cuanto tal”⁶ y se traduce en dos sentidos: “sentido social, el primero, que nos hará sentirnos servidores del bien común”⁷ y “el segundo, sentido de responsabilidad, que

² Rolando Pantoja: *La organización administrativa del Estado*, Editorial Jurídica, 2004, p. 222.

³ Alejandro Silva Bascañán: *Tratado de derecho constitucional*, t. I, Santiago: Editorial Jurídica, 1997, p. 163.

⁴ *Ibíd.*

⁵ *Ibíd.*, p. 164.

⁶ Alberto Hurtado: *Moral social*, Santiago: Ediciones Universidad Católica, 2004, p. 216.

⁷ *Ibíd.*, p. 218.

tiene tanto sabor evangélico en la parábola de los talentos”.⁸ Si, en cambio, creemos que la única justicia posible es la justicia conmutativa, aquella que “se puede ventilar ante los tribunales”⁹ y “es la única que comprenden los espíritus simplistas, que desprecian por imprecisas y etéreas los otros tipos de justicia”,¹⁰ estaremos olvidando el papel del derecho como un instrumento para la satisfacción de las necesidades del hombre real al que está llamado a gobernar.¹¹

En este trabajo formularemos, a la luz de esta idea de la justicia social o derecho social, la construcción de un concepto de *igualdad de oportunidades* íntimamente ligada a dos principios rectores del orden social fundamentales desde una perspectiva humanista, y fortalecida por el reconocimiento constitucional de derechos coadyuvantes para esta noción de igualdad de oportunidades.

2. Principios rectores del orden social

Uno de los puntos centrales en la polémica jurídica del derecho natural y el derecho positivo es la eventual existencia de *principios* que, al margen de su consagración o reconocimiento positivo, estén dotados de un valor intrínseco; es decir, que deban ser obedecidos por el hombre en su actuar individual y grupal en virtud de la bondad que contienen en sí mismos.

Abordar esta polémica es una tarea de largo aliento que excede el objetivo de este trabajo. Sin embargo, no puedo sino señalar mi coincidencia con quienes creen, como Maritain, que “existe una naturaleza humana, y que esa naturaleza humana es la misma en todos los hombres”;¹² que en virtud de ella “el hombre tiene evidentemente fines que responden a su constitución natural y que son los mismos para todos”¹³ y que “hay, en virtud de la propia naturaleza humana, *un orden o una disposición que la razón humana puede descubrir, y según la cual debe obrar la voluntad hu-*

⁸ Ibídem.

⁹ Ibídem, p. 215.

¹⁰ Ibídem.

¹¹ Recordemos a Eduardo Novoa, quien situado en una necesidad similar señala que el derecho social es una rama independiente del derecho público y del derecho privado, “[e]n primer lugar, por el sujeto al cual está dirigido. El sujeto es el ser humano, pero no como ente aislado, no como un sujeto independiente que entra en relación con otro, sino como un integrante de un conjunto [...] En seguida, por la finalidad de este derecho, que no es la justicia conmutativa, como es la finalidad del Derecho Privado, sino la justicia distributiva y la justicia social. Esta es la justicia propia de este derecho, completamente distinta de los dos anteriores. Y en tercer lugar, el resorte de que se vale este derecho, no es el interés individual, sino que la solidaridad entre los seres humanos, la cooperación entre ellos; y es el desarrollo de estos lazos de solidaridad y cooperación, lo que hace precisamente que este derecho sea un derecho muy humano”. Eduardo Novoa: *Una crítica al derecho tradicional*, Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar, 1993, p. 108.

¹² Jacques Maritain: *Los derechos del hombre y la ley natural*, Leviatán, 1982, p. 66.

¹³ Ibídem.

mana para acordarse a los fines necesarios del ser humano. La ley no escrita, o el derecho natural, no es otra cosa que esto".¹⁴

Por lo demás, esta polémica se ha visto reformulada por los aportes de la doctrina contemporánea en materia de hermenéutica, especialmente constitucional. Así, podemos valorar la noción elaborada por Robert Alexy, quien recurre a la idea de *principios* como "*mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas".¹⁵ Esto sitúa en una nueva dimensión la idea de *principios*, abriéndole una consagración normativa.

A partir de esto podemos afirmar la validez y vigencia de *principios* en el ordenamiento jurídico mediante su consagración constitucional en el moderno constitucionalismo, y la fuerza vinculante de las declaraciones contenidas en el texto constitucional. La Constitución está dotada en todas sus partes de fuerza normativa, vinculante, plenamente operativa de suyo y sin intermediarios. Así lo señala la Constitución chilena en su artículo 6.º inciso 2.º, al decir que "los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos [del Estado], así como a toda persona, institución o grupo";¹⁶ así lo reconoce también la doctrina, cuando estudia fenómenos como el efecto horizontal de los derechos¹⁷ o la constitucionalización de diversas áreas del ordenamiento jurídico.

Afirmada ya la necesidad de reconocer la vigencia de principios en nuestro ordenamiento, es necesario vincular esta idea con la noción de *orden social*. La idea de un orden social es netamente normativa; nos habla de la "adecuada disposición de las cosas hacia su fin".¹⁸ En efecto, la idea de orden social es solidaria con la idea de un

¹⁴ *Ibíd.*, p. 67.

¹⁵ Robert Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86.

¹⁶ "En nuestro actual ordenamiento institucional se ha partido por consagrar, de manera explícita y sin ambigüedad, el reconocimiento a los principios y valores consustanciales a la naturaleza humana, de manera tal que ellos se han 'positivizado' o 'tipificado' en el sistema jurídico nacional". Enrique Alcalde: *Los principios generales del derecho*, Ediciones Universidad Católica, 2003, p. 154.

¹⁷ "Actualmente se acepta, en general, que las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano-ciudadano y, en este sentido, tienen un efecto en terceros o un efecto horizontal". Alexy, o. cit., p. 510.

¹⁸ Arturo Fermandois: *Derecho constitucional económico*, Ediciones Universidad Católica, 2001, p. 57. Sobre la base de este *bastidor filosófico*, como denomina a la idea de *orden*, el autor construye la siguiente definición de *orden público económico*: "el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana". *Ibíd.*, p. 58.

fin social, hacia el cual está finalizado. Burdeau nos ayuda a precisar esta noción señalando que “el orden social consiste en el *acondicionamiento de la vida colectiva según lo exija el Bien Común*”.¹⁹

Para hablar con propiedad de un *orden social*, los diversos elementos constitutivos de la sociedad —las personas, sus grupos, y sus relaciones jurídicas y extrajurídicas— deben estar dispuestos o finalizados al servicio del bien común.²⁰ El derecho cumple con su función formulando este orden a través de la amplitud de su instrumental.

Esta concepción no tiene nada de antropomórfica ni planificadora; no quiere decir que haya de satisfacerse a través de la planificación u organización predeterminada de la sociedad. No nos situamos en aquella categoría que describe Hayek al señalar que “quienes creen que todas las instituciones útiles son deliberadamente ideadas y que no se puede concebir nada eficaz para los propósitos humanos sin ir precedido de una consciente planificación son, casi por necesidad, enemigos de la libertad. Para ellos la libertad significa caos”.²¹

Por el contrario, el orden social se realiza eminentemente a través del *gobierno de las leyes*, también conocido como *Rule of Law* en el mundo anglosajón o más cotidianamente como *Estado de derecho*. Un *gobierno de hombres*, no de *leyes*, elude la seguridad jurídica y deriva en el particularismo, el capricho y la arbitrariedad; condiciones que repugnan a la idea de bien común. En definitiva, al hablar de un *orden social* no hacemos más que constatar que la sociedad “no puede mantenerse y progresar más que con base en un orden”.²²

El orden social tiene, pues, un fin: el bien común. Nuestra Constitución enuncia una noción de éste al decir que la finalidad del Estado es *promover* el bien común, del cual obviamente no es único responsable —ya queda claro al decir que el bien común es el fin de la sociedad toda, no exclusivamente del Estado—, para lo cual debe *contribuir a crear*²³ las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la misma Constitución esta-

¹⁹ Georges Burdeau: *Tratado de ciencia política*, t. I, vol. II, UNAM, 1982, p. 12.

²⁰ Silva Bascuñán señala en su *Tratado...* que “la Constitución comprende acertadamente que la sociedad en la cual el Estado se asienta, se estructura y se mueve, se integra no sólo por una pluralidad de individuos, sino por 1) personas, 2) familias y 3) cuerpos intermedios. Silva Bascuñán: o. cit., t. IV, p. 21.

²¹ Friedrich von Hayek: *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, 1997, p. 83.

²² Burdeau: o. cit., p. 11.

²³ Creo que en el lenguaje constitucional, la labor de *promover* se cumple con *contribuir a crear*. Son conceptos equivalentes. El Estado promueve el bien común cada vez que contribuye a crear las especiales condiciones allí señaladas. Es unánimemente reconocido que la exigibilidad de este deber es distinta a la exigibilidad de otras disposiciones; lo cual se entiende comprendiendo la labor de promover el bien común como un *mandato de optimización*, al decir de R. Alexy, el cual depende para su cumplimiento de los medios jurídicos y fácticos de que disponga el Estado.

blece. Coincide con esta noción la doctrina, que señala que es tal “el bienestar humano de la colectividad y de cada uno de los hombres que componen la sociedad; es el bien del todo y de las partes y es de orden moral y material al mismo tiempo”.²⁴

El bien común no se satisface de cualquier forma. No es cautelado el bien común en aquellas sociedades donde los individuos son oprimidos, o sus derechos son vulnerados, o donde no disponen de la posibilidad de realizarse espiritual y materialmente posible. Por esto, el derecho político ha proclamado dos principios que estructuran un orden social respetuoso del ser humano y de su intrínseca sociabilidad: la *subsidiariedad* y la *solidaridad*.

Subsidiariedad y solidaridad son *principios rectores del orden social*. Esto significa que ellos están llamados a impregnar axiológicamente la organización de la sociedad adoptada para promover el bien común. Como tales, no son recomendaciones o meros consejos dirigidos a la ciudadanía; tampoco son directrices únicamente vinculantes para el Estado. Son, como hemos dicho, “verdaderos valores normativos que inspiran el conjunto del ordenamiento jurídico, aun cuando no se encuentren exteriorizados conforme al modo de ser habitual de las normas”.²⁵ Por lo tanto, ellos son imperativos y exigibles frente a toda *persona, institución o grupo*.

La subsidiariedad puede ser entendida como *atribución de ámbitos legítimos de competencia entre individuos y sociedades*. La subsidiariedad nos enseña, en palabras de Pío XI, que así “como es ilícito quitar a los particulares lo que con su propia iniciativa y propia actividad pueden realizar para encomendarlo a una comunidad, así también es injusto, y al mismo tiempo de grave perjuicio y perturbación para el recto orden social, confiar a una sociedad mayor y más elevada lo que comunidades menores e inferiores pueden hacer y procurar”.²⁶

La subsidiariedad también opera como un auténtico *orden de prelación* respecto de ciertas actividades que, no pudiendo ser realizadas por los particulares, deben ser absorbidas por sociedades mayores y, particularmente, por el Estado. Así, Fermandois destaca que la subsidiariedad establece como requisitos para la intervención de una sociedad mayor, particularmente el Estado, que: (a) se trate de actividades, fines o bienes particulares claramente convenientes para el bien común general; (b) que los particulares no estén logrando en un nivel adecuado dichos fines o bienes particulares, o no exista en dicha área presencia alguna de particulares que se hayan

²⁴ Máximo Pacheco: *Política, economía y cristianismo*, Editorial del Pacífico, 1947, p. 53. También coincide Maritain, quien dice que “el fin de la sociedad es el *bien común* de la misma, el bien del cuerpo social. Pero si no se comprendiese que ese bien del cuerpo social es un bien común de *personas humanas*, como el cuerpo social es un todo de personas humanas, esta fórmula, a su vez, conducirá a otros errores, del tipo estatista o colectivista”. O. cit., p. 17.

²⁵ Alcalde: o. cit., p. 153.

²⁶ S. S. Pío XI: *Quadragesimo Anno*, 1931, n.º 35.

propuesto alcanzar dichos fines; y (c) que el Estado haya agotado lealmente todo su esfuerzo para que los particulares asuman tales actividades.²⁷

El fundamento último de la subsidiariedad es la primacía de la persona humana, que radica en su *dignidad*. El hombre es *digno* por cuanto es un bien en sí mismo. El Estado, en cambio, es *útil* por cuanto es un bien que sirve para lograr otros bienes. Así lo resume el jesuita Alberto Hurtado: “El Estado no es un fin en sí mismo, sino que está al servicio de la nación, esto es, de la comunidad. Debe, por tanto, respetar las libertades individuales y los derechos compatibles con las exigencias del bien común”.²⁸

La subsidiariedad ha cumplido un papel muy importante en orden a recordar a las sociedades modernas el papel que debe asumir el Estado en la búsqueda del bien común. Ella nos dice que, en cada ámbito de la sociedad donde el Estado asume un rol protagónico, “el peligro de absorción estatal es realísimo. El Estado tiende a substituir a los particulares, a los cuales debe estimular, pero jamás absorber ni reemplazar”.²⁹

Junto a la subsidiariedad, y en un mismo nivel, se encuentra la solidaridad. Para estos efectos, podemos entender la solidaridad como *el estrechamiento de destinos personales hacia el bien común*. El destino de cada uno de nosotros es solidario con el de nuestros semejantes en el marco de una comunidad humana. “En una sociedad bien ordenada deben existir miembros diferentes, diferentes funciones y cada una de ellas es tan importante para el bien común como las demás [...]. Por tanto, ninguna clase tiene el derecho de preferirse a otra, ni menos despreciar a las otras o considerarlas inferiores”.³⁰

La solidaridad nos recuerda que, en una comunidad humana, los problemas del otro no nos son ajenos: cada uno de nosotros depende de los otros. Ella es necesariamente complementaria de la subsidiariedad en cuanto instrumento para alcanzar el bien común por parte de *toda* la sociedad, en su integridad, y no abandonarlo como labor exclusiva del Estado según una óptica individualista. Álvaro D’ Ors, profundo pensador jurídico, observaba que “la subsidiariedad viene a exigir una observancia de la libertad de los grupos humanos en cualquier grado de la escala social [...] pero, al mismo tiempo, implica la subsidiariedad el principio de solidaridad, por el que los grupos inferiores deben contribuir también razonablemente al bien de los grupos superio-

²⁷ Fernandois: o. cit., p. 66. Agrega el autor que “una vez producida la intervención, nacen dos obligaciones esenciales que deben cumplirse:

”a) El Estado debe desempeñar las tareas subsidiarias estimulando siempre a los particulares a que suplan el vacío social cuanto antes y en la mayor medida posible. Luego, la acción estatal subsidiaria deberá ejercerse de la manera más descentralizada posible.

”b) El Estado debe retirarse y cesar su intervención el momento mismo en que los particulares asuman las actividades subsidiadas en un nivel compatible y aceptable para el bien común general”.

²⁸ Hurtado: o. cit., p. 95.

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ *Ibíd.*, p. 82.

res; por ello, el principio de solidaridad social no es algo prevalente frente a la subsidiariedad, sino un complemento de ésta”.³¹

Por su parte Muhammad Yunus, líder mundial en materia de microcrédito como herramienta de superación de la pobreza, afirma que “podemos reprocharle no pocos errores al sector privado, pero ¿cómo justificar que no hagamos nada para cambiar las cosas desde el interior? A diferencia de un gobierno, el sector privado está abierto para todos”.³²

Esta concepción del bien común como tarea de toda la sociedad nos lleva a discrepar de quienes afirman que la solidaridad es meramente una “virtud personal, y como tal una aspiración social, pero no un principio rector del orden social por cuanto no le es exigible a cada persona, sino en la medida de su propia capacidad de santificación”.³³ Por el contrario, como señala Pantoja, “al consagrar el principio de la servicialidad del Estado, la Constitución Política de la República estableció las bases de una sociedad solidaria”.³⁴

El error radica en pensar que el bien común es una tarea que debe realizarse cuando buenamente coincida con los intereses personales de los agentes económicos, en un esquema de mercado. Por el contrario, una sociedad libre sólo es posible cuando esa libertad está entrelazada con la responsabilidad. El destino común que hermana a los hombres en la tierra es el fundamento de la solidaridad, lo que en un sentido filosófico debe ser entendido por la naturaleza social del hombre.

Hemos trazado así los dos principios rectores del orden social necesarios para que la sociedad cumpla con su fin, que es el bien común, y el Estado cumpla su papel como instrumento de la sociedad políticamente organizada destinado a servir a tal tarea. Ciertamente, estos principios pueden ser complementados o incluso rebatidos; por cierto, quien escribe estas líneas estima que ellos responden adecuadamente a la finalidad que se les ha señalado de coadyuvar en la determinación del orden social funcional al bien común.

A quien nos reproche que estos principios sean *orientaciones valóricas*, le responderemos con Burdeau que “todas las reglas de conducta sociales descansan sobre valores que las justifiquen. Estos valores son creencias que revisten un carácter objetivo a partir del momento en que, pensadas por los miembros del grupo, se destacan de las conciencias individuales para motivar los comportamientos. Las reglas jurídicas como todas las normas sociales, encarnan, por tanto, valores. Solamente, que a diferencia de las reglas no jurídicas, los valores que consagran no les son propios;

³¹ Álvaro D’Ors: *La violencia y el orden*, Dyrsa, 1987, p. 118.

³² Muhammad Yunus: *Hacia un mundo sin pobreza*, Andrés Bello, 1997, p. 254.

³³ Fernando: o. cit., p. 75.

³⁴ Pantoja: o. cit., p. 219.

son tomados en sistemas de creencias que son anteriores y que, en dado caso, les sobreviven”.³⁵

Distinto sería decir que, siendo la subsidiariedad y la solidaridad valores pertenecientes netamente a la tradición católica, ellos no merecen ser consagrados constitucionalmente. A esta objeción responderemos que ambos principios, independizados de su origen doctrinario católico a través de su recepción por el *derecho político*, claman por una evaluación a la luz de la búsqueda del *bien común* y del *servicio a la persona humana digna*. Si se afirmara que ellos no conducen a la libertad e igualdad en dignidad y derechos de la persona, estaríamos de acuerdo en discutir su incorporación a la Constitución. Pero toda otra crítica, nacida de la desconfianza o el recelo, deberá ser desechada por meramente prejuiciosa e inconducente.

¿O acaso alguien objeta seriamente a la libertad de cultos su origen protestante, a la división de poderes su nacimiento liberal, a las asambleas constituyentes su sabor jacobino, al bicameralismo su inspiración feudal o estamental, a las declaraciones de derechos su sabor racionalista? Quienes formulan tales críticas se automarginan del *constitucionalismo democrático contemporáneo*. Éste se ha construido sobre la base de aportes de diversas tradiciones, y en ello no hay nada de malo. Por el contrario, esto se fortalece y arraiga en las sociedades actuales, herederas de esa convergencia de tradiciones culturales. Digamos con Hayek que, “aunque parezca paradójico, es probable que una próspera sociedad libre sea en gran medida una sociedad de ligaduras tradicionales”.³⁶

3. Subsidiariedad, solidaridad e igualdad de oportunidades

La subsidiariedad y la solidaridad, en cuanto *principios rectores del orden social*, son determinantes para estructurar una sociedad que ofrezca a todas las personas el derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Ella ha sido concebida como “el deber de situar a todos en el mismo punto de partida, para que cada individuo —contando con medios suficientes— pueda desarrollar sus habilidades y capacidades en condiciones objetivamente similares”.³⁷ Ambos principios tienen una importante función para caracterizar este derecho en una dimensión adecuada al *bien común*.

Desde una perspectiva subsidiaria, la primera precisión. Una idea colectivista de la *vida nacional* nos lleva a pensar en ella como un conjunto cerrado y predeterminado de actividades o situaciones. Muchos son los casos de sociedades donde los espacios de participación social están preasignados y preconstruidos; no es necesario ir a

³⁵ Burdeau: o. cit., p. 17.

³⁶ Hayek: o. cit., p. 83.

³⁷ Miguel Ángel Fernández: *Principio constitucional de igualdad ante la ley*, Lexis Nexis, 2004, p. 101.

la sociedad de castas hindú para encontrarlas, basta con recorrer la historia del siglo XX y conocer los distintos proyectos de sociedad corporativista. El siglo XXI no está exento de iniciativas *protocorporativistas*; en Chile, se ha calificado de esta manera a algunas iniciativas relacionadas, por ejemplo, con el reconocimiento constitucional de colectivos indígenas determinados. A propósito de este debate, y desde una perspectiva liberal, el profesor de Derecho Lucas Sierra afirmó que “los colectivos deben formarse desde ‘abajo’ y no por obra y gracia de la Constitución, desde arriba hacia abajo. Que se formen desde abajo quiere decir se confía en la voluntad de las personas: las personas forman el colectivo y el Estado lo reconoce. El reconocimiento constitucional de ‘pueblos’ me da la sensación de invertir la ecuación”.³⁸

Una concepción respetuosa de la riqueza del tejido social autónomo nos lleva a señalar que “definir los colectivos a reconocer [...] arriesgará siempre arbitrariedad y exigirá niveles de información que un organismo centralizado tiene escasa posibilidad de recolectar”,³⁹ y coincidir con Silva Bascuñán en que la vida nacional es “el conjunto de actividades que ellos —hombres, familias y grupos— desarrollan en el seno de la sociedad mayor, a la que se trata de dar unidad y organización a fin de enriquecerla mediante la representación y consecución del bien general”.⁴⁰

La solidaridad, por su parte, imprime sentido a la igualdad de oportunidades. En gran medida es gracias a la solidaridad como detectamos las necesidades que debe abordar el esfuerzo de la sociedad política organizada con la igualdad de oportunidades. Este análisis sólo puede tener lugar cuando ha ocurrido el *estrechamiento de destinos personales hacia el bien común* que produce la solidaridad.

La idea de *vida nacional* que proporciona el marco de acción a la igualdad de oportunidades también se sostiene en una noción solidaria. Recordemos que la idea misma de *nación*, soporte comunitario del Estado moderno, apela a la idea de que ella “es ante todo un sentimiento que surge de las fibras más íntimas de nuestro ser; el sentimiento de una solidaridad que une a los individuos en su voluntad de vivir juntos”.⁴¹

Una concepción solidaria de la igualdad de oportunidades no tiene problemas en reconocer que ella “conlleva el explícito reconocimiento de que en la sociedad existen diferencias que deben ser erradicadas, empleando los diversos instrumentos de que dispone el Estado, entre otros las acciones positivas, los cuales puede y debe impulsar y, en algunos casos, ejecutar directamente, aunque sin perder de vista su rol subsidiario”.⁴²

La igualdad de oportunidades se traduce en la búsqueda de *resultados*. Sabemos que se suele contraponer la igualdad de oportunidades con la igualdad de resulta-

³⁸ Lucas Sierra: “La Constitución y los indígenas en Chile: reconocimiento individual y no colectivo”, en *Revista de Estudios Públicos* n.º 92, 2003, p. 25.

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ Silva Bascuñán: o. cit., t. IV, p. 78.

⁴¹ Georges Burdeau: *Tratado de ciencia política*, t. II, vol. I, UNAM, 1985, p. 159.

⁴² Fernández: o. cit., p. 100.

dos; sin embargo, esta contraposición pudiera resultar engañosa, pues en la vida real lo que caracteriza a la igualdad de oportunidades es el hecho de que los sectores más indefensos o desprovistos de la sociedad obtengan la oportunidad efectiva de participar de los beneficios de la vida nacional. La igualdad de oportunidades requiere “una actuación dinámica, creativa, constructiva, imaginativa del Estado para lograr *no sólo la proclamación, sino, en el hecho*, la igualdad de oportunidades abierta a todos, para colocarlos también a todos en el mismo pie en la lucha por la obtención de sus objetivos”.⁴³ Una proclamada igualdad de oportunidades en la cual los sectores inicialmente marginados siguieran en ese estado de manera prácticamente perpetua sería, por lo menos, sospechosa y de dudosa efectividad.

La igualdad de oportunidades tiene muchas veces relación con el problema de la discriminación positiva, acciones positivas o *affirmative action*, como es conocida en el medio norteamericano. Esta herramienta de políticas públicas se enmarca en el proceso de desmantelación de la estructura social y legal de segregación y discriminación hacia la gente de color en los Estados Unidos. Fuertemente estudiada por la Corte Suprema, especialmente en su sentencia en el caso *Regents of University of California v. Bakke*,⁴⁴ es interesante señalar que en fecha reciente la ya retirada jueza Sandra Day O'Connor manifestó en la sentencia *Grutter v. Bollinger*:⁴⁵ “[...] han transcurrido 25 años desde que el Juez Powell aprobó por primera vez el uso de la raza para promover la diversidad el cuerpo estudiantil dentro del contexto de la educación superior. Desde aquella época, el número de postulantes pertenecientes a minorías con altas notas y resultados ha aumentado en efecto. Esperamos que de aquí a 25 años el uso de preferencias raciales no sea necesario para obtener ese objetivo”.⁴⁶

Es necesario, en todo caso, señalar que subsidiariedad y solidaridad no operan principalmente por separado; antes bien, se entrelazan en la construcción de una noción humanista de la igualdad de oportunidades, fundamentada en la proclamación de la *igualdad en dignidad y derechos* de todas las personas y orientada al cumplimiento del bien común de la sociedad.

4. Derechos constitucionales e igualdad de oportunidades

Los principios rectores del orden social, subsidiariedad y solidaridad, estructuran un entramado constitucional de la igualdad de oportunidades. Ella se ilumina con la proclamación, como *base de la institucionalidad*, del *derecho de todas las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional*. A continua-

⁴³ Silva Bascuñán: o. cit., p. 78.

⁴⁴ 438 U.S. 265 (1978).

⁴⁵ 539 U.S. 306 (2003).

⁴⁶ 539 U.S. 306 (2003), p. 31.

ción haremos un análisis dogmático de estas materias a la luz del texto constitucional chileno.

4.1. Matriz existencial de la participación con igualdad de oportunidades

La igualdad de oportunidades se sustenta en última instancia en la dignidad humana, reconocida por nuestro ordenamiento jurídico en su disposición más importante y fundamental: el artículo 1.º de la Constitución chilena. Por otra parte, se hace posible en virtud del reconocimiento prioritario a todas las personas —cualquiera sea su edad, sexo o condición— del *derecho a la vida*. Una recta concepción de la igualdad de oportunidades nos lleva a comprender la especial protección que el constituyente otorga al que *está por nacer*, quien merece en igualdad de condiciones y tal como cualquier individuo la oportunidad de vivir y poder llegar a ejercitar así sus derechos.

4.2. Matriz subsidiaria de la participación con igualdad de oportunidades

La perspectiva subsidiaria está marcada por el término *respeto*. Es el respeto por la libre iniciativa de la persona humana, así como el respeto por la realidad de la vida nacional de que hablaríamos con anterioridad. Aquel lleva al constituyente a prohibir las *diferencias arbitrarias*, a las cuales se oponen las diferencias racionales y respaldadas por la realidad. La igualdad de oportunidades, en efecto, utiliza el método de establecer diferencias racionales para lograr la *igualación* necesaria y suficiente en aras del bien común.

También están marcados por el mismo sello el *respeto a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia*; la *inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada*; la *libertad de conciencia*; la *libertad de cultos*; el *derecho a la libertad personal*; la *libertad de enseñanza*; el *derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos*; el *derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo*; el *derecho de presentar peticiones a la autoridad*; el *derecho de asociarse sin permiso previo*; la *libertad de trabajo y la prohibición de discriminaciones que no se basen en la capacidad o idoneidad personal*; el *derecho de sindicarse y la voluntariedad de la afiliación sindical*; y el *derecho a desarrollar cualquier actividad económica*.

4.3. Matriz solidaria de la participación con igualdad de oportunidades

La perspectiva solidaria está marcada, en primer lugar, por el término *protección*. Está presidida por la declaración constitucional del derecho de todas las personas a la *igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos*, afirmación consistente con el *deber del Estado de dar protección a la población*

y a la familia, y se traduce en el mandato constitucional de otorgar determinadas prestaciones a los ciudadanos. Alexy reconoce la existencia de este *derecho general a prestaciones* afirmando que, “sobre la base de normas iusfundamentales, cada cual se encuentra en las posiciones de derechos a prestaciones”,⁴⁷ a las cuales califica de “tan importantes que su otorgamiento o denegación no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria”,⁴⁸ motivo para que se las consagre a nivel constitucional.

Este deber de protección estructura el *derecho a defensa jurídica* y el correlativo *deber legal de proporcionar asesoramiento jurídico a quienes no puedan procurárselos por sí mismos*;⁴⁹ la *protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia*; el *derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación* y el recíproco *deber del Estado de preservación de la naturaleza* unido a la potestad legal para establecer *restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente*; el *derecho a la protección de la salud* y la consiguiente *protección estatal al libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo*; el *derecho a la educación* unido al *deber de la comunidad de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación*, particularizado mediante el *financiamiento estatal de un sistema gratuito de educación*; la *protección constitucional a la libertad de trabajo* y su límite inmanente en *la moral, la seguridad o salubridad públicas, o el interés nacional legalmente declarado*; el *derecho a la seguridad social*, y la *garantía estatal de acceso para todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes*.

Un segundo elemento de la matriz solidaria es la limitación de derechos, especialmente aquellos que configuran lo que se ha denominado el *orden público económico*. Entre estas limitaciones se encuentran la importantísima y solidaria *igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas*, sustentos de la *eventual destinación de determinados tributos a fines propios de la defensa nacional o al financiamiento de obras de desarrollo regional o comunal*; la *limitación del derecho a desarrollar actividades económicas exclusivamente por la moral, el orden público o la seguridad nacional*; las *limitaciones al derecho de*

⁴⁷ Alexy: o. cit., p. 435.

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ Derecho revitalizado hoy por la ley n.º 19 718, que crea la Defensoría Pública. Queda pendiente, sin embargo, la creación de un servicio público de asistencia jurídica gratuita, que haga realidad este derecho a la defensa mediante una atención entregada en su totalidad por profesionales.

propiedad y las obligaciones que deriven de su función social, la cual comprende cuanto exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental; y, finalmente, la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.

5. Conclusiones

La igualdad de oportunidades es un concepto constitucional que determina la actuación de los poderes públicos, de especial aplicación en la formulación de políticas públicas. Si bien en este ámbito el legislador y la Administración del Estado disponen de un amplio y discrecional ámbito de actuación, ellos deben especialmente respetar en su labor los derechos proclamados por el constituyente, interpretándolos a la luz de los principios rectores del orden social: la subsidiariedad y la solidaridad.

Bibliografía

- ALCALDE, Enrique: *Los principios generales del derecho*, Ediciones Universidad Católica, 2003.
- ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BOBBIO, Norberto: *Estado, gobierno y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- BURDEAU, Georges: *Tratado de ciencia política*, t. I, vol. II, UNAM, 1982; t. II, vol. I, UNAM, 1985.
- D'ORS, Álvaro: *La violencia y el orden*, Dyrsa, 1987.
- FERMANDOIS, Arturo: *Derecho constitucional económico*, Universidad Católica, 2001.
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel: *Principio constitucional de igualdad ante la ley*, Lexis Nexis, 2004.
- VON HAYEK, Friedrich: *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, 1997.
- HURTADO, Alberto: *Moral social*, Universidad Católica, 2004.
- MARITAIN, Jacques: *Los derechos del hombre y la ley natural*, Leviatán, 1982.
- NOVOA, Eduardo: *Una crítica al derecho tradicional*, Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar, 1993.
- PACHECO, Máximo: *Política, economía y cristianismo*, Editorial del Pacífico, 1947.
- PANTOJA, Rolando: *La organización administrativa del Estado*, Editorial Jurídica, 2004.
- PÍO XI: *Quadragesimo Anno*, 1931.
- SIERRA, Lucas: "La Constitución y los indígenas en Chile: reconocimiento individual y no colectivo", en *Revista de Estudios Públicos* n.º 92, 2003.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: *Tratado de derecho constitucional*, t. I y t. IV, Editorial Jurídica, 1997.

YUNUS, Muhammad: *Hacia un mundo sin pobreza*, Andrés Bello, 1997.

Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba (Ecuador) *

¿Prevalecen los tratados internacionales sobre la Constitución? Propuesta de una doctrina no extremista

Desde 1998, a raíz de la sanción de la nueva Constitución, ha comenzado a ganar fuerza una teoría que ubica jerárquicamente a los tratados por encima de la norma suprema ecuatoriana. Así, un juez que encontrara una norma constitucional contrapuesta a un tratado vigente en el Ecuador debería inaplicar la Constitución y declarar-la *inconstitucional*, por atentar contra el principio de jerarquía previsto en la misma Carta. Lo que comenzó siendo un argumento de pocos, hoy ha tomando cuerpo y adeptos. Hace falta, por tanto, revisar los aciertos e inconsistencias de la tesis.

Generalmente, en el derecho comparado esta antigua discusión se ha planteado en dos términos antagónicos: o bien se acepta el dualismo-superioridad de la Constitución, o bien uno se allana al monismo-primacía del tratado. En similares términos se está planteando la discusión en nuestro país. No se repara en que, por un lado, el dualismo excluye la posibilidad de una contradicción entre derecho interno y externo (no cabe aplicar el principio de jerarquía) y, por otro lado, que en el monismo el tratado puede irrumpir dentro del derecho interno no sólo por encima de la Constitución, sino también a la par (tratado de rango constitucional) o incluso por debajo.

* Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Hemisferios. Profesor de Derecho Constitucional. Autor de varios libros. <jcriofrio@coronelyperez.com>.

No considero que nuestra Constitución adopte una postura extrema. Antes de dar mi opinión, analizaré cómo se ha resuelto la cuestión en el derecho comparado; a continuación revisaré cuáles son las tesis ecuatorianas que apoyan la supremacía de la norma internacional, y cuáles son los argumentos en contra.

1. Jerarquía del tratado en el derecho comparado

Son poco usuales las constituciones que han reconocido su inferioridad frente a la norma internacional. A continuación cito algunas, a fin de mostrar la técnica legislativa que el constituyente ha usado para regularlas.

Para los partidarios de la supremacía del tratado ha resultado paradigmática la Constitución holandesa de 1953, que establecía tres cosas: a) que un tratado puede apartarse de los términos constitucionales, siempre que el poder legislativo lo apruebe de forma expresa y con una mayoría cualificada de dos tercios de los votos;¹ b) que “las normas legales vigentes en el Reino” no serán aplicables cuando su efectivización sea incompatible con lo dispuesto en los acuerdos internacionales que obligan a terceros “y que se hayan concertado, ora antes, ora después, de elaborarse dichas normas”;² y c) que “los jueces no podrán enjuiciar la constitucionalidad de los tratados”.³ La doctrina entendía que la superioridad de los tratados sobre “las normas legales vigentes” internas incluía la supremacía del tratado sobre la Constitución, y que al no estar facultados los jueces para realizar un control constitucional reparador, éstos podían en la práctica hacer prevalecer el tratado por sobre el derecho interno. La Constitución de Surinam de 1975 siguió estas directrices.

Años más tarde, la Constitución holandesa de 1983 cambió el texto de la disposición. Estableció que toda provisión de un tratado opuesta a la Constitución debe ser aprobada por las cámaras con una mayoría de, al menos, dos tercios de los votos⁴ y que las *regulaciones legales* internas en vigor no son aplicables si entran en colisión con las de un tratado.⁵ En doctrina se discute el alcance de las palabras *regulaciones legales*, si incluyen o no a la Constitución.⁶

Ciertas cartas no declaran que todos los tratados son superiores, sino únicamente los especificados en la norma fundamental. Por ejemplo, la Constitución irlandesa de 1921 anota que “dicha constitución estará subordinada a lo que disponga el Convenio celebrado con la Gran Bretaña e Irlanda, que figura como segundo anexo a la

¹ Cf. Constitución holandesa de 1953, artículo 63.

² Cf. Constitución holandesa de 1953, artículo 66.

³ Cf. Constitución holandesa de 1953, artículo 60, apartado 3.º.

⁴ Cf. Constitución holandesa de 1983, artículo 91.

⁵ Cf. Constitución holandesa de 1983, artículo 84.

⁶ Cf. Kortman y Alkema, en Antonio Cassese: “Modern Constitutions and International Law”, en *Recueils des Cours de l'Academie de Droit International*, Dordrecht, 1985, t. 192, III-411.

presente ley y que recibe por ello fuerza de ley. En caso de incompatibilidad de una disposición de la Constitución, de una enmienda a la Constitución o de una ley dictada para su ejecución, con una disposición del Convenio, serán nulas en la medida de esta incompatibilidad y sin ningún efecto”.

La Constitución de Chipre de 1960, por su lado, obliga al constituyente a respetar un tratado internacional específico. En concreto, el artículo 182 prohíbe reformar ciertas normas, derivadas del Acuerdo de Zúrich del año anterior.⁷ Darana Peláez ha calificado esta norma de “insólita”.⁸

En honor a la verdad, los casos de constituciones que reconocen su inferioridad frente a los tratados son más bien raros. Es más común ver, por el contrario, la equiparación de la norma internacional con la constitucional. Así, por ejemplo, en la Constitución peruana de 1979 todos los tratados relacionados con derechos humanos “tienen jerarquía constitucional”.⁹ No obstante, estos tratados bajaron de jerarquía en la Constitución de 1993, y ahora tienen una función referencial para la interpretación de los derechos fundamentales,¹⁰ tal como lo hacen la Constitución española de 1978 y la colombiana de 1991.¹¹

Más prudente fue la Constitución argentina de 2002, que dio jerarquía constitucional únicamente a una lista taxativa de pactos de derechos humanos bien detallada, no a todos los acuerdos internacionales *in genere*. Otros tratados en el futuro pueden llegar a tener rango constitucional, siempre y cuando el Congreso los apruebe con las dos terceras partes de los votos.¹²

⁷ El artículo 182.1 de la Constitución de Chipre, dispone: “Los artículos o partes de los artículos de la presente Constitución que, especificados en el anexo III, hayan sido incorporados del Acuerdo de Zurich de fecha de 11 de febrero de 1959, constituyen los artículos básicos y no podrán de ningún modo ser modificados por vía de enmienda adición ni derogación”. El Anexo III hace una lista de varias decenas de artículos.

⁸ La juzga insólita puesto que su comprensión es amplísima, y cubre supuestos que “en ningún otro país se juzgan merecedores de tan drástica protección jurídica”, lo que sólo se explica por el peculiar y delicado equilibrio religioso-social de la isla. (Mariano Darana Peláez: *Las constituciones europeas*, Madrid: Nacional, 1979, t. I, p. 652, nota 50.)

⁹ Cf. Constitución peruana de 1979, artículo 105.

¹⁰ Cf. Constitución peruana, disposición final cuarta.

¹¹ Bidart Campos sostiene que este principio interpretativo debe reputarse implícito en toda Constitución democrática que no lo enuncia explícitamente. Cf. German Bidart Campos: “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos”, en *Memorias del VI Congreso Iberoamericano de derecho constitucional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 1458. Por este principio al que adherimos, los derechos fundamentales se deben interpretar a la luz y en el sentido fijado por los tratados internacionales de derechos humanos.

¹² La Constitución argentina anota en el artículo 75, número 22, que corresponde al Congreso: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

”La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de

De lo anterior colegimos que: a) son escasísimos los reconocimientos expresos de inferioridad de la Constitución, y más comunes los casos de equiparación del tratado con la norma constitucional; b) en ambos casos (igualdad o supremacía) es normal requerir para la aprobación del tratado una votación similar a la prevista para la reforma constitucional; c) no se estila declarar la primacía o igualdad jerárquica de los tratados *in genere*, sino únicamente de algunos en específico; y d) los países de avanzada en el tema —Holanda y Perú— han dado pasos atrás y han moderado sus posturas.

2. Argumentos a favor de la supremacía de los tratados

Entre los seguidores más acérrimos de esta postura se encuentra Bidart Campos.¹³ En el Ecuador han sostenido tesis exactas a la del argentino, Ponce Villacís,¹⁴ Durango¹⁵ y Corral, quien ha afirmado que “la reforma de la Constituyente de 1998 implica un sustancial cambio en la posición de la CP frente a los tratados. Antes los

Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

”Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

Como se ve, la norma aclara que las declaraciones no derogan ningún artículo de la parte primera de la Constitución, frase que ha generado una discusión en la doctrina sobre justamente los alcances puntuales de tal jerarquía constitucional.

¹³ Cf. Bidart Campos: o. cit., pp. 1435-1488, en donde con fuertes palabras rehúye de todo asomo de dualismo: “[...] no digerimos fácilmente algunas pautas que en la jurisprudencia de tribunales constitucionales de Estados europeos han insistido en recalcar que el orden interno y el internacional (especialmente el comunitario) son dos ordenamientos distintos y autónomos, aunque coordinados. Hay acá resonancias de dualismo que, para nosotros, no tienen buen eco al despuntar el tercer milenio” (p. 1452).

¹⁴ Cf. Alejandro Ponce Villacís: “La Constitución y el derecho internacional”, en *Temas de derecho constitucional*, Quito: Ed. Legales, 2003, pp. 17-35.

¹⁵ Éste parece ser el criterio del doctor Rodrigo Durango, funcionario de la Procuraduría General del Estado, quien afirmó tajantemente que “sería una ignorancia sostener que el derecho interno prevalece sobre el derecho internacional, pues éste prevalece sobre el interno” (Cf. apuntes de la mesa redonda sobre *La experiencia ecuatoriana en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, de 4 de febrero de 2003).

tratados se supeditaban claramente a la CP. Hoy, la CP debe subordinarse al derecho internacional, ya que incluso puede un tratado inducir jurídicamente a una reforma constitucional”.¹⁶

Los argumentos que se han dado, y que me permitiré sistematizar, son:

2.1. *Un argumento histórico*

El artículo 137 de la Carta de 1978 expresamente decía: “La Constitución es la Ley suprema del Estado. Las normas secundarias y las de menor jerarquía deben mantener conformidad con los preceptos constitucionales. No tienen valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones, tratados o acuerdos internacionales que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con la Constitución o alteraren sus prescripciones”. El constituyente de 1998 reformó el artículo, manteniendo en el actual artículo 272 parte del antiguo texto. Hoy ya no se menciona a los “tratados o acuerdos internacionales” y no parece que esta omisión se haya debido a un descuido de la Asamblea Constituyente, sino, por el contrario, todo indica que se trata de una exclusión voluntaria y consciente.

¿Cuál fue la razón por la que el constituyente de 1998 excluyó en la norma los tratados internacionales? La respuesta la encuentran algunos en la intención del constituyente de ubicar los tratados por encima de la Constitución. Aún no ha llegado la hora de dar mi opinión, pero desde ya vale dejar apuntado que en contra de esta interpretación histórica se alza otra interpretación igualmente histórica. En el pasado ecuatoriano también hubo constituciones que hablaban del principio de jerarquía —incluso mucho antes de que Kelsen (1881-1973) naciera— y, aunque no establecían que los tratados se ubicaban bajo la Constitución, esto siempre se dio por supuesto. Así, nada menos que nuestra segunda Constitución republicana, la de 1835, en su artículo 112 dispuso que “se declaran en vigencia todas las leyes y decretos que rigen al presente, en cuanto no se opongan a la Constitución Política”. No se aludió a los tratados, como tampoco lo hace la Constitución de 1998, pero nunca se entendió que por ello estuvieran por encima de la norma suprema.

Por otro lado, si decimos que la omisión del artículo 272 implica la superioridad del tratado, idéntica *mentis* habría que aplicar al artículo 163 de la misma Constitución, donde se omite justamente lo contrario: la norma no ubica al tratado por encima de la Constitución...¹⁷ Luego, ¿estará por debajo? Entiendo que ambos argumentos se contrarrestan.

¹⁶ Fabián Corral: “Constitución y tratados”, en *El Comercio*, Quito, 24 de noviembre de 2005, p. A4.

¹⁷ El artículo 163 de la Constitución ecuatoriana estipula: “Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”.

2.2. *No hay control constitucional reparador*

Ni el artículo 276 ni disposición alguna de la Constitución concede facultades al Tribunal Constitucional para suspender un tratado vigente. En este sentido ya se ha pronunciado el Tribunal dentro del caso *Base de Manta*, al declararse incompetente para establecer la inconstitucionalidad de un tratado.¹⁸ Corral y Ponce Villacís concluyen que, si el control constitucional institucional no puede atacar a los tratados, éstos están sobre la Constitución. A conclusiones análogas llega Bidart Campos en Argentina.¹⁹

No nos parece tan acertada la conclusión, por varias razones. Primero, porque de la ausencia de control constitucional no se deduce inmediatamente la supremacía del tratado por sobre la Constitución: también cabe la hipótesis de la igualdad de rango, o incluso de la inferioridad de la norma internacional, lo que históricamente ha sido lo más común. La República ha vivido largo tiempo sin el control constitucional institucional que hoy tenemos, y no por ello se cuestionó la supremacía de la Constitución por sobre el tratado. En definitiva, la ausencia de control no define la jerarquía de la norma.

En segundo lugar, si bien es verdad que el Tribunal Constitucional carece de facultades reparadoras para suspender un tratado internacional vigente que contravenga la norma suprema, sí está facultado para ejercer un control previo. Por el artículo 162, el Tribunal debe revisar la conformidad constitucional de un tratado antes de que éste lo apruebe el Congreso Nacional, y si el Tribunal dictamina su inconstitucionalidad, éste “no podrá aprobarse”, a menos que antes se reforme la Constitución. A diferencia de otros países, en el Ecuador no hay ausencia de control constitucional del tratado.

2.3. *El artículo 162 obliga a seguir al tratado*

La Constitución dispone que “la aprobación de un tratado o convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma” (artículo 162, inciso 3.º). La norma ha sido motivo de algunos comentarios.

¹⁸ Cf. resolución n.º 012-2001 del Tribunal Constitucional ecuatoriano, publicada en el *Registro Oficial* 260, de 6 de febrero de 2001.

¹⁹ En consonancia con los ecuatorianos, Bidart Campos manifiesta: “[...] es claro que, perfeccionando a los ordenamientos internos y acatando en ellos la primacía del derecho internacional, el control interno de constitucionalidad habría de quedar inhibido, una vez que el tratado ya ha ingresado en el derecho interno, pero hasta tanto el progreso de las valoraciones colectivas alcance esa etapa, juzgamos que es mejor evitar eventuales declaraciones futuras de inconstitucionalidad colocando al tratado bajo la lupa constitucional cuando todavía no ha sido ratificado, agregando —como algunos Estados europeos lo hicieron con Maastricht— una enmienda a la Constitución cuando se considera, ya verificado el control previo, que ésta requiere reformarse para adecuarse al derecho internacional” (o. cit., p. 1453).

Corral ha afirmado que, si hubiere oposición entre la Constitución y un tratado internacional, “el país queda obligado a adecuar la CP al instrumento internacional. Así lo dispone, aunque de forma eufemística, el tercer inciso del artículo 162 de la CP [...]”.²⁰ En este orden de ideas, debería entenderse que el constituyente, al escribir el artículo, lo que verdaderamente nos quiso decir mediante un circunloquio es que, en caso de oposición entre Constitución y tratado, lo válido y directamente aplicable sería el tratado (un tratado aún no vigente), lo que hace necesario reformar la norma suprema. Ponce Villacís acota que la norma citada “impone la reforma constitucional”, por lo que “determina que la norma de derecho internacional es suprema frente a la Constitución”.

Discrepo de la figura literaria que se pretende aplicar al artículo 162, como de la supuesta imposición u obligación. Para mí no hay eufemismo alguno, significado oculto o arcano en la norma; por el contrario, todo induce a creer que el artículo 162 adopta el clásico sistema de control institucional previo, automático, restringido e incondicionado, que en nuestro país ejerce sobre los tratados el Tribunal Constitucional.

Ya hemos señalado en qué consiste el control previo. Ahora puntualizamos que se trata de un control automático, utilizando la expresión de Naranjo Mesa,²¹ por cuanto opera de forma cuasimecánica: los tratados por suscribirse llegan al conocimiento del Tribunal Constitucional maquinalmente, no por decisión de persona alguna, sino por disposición de la ley. Es también un control incondicionado, pues no requiere de ningún examen *sub limine* para que comience el trámite, y restringido, porque el órgano incoador del proceso no es cualquier ciudadano.

Tampoco se puede decir que se “impone la reforma constitucional”. Por el contrario, lo que se impone es la Constitución: si ésta no se reforma, simplemente el tratado no es aprobado por inconstitucional y no entra a formar parte de nuestro ordenamiento.

En conclusión, no hay una ausencia de control constitucional institucional de las normas internacionales; por el contrario, el mismo artículo 162, inciso 3.º, establece un control previo. El artículo fija un principio de contralor de la constitucionalidad de los tratados.

²⁰ Corral: o. cit. En similar sentido, cf. Ponce Villacís: o. cit., p. 27.

²¹ Naranjo Mesa afirmaba que el artículo 241 de la Constitución colombiana contenía un control *automático* de constitucionalidad, por cuanto los decretos legislativos expedidos por el Gobierno en casos de estados de excepción deben ser remitidos la Corte Constitucional para que ella dictamine sobre su constitucionalidad. (Cf. Vladimiro Naranjo Mesa: *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 6.ª ed., Bogotá: Temis, 1995, pp. 272-274.)

2.4. El Convenio de Viena reforzó la superioridad del tratado

Los artículos 26 y 46 de la Convención no permiten que, en general, los Estados excusen su incumplimiento de un tratado aduciendo falta de conformidad del derecho interno. Luego, algunos rápidamente concluyen que el tratado está por ello encima de cualquier norma interna, incluida, por supuesto, la Constitución. Al respecto vale puntualizar:

a) El Convenio de Viena, también llamado *el Tratado de los tratados*, fue ratificado por el Ecuador en el año 2003, cinco años después de la publicación de nuestra Constitución.²² Luego, su jerarquía es la que determine la Constitución de 1998, y no la prevista en el mismo Convenio.

b) El mismo convenio contempla un caso en que el derecho interno está por sobre el tratado: cuando la norma nacional muestra *de forma manifiesta* la falta de *competencia* para la suscripción de un tratado, tal suscripción se tendrá por inválida.²³ Por ello, Oliver ha manifestado que la Convención importa una suerte de transacción entre las posturas monista y dualista,²⁴ doctrina que acoge Sagüés, para quien “es notorio pues que entre una tendencia cumplidora de los tratados, y otra evasora (so pretexto de su invalidez desde el punto de vista del derecho constitucional de un Estado), la Convención siguió una ruta intermedia [...]”.²⁵

c) Los principios fundamentales del Convenio forman parte de los principios generales del derecho, y han sido reconocidos por la comunidad internacional desde antes de la aparición del Convenio de Viena, que data de 1969. Por ejemplo, en 1932 el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en el caso del trato a los súbditos polacos en Dantzig, falló que “un Estado no puede invocar frente a otro su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le impone el derecho internacional o los tratados en vigor”.²⁶ Así, el Convenio no cambió el principio establecido desde antiguo en el derecho internacional.

Corral afirmaba que hasta 1998 los tratados se supeditaban a la Constitución, por así disponerlo la Carta de 1978. Ponce Villacís parece contradecirlo al sostener que los principios del Convenio de Viena son viejas normas consuetudinarias del derecho

²² La Convención de Viena es, según se dice, *el tratado de los tratados*. Fue aprobada y ratificada por el Ecuador mediante decreto ejecutivo n.º 619 publicado en el *Registro Oficial* n.º 134, de 28 de julio de 2003. El presidente ratificó la Convención sin que haya sido tratada por el Congreso Nacional, por considerar que, en virtud de lo previsto por el artículo 171, número 12, de la Constitución, bastaba la aprobación presidencial.

²³ Cf. Convención de Viena de 1969, artículo 46.

²⁴ Thomas Oliver Covey: “The Enforcement of Treaties by a Federal State”, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, La Haya, 1976, t. 159, V-357 y 370.

²⁵ Néstor Sagüés: *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 399.

²⁶ Citado por Luis María Boffi Boggiero: “La llamada responsabilidad internacional por acto propio, o subjetiva”, en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, Bogotá, 1978, p. 11.

internacional que desde inicios del siglo XX han otorgado a los tratados un rango superior al constitucional.²⁷ En cualquier caso, lo verdaderamente relevante del Convenio termina siendo el principio de *pacta sunt servanda* y el de *bona fide*, que pasamos a revisar.

2.5. Por el principio de *pacta sunt servanda* un tratado reforma la Constitución

Uno de los primeros principios generales del derecho dispone que quien suscribe un acuerdo debe cumplirlo. Otro principio añade que nadie puede alegar su propia falta, omisión o dolo, en su beneficio. Y un tercer principio dispone que las partes están obligadas a actuar de *buena fe*. Así, si un Estado suscribe un convenio contrario a su ordenamiento interno, por estos principios está obligado a adecuar su ordenamiento a lo acordado.

Obsérvese que el acuerdo se configura dentro de una relación jurídica de coordinación, en la que intervienen sujetos internacionales (los Estados), y que genera derechos y obligaciones para los Estados. Los monistas sostienen que ese mismo convenio internacional es a la vez, sin necesidad de ningún procedimiento interno, norma interna aplicable dentro de la nación: no hay, pues, dicotomía entre derecho externo y derecho interno, porque son lo mismo.

Un extremo monismo nos llevaría a concluir que ningún Estado podría incumplir los tratados, por cuanto al suscribirlos ya ha adecuado automáticamente, siempre y en todo caso, su normativa interna según lo acordado. Mas, por el contrario, la experiencia muestra que los Estados no siempre son buenos cumplidores. Por eso, la doctrina entiende que el tratado genera principalmente derechos y obligaciones *inter partes*, partes que son los Estados (hasta hace poco éstos eran los únicos sujetos posibles del derecho internacional); una de esas obligaciones es la de adecuar la normativa interna.²⁸ No obstante, algunos tratados prevén el efecto directo.

Pongamos otro ejemplo en el que el Estado también se desenvuelve en una relación de coordinación: las contrataciones públicas. Cuando un Estado concede un servicio público a una empresa privada, ambos quedan obligados a cumplir el contrato de buena fe, pero el Estado puede no cumplirlo, como lastimosamente sucede en no pocas ocasiones. La doctrina administrativista española y alemana habla incluso de un *ius variandi*, de un derecho del Estado a cambiar las reglas de juego, a infringir el contrato en aras del bien común; en la generalidad de los países, la autoridad tiene la

²⁷ Ponce Villacís: o. cit., p. 19.

²⁸ En este sentido se ha pronunciado siempre la jurisprudencia norteamericana, que hace una digresión: en el ámbito interno ha de aplicarse prioritariamente la Constitución, sin perjuicio de que de ello derive la obligación de asumir la consiguiente responsabilidad internacional por la inaplicación o transgresión de un tratado. En Argentina y en otros países hasta hace poco imperaba la misma doctrina.

potestad de reformar las leyes (leyes que se entienden incorporadas a todo contrato público al momento de su firma). Consecuentemente, es dado al Estado ejercer su *ius variandi* en cualquier tiempo y lugar, pero no de forma irresponsable; si pasa por encima de los derechos adquiridos de terceros, deberá indemnizarlos (doctrina española) o compensarlos (doctrina alemana).²⁹ Algo similar sucedería con los tratados internacionales, que no son sino convenios negociados *bis a bis*, suscritos dentro de una relación jurídica de coordinación.

2.6. *El bien común internacional*

Por último, creo necesario traer a colación un argumento intuido por Sagüés, en el que aún no se ha profundizado debidamente en el foro ecuatoriano. El argentino evidencia cómo para la doctrina contemporánea el Estado ha dejado de ser una *societas perfecta y soberana*, al no poder cumplir por sí solo con su fin, el bien común, y que la actual interdependencia de los Estados ha obligado a reelaborar este concepto, tornándolo en la noción más amplia de *bien común internacional*, noción que comprende los derechos humanos, las obligaciones civiles y otras condiciones. Por ello, para el autor el derecho internacional es una limitante del poder constituyente originario³⁰ y derivado,³¹ al ser la vez “fuente del derecho constitucional en cuanto sus preceptos regulen asuntos fundamentales concernientes a la estructura y funcionalidad del Estado”.³²

Normalmente los internacionalistas justifican la supremacía del tratado citando una cuidadosa selección de fallos expedidos por diferentes tribunales internacionales, en los que se conmina a los Estados a modificar su norma constitucional.³³ Esos fallos

²⁹ En Ecuador existe una suerte de renuncia constitucional del *ius variandi* en el artículo 249, donde al hablar de la responsabilidad del Estado por los servicios públicos delegados dispone: “[...] las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones” (como la constitucional). De forma análoga, en los contratos de inversión previstos en el artículo 271, se apunta en el inciso 3.º que “el Estado, en contratos celebrados con inversionistas, podrá establecer garantías y seguridades especiales, a fin de que los convenios no sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase que afecten sus cláusulas” (dentro de las cuales, están, por supuesto, las disposiciones constitucionales).

³⁰ Sagüés: o. cit., pp. 280-281.

³¹ *Ibidem*, p. 339.

³² *Ibidem*, p. 367.

³³ V. gr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *La última tentación de Cristo*, sentencia de 3 de febrero de 2001, serie C, n.º 73, § 72. En Europa, bajo una óptica comunitaria, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea manifestó que *los Estados han transferido de forma definitiva derechos de soberanía* a la Comunidad creada por ellos, no pudiendo revocar dicha transferencia con medidas posteriores y unilaterales incompatibles con el concepto de Comunidad. Además adujo que uno de los principios de los tratados europeos es que *ningún Estado miembro puede atentar contra la peculiaridad del derecho comunitario consistente en tener validez uniforme e íntegra en todo el ámbito de la Comunidad* (sentencia *Costa-Enel*, de 15 de julio de 1964 [asunto 6/64]).

constituirían una suerte de costumbre internacional uniforme, prolongada e inobjeta. Habríamos de precisar que la absoluta mayoría de esos fallos se refieren sólo a cuestiones relacionadas con los derechos humanos, tema sobre el cual versan normas interpretativas y jerárquicas peculiares, disímiles a las del resto de los tratados de menor jerarquía.³⁴ Pero aun en esta materia de derechos humanos encontramos fallos disidentes de la supremacía del tratado y de su efecto directo, en tribunales españoles,³⁵ alemanes³⁶ e italianos.³⁷

³⁴ Cf. Bidart Campos: o. cit., pp. 1435-1488. El argentino sostiene que los tratados relacionados con derechos humanos merecen un trato preferente frente al resto de los tratados. Una postura análoga comparte Rosatti, para quien las normas dogmáticas son jerárquicamente superiores a las orgánicas, criterio interpretativo que consideramos válido para la hermenéutica jurídica ecuatoriana, tanto *intraconstitucional* como internacional. Cf. Horacio Rosatti: "La jerarquía de los derechos humanos en la Constitución Nacional", en *Defensa de la Constitución, Galantismo y controles*, Buenos Aires: Ediar, 2003, pp. 271-282.

³⁵ En varias sentencias del Tribunal Constitucional español del año 1991, se ha sostenido que las normas comunitarias no están dotadas de rango y fuerza constitucional, por cuanto no lo dispone así la Constitución española. No obstante, el mismo Tribunal ha admitido que, bajo la Constitución, el derecho comunitario prima en las materias circunscritas a la competencia del referido derecho comunitario; es decir, se reconoce limitadamente un rango supralegal de la norma comunitaria. Cf. Araceli Mangas Martín y Diego J. Liñan Noguera: *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1996, p. 528, y Germán Bidart Campos: o. cit., pp. 1462, 1472, 1477 ss.

Trasluce en los tribunales nacionales un esfuerzo de elaboración doctrinaria y jurisprudencial, por no conceder la última palabra en materia de derechos fundamentales a un tribunal externo. Véase, por ejemplo, la sentencia n.º 64 de 1991; el Tribunal español aseveró que la transferencia de competencias internas a organismos supraestatales no eximía a los órganos gubernamentales españoles de su sujeción al ordenamiento interno cuando actúan cumpliendo obligaciones contraídas frente a aquellos organismos supraestatales.

El Tribunal español ha sido derrotado por dos criterios. El primero, en el año 1992 dentro del caso *Bultó*, en donde el Tribunal de Estrasburgo declaró que el proceso penal seguido en España había infringido el artículo 6.1 del Convenio de Roma; si bien en un principio la demanda de nulidad fue rechazada por el Tribunal Supremo español, el Tribunal Constitucional dispuso la suspensión de la condena, argumentando que los poderes públicos no podían permanecer indiferentes cuando, en materia de derechos y libertades, el Tribunal Europeo ha declarado la violación de un derecho reconocido en el Convenio de Roma.

El segundo criterio, contrario al primero, con ocasión de la expropiación del grupo Rumaza, España dictó una norma legal que fue impugnada de inconstitucional en sede interna, pero el Tribunal Constitucional desestimó la demanda; posteriormente, el caso fue conocido por el Tribunal Europeo (caso *Ruiz Mateos*), el que dictaminó que se había transgredido el derecho a un proceso justo. Ruiz Mateos interpuso dos amparos ante el Tribunal Constitucional para ejecutar la sentencia, pero esta vez el Tribunal no colaboró en la ejecución, afirmando que la declaración de la violación de los derechos y libertades fundamentales incumbía tanto al Tribunal Europeo como al español, pero que la función de cada uno se situaba en el área de dos órdenes jurídicos distintos (dualismo manifiesto). En definitiva, el Tribunal Constitucional no era una instancia jerárquicamente subordinada, ni estaba obligado a cumplir las sentencias del Tribunal Europeo.

³⁶ Los tribunales alemanes e italianos rápidamente asumieron ser la última instancia de control de los derechos fundamentales, aunque a veces ésta pueda ser compartida o concurrente con la supraestatal del derecho comunitario. El Tribunal Constitucional alemán tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre

No obstante, estimo acertadas las directrices de Sagüés, aunque aún falte desarrollarlas. Siempre he considerado que el bien común es la piedra angular que permite el más profundo conocimiento del constitucionalismo; sin embargo, mientras no se lo estudie a fondo, no arrojará conclusiones decisivas. En otras palabras, actualmente la limitación establecida por el derecho internacional a la labor del constituyente no necesariamente implica la inferioridad de la Constitución.

2.7. Otros argumentos

Existen otros argumentos de apoyo a la primacía del tratado no analizados, como el de la dependencia fundamental del ordenamiento jurídico nacional frente al internacional. Muchos de estos argumentos quizá sea posible subsumirlos dentro de los razonamientos aquí reseñados, como el de la dependencia se subsume en el del bien común internacional. No obstante, para los fines de este trabajo considero que bastan los expuestos.

3. Argumentos a favor de la supremacía de la Constitución

La postura más conservadora sostiene la supremacía de la Constitución en el orden interno ante cualquier norma, sea nacional o internacional. Partidarios de esta tesis son Cassese,³⁸ Sagüés al juzgar el constitucionalismo español,³⁹ y también es

el tema en los casos *Solange I* en 1974 y *Solange II* en 1986. En el primero, sostuvo que la primacía del derecho comunitario sobre el interno no alcanzaba para subordinar a la Constitución en sus elementos esenciales, dentro de los que se hallan los derechos fundamentales. De esta forma, el Tribunal declaró que no podía inhibir su competencia y que, si bien no podía juzgar la validez de la norma comunitaria, sí podía inaplicarla y hasta declarar inconstitucional el acto estatal que cumple la norma comunitaria violentando la Constitución. En *Solange II* la jurisprudencia cambió de giro, al reconocer que el Tribunal Europeo dispensaba una tutela de los derechos análoga a la Constitución alemana, y el Tribunal anunció que en lo sucesivo no ejercerá competencia jurisdiccional ni control en materia de normas comunitarias.

³⁷ El Tribunal Constitucional italiano comenzó sosteniendo en 1975 que, en caso de oposición entre el derecho comunitario y el derecho local, el juez interno no podía inaplicar la norma comunitaria mientras no fuese declarada su inconstitucionalidad. Mas tarde, en el caso *Granital*, de 1984, el Tribunal cambió de criterio al admitir la posibilidad y el deber del juez interno de inaplicar *ipso iure* la ley interna cuando ésta colisionara con la comunitaria, sin necesidad de aguardar a que se derogara formalmente la norma interna.

Especial consideración merecen las sentencias del Tribunal Constitucional italiano de 1973 (caso *Frontini*) y 1989 (caso *Fraga*), donde se ratificó que Italia no tolera la aplicación de normas comunitarias que infrinjan los principios y los derechos fundamentales previstos en la Constitución. Se falló que las limitaciones de la “soberanía”, causadas por el derecho comunitario no habilitaban para validar violaciones al ordenamiento constitucional italiano.

³⁸ Para Cassese el derecho internacional es *cuasiconstitucional*, por ser superior a la ley ordinaria, aunque resulte inferior a la Constitución. Varios autores ubican al tratado en un *escalón intermedio*, *infraconstitucional* y a la vez *supralegal*.

³⁹ “Por nuestra parte —señala Sagüés—, pensamos que las reglas de tratados concernientes al derecho constitucional, en estos países, importan un derecho constitucional intermedio, semejante en parte al de una ley orgánica, o a una ley reforzada, pero incluso superior a éstas, ya que el tratado no

muy cercano De Otto.⁴⁰ En el Ecuador, Larrea Holguín ha afirmado que, en lo relativo al ordenamiento interno, “después de la Constitución, vienen los tratados, luego, las leyes orgánicas, las demás leyes, y, finalmente las ordenanzas, reglamentos, resoluciones, decretos, acuerdos, etc.”⁴¹

Esta postura de antigua data hunde sus raíces en los inicios del constitucionalismo.⁴² A continuación esbozo algunos de sus posibles fundamentos en nuestro país.

3.1. Argumento histórico

Como se ha dicho, la ausencia de una norma que expresamente catalogue de inferior al tratado permite la cabida de tres sistemas: el de la supremacía del tratado, el de la supremacía de la Constitución y el de la equiparación del tratado con la Constitución. Pues bien, como queda escrito *ut infra*, el sistema adoptado en el Ecuador desde principios de la República es el de la supremacía de la Constitución, y hasta la fecha no hay norma expresa que cambie el sistema.

Corral decía que la Constitución de 1998 no pone a los tratados bajo la Constitución, como sí lo hacía la Carta de 1978. Hacemos ver que en 1835 tampoco se ponían éstos por debajo de la norma suprema,⁴³ y la interpretación dada por la unanimidad de los operadores de la Constitución era justamente la contraria a la de Corral, a saber, la inferioridad del tratado.

podría ser perjudicado por una ley orgánica, atento a lo establecido por el ya citado artículo 96 de la Const. española” (o. cit., p. 386).

⁴⁰ De Otto habla del derecho internacional como una situación *sui generis*. Cf. Ignacio De Otto: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona: Ariel, 1987, pp. 125-126.

⁴¹ Juan Ignacio Larrea Holguín: *Derecho constitucional*, 7.^a ed., Quito: CEP, 2000, p. 107. Lo manifestado versa únicamente sobre el ordenamiento interno. En otra ocasión, ha aclarado este punto: “En el orden interno no existe otra regla superior a la Constitución. En cuanto a las relaciones con los otros estados, el Ecuador ha reconocido y reconoce la obligatoriedad de los tratados internacionales, sujetándose a la norma universal de civilización: *pacta sunt Servanda*: las convenciones se deben cumplir. La misma Carta Política reconoce este acatamiento de los pactos internacionales que, una vez aprobados y promulgados en el Ecuador, forman parte de su sistema jurídico, con una jerarquía equiparable a la de la Constitución, puesto que es superior a la de las leyes orgánicas y las demás leyes, reglamentos, ordenanzas, etc.” (Informe *Protección de la vida en la Constitución*, de 17 de diciembre de 2005).

⁴² Sperduti ha destacado que, ya a finales del siglo XIX, en la mayoría de los países no se adoptaba la teoría dualista de la transformación, por la que un tratado, para ser válido, debía aprobarse, ratificarse y adecuarse al derecho interno, mediante la expedición de normativa secundaria o algún otro acto del Ejecutivo o del Legislativo. El autor señala que la teoría parte de un *a priori* sin sustento jurídico válido, como es demandar un acto normativo suplementario para la aplicación interna de un tratado internacional ya elaborado, acto que por otro lado no requiere la Constitución. Cf. Giuseppe Sperduti: “Le principe de souveraineté”, en *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, La Haya, 1976, t. 159, V-340 y 350.

⁴³ La Constitución ecuatoriana de 1835, decía en su artículo 112: “se declaran en vigencia todas las leyes y decretos que rigen al presente, en cuanto no se opongan a la Constitución Política”. No se aludía a los tratados y acuerdos internacionales, pero nunca se entendió que por esta omisión estuvieran por encima de la norma suprema.

Podríamos intentar armar un segundo argumento que refuerce la tesis de Corral, cual es que en 1835 este punto no se discutía y hoy sí. Consecuentemente, la omisión de 1998 no es producto de la ignorancia, sino que se trata de un silencio voluntario y consciente.

Contra este argumento que hemos intentado crear habría que objetar: primero, que, en honor a la verdad, la intención del constituyente de 1998 no es clara. Segundo, que, si admitimos la voluntad implícita del constituyente de cambiar de sistema, el nuevo sistema no necesariamente tendría que ser el de la supremacía del tratado, sino que también cabría optar por la equiparación de la norma internacional con la Constitución, amén de otros sistemas mixtos. Pero, sobre todo, habría que resaltar que, tanto en la historia ecuatoriana como en el derecho comparado, la supremacía del tratado se presenta únicamente de forma excepcional, y la adopción de un sistema excepcional difícilmente puede hacerse de forma implícita; es más propio exigir para el efecto una disposición expresa.

Obsérvese cómo, en los países donde impera la supremacía del tratado, el sistema la ha adoptado: a) diciéndolo expresamente en el texto constitucional; b) con límites bien definidos (usualmente se especifican en una lista los tratados que la Constitución debe respetar); y c) suele disponerse que para la aprobación de esos tratados supremos debe seguirse un trámite agravado, similar al de la reforma constitucional. En el Ecuador no se ha discutido la cuestión con tanta minuciosidad.

3.2. El artículo 163 no habla de la Constitución

Así como los partidarios de la primacía del tratado invocan el artículo 272, que omite decir que la Constitución está por encima del tratado, los partidarios de la supremacía de la Constitución invocan el artículo 163, que señala que los convenios internacionales “prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”. No se menciona a la Constitución; luego, el tratado no prevalece ante ella.

Considero que los dos argumentos se contrarrestan. En tema tan controvertido de una omisión, poca doctrina se puede sacar.

3.3. Argumento político

Los países de avanzada no consideran que todo tratado sea jerárquicamente superior o igual a la norma constitucional. Por el contrario, suelen considerar elevada su jerarquía únicamente cuando el tratado ha sido aprobado por el legislativo a través de un trámite agravado, similar al de la reforma constitucional. La idea de fondo —aplicable para los regímenes democráticos— es que la Constitución de un país es la manifestación de la voluntad soberana del pueblo, el que debe estar de alguna forma representado en el poder constituyente. Luego, si se pretendiera cambiar el orden dogmático o estructural de un Estado, se estaría ejerciendo el poder constituyente

derivado, para lo cual habría que cumplir con los trámites propios de una reforma constitucional (mayorías cualificadas, candados, etcétera).

Alguien podría observar que el artículo 162 obliga al legislador ecuatoriano a reformar la Constitución cuando el tratado es contrario a ella, pero ése no es el punto. Ciertamente, los tratados contrarios a la Constitución requieren para su aprobación un trámite agravado, y por ello de alguna forma sus disposiciones se elevan al rango constitucional. Pero ¿qué decir del resto de los tratados, que se ratifican en un solo debate y con el voto de la mayoría simple del Congreso?⁴⁴ ¿Qué decir de aquellos tratados que hasta pueden ratificarse sin la intervención del legislativo?⁴⁵ ¿Estarán por encima de la Constitución?

Para configurar o cambiar la dogmática y estructura fundamental del Estado mediante la aprobación de una norma internacional, parece conveniente exigir que se sigan procesos similares a los usualmente previstos para la reforma constitucional. Pero, como dirían los filósofos, éste es más un argumento de conveniencia que de necesidad.

3.4. Hay un principio contralor de la constitucionalidad del tratado

Hemos visto que por el artículo 162, inciso 3.º, la aprobación de un tratado inconstitucional “no podrá hacerse” (salvo, por supuesto, que se reforme la Constitución). Pues bien, podría concluirse que esta norma operativa contiene y obedece a un principio contralor de la constitucionalidad del tratado.⁴⁶ Luego, el tratado estaría por debajo de la Constitución.

Destacamos que la norma operativa no opera sin finalidad alguna; podría entonces deducirse que la norma es un instrumento (medio) destinado a salvaguardar la supremacía constitucional (fin). Los fines de la Constitución han sido considerados por la doctrina como principios rectores del ordenamiento jurídico. De esta forma, aunque el control preventivo hubiera fallado, por el principio de fondo de la norma, el tratado ha de reputarse inferior a la Constitución.

⁴⁴ Cf. Constitución ecuatoriana, artículo 162, inciso 1.º.

⁴⁵ Cf. Constitución ecuatoriana, artículos 161 y 171, número 12.

⁴⁶ Morales Tobar ha apuntado que “los artículos 162 y 276, número 5, de la Constitución exigen que los tratados que deben someterse a la aprobación legislativa, pasen el control previo de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional”, y añade más adelante que un problema se planteaba “respecto de los tratados internacionales que no requieren de aprobación por parte del Congreso Nacional, es decir, de aquellos que tratan de materias no comprendidas en el artículo 161 de la Constitución. La dificultad jurídica no estriba en que éstos no deban ser sometidos al trámite legislativo, sino que éstos no reciben control previo de constitucionalidad” (Marco A. Morales Tobar: “Derechos humanos y tratados que los contienen en el Derecho constitucional y la jurisprudencia de Ecuador”, en *Temas de Derecho Constitucional*, Quito: Ed. Legales, 2003, pp. 51-52).

Contra lo dicho habría que objetar que, si bien es discutible la existencia de tal principio, sí es claro que la Carta de 1998 nada dispone acerca del control constitucional institucional de los tratados preconstitucionales, ni de los que no requieren aprobación por el Congreso Nacional.⁴⁷ ¿Cabría forzar el principio contralor también a estos tratados? Difícilmente.

En mi opinión, el control previo de *conformidad* constitucional, por sí solo, no determina si la norma controlada es superior, inferior o igual a la Constitución. Para probar lo dicho basta un ejemplo: imaginemos que el artículo 162 no hablara de tratados, sino de ordenanzas (normas evidentemente inferiores a la Constitución), ¿sería posible mantener el mismo texto? Obviamente: “la aprobación de [una ordenanza] que exija una reforma constitucional no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma”. Nadie refutaría que la ordenanza no podría aprobarse, a menos, por supuesto, que la Constitución cambiase. ¿Y si hablara de una norma igual o superior a la Carta suprema? Lo mismo: “la aprobación de [una norma igual o superior] que exija una reforma constitucional no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma”. Del control previo dispuesto en el artículo 162 no se concluye ninguna jerarquía, sino sólo el deber de que el proyecto de norma guarde *conformidad* con el resto del ordenamiento jurídico.⁴⁸

4. Estado de la cuestión en el Ecuador

La teoría de la supremacía del tratado responde a un loable movimiento mundial surgido hace algunas décadas, que tiende a internacionalizar el derecho y a fortalecer los tratados. Tales tesis han encontrado un caldo de cultivo para su desarrollo en la ambigüedad del texto constitucional de 1998, que no aclara si prima el tratado o la Constitución.

Para el Tribunal Constitucional el dilema de la primacía está resuelto. El sistema de control de la constitucionalidad adoptado en 1998 le concede facultades preventivas para revisar la conformidad constitucional de un tratado aún no aprobado, mas no reparadoras para suspender al tratado vigente.⁴⁹

⁴⁷ En este sentido, Morales Tobar ha destacado que “las facultades del Tribunal Constitucional se encuentran señaladas, de modo general, en el artículo 276 de la Constitución, y entre estas potestades, en el número 5, solo aparece la de dictaminar los instrumentos internacionales ‘previo a su aprobación por el Congreso Nacional’. Esta Magistratura no ejerce, por otra parte, potestades de oficio [...]” (ibídem, p. 52).

⁴⁸ La *conformidad* del ordenamiento jurídico (que no haya normas contradictorias) no se resuelve únicamente a través del principio de jerarquía. En un mismo cuerpo legal puede haber normas concordantes y discordantes, y todas estar a la misma altura.

⁴⁹ Cf. Constitución ecuatoriana, artículos 162, 163, 272, 274, 276, que confieren un tratamiento similar al previsto en los artículos 54 y 44 de la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958.

Lo agudo del conflicto se encuentra en los artículos 273 y 274, último que faculta a los jueces nacionales a inaplicar “un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales”. En caso de contradicción, ¿deben los jueces inaplicar la Constitución para aplicar el tratado? ¿O, por el contrario, tienen la obligación de seguir la norma constitucional, dejando de lado el tratado? Recuérdese que la transgresión de la norma trae responsabilidades nacionales e internacionales, civiles y penales.

5. Posición ecléctica

Muy posiblemente en el Ecuador se está forzando al texto llano de la Constitución para inclinarlo a favor de una postura u otra. En mi opinión, lo más lógico es suponer que el constituyente prefirió eludir la resolución del problema de la supremacía. ¿Por qué la evadió? No lo sé: quizá por no hallar consenso entre los asambleístas, quizá por no aclararse en qué sistema debía adoptarse, o quizá por creer que lo mejor era no amarrarse a ningún sistema rígido y extremo, permitiendo de esta manera que algunos tratados estén por sobre la Constitución, otros en paridad y otros en inferioridad.⁵⁰

Entonces, ¿cómo dilucidar qué norma prima? A continuación expongo algunos criterios.

5.1. Dilucidar cuál es la relación jurídica en análisis

La primera luz la encontraremos al dilucidar si la relación jurídica que tiene el Estado es *ad intra* o *ad extra*. Si se trata de una relación *ad extra* (verbigracia, del Estado con un par), es casi inobjetable que el derecho internacional primará por sobre el interno, de la forma y con las salvedades previstas en el Convenio de Viena. En cambio, si nos hallamos ante una relación *ad intra*, como la del Estado con uno de sus ciudadanos, la solución no es tan clara y ofrece varias posibilidades.

⁵⁰ Sagüés ha sostenido que “una constitución puede eventualmente guardar silencio sobre el tema. Aquí, claro está, hay silencios antiguos y silencios nuevos. Si una constitución es vieja, como la de Estados Unidos de América, es comprensible que no haya previsto la cuestión de la integración y de las transferencias [...] Por el contrario, si el documento constitucional es de reciente data, esa omisión no puede imputarse a desconocimiento del tema por el constituyente, y cabría pensar que su falta de pronunciamiento importa negación de posibilidades de cesiones de competencias locales, salvo que se acredite la intención del constituyente de que su silencio signifique simple abstención en pronunciarse sobre el asunto, hecho que perfilaría otro caso de laguna constitucional (y o de negación constitucional)” (o. cit., pp. 393-394).

5.2. *Buscar la solución en la norma constitucional*

Como dijimos, hay constituciones que definen qué norma tiene la supremacía (verbigracia, la holandesa, que da supremacía al tratado; la peruana de 1979, que da rango constitucional a los tratados de derechos humanos; la ecuatoriana de 1978, según la cual la Constitución prima ante toda norma). En principio, no me parece adecuado que la Constitución conceda *in genere* a todo tratado supremacía, igualdad o inferioridad; hay casos y casos. Los países que una vez optaron expresamente en sus constituciones por este peculiar sistema, hoy han dado pasos atrás.

Este criterio es el que han intentado seguir Corral y Ponce Villacís para sustentar la tesis de la supremacía del tratado. Por mi lado, también he seguido este criterio para fundamentar en el artículo 162 la existencia de un principio contralor de la constitucionalidad del tratado.

5.3. *Buscar la solución en el tratado específico*

Frecuentemente es el mismo tratado el que nos define si las normas tienen efecto directo o no lo tienen. Los tratados de derechos humanos suelen tener efecto directo inmediato y pueden ser invocados directamente por los ciudadanos del Estado suscriptor. En este caso es evidente que el tratado forma parte del ordenamiento nacional (tesis monista), ubicándose generalmente por encima de la Constitución, máxime si se trata de derechos humanos.

Por el contrario, existen tratados, acuerdos, convenios internacionales, decisiones, directivas, etcétera, que imponen obligaciones al Estado de diversa índole: deber de legislar en un determinado sentido, de regular una materia, de eliminar una norma interna, etcétera. De esta manera, el Estado contraparte reconoce una diferencia entre el tratado y la legislación interna, que conmina a cambiar. Si el tratado formara parte automáticamente del ordenamiento interno, entonces el Estado no podría incumplirlo; pero, como no forma parte, el Estado queda en mora legisferante. Un monista como Kelsen no pudo desconocer esta realidad.⁵¹

Por ello Sagüés ha afirmado:

[...] no obstante la oposición conceptual de las doctrinas dualistas y monistas, los resultados de ambas pueden coincidir en algunos puntos. Por ejemplo, si el derecho internacional, por medio de sus instrumentos jurídicos concretos (tratados, pactos, convenciones, etc.), no regula contenidos en materia de derecho nacional, o de conexiones entre el derecho internacional y el local, y por ello, deja en manos

⁵¹ “El derecho internacional sólo necesita ser transformado en derecho nacional cuando así lo exige la constitución del Estado. Si la constitución guarda silencio en este punto —como a veces sucede—, los tribunales estatales tiene competencia para aplicar directamente al derecho internacional, y, de manera especial, los tratados concluidos de acuerdo con la misma constitución por el gobierno del Estado de que se trate, con los otros Estados” (Hans Kelsen: *Teoría general del derecho y del Estado*, 3.ª ed., traducción de E. García Maynez, Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 450).

del Estado legislarlos a su placer, bien puede ocurrir que una constitución local establezca una serie de condiciones para admitir al derecho internacional, y hasta prescriba la superioridad del derecho local sobre el internacional.⁵²

5.4. *Indagar si hay control constitucional del tratado*

Se trata de un argumento más empírico que estrictamente jurídico. No obstante, recordemos que la costumbre crea derecho, y que la falta de control facilita el nacimiento del derecho repentino. Volvemos a citar a Sagüés, para quien:

[...] de no haber un mecanismo local o internacional que permita anular la norma interna opuesta al derecho internacional, ella permanecerá en vigencia, al menos en el interior del Estado. Así, se ha observado que el monismo puede paradójicamente llevar —en virtud del derecho positivo— a la primacía del derecho nacional sobre el internacional.⁵³

5.5. *Revisar la relación de la norma con el bien común internacional*

Un argumento de fondo sobre la supremacía de la Constitución o del tratado es el del *bien común internacional*. Una Constitución que lesione los derechos humanos no merece llamarse Constitución, y estará siempre por debajo del derecho internacional; de igual manera, un tratado que merme los derechos del hombre nunca podrá estar por encima de una Constitución que reconozca y garantice tales derechos de mejor manera.⁵⁴

Por ello, hasta un acérrimo defensor del monismo y de la supremacía del tratado, como lo es Bidart Campos, ha tenido que hacer prevalecer el derecho interno de los Estados frente al internacional cuando la Constitución nacional otorga mejores reconocimientos y garantías a los derechos humanos que el pacto internacional.⁵⁵ El ar-

⁵² Sagüés, o. cit., p. 380.

⁵³ *Ibídem*, pp. 380-381. Sagüés cita a Kelsen, quien afirma que estas dos rutas monistas “pueden ser aceptadas o rechazadas teniendo a la vista las estipulaciones empíricas dadas por el derecho positivo nacional o el derecho positivo internacional, simplemente porque son hipótesis epistemológicas que no traen consigo ninguna implicancia de orden material” (Kelsen: o. cit., p. 462).

⁵⁴ En el Ecuador, Marco A. Morales Tobar ha analizado la jerarquía de los tratados de derechos humanos frente a la constitución en *Derechos humanos...*, o. cit., pp. 37-57.

⁵⁵ Bidart Campos, en consonancia con la doctrina general, habla del derecho internacional humanitario como *un mínimo insoslayable* a cumplirse: si el derecho interno abona más por la protección de los derechos humanos, a él hay que estar. Por ello acota que entre derecho internacional, comunitario e interno hay una *retroalimentación*. En concreto, afirma que hay una “una supremacía del derecho internacional en el sentido de que el derecho internacional de los derechos humanos no consiente su violación por parte del derecho interno, como tampoco la tolera por parte del derecho comunitario; hay opción en el sentido —no opuesto a la referida supremacía— de que existe el deber de escoger la fuente y la norma que en la dualidad integrada del derecho internacional y el derecho interno suministra la mejor solución posible para la persona y sus derechos (aplicación obligatoria del principio pro homine)”. Cf. Bidart Campos: o. cit., pp. 1435-1488; la cita es de las pp. 1442-1443.

gentino fundamenta lo dicho en el principio *pro homine*, que no es sino una *condición*⁵⁶ más del *bien común internacional*.

La noción de *bien común internacional* es algo compleja y presupone la existencia de *bien común nacional*, el mismo que no puede desconocer. Implícito en esta noción está el principio de subsidiariedad, por el que las sociedades mayores no pueden intervenir en las menores, mientras ellas sean autónomas y puedan cumplir con sus fines (el fin último de toda sociedad es el bien común). Consecuencia de ello es que los tribunales internacionales sólo pueden intervenir cuando los Estados fallan en dar la justicia, y sólo pueden aplicar el derecho internacional cuando el derecho interno resulta insuficiente para resolver la situación jurídica planteada a ellos.

Fundamentado en el bien común internacional,⁵⁷ hasta se ha llegado a conceder jurisdicción universal a algunos tribunales internacionales, e incluso a jueces nacionales,⁵⁸ con la única condición de que la justicia interna haya fracasado. Con igual

⁵⁶ Una de las más sintéticas y elegantes definiciones de bien común es la dada por Juan XXIII en la encíclica *Mater et Magistra*, de 1961, donde se apunta que es “el conjunto de condiciones sociales que permiten y favorecen en los seres humanos el desarrollo integral de su persona”. Esta noción corresponde perfectamente a la adoptada por nuestra actual Constitución en los artículos 56, 97, 119 y 244, inciso 4, donde el bien común es a la vez un derecho y un deber de todo ciudadano, y concuerda con el concepto que se ha dado en la historia constitucional ecuatoriana. Por ejemplo, el artículo 10 de la Constitución de 1967 señalaba: “Bien común. Es función primordial del Estado establecer las condiciones sociales en que los integrantes de la comunidad puedan disfrutar de los medios necesarios para la realización de los fines”.

⁵⁷ Por lo general no se alude directamente al *bien común internacional*, sino a algunos de los elementos de su esencia: los derechos humanos, el derecho a la paz, el principio *pro homine*, etcétera.

⁵⁸ En 1993 Bélgica adoptó una ley de *competencia universal* en virtud de la cual se consideraba competente para juzgar a los autores de genocidio o crímenes graves de derecho internacional, con independencia del lugar donde hubieran sido cometidos, la nacionalidad del acusado o su residencia. La ley se aplicó por primera vez en el 2001, dando lugar a dos procesos en los que fueron condenados seis cómplices por el genocidio de Ruanda. Ello provocó una multiplicación de querellas presentadas por diversas organizaciones contra George Bush padre, Colin Powell, Ariel Sharon, Yasser Arafat, Fidel Castro, Sadam Hussein, Augusto Pinochet... Israel, Estados Unidos y otros estados comprometieron sus relaciones con Bélgica al amenazar oficialmente con deslocalizar la sede de la OTAN en Bruselas. En vista de ello, en el 2003 el gobierno belga dio marcha atrás con su “emblemática” ley y retornó a la noción clásica de competencia extraterritorial.

A pesar de esta mala experiencia, el Tribunal Constitucional español ha declarado que los tribunales españoles son competentes para perseguir delitos de genocidio sin necesidad de que haya víctimas españolas y aunque el caso no presente ningún elemento de conexión con los intereses nacionales. La Audiencia Nacional española condenó el 19 de abril de 2005 al ex militar argentino Adolfo Scilingo, por un delito de lesa humanidad que causó treinta muertes, torturas y secuestros. Fu la primera vez que la justicia española condenó a un extranjero por delitos cometidos fuera del país. La Asamblea Nacional, sin embargo, ha advertido que no admitirá al trámite ninguna querrela por genocidio o delitos de lesa humanidad cuando aprecie *in limine* que existe “abuso del derecho”, calificado por ella misma como alusión a “delitos o lugares totalmente extraños y/o alejados” y cuando no se acredite “interés directo o relación con los hechos denunciados”. Además ha manifestado que se dará prioridad a cualquier procedimiento abierto por delitos en el lugar de los hechos o en los tribunales internacionales.

fundamento, los tribunales internacionales tampoco han dudado en deslegitimar varios artículos de diversas constituciones, en condenarlos y en conminar a los Estados a cambiar su redacción.

5.6. *Revisar si existe trámite agravado*

Hemos visto *ut infra* que los países que expresamente dan una jerarquía igual o mayor a los tratados requieren usualmente que el tratado sea aprobado por una mayoría de votos cualificada, por lo general similar a la prevista para una reforma constitucional. Ahí se apuntaron las razones de fondo de estos recaudos, exigidos en Holanda, Perú y Argentina, donde es clara la jerarquía del tratado porque existe norma expresa.

Podríamos preguntarnos si en el Ecuador un tratado ratificado sólo por el presidente⁵⁹ tiene la misma jerarquía que el ratificado por el Congreso por mayoría simple⁶⁰ o que aquel que para ratificarse reformó la Constitución.⁶¹

Para contestar a la pregunta, he de recordar que la parte dogmática de nuestra Carta Suprema prohíbe reiteradamente que se reforme la Constitución del Estado con la voluntad de un solo hombre, sin oír al pueblo o a sus representantes. Al respecto, se lee: “[...] el Ecuador es un Estado [...] democrático. Su gobierno es [...] electivo, representativo, [...] participativo [...]”;⁶² su “soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución”.⁶³ De hecho, es “el pueblo del Ecuador”⁶⁴ el que “en ejercicio de su soberanía”⁶⁵ “establece en esta Constitución las normas fundamentales que amparan los derechos y libertades, organizan el Estado y las instituciones democráticas e impulsan el desarrollo económico y social”.⁶⁶ Estas normas prevalecen sobre la parte orgánica de la Constitución.⁶⁷

⁵⁹ Cf. Constitución ecuatoriana, artículo 171, número 12.

⁶⁰ Cf. Constitución ecuatoriana, artículo 162, inciso 1.º.

⁶¹ Cf. Constitución ecuatoriana, artículo 162, inciso 3.º.

⁶² Constitución ecuatoriana, artículo 1, inciso 1.º.

⁶³ *Ibidem*, inciso 2.º.

⁶⁴ Primera frase de la Constitución ecuatoriana, con la que inicia el preámbulo.

⁶⁵ Constitución ecuatoriana, preámbulo, inciso 5.º.

⁶⁶ *Ibidem*, inciso último.

⁶⁷ La doctrina concuerda en que los artículos orgánicos se supeditan al dogma constitucional, por ser instrumentos de realización del dogma. Si lo orgánico se contrapone con el dogma, cae por su propio peso y pierde fuerza jurídica. Sobre la primacía de la parte dogmática de la Constitución frente a la orgánica, cf. Rosatti, o. cit., p. 274-275, donde se recuerda el censo previsto en la Constitución argentina (requisito de una renta mínima de dos mil pesos) para ser candidato y ejercer ciertos cargos, que se inaplicó por contraponerse a varias normas dogmáticas de la misma Constitución.

Ciertamente, el presidente de la República está facultado para aprobar, ratificar⁶⁸ y notificar aquellos tratados no previstos en el artículo 161, sin intervención del legislativo, mas no considero que por ello se encuentre facultado para reformar por su sola voluntad la Constitución, porque esto violentaría la parte dogmática de la propia norma suprema. Si el Ejecutivo terminara ratificando un tratado contrario a la Constitución —de hecho o de derecho—,⁶⁹ en principio el tratado no debería primar en aquella parte contradictoria. Caso contrario, se estaría facultando a un solo hombre para reformar a discreción la Constitución material de un país, echando por tierra los postulados dogmáticos de soberanía del pueblo, de Estado democrático y de gobierno representativo y participativo.⁷⁰

Respecto al tratado aprobado con reforma constitucional, al tenor del artículo 162, inciso 3.º, evidentemente sí está sobre la Constitución. Por lo tanto, las disposiciones constitucionales reformadas y no reformadas se sujetarán e interpretarán a la luz del tratado aprobado, sin poder contradecirlo; con todo, si hubiere tal contraposición, primará el tratado.

Menos claro es el caso de los tratados aprobados por el Congreso Nacional en un solo debate, con mayoría simple. Para determinar si priman o no, habrán de aplicarse caso a caso otros criterios.

5.7 *Revisar todas estas reglas en su conjunto*

Ninguna de las pautas reseñadas es criterio absoluto. Aunque una Constitución se autodeclarara suprema, si el Estado ratifica un pacto de derechos humanos con efecto directo, habría que aplicarlo directamente por encima de la norma nacional. *Contrario sensu*, aunque la Constitución de un Estado estipulara la supremacía de todo tratado, si ese Estado suscribiera un pacto en el que se excluyera expresamente

⁶⁸ Cf. Constitución ecuatoriana, artículo 171, número 12.

⁶⁹ Recuérdese que la Convención de Viena permite incumplir un tratado fundamentado en el derecho interno, cuando los argumentos se basan en cuestiones “manifiestas” de *incompetencia*. Luego, si la incompetencia del presidente para no ratificar el tratado no es “manifiesta”, el tratado se tendrá por válido y exigible al Estado. Por el contrario, si la incompetencia es “manifiesta”, el tratado no entrará en vigor.

⁷⁰ Morales Tobar intuyó parte del problema, al anotar que, “además de que el tratado o convenio internacional tienen jerarquía supra legal y en materia de derechos humanos, como se señaló antes, los instrumentos internacionales son aplicables en el sentido que más favorezca a la persona, es necesario que se procure una reforma constitucional, que obligue al Ejecutivo a contar con dictamen preventivo de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional en todos los casos o, por lo menos, que sea un órgano imparcial, como es esa Magistratura, la que determine, en primer lugar, si el instrumento se refiere a una de las materias señaladas en el artículo 161 de la Constitución, para que no existan violaciones a normas fundamentales en su tramitación” (o. cit., p. 57).

el efecto directo, no se podría aplicarlo inmediatamente. Por tanto, habrá que revisar todos los criterios expuestos y determinar cuál o cuáles aplican en cada caso.

En esa selección de criterios valdrá tener en cuenta una última pauta que postulamos: *in dubio pro ius cogens*.⁷¹

⁷¹ En un análisis crítico del dualismo, Sagüés afirma: “[...] en definitiva, la adhesión de un país a una u otra corriente depende de sus reglas constitucionales y del derecho consuetudinario en vigor. De no existir ellas, lo lógico es hacer prevalecer la tesis de la unidad, porque requerir una norma suplementaria al tratado, para que entre en operatividad interna, a más de ser algo redundante (salvo que no haya más remedio que hacerlo porque lo imponga la constitución), significa dejar en manos del capricho local cumplir o no con lo acordado en el ámbito exterior, en abierta contradicción con los principios de buena fe y de responsabilidad por los propios actos” (o. cit., pp. 376-377).

Lautaro Ríos Álvarez (Chile) *

Concepto, caracterización y estatuto constitucional básico de los tribunales constitucionales de Latinoamérica

I. Concepto del tribunal constitucional

1. Ha dicho el Prof. Ismael Bustos que “El Derecho Constitucional inglés es un derecho de precedentes judiciales [...] Por eso podría hablarse de su concepto ‘ex-post’ de la Constitución, por contraposición al concepto ‘ex-ante’ de quienes, al decir de los ingleses, pretenden hacer constituciones como quien hace un pudding”.¹

De parecida manera, no existe una receta utilizable para crear un Tribunal Constitucional (TC). De allí que, para elaborar un concepto de este órgano —invención paradigmática de la cultura jurídica del siglo XX—, sea sensato seguir el viejo consejo aristotélico de averiguar por qué y a qué los seres humanos han designado con este nombre.

2. Como se sabe, en Europa habría sido imposible implantar el control judicial de la constitucionalidad de las leyes porque, para hacerlo, habría sido necesario derribar dos mitos, nacidos y crecidos en suelo europeo y elevados a la categoría de dogmas por su cultura política. Ellos eran la *soberanía del Parlamento*² y la *separación de los poderes*.³

* Profesor de la Universidad de Valparaíso. <estudiorios@entelchile.net>.

¹ Ismael Bustos: “El desarrollo del derecho constitucional en la última postguerra”, en *La Revista de Derecho*, Universidad Central, año II, enero-junio 1988, p. 14.

² Recordemos que Blakstone, en su *Comentario de las leyes de Inglaterra*, decía que “el poder del Parlamento es absoluto y sin control” y que éste “dispone de autonomía soberana para hacer,

Kelsen tuvo la genialidad de erigir otro dogma nacido en Norteamérica —de estatura aún superior a los señalados—: la *supremacía de la Constitución*. Sobre ese dogma construyó toda la arquitectura constitucional. Pero también le asignó un custodio: el Tribunal Constitucional, independiente de los poderes clásicos e instituido por la propia Constitución. Así no se hirió la soberanía del Parlamento ni la doctrina de la separación de los poderes, al impedir que el Poder Judicial se inmiscuyera en un campo que —en Europa— se consideraba ajeno a su competencia. Y, de este modo, se estableció un órgano nuevo con poder suficiente para controlar, de manera eficaz, que la voluntad constituyente presidiera la actuación de los poderes constituidos.⁴

3. La historia de la judicatura constitucional ha discurrido por distintos caminos en Iberoamérica.

3.1. Algunos países —como la República de Argentina, Brasil, México y Venezuela— han seguido el modelo norteamericano de control judicial difuso de la constitucionalidad de la ley y, por ende, no han establecido un TC distinto e independiente del Poder Judicial.

Conviene, no obstante, hacer algunas precisiones en los casos de México y de Venezuela. En el primero, al decir de Carpizo, de Cossío y de Fix-Zamudio:

[México] ha experimentado la trascendencia reciente del modelo europeo continental o “austríaco” de los organismos jurisdiccionales especializados en la solución de controversias derivadas de la aplicación de las normas constitucionales y por ello, sin llegar al establecimiento de un Tribunal, Corte o Sala constitucionales de carácter autónomo, las reformas constitucionales y legales de 1988 y 1995 concentraron en la Suprema Corte de Justicia la última instancia de las citadas

ratificar, ampliar, restringir, derogar, restablecer e interpretar cualquiera ley [...] en verdad, lo que el Parlamento hace *ninguna autoridad sobre la tierra puede deshacerlo*”.

³ El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, sostiene: “Toda sociedad en que no esté asegurada la garantía de los derechos ni *determinada la separación de los poderes, carece de Constitución*”.

⁴ Este largo y accidentado proceso no es tan simple como aquí se intenta resumir. Para entenderlo es útil consultar Jorge Alvarado: *El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes*, Madrid: Reus, 1920; Marcel Waline: “Éléments d’une théorie de la juridiction constitutionnelle en Droit positif français”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, París, 1928; Paul Duez: “Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France”, en *Mélanges Maurice Hauriou*, París: Sirey, 1929; Boris Mirkine-Guetzévitch: *Modernas tendencias del derecho constitucional*, Madrid: Reus, 1934; Gottfried Dietze: “Judicial Review in Europe”, en *Michigan Law Review*, vol. 55, n.º 4, febrero de 1957, y “America and Europe. Decline and emergence of judicial review”, en *Virginia Law Review*, vol. 44, n.º 8, diciembre de 1958; Mauro Cappellotti: *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán: Giuffrè, 7.ª ed., 1978; Louis Favoreu: “Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, n.º 5, setiembre-octubre de 1984; Otto Bachof: *Jueces y Constitución* (discurso rectoral, Universidad de Tubinga, 1959), Madrid: Civitas, 1985.

controversias estrictamente constitucionales, pero sin conferir a este órgano la denominación expresa de Tribunal Constitucional [...].⁵

En el sistema venezolano, conforme al artículo 20 de su Código de Procedimiento Civil: “Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia”. Sin embargo, la facultad de declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales o de las leyes estatales que colidan con la Constitución es atribución de la Corte Suprema de Justicia.⁶

3.2. Otros estados iberoamericanos, como Paraguay, Costa Rica y El Salvador, han establecido, dentro de la orgánica del Poder Judicial, una Sala Constitucional del Tribunal Supremo especializada en las materias propias de la jurisdicción constitucional.

Así ocurre en Paraguay, conforme al artículo 260 de su Carta Política de 1992, que atribuye a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia:

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 [...].⁷

La Constitución de Costa Rica de 1949, reformada en 1989, entregó la elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia a la Asamblea Legislativa, “la cual integrará las diversas Salas que indique la ley”.⁸ Por su parte, la Ley de la Jurisdicción Constitucional de 1990 estableció la Sala Constitucional que puede ejercer el control de constitucionalidad de las leyes por cuatro vías diferentes: la acción de inconstitucionalidad, las consultas legislativas, las consultas judiciales y el control preventivo.⁹

El artículo 174 de la Constitución de El Salvador contempla una Sala de lo Constitucional compuesta por cinco miembros e integrada a la Corte Suprema de Justicia,

[...] a la cual corresponderá conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo, el habeas corpus, las controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo a que se refiere el artículo 138 (conflictos de constitucionalidad de las leyes) y las causas

⁵ Véase Jorge Carpizo, José Ramón Cossío y Héctor Fix-Zamudio: “La jurisdicción constitucional en México”, en D. García Belaunde y F. Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid: Dykinson, 1997, pp. 747 ss. Véanse también los artículos 104 y 105 de la Constitución de México.

⁶ Véanse el artículo 215, n.ºs 3 y 4, de la Constitución de Venezuela, y Carlos Ayala Coras: “La jurisdicción constitucional en Venezuela”, en D. García Belaunde y F. Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid: Dykinson, 1997, pp. 933 ss.

⁷ Véase Daniel y Juan Carlos Mendonca: “La justicia constitucional en Paraguay”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 1, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 293 ss.

⁸ Véanse los artículos 152, 157 y 158 de la Constitución de Costa Rica.

⁹ Véase Rubén Hernández: “La justicia constitucional en Costa Rica”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 1, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 89 ss.

mencionadas en la atribución 7.^a del artículo 182 de esta Constitución (suspensión o pérdida de los derechos de la ciudadanía).¹⁰

3.3. Finalmente, otros Estados de Iberoamérica, siguiendo la tendencia europea, han establecido en sus Cartas Políticas tribunales constitucionales autónomos e independientes de los demás poderes del Estado, encargados de ejercer la jurisdicción constitucional. Así ocurre en Guatemala, en Colombia, en Chile, en el Perú, en Bolivia y en Ecuador. No obstante su especialidad, debido al peso de la tradición histórica, ellos comparten dicha jurisdicción, ya sea con la generalidad de los tribunales ordinarios, ya sea con la respectiva Corte Suprema de Justicia.

Todos ellos nos interesan para los efectos de este análisis que intenta conceptualizarlos y caracterizar sus rasgos comunes.

4. El *Tribunal Constitucional de Guatemala* es el primero establecido en suelo americano, siguiendo al modelo europeo, conforme a la Carta de 1965.

El Código Político de Guatemala de 1985 lo denomina *Corte de Constitucionalidad* y le dedica el capítulo IV del título VI, que trata de las “Garantías Constitucionales y Defensa del Orden Constitucional”. El artículo 268 la define así:

Función esencial de la Corte de Constitucionalidad. La Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, *cuya función esencial es la defensa del orden constitucional*; actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la ley de la materia.

La independencia económica de la Corte de Constitucionalidad, será garantizada con un porcentaje de los ingresos que correspondan al Organismo Judicial.

4.2. *Composición.* La Corte está integrada por cinco magistrados titulares y cada uno de ellos tiene un suplente.

Se designan de la manera siguiente:

- a) Un magistrado por el pleno de la Corte Suprema de Justicia;
- b) Un magistrado por el pleno del Congreso de la República;
- c) Un magistrado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros;
- d) Un magistrado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala; y
- e) Un magistrado por la Asamblea del Colegio de Abogados.¹¹

4.3. *Competencia.* Tiene las siguientes funciones:

- a) Conocer en única instancia de las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad;

¹⁰ Véase José Albino Tinetti: “La justicia constitucional en El Salvador”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 1, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 173.

¹¹ Artículo 269.

- b) Conocer en única instancia en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo en las acciones de amparo interpuestas en contra del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Presidente y el Vicepresidente de la República;
- c) Conocer en apelación de todos los amparos interpuestos ante cualquiera de los tribunales de justicia. Si la apelación fuere en contra de una resolución de amparo de la Corte Suprema de Justicia, la Corte de Constitucionalidad se ampliará con dos vocales en la forma prevista en el artículo 269;
- d) Conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia;
- e) Emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyecto de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado;
- f) Conocer y resolver lo relativo a cualquier conflicto de jurisdicción en materia de constitucionalidad;
- g) Compilar la doctrina y principios constitucionales que se vayan sentando con motivo de las resoluciones de amparo y de inconstitucionalidad de las leyes, manteniendo al día el boletín o gaceta jurisdiccional;
- h) Emitir opinión sobre la inconstitucionalidad de las leyes vetadas por el Ejecutivo alegando inconstitucionalidad; y
- i) Actuar, opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la Constitución de la República.

5. El *Tribunal Constitucional de Chile* nace el año 1970, a raíz de una reforma constitucional a la Carta de 1925. Fue disuelto por la Junta de Gobierno en 1973 y volvió a ser instituido, con mayor competencia y número de miembros, en el capítulo VII de la Constitución de 1980.

En virtud de la Ley de Reforma Constitucional n.º 20 050,¹² el TC cambió su composición y la forma de generación de sus miembros; aumentó el número de sus integrantes y la duración de éstos en sus cargos. También —lo que es más importante— incrementó cualitativamente su competencia.

5.1. *Composición y generación.* Actualmente el TC está compuesto por diez magistrados titulares:

- a) tres designados por el presidente de la República;
- b) cuatro elegidos por el Congreso Nacional; de los cuales el Senado elige dos autónomamente y designa los otros dos a propuesta de la Cámara;
- c) tres elegidos por la Corte Suprema.

Los magistrados duran nueve años en sus cargos, se renuevan por parcialidades cada tres años, son inamovibles y no pueden ser reelegidos. Les está vedado ejercer la profesión de abogado y la judicatura (artículo 92).

¹² La ley de reforma n.º 20 050 fue publicada en el *Diario Oficial* del 26-VIII-05 y, en virtud de su artículo 2.º, el P. de la R. fijó el nuevo texto refundido, coordinado y sistematizado de la CPR, por decreto supremo n.º 100, Segpres, publicado en el *Diario Oficial* del 17-IX-05.

5.2. *Competencia.* De acuerdo con el artículo 93 de la Carta, sus atribuciones son:

1.º Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación;

2.º Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones;

3.º Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;

4.º Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;

5.º Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones;

6.º Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución;

7.º Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior;

8.º Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda;

9.º Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 99;

10.º Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieran tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, en conformidad a lo dispuesto en los párrafos sexto, séptimo y octavo del N° 15º del artículo 19 de esta Constitución. Sin embargo, si la persona afectada fuera el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio;

11.º Informar al Senado en los casos a que se refiere el artículo 53 N° 7) de esta Constitución;¹³

¹³ El artículo 53, n.º 7, de la CPR contiene la atribución exclusiva del Senado de “Declarar la inhabilidad del Presidente de la República o del Presidente electo cuando un impedimento físico o mental lo inhabilite para el ejercicio de sus funciones; y declarar asimismo, cuando el Presidente de la República haga dimisión de su cargo, si los motivos que la originan son o no fundados y, en consecuencia, admitirla o desecharla. En ambos casos deberá oír previamente al Tribunal Constitucional”.

12.º Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado;

13.º Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones;

14.º Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios;

15.º Calificar la inhabilidad invocada por un parlamentario en los términos del inciso final del artículo 60 y pronunciarse sobre su renuncia al cargo, y

16.º Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquéllos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63.

La Constitución concede acción pública para requerir la intervención del Tribunal respecto de las atribuciones contenidas en los ordinales 10.º y 13.º que anteceden.¹⁴

6. *Corte Constitucional de Colombia*. La Carta colombiana trata en su título VIII “De la Rama Judicial”. Su capítulo 4 se titula “De la Jurisdicción Constitucional”.

6.1. *Composición y generación*. El artículo 239 las describe del siguiente modo:

La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del derecho.

Los magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Los magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos.

La ley estatutaria ha fijado en nueve el número de sus magistrados.

6.2. *Función esencial y competencia*. Dice el artículo 241:

A la Corte Constitucional se le confía *la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución*, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

¹⁴ Véanse los “Artículos de doctrina” sobre la reforma del Tribunal Constitucional publicados en *Estudios Constitucionales*, año 3, n.º 1, del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Santiago: Librotecnia, 2005.

3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presentaren los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.

7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

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

11. Darse su propio reglamento.¹⁵

7. *Perú.* La Constitución de 1979 introdujo en el Perú el Tribunal de Garantías Constitucionales que funcionó en el período entre 1982 y 1992. La Carta de 1993 crea el Tribunal Constitucional actualmente vigente en el título V, que trata “De las Garantías Constitucionales”. Las garantías constitucionales son las diversas acciones que pueden interponerse en defensa de la supremacía de la Constitución y las regula el artículo 200.

7.1. *Función, composición y generación.* Dice el artículo 201:

El Tribunal Constitucional *es el órgano de control de la Constitución.* Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.

Estos no pueden ser reelectos en el período siguiente. Agrega más adelante:

Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros.

¹⁵ Véase Eduardo Cifuentes Muñoz: “La jurisdicción constitucional en Colombia”, en D. García Belaunde y F. Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid: Dykinson, 1997, pp. 473 ss.

7.2. *Competencia*. La resume magistralmente el artículo 202 de la siguiente manera:

Corresponde al Tribunal Constitucional: 1. Conocer en instancia única la acción de inconstitucionalidad. 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento. 3. Conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.^{16, 17}

8. *Bolivia*. La Constitución boliviana de 1967 fue reformada profundamente por la ley n.º 1585, de 12 de agosto de 1994, que le introdujo tres instituciones significativas: el Tribunal Constitucional, el Consejo Nacional de la Judicatura y el Defensor del Pueblo.

8.1. *Carácter, composición y generación*. El Tribunal Constitucional, no obstante regularse en el título III, que trata del Poder Judicial, “Es independiente y está sometido sólo a la Constitución. [...] Está integrado por cinco magistrados que conforman una sola sala y son designados por el Congreso Nacional por dos tercios de votos de los miembros presentes”. Sus miembros “Desempeñan sus funciones por un período personal de diez años improrrogables y pueden ser reelectos pasado un tiempo igual al que hubiesen ejercido su mandato”.¹⁸

8.2. *Competencia*. Se regula en el artículo 120 que dice:

Son atribuciones del Tribunal Constitucional conocer y resolver:

1.^a. En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales. Si la acción es de carácter abstracto o remedial, sólo podrán interponerla el Presidente de la República, o cualquier Senador o Diputado, el Fiscal General de la República o el Defensor del Pueblo.

2.^a. Los conflictos de competencia y las controversias entre los Poderes Públicos, la Corte Nacional Electoral, los departamentos y los municipios;

3.^a. Las impugnaciones del Poder Ejecutivo a las relaciones camarales, prefecturales y municipales;

4.^a. Los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en esta Constitución;

5.^a. Los recursos contra resoluciones del Poder Legislativo o una de sus Cámaras, cuando tales resoluciones afecten a uno o más derechos o garantías concretas, cualesquiera sean las personas afectadas;

6.^a. Los recursos directos de nulidad interpuestos en resguardo del artículo 31º de esta Constitución (usurpación de funciones);

¹⁶ Véase Domingo García Belaunde: “La jurisdicción constitucional en Perú”, en D. García Belaunde y F. Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid: Dykinson, 1997, pp. 831 ss.

¹⁷ Perú cuenta, a partir de la ley n.º 28.237 de 31-V-2004, que entró en vigencia el 31-XI-04, con el primer Código Procesal Constitucional promulgado en América.

¹⁸ Artículo 119.

- 7.^a. La revisión de los recursos de Amparo Constitucional y Habeas Corpus;
- 8.^a. Absolver las consultas del Presidente de la República, el Presidente del Honorable Congreso Nacional y el Presidente de la Corte Suprema de Justicia sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, decretos y resoluciones, o de leyes, decretos o resoluciones aplicables a un caso concreto. *La opinión del Tribunal Constitucional obliga al órgano que efectúa la consulta;*
- 9.^a. La constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales.
- 10.^a. Las demandas respecto a procedimientos en la reforma de la Constitución.¹⁹

9. *Ecuador.* La Constitución de 1945 estableció el Tribunal de Garantías, que sólo tenía la facultad de formular observaciones con respecto a normas de rango infralegal que fuesen inconstitucionales; y que podía suspender los preceptos legales que violaran la Constitución hasta que el Congreso dictaminase acerca de ellos.

9.1. *Composición y generación.* La reforma Constitucional de 1996 estableció el actual Tribunal Constitucional y redujo a nueve el número anterior de once miembros, que son designados por el Congreso Nacional, por la mayoría de sus integrantes, del siguiente modo: dos vocales se designan de ternas enviadas por el presidente de la República; dos, de ternas enviadas por la Corte Suprema de Justicia, de fuera de su seno; otros dos los elige el Congreso Nacional entre personas que no ostenten la dignidad de legisladores; uno, de la terna enviada por los alcaldes y los prefectos provinciales; el octavo miembro se designa de la terna enviada por las centrales de trabajadores y las organizaciones indígenas y campesinas de carácter nacional, legalmente reconocidas; el noveno y último, de la terna enviada por las Cámaras de la Producción legalmente reconocidas. Desempeñan sus funciones durante cuatro años y pueden ser reelegidos.²⁰

9.2. *Competencia.* Conforme al artículo 276, corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado, y suspender total o parcialmente sus efectos.
2. Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria del acto, sin perjuicio de que el órgano administrativo adopte las medidas necesarias para preservar el respeto a las normas constitucionales.
3. Conocer las resoluciones que denieguen el habeas corpus, el habeas data y el amparo, y los casos de apelación previstos en la acción de amparo.

¹⁹ Véase Francisco Fernández Segado: "La jurisdicción constitucional en la Reforma de la Constitución de Bolivia de 1994", en D. García Belaunde y F. Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid: Dykinson, 1997, pp. 359 ss.

²⁰ Artículo 275.

4. Dictaminar sobre las objeciones de inconstitucionalidad que haya hecho el Presidente de la República, en el proceso de formación de las leyes.
5. Dictaminar de conformidad con la Constitución, tratados o convenios internacionales previo a su aprobación por el Congreso Nacional.
6. Dirimir conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución.
7. Ejercer las demás atribuciones que le confieran la Constitución y las leyes.²¹

10. En resumen, de la descripción de los tribunales constitucionales que antecede, puede concluirse que se trata de tribunales colegiados —integrados por un número de miembros que fluctúa entre cinco y diez—. Todos son órganos independientes de los demás poderes del Estado y gozan de autonomía, que en algún caso incluye la de carácter económico. Sus miembros son designados por los órganos políticos y judiciales a propuesta de órganos constitucionales, pero también de las organizaciones sociales y gremiales, en el caso de Ecuador. Resuelven en única o en última instancia, según el caso; sus decisiones son irrecurribles y tienen carácter vinculante, ya sea en el caso concreto en el que se pronuncia o con efectos generales —*erga omnes*—, según el caso. Finalmente, todos ellos ejercen una función de carácter jurídico-político pero de naturaleza y estilo jurisdiccional, aspecto al que nos referiremos más adelante.

11. *Concepto.* El tribunal constitucional de Iberoamérica es un órgano del Estado, colegiado, de naturaleza jurisdiccional, encargado de conocer y resolver las controversias y problemas jurídico-políticos en que está comprometido el principio de la supremacía de la Constitución.

II. Caracterización

12. *Naturaleza jurisdiccional.* La principal característica del tribunal constitucional es que, no obstante las materias de trascendencia política que le corresponde resolver, ejerce un poder de naturaleza jurisdiccional, tanto en el fondo como en la forma.

Desde luego, la fuente primordial de sus decisiones es la Constitución Política, es decir, el cuerpo jurídico de mayor jerarquía dentro del Estado. Naturalmente, el tribunal, al interpretarla, puede utilizar otras fuentes, como los tratados internacionales, la doctrina de los autores o la jurisprudencia constitucional, y puede, asimismo, recurrir a diversos elementos exegéticos —como son el gramatical, el lógico, el histórico, el

²¹ Véase Hernán Salgado Pesantes: “La jurisdicción constitucional en el Ecuador”, en D. García Belaunde y F. Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid: Dykinson, 1997, pp. 577 ss.

orgánico, el teleológico o el axiológico—, pero siempre la sustancia de sus decisiones debe estar fundada en la propia Constitución y no en las conveniencias o inconvenientes políticos que de ellas puedan derivar. El TC debe fidelidad absoluta a la Constitución y de allí la importancia que tienen la formación jurídica, la independencia y la imparcialidad política de sus miembros.

En suma, el TC es un órgano que resuelve con criterio jurídico, y no político, las controversias sometidas a su decisión.

En cuanto a la forma, el TC actúa siempre conforme a las reglas del justo proceso. Es decir, también obra aquí jurisdiccionalmente. De allí la importancia que tiene que, en los procedimientos ante el TC, las partes en conflicto puedan ser escuchadas, puedan presentar las pruebas que el caso amerite y dispongan de idénticas garantías procesales. En el mismo sentido, el TC conoce y resuelve dentro de un *proceso* de índole constitucional y sus decisiones tienen fuerza de *cosa juzgada*.

13. *Independencia e imparcialidad.* Como bien ha dicho Favoreu, no existen normas que puedan asegurar estas cualidades del juez constitucional. De lo que se trata es de arbitrar los medios que permitan —hasta donde sea posible— lograr ese resultado.

Una de las instituciones ideadas para este efecto consiste en la inamovilidad de los jueces; la que —tratándose de magistrados que no son de carrera— se obtiene asegurándoles una larga permanencia en el cargo y, a veces, la prohibición de ser reelectos en el período siguiente.

También se ha pretendido lograr este resultado mediante la intervención de distintos órganos del Estado en su nombramiento. Sin embargo, en nuestro modesto parecer, el asunto no se resuelve atendiendo a dos cualidades negativas como son la independencia (no dependencia) y la imparcialidad (no parcialidad). Lo que debe lograrse a toda costa es la absoluta *confiabilidad* de cada uno de los integrantes del TC, materia a la que nos referiremos en la sección siguiente.

14. *Competencia.* El TC nace y se consolida como el guardián de la Constitución y, con mayor amplitud, en el garante institucional del principio de su supremacía.²² Dado que, en su origen, este principio se limita a la defensa de su supremacía normativa —como ocurrió en los Estados Unidos de Norteamérica, país donde nació—, forma parte de la cultura jurídica occidental creer que la misión primordial de todo Tribunal Constitucional consiste en ejercer el control de constitucionalidad de las normas subordinadas a la Carta Política, sea éste el control concreto con efecto *inter partes*, al estilo norteamericano, o el control abstracto con efecto *erga omnes*, al estilo europeo.

²² Véase el artículo 241 de la Constitución de Colombia. Véase también nuestro “El principio de la supremacía de la Constitución y el Tribunal Constitucional”, discurso inaugural de las XX Jornadas de Derecho Público, Valparaíso: Edeval, 1990.

De allí que González-Deleyto haya advertido que es de la competencia común de todos los Tribunales Constitucionales el ejercicio de este control.²³

Con todo, la Constitución no es sólo la suprema rectora del orden normativo, sino también la fuente primigenia de la competencia de todos los órganos del Estado. De allí que también el TC resguarda la supremacía de la Constitución cuando dirime un conflicto de competencia entre órganos que no dependen de un superior común.

Por otra parte, es misión esencial de la Constitución el amparo de los derechos fundamentales. En algunos ordenamientos jurídicos, como el nuestro, esta materia está entregada por entero a la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, se ha venido extendiendo por los TC de Iberoamérica la práctica de establecer un recurso ante el TC para revisar las decisiones judiciales denegatorias de la jurisdicción ordinaria, recaídas en acciones de tutela de los derechos constitucionales.

La defensa del sistema político que la Constitución consagra es una de las competencias propias del TC chileno, competencia que sólo comparte con el Tribunal Constitucional Federal alemán.²⁴ Esta singularidad no obsta a que uno de los aspectos esenciales del sistema constitucional sea precisamente la protección disuasiva de cualquier intento de destruirlo. En este delicado aspecto, basta que la norma protectora se encuentre allí para que se desalienten las acciones orientadas a destruir, debilitar o desestabilizar el sistema político de la Constitución.

Muchas otras facetas de la supremacía de la Constitución pueden ser materia de la competencia del TC. Si comparamos la competencia de cada uno de los TC existentes en Hispanoamérica, podríamos advertir un amplio espectro de estas que algunos llaman *competencias misceláneas*. Creemos, sin embargo, que lo dicho basta para caracterizar lo esencial de la competencia del TC.

15. *Organización colegial*. Por la trascendencia de los asuntos que debe resolver, por tratarse de un órgano supremo que actúa en única o en última instancia y, a veces, por el volumen de causas que les corresponde conocer, los TC son siempre órganos colegiados compuestos de un número de jueces que, en Iberoamérica ha variado entre cinco y once miembros.

La determinación de su número dependerá de los órganos que deben intervenir en su propuesta o en su designación, de la extensión de su competencia, de si su funcionamiento se proyecta sólo como tribunal pleno o bien dividido en salas, y del volumen de causas que le corresponda conocer.

²³ Nicolás González-Deleyto: "Tribunales constitucionales. Organización y funcionamiento", Madrid: Tecnos, 1980, p. 17.

²⁴ Véanse los artículos 18 y 21 de la Constitución Federal de la República Alemana y los artículos 19, n.º 15, incisos 6.º, 7.º y 8.º, y 93, n.º 10, de la Constitución Política chilena.

III. Estatuto básico del TC

Tal como advertimos en un comienzo, no existe una receta para crear un tribunal constitucional. Y sería una pretensión desmesurada tratar de inventarla. Aquí trataremos de precisar los aspectos sustantivos que —en nuestra opinión— debieran considerarse al momento de instituir un tribunal constitucional.

16. *Perfil del juez constitucional.* Consideramos de la mayor importancia establecer los requisitos adecuados que deben cumplir todos y cada uno de los miembros del TC. Compartimos la creencia de Mauro Cappelletti y de Louis Favoreu en cuanto a que el juez constitucional no comparte el perfil clásico del juez de la justicia ordinaria o *juez continental*, en la nomenclatura europea. Éste está acostumbrado a rendir pleitesía a la ley, la que la mayoría de las veces constituye su principal fuente jurídica. La ley es su Biblia y desconocerla sería una herejía. Atreverse a condenarla no está ni siquiera en su imaginación. El juez constitucional, en cambio, no sólo debe a menudo juzgar la ley, sino inclusive asumir la función de condenarla y de expulsarla del ordenamiento jurídico. De allí que no constituya ninguna garantía de fidelidad a la Constitución el escoger al juez constitucional de las más altas magistraturas ordinarias o del mundo académico que profesa el derecho privado.

Sin lugar a dudas, el juez constitucional debe ser un profundo conocedor de la Constitución Política de su país, de los métodos y técnicas adecuados para interpretarla, teniendo conciencia de que la exégesis del derecho privado es distinta —y, a veces, inaplicable— a la de la Constitución; debe conocer la historia, el fundamento y la finalidad con que se dictaron sus normas. En suma, debe tratarse de un experto en el derecho de la Constitución.

Pero no basta el conocimiento teórico de esta disciplina. El juez constitucional debe poseer una experiencia lo más dilatada posible, ya sea en la enseñanza, ya sea en la investigación, ya sea en la aplicación de la Carta Fundamental. De allí que muchas Constituciones exijan no sólo el título de abogado, sino también una práctica de por lo menos quince años de esta profesión.

Sin embargo, el conocimiento y la experiencia tampoco bastan. El juez constitucional debe estar dotado de un criterio jurídico sólido y estable para poder aplicar su conocimiento y experiencia a la particularidad o especialidad del asunto que le corresponda resolver.

Estas tres cualidades constituyen los estándares básicos de idoneidad para el delicado cargo de juez constitucional.

17. *Órganos llamados a generar al TC.* Aunque muy extendida, nos parece absolutamente inadecuada la fórmula política de designación, conforme a la cual se reparte el número de miembros del TC entre los órganos políticos y, a veces, entre éstos y la suprema magistratura judicial. La doctrina europea ha hecho duras críticas a una

fórmula en la que los controlados designan a sus controladores, con el grave riesgo de politizar al TC.²⁵

Pensamos que lo lógico es que en la generación del TC intervenga el propio Tribunal Constitucional —que es el más interesado en mantener su independencia y acrecentar su prestigio— y, además, los órganos que resultarán principalmente concernidos en sus decisiones, es decir, el gobierno y el Congreso.

No divisamos la razón necesaria para que el órgano máximo del Poder Judicial deba concurrir a generar a los miembros de otro poder distinto, al cual no lo liga ninguna relación —lo cual no obsta a que los miembros de ese poder tengan la legítima opción de integrar el TC, si reúnen los requisitos para ello.

En resumen, no debe tratarse de una *repartición de nombramientos* entre los órganos llamados a designarlos, sino de una *conurrencia de voluntades* destinada a asegurar su confiabilidad, su independencia y su imparcialidad; materias que veremos a continuación.

18. *Procedimiento de generación del TC*. Hemos criticado —en otro trabajo— que el procedimiento habitual de generación del TC constituya un sistema de confianzas divididas, en lugar de un sistema de confianzas compartidas.²⁶

Cuando un órgano determinado tiene la facultad de designar autónomamente a un número o una cuota de los miembros del TC, éstos serán, sin duda, de la absoluta confianza del órgano que los designó; pero no contarán necesariamente con la confianza de aquellos órganos que no intervinieron en esa designación.

A nuestro entender, *cada uno de los integrantes del TC* debiera contar con la confianza y el respaldo de todos aquellos que resultarán afectados por sus decisiones. Aunque parezca difícil lograr este resultado, existe una fórmula que lo posibilita.

La designación debería iniciarse con un colectivo —terna o quina— elaborada por el propio Tribunal Constitucional, que es el órgano que mejor conoce a los postulantes que puedan reunir los requisitos exigidos y que es el más interesado en que en su composición haya sólo miembros de capacidad reconocida. Esa nómina se pondría a disposición del jefe de Gobierno, quien tendría que elegir a uno de sus miembros. El miembro así elegido pasaría a la consideración de la asamblea legislativa o de una de sus ramas, a fin de que ésta, por mayoría de sus integrantes, confirmara o rechazara la designación. En caso de rechazo, el proceso se repetiría, con la exclusión del postulante rechazado.

²⁵ Véase nuestro “La generación del Tribunal Constitucional”, en *Gaceta Jurídica*, n.º 269, noviembre del 2002, pp. 18 ss.

²⁶ *Ibídem*.

De esta manera se aseguraría la confianza de cada uno y de todos los órganos comprometidos con la eficiencia, la independencia y la imparcialidad del tribunal.

Creemos que las fórmulas consistentes en repartir la designación de los cargos entre los órganos políticos constituye la manera más segura y más nefasta de politizar al Tribunal Constitucional y, por ende, la vía más certera para destruirlo.

19. *Competencia del TC.* Si bien la función esencial del Tribunal consiste en ser el guardián de la Constitución y el garante de su supremacía, este principio se aplica con distinta extensión y diferente rigor en los diversos ordenamientos jurídicos iberoamericanos. Señalaremos sólo las expresiones del principio de supremacía de la Constitución que nos parecen más generalizadas.

19.1. *Supremacía normativa de la Carta Fundamental: control de constitucionalidad de las normas.* Largo e inútil resultaría enumerar las diferentes clases de normas susceptibles de este control. Lo importante es establecer la necesidad del control de todas ellas, aunque algunas formas preventivas de fiscalización puedan quedar entregadas a otros órganos, como ocurre en Chile con la que ejerce la Contraloría General de la República sobre los decretos y resoluciones del presidente y sobre los decretos con fuerza de ley. En todo caso, al TC debe reservarse la decisión final en esta materia.²⁷

Con respecto al control de constitucionalidad de las leyes, sabemos que éste puede ser preventivo o correctivo, según el momento en que se ejerce respecto de la etapa de formación o la entrada en vigencia de la ley. Sabemos también que la Constitución puede prescribir un control necesario u obligatorio de ciertas categorías de leyes (artículo 93, n.º 1), sin perjuicio del control eventual que pueda suscitarse a raíz del ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Sabemos, finalmente, que puede pretenderse la inaplicabilidad de un precepto inconstitucional en un caso concreto y con efecto particular en ese caso, y que también existe la acción de inconstitucionalidad de una ley con efecto anulatorio general. Pues bien, tenemos la convicción de que en estos casos debe aplicarse el principio de la unidad de jurisdicción, entregando el conocimiento y la resolución de todos ellos al Tribunal Constitucional, como finalmente ha ocurrido en Chile.

No existe fórmula más nefasta que dividir la competencia para conocer de estos asuntos entre el TC y la judicatura ordinaria, porque siempre se corre el inminente riesgo de que resuelvan con criterios diferentes, con grave detrimento de la seguridad y de la certeza jurídicas.

19.2. *Resolución de contiendas de competencia.* Es saludable que los conflictos que puedan suscitarse entre órganos dependientes de un superior común sean resueltos por éste, en estricta aplicación del principio de jerarquía. Pero la resolución

²⁷ Véanse los artículos 99, incisos 2.º y 3.º, y 93, n.ºs 4.º y 9.º, de la CPR.

de las contiendas de competencia entre órganos constitucionales supremos o autónomos le corresponde, con efecto vinculante, al TC.

Creemos perjudicial para la marcha del Estado la parálisis que podría producirse a raíz de cualquier contienda de competencia. Por ello pensamos que, en la competencia del TC debería siempre figurar una, de carácter general, para resolver cualquier contienda de atribuciones que pueda acaecer entre órganos del Estado que no se encuentre sometida a la autoridad de un superior común y cuya resolución no esté entregada a la decisión de otros órganos.

19.3. *Revisión de decisiones recaídas en la tutela de los derechos fundamentales.* Aunque tradicionalmente esta tutela ha quedado entregada por entero a la justicia ordinaria, es hora de reflexionar acerca de las notorias deficiencias y hasta denegaciones de justicia que se han producido en esta importante área de la jurisdicción ordinaria. En nuestra historia judicial, los tribunales ordinarios, en términos generales, han privilegiado el ejercicio del principio de autoridad sobre la defensa eficiente de los derechos humanos.

En diversos países iberoamericanos se ha establecido un recurso de revisión, ante el TC, de lo resuelto negativamente por la justicia ordinaria en esta materia. Así ocurre en Colombia con la acción de tutela, en sede de revisión ante el TC, de las sentencias denegatorias de la justicia ordinaria recaídas en acciones protectoras de derechos humanos. (artículo 86 y 241, n.º 9). Así sucede en el Perú, cuya Constitución habilita al TC —como hemos visto— para “conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento” (artículo 202.2). Así también, en Ecuador, se faculta al TC para conocer del recurso que se interponga contra resoluciones denegatorias de estas mismas acciones (artículo 276.3).

No propiciamos el traspaso de estas materias al TC porque ello significaría no sólo su colapso, sino también mediatizar, en un país de tan larga geografía, el acceso del ofendido al órgano judicial. Pero creemos altamente conveniente conceder un recurso de revisión ante el TC en los casos de resoluciones denegatorias de la Corte Suprema de los recursos de amparo y protección, especialmente de estos últimos, que actualmente se conocen de manera inadecuada y superficial en la segunda instancia.

La jurisprudencia del TC otorgaría la debida relevancia a una materia tan sensible a la protección de la dignidad de la persona y tan ligada a la eficacia de la supremacía de la Constitución.

19.4. *Defensa del sistema político de la Constitución.* Finalmente, una de las manifestaciones esenciales de la supremacía constitucional consiste en la preservación del sistema político que ella consagra. Conviene tener presente que el deterioro o el colapso de ese sistema puede poner en duro trance no sólo la regularidad de la generación de las leyes y su sometimiento a la Carta Fundamental, sino también la vigencia de los derechos fundamentales, la independencia de los poderes y sus respectivas funciones y el control jurisdiccional de los actos de la Administración, elementos fundamentales del Estado de derecho.

De allí que tenga una trascendencia muy significativa la norma del artículo 19, n.º 15, incisos 6.º y siguientes, de la Constitución chilena; la que, luego de garantizar el pluralismo político, declara *inconstitucionales* a los partidos, movimientos u otras organizaciones cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, o hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política, y encomienda al Tribunal Constitucional declarar, en su caso, dicha inconstitucionalidad.

20. Para concluir, queremos recordar las palabras del Prof. Manuel García Pelayo, primer presidente del TC español, al instalar dicho tribunal. Dijo entonces:

Actualmente puede considerarse como opinión común que la jurisdicción constitucional es la culminación del Estado de derecho, que el desarrollo lógico y el perfeccionamiento técnico de tal idea del Estado no sólo exigen la sumisión de la acción administrativa a la legalidad, sino también la constitucionalidad de la legislación misma y del conjunto de la acción gubernamental. El sentido de la jurisdicción constitucional es precisamente garantizar que el ejercicio de las funciones del Estado no se desvíe de las normas constitucionales que las disciplinan.

Néstor Pedro Sagüés (Argentina) *

Problemática de los órganos extrapoder en el diagrama de división de los poderes

1. Introducción. Órganos extrapoder y órganos constitucionales autónomos

En una primera aproximación, la expresión *órgano extrapoder* (u *órganos extrapoderes*),¹ se emplea para referirse a órganos estatales no situados en la órbita de alguno de los tres poderes clásicos del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial).

¿Por qué no llamar, directamente, *poderes* a los órganos *extrapoder*? En Argentina ese debate se planteó puntualmente con relación al Ministerio Público federal, que la reforma constitucional de 1994 presenta, en la arquitectura constitucional, como una suerte de cuarto poder (el título primero de la segunda parte de la Constitución, bajo el rótulo de “Gobierno federal”, tiene cuatro secciones: “Poder Legislativo”, “Poder Ejecutivo”, “Poder Judicial” y “Ministerio Público”). Una explicación podría consistir en que el órgano *extrapoder*, por lo común, posee competencias —generalmente muy específicas— que desde el punto de vista cuantitativo son menos extensas que las conferidas por la Constitución a los tres poderes clásicos. Si se comparan, en

* Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires y Pontificia Universidad Católica Argentina. Magistrado judicial. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. <nestorsagues@arnet.com.ar>.

¹ La denominación de *órganos extrapoderes* fue la preferida por Bidart Campos, autor que lideró en América Latina el planteamiento de esta temática. Cf. Germán J. Bidart Campos: *El derecho constitucional del poder*, t. I, Buenos Aires: Ediar, 1967, p. 129.

efecto, las funciones de cualquiera de los órganos extrapoder con las de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, se advertirá que por lo común son más concretas y menos expandidas, aunque desde el punto de vista cualitativo puedan ser de gran trascendencia, como es en particular el caso de un tribunal constitucional, intérprete final de la Constitución. Alguna vez los órganos extrapoder han sido llamados, por eso, *minipoderes*, aunque este rótulo sea discutible.²

Existen debates en torno a la calificación de órgano *extrapoder* respecto de algunos organismos. Por ejemplo: cuando en un sistema parlamentario se desdobra el Poder Ejecutivo en una *jefatura de Estado* (presidente, rey) y una *jefatura de Gobierno* (el primer ministro y el gabinete), ¿hay un solo *Poder* (el Ejecutivo) dividido en dos ramas (como un Poder Legislativo compuesto por dos cámaras, verbigracia, las de Diputados y Senadores) o un único Poder Ejecutivo (encarnado, por ejemplo, en el *Gobierno*) con más un órgano *extrapoder* (el jefe de Estado)?³

Además, el mismo órgano puede asumir en un país la condición de órgano *extrapoder* y en otros no. El caso de un tribunal constitucional es paradigmático: si está fuera de la tríada tradicional de poderes, es indiscutiblemente órgano *extrapoder*. Algo similar puede ocurrir con el Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo, un tribunal electoral supremo, un consejo de Estado (cuando es órgano máximo de la jurisdicción contencioso-administrativa, al estilo del artículo 237 de la constitución de Colombia, verbigracia), una *corte de cuentas* (artículo 195 de la constitución de El Salvador), etcétera. En cambio, si se los sitúa dentro de algún poder (Judicial, Ejecutivo, Legislativo o el que fuere), no serían, en sentido estricto, órganos *extrapoder*.

Quizá para evitar esos debates, parte de la calificada literatura especializada prefiere hablar de *órganos constitucionales autónomos*.⁴ Desde esta perspectiva, lo importante no es la ubicación formal del órgano en cuestión, sino el grado efectivo de su autonomía funcional. Por ejemplo: la Corte Constitucional de Colombia, un ente fuertemente autónomo al que se le confía “la guarda de la integridad y supremacía de

² Sobre la calificación de los órganos *extrapoder* como *minipoderes*, véase Néstor Pedro Sagüés: *Elementos de derecho constitucional*, t. 1, 3.^a ed., Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 669. Sobre la situación en Argentina del Ministerio Público, véase Alberto B. Bianchi: “El Ministerio Público: ¿un nuevo poder? (Reexamen de la doctrina de los órganos *extrapoder*)”, en *El Derecho*, t. 162, Buenos Aires, 1995, p. 139.

³ Cf. por ejemplo Bidart Campos: o. cit., p. 130. El mismo autor (ibídem, p. 140) ha sostenido que en Argentina el Ministerio (conjunto de los ministros del presidente de la Nación) es un órgano *extrapoder*, y en igual condición estaría el vicepresidente de la Nación, según explica, con relación al presidente (ibídem, t. II, p. 29), tesis por cierto controvertibles, fundamentalmente por razones de diseño constitucional, que claramente insertan a esas figuras en el ámbito del Poder Ejecutivo.

⁴ Véase Héctor Fix Zamudio y Salvador Valencia Carmona: *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 4.^a ed., México: Porrúa, 2005, p. 413. En el sentido de que un órgano constitucional autónomo, como es en algunos países el Ministerio Público, no es un poder del Estado, cf. Jorge Carpizo: *Propuestas sobre el Ministerio Público y la función de investigación de la Suprema Corte*, México: Porrúa, 2005, p. 16.

la Constitución”, integra formalmente la *rama judicial* (véanse los artículos 239 y 241 de la Constitución), con lo que, asimismo desde una perspectiva puramente formal, no sería quizá *órgano extrapoder*. Sin embargo, es incuestionable que es un *órgano constitucional autónomo*, que en sus funciones por cierto no depende de la Corte Suprema de Justicia. Lo mismo podría decirse del Tribunal Constitucional de Bolivia, que formalmente compone el Poder Judicial (artículo 116 de la Constitución), o del Tribunal Constitucional Federal alemán (artículo 92 de la Constitución), que cohabita institucionalmente con varios tribunales federales supremos, dentro del mismo título constitucional de *la Jurisdicción* o Poder Judicial.⁵ En definitiva, algunos *órganos intrapoder* podrían, según este enfoque, ser *órganos constitucionales autónomos*.

El problema de la denominación *órganos constitucionales autónomos* es que puede ampliar con demasiada indulgencia la lista de los entes visualizados inicialmente como *órganos extrapoder*, incluyendo en ella, por ejemplo, a un Banco Central, *órganos* de control de los medios de comunicación, oficinas de información, tribunales de cuentas, etcétera, a más, desde luego, del Consejo de la Magistratura, contralorías de diverso tipo, y los citados ejemplos de tribunales constitucionales, electorales y administrativos supremos, defensorías del pueblo, ministerio público y jurados de enjuiciamiento de jueces, aun cuando estuvieran insertos, según los respectivos casos, verbi-gracia, en la esfera de la administración pública, del Poder Judicial o del Legislativo, pero siempre que tuvieran un desenvolvimiento constitucional funcional aparte.⁶

El tema, conviene advertirlo, persiste confuso.⁷

Ahora bien: tanto los *órganos extrapoder* como los *órganos constitucionales autónomos* son, valga la redundancia, *órganos*, y no *sujetos auxiliares* del Estado.⁸ Entendemos aquí al *órgano* estatal como un ente que representa al Estado y cuya voluntad se imputa jurídicamente a este último.⁹ La rotulación, pues, de *órgano* es

⁵ Seguimos la traducción de la Constitución federal alemana de Mariano Daranas Peláez: *Las constituciones europeas*, Madrid: Nacional, 1979, p. 100.

⁶ Véase Jaime Cárdenas Gracia: *Una constitución para la democracia*, México: UNAM, 1996, pp. 243 ss. (se trata aquí de un proyecto de diseño institucional).

⁷ Por ejemplo, Alberto B. Bianchi (o. cit., p. 151) escribe: “De lo dicho se desprende que cada poder del Estado puede tener sus *órganos extrapoderes*, que no lo integran pero le pertenecen, están dentro de su órbita y forman parte de la rama o departamento cuya cabeza serán los poderes ejecutivo, legislativo o judicial. Pero al mismo tiempo no es posible concebir *órganos extrapoderes* que no dependan o estén bajo la órbita de alguno de los poderes. Se supone que cuando hablamos de *órgano extrapoder* es porque ese *órgano* está relacionado con alguno de los poderes del Estado”. (El destacado es nuestro.) Por nuestra parte, comprendemos que un *órgano extrapoder* mantenga conexiones con un poder clásico del Estado; pero si estuviera bajo su dependencia, no podría calificarse como *extrapoder*.

⁸ Sobre los *sujetos auxiliares del Estado* véase Paolo Biscaretti di Ruffia: *Derecho Constitucional*, trad. Pablo Lucas Verdú, Madrid: Tecnos, 1965, pp. 206 ss.

⁹ Bidart Campos: o. cit., t. I, p. 50.

vital en el tema. Por ejemplo, el cuerpo electoral (*poder electoral*), para muchos, es o no *órgano extrapoder*, según se lo admita o se lo rechace como órgano constitucional del Estado.¹⁰

2. Razón de ser de los órganos extrapoder

La justificación de los órganos extrapoder deriva de razones técnicas y políticas.

a) Desde el ángulo *técnico*, una de las características del Estado contemporáneo es lo que Reinhold Zippelius denomina la *diversificación de funciones* y la *multiplicación de estructuras*.¹¹ En términos muy simples, puede contemplarse al Estado actual, comparándolo con el de un siglo atrás, como un organismo mucho más complejo, perfeccionado y sofisticado. Determinadas funciones, otrora aglutinadas en los tres poderes principales, actualmente se subdividen, descentralizan y sincronizan con mayores detalles y especificaciones. Y ello explica que se programen nuevos sujetos estatales destinados a asumir con mayor idoneidad esos papeles, fuera de los moldes de los tres poderes iniciales. Para algunos, es una tendencia al *policentrismo*.

Una muestra ilustrativa de ello es la erección de la jurisdicción constitucional especializada, que a partir de Hans Kelsen comienza a otorgarse a órganos con fisonomía judicial (pero muchas veces fuera de la judicatura ordinaria), integrados por juristas que se dedican con cuasiexclusividad al manejo de temas constitucionales, lo que implica forjar una *mentalidad* constitucionalista en la interpretación y el funcionamiento de la ley suprema. A ello se suma el lanzamiento de una asignatura *ad hoc* (el derecho procesal constitucional, o como se lo quiera llamar), ocupada de la magistratura constitucional y de los recursos y procesos constitucionales, que adquieren también un alto grado de especialización (amparo, hábeas corpus, hábeas data, acciones declarativas de inconstitucionalidad, recursos de inconstitucionalidad, etcétera).

El Ministerio Público es otro ejemplo. Destinado en otras épocas a sostener los intereses del Poder Ejecutivo, la conciencia jurídica dominante lo piensa hoy para tutelar valores comunitarios y sociales distintos a los específicos del jefe de Estado o jefe de Gobierno, como los principios de legalidad, orden público y supremacía constitucional. Ello justifica, por un lado, la emancipación de dicho Ministerio Público de la órbita del Poder Ejecutivo (contra el cual, incluso, debe en ciertos momentos y llegado el caso dictaminar) y su encuadre como órgano extrapoder, y, por otro, que el cuerpo de abogados del Estado, apto para patrocinar la representación judicial del gobierno,

¹⁰ *Ibíd*em, p. 143. En tal sentido, cabe pensar que, cuando la Constitución declara autónoma a la universidad (lo hace de modo explícito y puntual la de Guatemala respecto de la de San Carlos, según su artículo 85), está hablando efectivamente de un cuerpo autónomo, pero que no importa un *órgano extrapoder*.

¹¹ Reinhold Zippelius: *Teoría general del Estado*, trad. Héctor Fix Fierro, 2.^a ed., México: Porrúa, 1989, pp. 289-290.

también sea jerarquizado dentro del organigrama ejecutivo. Incluso, en ciertos países, aquel Ministerio Público extrapoder es desdoblado, bicefálicamente, en Ministerio *Fiscal y Tutelar* (de la defensa), liderados respectivamente por el procurador general de la Nación y el defensor general de la Nación, conforme al nuevo artículo 120 de la Constitución argentina. En El Salvador, el Ministerio Público cuenta aun con tres jefes: el fiscal general de la República, el procurador general de la República y el procurador para la Defensa de los Derechos Humanos (artículo 191 de la Constitución).

Hay factores, pues, de *eficiencia funcional* que impulsan el nacimiento de los órganos extrapoder.

b) Los motivos *políticos* del planeamiento de los órganos extrapoder se vinculan, a menudo, con la idea de un mejor *control*. Mayor fiscalización, por ejemplo, sobre el Poder Ejecutivo (de ahí el *Defensor del Pueblo*, verbigracia, a más del Ministerio Público, según vimos), pero también sobre el Poder Judicial (para lo cual puede ser útil tanto el mismo Defensor del Pueblo como el propio Ministerio Público, encargado de velar por una recta administración de justicia, a título de control externo sobre los jueces), o sobre el Congreso (mediante la revisión jurisdiccional especializada de las leyes, a cargo de un tribunal constitucional, igualmente a título de ejemplo).

La justificación de los órganos extrapoder en virtud de su misión de control no se ciñe a la revisión del comportamiento constitucional (formal y de contenido) de los poderes públicos, sino que puede proyectarse sobre grupos de particulares, pero que tienen una significativa gravitación social, como sindicatos, medios de difusión, partidos o empresas.¹²

Una misión paralela de varios entes extrapoder puede estribar en la tutela y promoción de los derechos constitucionales y de los derechos humanos en general, especialmente los provenientes de fuente internacional, como misión garantista y de promoción de esos derechos, que debe asumir modernamente el Estado. Eso implica una innegable misión de control sobre la administración pública y los poderes públicos en general.

3. Desarrollo y proliferación

Algunos órganos extrapoder son desglosados de alguno de los tres poderes clásicos. En el caso del Ministerio Público, se lo ha separado, según los diferentes Estados, del Poder Ejecutivo o del Judicial. El Defensor del Pueblo, u *Ombudsman*, ha sido históricamente un comisionado parlamentario (en ciertos países conserva tal condición; en otros es ya ente extrapoder).

Otros han sido creados *ex novo*. Tal ha sido el caso de países que prácticamente no contaban con un control judicial de constitucionalidad, o que lo poseían pero no muy

¹² Fix Zamudio y Valencia Carmona: o. cit., p. 414.

intenso, y que adoptan, para inaugurar esas tareas, la alternativa de un Tribunal Constitucional extrapoder. Austria pudo haber sido un ejemplo de ello, con su Constitución de 1920.

Naturalmente, uno de los riesgos del lanzamiento de órganos extrapoder es el de su exagerada multiplicación. Como todo exceso, la saturación de estos organismos puede provocar congestionamientos, interferencias y bloqueos mutuos entre ellos y respecto de los tres poderes tradicionales. Estos problemas tienden a acentuarse si la Constitución no delimita con cuidado sus competencias. Si se ocupan de materias ambiguamente concurrentes, esa mixtura alienta confusiones, duplicidades de esfuerzos y hasta rivalidades institucionales. Como ejemplo de tales desorientaciones, en el caso argentino, al Ministerio Público le toca cuidar, ante la Justicia, “los intereses generales de la sociedad” (artículo 120 de la Constitución), pero el Defensor del Pueblo está también habilitado para plantear acciones de amparo en favor de “los derechos de incidencia colectiva” (artículo 43).

Por lo demás, no se trata de crear órganos extrapoder por razones de simple moda modernista o de lujoso plagio constitucional. Tómese el caso de un *Tribunal Electoral Nacional*, o como se quiera llamar a un instituto ocupado de esa materia. La decisión de programarlo como ente extrapoder, y por ende supremo en lo suyo, o, en cambio, de situarlo como un tribunal inferior a una Corte Suprema, es una opción de política constitucional que debe ser producto de una meditada evaluación de los antecedentes, realidades y problemas propios de un país concreto, más que de un juicio *a priori* a favor de las novedades sobre los órganos extrapoder. En otras palabras: no por ser *extrapoder* dicho tribunal será necesariamente bueno.

La diagramación de múltiples órganos extrapoder puede motivar, desde luego, y en la medida en que aumentan los protagonistas del juego constitucional, más conflictos de y entre poderes, lo que implica, a más de eventuales situaciones críticas tensivas en tal escenario, mayor trabajo para la jurisdicción constitucional orgánica encargada de resolverlos. Esto se conecta con la responsabilidad y el aplomo con que se manejen todos esos operadores, a fin de encontrar soluciones razonables y no acelerar el nivel de conflictividad institucional.

4. Los órganos extrapoder y el principio de independencia (y equilibrio) de los poderes del Estado

¿Contribuyen los órganos extrapoder a afianzar la tesis de la independencia y equilibrio de los poderes del Estado? La respuesta tiene dos niveles, uno teórico y otro experimental.

En abstracto puede conjeturarse que, si van a ejercer funciones políticas de control sobre los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, van a afianzar al Estado de derecho y a reprimir las hipertrofias de alguno de ellos, en particular del más agigantado, que es el Ejecutivo. Además, históricamente parecen ser planeados también

para tutelar más intensamente los derechos personales, el buen desempeño de la administración, de los procesos electorales y la ética pública, con lo cual operarían como mecanismos de contención de los poderes tradicionales y de saneamiento del sistema constitucional.

En los hechos, esas aspiraciones pueden anesthesiarse por muchos motivos (tratamos el punto en el párrafo siguiente). Pero además, hay quienes apuntan que, si a un poder del Estado congénitamente débil, como es el Judicial,¹³ se lo fracciona y extrae de él un cupo importante de competencias (como el control de constitucionalidad) a fin de montar, por ejemplo, un Tribunal Constitucional extrapoder, se estaría perjudicando, en vez de reforzar, el esquema de división y equilibrio de los poderes, en mengua del acosado Poder Judicial.

Estos temores (ciertos o meramente supuestos, según los distintos panoramas) han provocado que varios países latinoamericanos adopten soluciones políticamente transaccionales e inserten al Tribunal o Corte Constitucional dentro de la rama o Poder Judicial, o que creen una sala constitucional (con cometidos parecidos al de un tribunal constitucional), en el interior de la Corte Suprema, o que instauren un sistema dual, donde el Poder Judicial conserva significativos papeles de control de constitucionalidad, a más de los conferidos por la Constitución al Tribunal Constitucional.¹⁴

5. Variables de éxito y de fracaso de los órganos extrapoder

Llegamos así a la hora de la verdad: la consideración de los motivos que explican el buen o mal suceso de los órganos extrapoder. En ese estudio cabe distinguir dos tipos de elementos:

a) *Factores exógenos*. Hay razones de éxito o de fracaso que no dependen de los órganos extrapoder, sino de otros protagonistas. En especial, de la voluntad de la clase política de erigirlos genuinamente como entes autónomos. En ese terreno, abundan muestras de ingenioso gatopardismo, como son los sistemas de integración de dichos órganos; por ejemplo, si se planifica constitucionalmente un cuerpo extrapoder, o al menos un órgano constitucional autónomo, para seleccionar jueces, teóricamente imparcial y de perfil profesional y menos *partidizado*, pero se termina conformándolo con una mayoría de vocales representativos —directa o indirectamente— de esos mismos partidos políticos, o si se erige un organismo independiente del presidente y del Parlamento para fiscalizar a ambos, pero cuyos máximos titulares son nombrados

¹³ En cuanto las debilidades políticas congénitas del Poder Judicial (un poder históricamente huérfano, desorientado, acosado y dividido), véase Néstor Pedro Sagüés: *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Buenos Aires: Lexis-Nexis, 2005, pp. 3 ss.

¹⁴ Sobre las distintas variables de órganos de control de constitucionalidad en el área, nos remitimos a la síntesis que hacemos en Néstor Pedro Sagüés: *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México: Porrúa, 2004, pp. 27 ss.

(y removidos) casualmente por el presidente y el Parlamento. Estas estrategias de domesticación pueden finalmente anestesiar el sentido y el vigor de un cuerpo extrapoder.

En otros casos, el diseño operativo del órgano extrapoder puede ser deficiente. Una de las vías más seguras para deslegitimar a un ente extrapoder es asignarle roles ambiguos, o tantas funciones que jamás pueda cumplirlas adecuadamente (vienen a la memoria, aquí, ciertas constituciones que le otorgan al Defensor del Pueblo prácticamente la custodia de los derechos de todos y frente a todos, convirtiéndolo en una suerte de redentor del sistema constitucional), o no dotarlo, al mismo tiempo, de los recursos materiales y humanos indispensables para cumplir mínimamente sus cometidos.

En algunas ocasiones, las reglas procedimentales de actuación de un órgano extrapoder, generalmente impuestas por el Poder Legislativo, pueden entorpecer seriamente su desempeño. Por ello, verbigracia, si a un Tribunal Constitucional o Electoral se le exigen mayorías calificadas muy altas e irrazonables para reunirse o decidir, o para declarar la inconstitucionalidad de una ley, es muy probable que su función de custodio de la legalidad constitucional quede frustrada.

b) *Factores endógenos*. Naturalmente, el buen resultado de un órgano extrapoder depende igualmente de ingredientes internos a él, como el grado de imparcialidad e independencia de sus autoridades, que no siempre brilla; la calidad profesional, diligencia y responsabilidad que éstas muestren en el cumplimiento de sus funciones; y el acierto, tanto jurídico como político, de sus pronunciamientos. Es vital, aquí, manejar una interpretación *previsora* de la Constitución, que mida las consecuencias y verifique los resultados de las decisiones que ese órgano adopte, sobre todo para descartar aquellas que, aunque fueran jurídica y académicamente impecables, de hecho producirían efectos antisistémicos.¹⁵

Otro dato significativo es la aptitud de convivencia o, en cambio, de confrontación que el órgano adopte. Saber ubicarse donde le corresponde, sin permitir su avasallamiento por quienes debe controlar, y al mismo tiempo sin invadir competencias que no posee, y sin abusar de las que le son propias, es todo un arte constitucional. Un órgano extrapoder no es mejor porque hostigue o sea un opositor constante de los poderes clásicos: su función no es atacar, sino, generalmente, controlar. Reglas de coexistencia, como por ejemplo, por parte de un Tribunal Constitucional y con relación a la judicatura ordinaria, de la *cortesía constitucional* y del principio de *máxima conservación* (de las resoluciones de esta última) implican sabias máximas para lograr una armonía sistémica.¹⁶ Si ellas no se acatan, un régimen que sume a los tres

¹⁵ En cuanto la interpretación previsora de la Constitución, derivamos al lector a Néstor Pedro Sagüés, *La interpretación judicial de la constitución*, 2ª. ed., Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, pp. 83 ss.

¹⁶ Respecto de la noción de *cortesía constitucional*, véase Pablo Lucas Verdú: *Curso de derecho político* Madrid: Tecnos, 1974, pp. 513 ss.; y del principio de *máxima conservación*, Raúl Canosa Usera: "Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: una cuestión abierta", en *Ius et praxis*, año 4, n.º 1, Facultad de Derecho de la Universidad de Talca (Chile), 1998, p. 29.

poderes clásicos una colección de órganos extrapoder, mal llevados entre sí, puede convertirse en un *pandemonium*.

6. Conclusiones

1. El derecho constitucional contemporáneo abunda hoy en *órganos extrapoder*, situados fuera de los tres poderes tradicionales. En otros casos, se habla de *órganos constitucionales autónomos*, figura tal vez más amplia, que podría cubrir, además de los señalados, también a entes ubicados en el interior de un poder, pero con independencia funcional. En ambos supuestos, no hay siempre consenso en admitir a determinados organismos en una u otra categoría.

2. El órgano extrapoder se explica por los principios de *diversificación de funciones* y *multiplicidad de estructuras*, propios del Estado contemporáneo, que posee un alto grado de desarrollo orgánico, especialización de tareas y sofisticación institucional. Procuran prestar, particularmente, una tarea de mejor control interorgánico y de tutela de los derechos personales. Se conjugan aquí, pues, razones técnicas (de eficiencia) y políticas.

3. No cabe exagerar el número de los órganos extrapoder, sino adoptarlos en la medida en que efectivamente sean útiles para una realidad concreta; pero sí deben extremarse las precauciones para evitar la mutua interferencia entre ellos, lo que importa planificar un cuidadoso deslinde constitucional de sus competencias.

4. Como regla, los órganos extrapoder inteligentemente programados por el constituyente pueden afianzar los principios de independencia y de equilibrio de los poderes tradicionales, dado que sus funciones de control apuntan a neutralizar los desbordes de éstos. Habrá de todos modos que tener en cuenta, para su incorporación a un escenario constitucional, las particularidades locales y el grado de aceptación o de rechazo que pueden tener en esa comunidad concreta.

5. El buen desempeño de un órgano extrapoder depende de factores exógenos o externos (auténtico deseo de la clase política de afirmar su autonomía, provisión adecuada de metas y recursos, buen diseño en sus procedimientos) y endógenos o internos (idoneidad jurídica, honestidad, espíritu de independencia, dedicación y visión política acertada de sus cuadros). De modo particular, debe insistirse en las cualidades de sabia convivencia que deben ostentar sus protagonistas, con relación a los poderes clásicos y los demás órganos extrapoder.

Bibliografía

- BIANCHI, Alberto B.: “El Ministerio Público: ¿un nuevo poder? (reexamen de la doctrina de los órganos extrapoder)”, en *El Derecho*, t. 165, Buenos Aires, 1995.
- BIDART CAMPOS, Germán J.: *El derecho constitucional del poder*, Buenos Aires: Ediar, 1967.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo: *Derecho constitucional*, trad. Pablo Lucas Verdú, Madrid: Tecnos, 1965.
- CANOSA USERA, Raúl: “Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: una cuestión abierta”, en *Ius et praxis*, Facultad de Derecho de la Universidad de Talca (Chile), 1998.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime: *Una Constitución para la democracia*, México: UNAM, 1996.
- CARPISO, Jorge: *Propuestas sobre el Ministerio Público y la función de investigación de la Suprema Corte*, México: Porrúa, 2005.
- DARANAS PELÁEZ, Mariano: *Las constituciones europeas*, Madrid: Nacional, 1979.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, y Salvador VALENCIA CARMONA: *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 4.ª ed., México: Porrúa, 2005.
- LUCAS VERDÚ, Pablo: *Curso de derecho político*, Madrid: Tecnos, 1974.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Elementos de derecho constitucional*, 3.ª ed., Buenos Aires: Astrea, 1999.
- *La interpretación judicial de la Constitución*, 2.ª ed., Buenos Aires: Lexis-Nexis, 2006.
- *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México: Porrúa, 2004.
- *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del poder judicial*, Buenos Aires: Lexis-Nexis, 2005.
- ZIPPELIUS, Reinhold: *Teoría general del Estado*, trad. Héctor Fix Fierro, 2.ª ed., México: Porrúa, 1989.

II. Derecho procesal constitucional

- *Dino Carlos Caro Coria (Perú)*
El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional
- *Juan Colombo Campbell (Chile)*
Garantías constitucionales del debido proceso penal.
Presunción de inocencia
- *Francisco José Eguiguren Praeli (Perú)*
El amparo como proceso “residual” en el Código Procesal Constitucional peruano. Una opción riesgosa pero indispensable
- *Manuel Arturo Montecino Giralt (El Salvador)*
Tendencias actuales del amparo en El Salvador en lo relativo a los actos susceptibles de control
- *Carlos Rafael Rodríguez-Cerna Rosada (Guatemala)*
Crítica a la iniciativa de reformas a la Ley de Amparo guatemalteca

Dino Carlos Caro Coria (Perú) *

El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

1. Generalidades

1. Los alcances y efectiva vigencia del principio de *ne bis in idem*¹ corresponden a un ámbito poco estudiado en el derecho penal peruano. Pese a que la doctrina administrativa,² penal³ y procesal penal⁴ viene destacando su trascendencia desde los años noventa, el reconocimiento legal de este principio ha sido menos rápido, y si bien ahora puede decirse que la legislación ordinaria —en particular el artículo 230.10 de la Ley

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho Penal y coordinador de la Maestría de Derecho Penal de la PUCP. <ccaro@ccm.com.pe>.

¹ Un sector de la doctrina se refiere al principio de *non bis in idem*, rótulo que reproduce el artículo 230.10 de la Ley n.º 27444 del Procedimiento Administrativo General (LPAG) y algunas sentencias del Tribunal Constitucional. Sin embargo, como expone Julio B. J. Maier (*Derecho procesal penal* I, 2.ª ed., Buenos Aires: Editores del Puerto, 2002, p. 596, nota 234), el carácter imperativo de este principio sólo queda expresado con el latinazgo *ne bis in idem*.

² Jorge Danós Ordóñez: “Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública”, en *Ius et Veritas* 10/1995, p. 155; Tania Zúñiga Fernández: “La potestad sancionadora de la administración pública”, en *Revista Jurídica del Perú*, abril de 2000, p. XV.

³ Manuel Abanto Vásquez: *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Lima: Idemsa 1997, pp. 185-186; *Derecho penal económico. Parte especial*, Lima: Idemsa, 2000, pp. 489-493; Dino Carlos Caro Coria: *Derecho penal del ambiente*, Lima: Gráfica Horizonte, 1999, p. 123-129; José Urquizo Olaechea: *El principio de legalidad*, Lima: Gráfica Horizonte, 2000, pp. 131-143; Luis Reyna Alfaro: *Manual de derecho penal económico. Parte general y parte especial*, Lima: Gaceta Jurídica, 2002, pp. 221-223. José Reaño Peschiera: *Derecho penal bursátil*, Lima: Gráfica Horizonte, 2002, pp. 110-120.

n.º 27444 del Procedimiento Administrativo General (LPAG) y el artículo III del nuevo Código Procesal Penal (CPP2004), aprobado mediante el decreto legislativo n.º 957— le otorga un adecuado desarrollo, acorde con la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) de 16 de abril de 2003 dictada en el expediente n.º 2050-2002-AA/TC, no puede predicarse lo mismo de la legislación administrativa y menos de la práctica sancionatoria de los órganos administrativos y de la jurisdicción penal.

En este contexto, aunque el Tribunal Constitucional (TC) ha fijado los grandes lineamientos sobre la prohibición de la persecución y la sanción múltiples, es aún necesario establecer reglas claras sobre el comportamiento que deben observar los poderes públicos, en particular la administración, para que los alcances del *ne bis in idem* material y procesal cobren efectiva vigencia. Con todo, esta contribución se orienta a destacar aquellos “vacíos” que deben solventarse mediante la regulación legal o la jurisprudencia del TC.

2. Contenido y fundamentación constitucional

2. Constituciones como la española regulan expresamente el principio de *ne bis in idem* al menos para determinados ámbitos del poder punitivo. Así, el artículo 45.3 de la Carta española recoge parcialmente el principio de *ne bis in idem* en el terreno de la protección ambiental, pues señala que “se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas”. Y aunque dicha Constitución no consagra el principio con carácter general, una amplia jurisprudencia del TC español lo deduce del principio de legalidad previsto en el artículo 25.1 de la Carta española. En esa línea, la STC 2/1981, de 30 de enero, señaló que la razón por la que no se incluyó el principio en la Ley Fundamental se debe a su vinculación “con los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución”.⁵

La fundamentación constitucional que adopta el TC peruano es similar; sigue la línea que establecieron las sentencias 2/1981 y 77/1983 del TC español⁶ al considerar

⁴ César San Martín Castro: *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., t. I, Lima: Grijley, 2003, pp. 104-108.

⁵ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, pp. 98-99. Este criterio del TC ha sido confirmado por la sentencia de octubre de 1983, que abunda en la imposibilidad de que la Administración practique actuaciones dirigidas a sancionar hechos constitutivos de delito o falta efectuando un enjuiciamiento de los hechos distinto al realizado por un juez o un tribunal jurisdiccional. Véase Santiago Mir Puig: *Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., Barcelona: PPU, 1990, p. 7. La STC 154/1990 señala que el *ne bis in idem* se sustenta igualmente en el principio de proporcionalidad “que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción”.

⁶ Manuel Cobo Del Rosal y Tomás Salvador Vives Antón: *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1991, pp. 75-76; Raúl Peña Cabrera: *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, t. I, 2.ª ed., Lima: Grijley, 1995, p. 135.

que el principio de *ne bis in idem* tiene contenido material y procesal, y diferenciar el sustrato constitucional de cada uno de éstos. Efectivamente, según la STC peruano de 16 de abril de 2003, expediente n.º 2050-2002-AA-TC:

El principio *ne bis in idem* tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal.⁷

3. El *contenido material del ne bis in idem* implica la interdicción de la sanción múltiple por lo mismo, y a juicio de la doctrina mayoritaria rige cuando concurre la llamada triple identidad: de sujeto, hecho y fundamento. De modo semejante lo expresa el TC peruano; en la sentencia antes citada señala:

En su formulación material, el enunciado según el cual, «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Se ha destacado la estrecha relación entre el *ne bis in idem* material y la garantía de la cosa juzgada prevista en el artículo 139.13 de la Constitución⁸ y en el artículo 90 del Código Penal (CP), pero la cosa juzgada no agota los alcances del principio de *ne bis in idem*,⁹ el cual se extiende incluso a las sanciones administrativas, aunque no exista una sentencia judicial firme. Acorde con ello, para el TC:

El principio del *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2.º, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos —como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp. N.º 0002-2001-AI/TC, Fund. Jur. N.º 6— a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica.

De esta forma, el TC peruano considera que el *ne bis in idem* material se fundamenta por un lado en el principio de proporcionalidad vinculado a la llamada “prohibición de exceso”, fundamento indiscutible si se tiene en cuenta que imponer más de una sanción por el mismo contenido de injusto implica imponer “una doble carga coactiva”¹⁰ o, dicho de otro modo, se quebranta la regla del artículo VIII del CP de que “La

⁷ Fundamento 19 *ab initio*.

⁸ San Martín Castro: o. cit., p. 104.

⁹ Urquiza Olaechea: o. cit., p. 132.

¹⁰ *Ibidem*, p. 137.

pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho” y que exige congruencia entre el contenido del injusto punible y la desvaloración jurídico-social frente a él. Como destaca la STC español 2/2003, de 16 de enero de 2003:

[...] dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente.¹¹

El TC peruano recurre asimismo al principio de legalidad,¹² más concretamente a las garantías de ley previa y de certeza o determinación, en el sentido de que la imposición de más de una sanción por lo mismo afectaría el conocimiento previo y claro que el ciudadano debe tener de las consecuencias de su conducta, con lo que se recurre al principio de legalidad como garantía de seguridad jurídica, pero también como garantía de que la norma primaria debe satisfacer funciones de determinación. Y es que, como señala la STC español 142/1999, de 22 de julio:

Correlativamente con el principio de legalidad se alcanza una mayor seguridad jurídica, por cuanto permite que los ciudadanos, a partir del texto de la ley, puedan programar sus comportamientos sin temor a posibles conductas por actos no tipificados previamente. De esta manera, los destinatarios de la norma saben —o tienen al menos la posibilidad de saber— que lo que no está prohibido está permitido, de conformidad con la regla general de la licitud de lo no prohibido.

Pero los alcances del principio de legalidad como fundamento del *ne bis in idem* material pueden ser más extensos y proyectarse a las relaciones penal-administrativas. La legalidad también implica que una conducta penalmente relevante no puede ser calificada por la autoridad administrativa, sino por el Ministerio Público o, en su caso, por la jurisdicción.¹³ La administración no puede arrogarse la potestad de conocer un hecho de posible contenido penal. Así lo reconoce la citada STC español 2/2003, según la cual:

[...] no puede obviarse el hecho de que con carácter general la Administración sancionadora debe paralizar el procedimiento si los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal —art. 7.2 RPS—, y que, en el caso, la Administración actuó con infracción de lo previsto en dicha disposición y en el art. 65.1 LSV. Dicha infracción legal, no obstante, tiene relevancia constitucional por cuanto estas reglas plasman la competencia exclusiva de la jurisdicción penal en el conocimiento de los hechos constitutivos de infracción penal y configuran un instrumento preventivo tendente a preservar los derechos a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador —administrativo y penal— y a no ser sancionado en más de una ocasión por los mismos hechos.¹⁴

¹¹ Fundamento jurídico 3a.

¹² Dicha vinculación entre legalidad y *ne bis in idem* ha sido destacada por Caro Coria: o. cit., p. 123; con mayor énfasis por Urquiza Olaechea: o. cit., p. 132.

¹³ Manuel Jaén Vallejo: *Principios constitucionales y derecho penal moderno*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 29.

¹⁴ Fundamento jurídico 9.

4. Sobre la llamada *triple identidad*, existe acuerdo en que la identidad de sujeto se refiere al imputado o sancionado, sin que sea necesaria la identidad de víctima, agraviado o sujeto pasivo de la infracción.¹⁵ Se discute la posibilidad de acumular sanciones contra una persona jurídica (multa administrativa, por ejemplo) y una persona natural (pena de multa) cuando entre ambas existe una relación de gestión o representación, y la sanción obedece al mismo hecho y fundamento.¹⁶ Si bien en estos casos puede sostenerse en el plano formal que se está ante personas diferentes,¹⁷ de modo excepcional la STC español 177/1999 de 11 de octubre apreció una vulneración al *ne bis in idem* por la condena al representante legal de una empresa por delito ambiental (privación de libertad y multa) y la sanción administrativa contra dicha empresa por infracción a la Ley de Aguas (multa de la misma cuantía). Pero ésta no es la postura mayoritaria; aunque se reconoce la imposibilidad de sancionar administrativamente a la persona jurídica e imponer por el mismo hecho y fundamento alguna de las consecuencias accesorias del artículo 105 del CP, se niega la identidad subjetiva entre la persona jurídica y la persona natural. Así lo pone de relieve la STC español 48/2003, de 12 de marzo, en cuanto la disolución de Herri Batasuna conforme a la Ley Orgánica 6/2002 de Partidos Políticos, para diferenciarla de la sanción penal del artículo 520 del CP español contra las personas físicas que la componen. La sentencia concluye que “tales procesos no se dirigen contra el mismo sujeto”.

El TC peruano adopta una perspectiva fáctica cuando se refiere a la “identidad de hecho”, noción imprecisa si se tiene en cuenta que, en los casos de concurso de infracciones penales, administrativas o penal-administrativas, un mismo hecho puede realizar dos o más infracciones sin que ello lesione el *ne bis in idem*. En tales casos, aunque el hecho sea el mismo, sobre todo en el concurso ideal, no puede apreciarse un *bis in idem* porque cada infracción obedece a un fundamento diferente; no existe identidad de fundamento, por lo que es posible imponer más de una sanción por el “mismo hecho”. Esta constatación permite aseverar que lo decisivo en casos particularmente conflictivos, en los que ya concurre la identidad de sujeto y hecho, es conocer si se sanciona o persigue al sujeto bajo el mismo fundamento. Así lo destaca el TC cuando señala:

[...] el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.¹⁸

¹⁵ Así, comentando la garantía de cosa juzgada, Pablo Sánchez Velarde: *Manual de derecho procesal penal*, Lima: Idemsa, 2004, pp. 354-355.

¹⁶ M. Luisa Maqueda Abreu, en José Zugaldía Espinar (dir.): *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch 2003, p. 292.

¹⁷ El artículo 78 del Código Civil señala que “La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros”.

¹⁸ Fundamento 19.a *in fine*.

El TC define además la “identidad de fundamento” como “identidad de bien jurídico” o “identidad de interés protegido”, equiparación problemática porque la prohibición de *bis in idem* no sólo debe regir para las infracciones penales que pueden interpretarse, al menos según la doctrina mayoritaria, conforme a la teoría de los bienes jurídicos. El derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad, sino más bien por “criterios de afectación general, estadística en todo caso”.¹⁹ Por ello la sanción administrativa no requiere la verificación de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos; generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación, que “aseguran expectativas referidas al funcionamiento global de un sector del tráfico social y tienen como finalidad únicamente que estos sectores no colapsen”.²⁰

La identidad de sujeto y de hecho no son decisivas para el *ne bis in idem*, y la identidad de fundamento, entendida como identidad de bien jurídico o de interés, no garantiza la vigencia del principio en el caso de las infracciones administrativas. Debe dotarse al *ne bis in idem* material de contenido normativo; la prohibición de sancionar más de una vez debe operar siempre que se trate del *mismo contenido de injusto o de ilícito*, de la misma infracción,²¹ sin importar si dicho contenido está reflejado en una norma penal o administrativa. En esa perspectiva, en los supuestos de unidad de ley, como sucede en el concurso aparente, no será posible la sanción múltiple dado que el desvalor del hecho es abarcado en su totalidad por una sola norma. Distinto es el caso del concurso real o ideal de infracciones, en los que el disvalor del evento no es abarcado plenamente por una sola norma sino por varias,²² por lo que es válido imponer más de una sanción.

5. Este contenido material del *ne bis in idem* tiene un complemento procesal que, en su sentido más tradicional, implica la imposibilidad de iniciar un proceso penal basado en la imputación de un injusto respecto del cual, en un proceso anterior, existe cosa juzgada. En el ordenamiento peruano, este sentido del principio está materializado en el artículo 139.13 de la Constitución, los artículos 78.2 y 90 del CP y el artículo 5, § 4, del Código de Procedimientos Penales. En un plano preventivo, el *ne bis in idem procesal* proscribía desde ya, exista o no cosa juzgada, la persecución sancionatoria múltiple por un mismo contenido de injusto, sin importar si los procesos paralelos se desarrollan dentro del mismo sector del ordenamiento jurídico o en dos o más de ellos.

El desarrollo del *ne bis in idem* procesal en la jurisprudencia peruana ha tomado en cuenta la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de

¹⁹ Percy García Caveró: *Derecho penal económico. Parte general*, Lima: Ara, 2003, p. 72.

²⁰ *Ibíd.*, p. 71.

²¹ Maqueda Abreu: o. cit., p. 293.

²² Dino Carlos Caro Coria: “Bienes jurídicos colectivos en la ‘sociedad de riesgo’ y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación del resultado lesivo”, en *II Congreso Internacional de Derecho Penal. Ponencias*, Lima: PUCP, 1997, p. 71 ss.

septiembre de 1997, relativa al caso de *María Elena Loayza Tamayo* contra el Estado peruano, la cual estableció que, si la jurisdicción militar valoró las pruebas de la conducta imputada y se pronunció sobre los hechos objeto de la acusación, no se permite una posterior persecución, por la misma conducta, mediante la jurisdicción común.²³ De modo semejante, la STC de 2 de julio de 1998, expediente n.º 109-98-HC/TC, relativa al caso *Dante Damas Espinoza*,²⁴ determinó que el sobreseimiento dictado por la jurisdicción penal ordinaria, que calificó las infracciones imputadas como delitos comunes, impide la realización de otro proceso conducente a una condena ante la jurisdicción militar. El Tribunal, con adecuado criterio, estimó que el principio “*non bis in idem*” (sic), aunque carece de reconocimiento constitucional expreso, “constituye una garantía inmanente al contenido esencial del derecho al debido proceso penal”, el cual deriva del artículo 139.3 de la Constitución y del artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.²⁵ La Corte Constitucional expresó asimismo que el artículo 139.13 de la Carta Magna reconoce la cosa juzgada o *res iudicata*, la que, más allá de ser un principio que informa la actuación funcional de los órganos jurisdiccionales, también guarda estrecha relación con el debido proceso, de forma que “supone, a título de derecho constitucional, la prohibición de que un individuo con resolución absolutoria y firme pueda verse sometido a un nuevo proceso judicial en que se juzgue los mismos hechos que motivaron la inicial sentencia”.²⁶ Tal conclusión del Tribunal, aunque marcó un camino importante de cara a la interdicción del *bis in idem*, era imprecisa, pues no se trataba de prohibir en general el juzgamiento múltiple por los mismos hechos, lo que sería válido, por ejemplo, en el concurso ideal de infracciones, y es que el *ne bis in idem* impide la persecución y sanción múltiples por el mismo contenido de injusto.

La doctrina del TC ha quedado zanjada en la sentencia de 16 de abril de 2003, expediente n.º 2050-2002-AA/TC, en la que señala:

En su vertiente procesal, tal principio significa que “nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos”, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo).²⁷

Y en cuanto al fundamento constitucional, siguiendo la línea de la citada sentencia de 2 de julio de 1998 y lo expuesto por un sector de la doctrina,²⁸ el TC señala: “El

²³ Sección XV, fundamentos 66 ss.

²⁴ *Boletín de Jurisprudencia del Diario Oficial El Peruano* de 29 de septiembre de 1998.

²⁵ Fundamento 7.a.

²⁶ Fundamento 7.b.

²⁷ Fundamento 19.b.

²⁸ San Martín Castro: o. cit., pp. 85 ss.

derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, esto es, el principio del *ne bis in idem* 'procesal', está implícito en el derecho al debido proceso reconocido por el artículo 139.º, inciso 3), de la Constitución". Y añade:

Esta condición de contenido implícito de un derecho expreso, se debe a que, de acuerdo con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos y libertades fundamentales se aplican e interpretan conforme a los tratados sobre derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte. Y el derecho al debido proceso se encuentra reconocido en el artículo 8.4º de la Convención Americana de Derechos Humanos, a tenor del cual: "[...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas: [...] 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".²⁹

Dicha perspectiva ha sido ratificada por las SSTC de 14 de abril de 2003, expediente n.º 0729-2003-HC/TC,³⁰ y de 24 de noviembre de 2004, expediente 2868-2004-AA/TC,³¹ que además se remiten al artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por sentencia firme de acuerdo a la ley y el procedimiento penal de cada país". Pero, a diferencia de la STC de 16 de abril de 2003, en éstas la Corte Constitucional señala que el principio de *ne bis in idem*, incluyendo su perspectiva material, deriva del derecho al debido proceso. La STC de 14 de abril de 2003, en particular, sostiene que "el derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado dos veces (*non bis in idem*), constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso".

Se ha relacionado el fundamento constitucional del *ne bis in idem* procesal con la doctrina norteamericana del *double jeopardy*, que se erige en la V Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos adoptada en 1791, según la cual "tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito". Elocución a raíz de la cual se interpreta jurisprudencialmente que todo ciudadano, al margen de su inocencia o responsabilidad, no puede ser sometido múltiples veces al riesgo de la pretensión punitiva estatal. Lo contrario significaría tolerar una ilimitada intromisión pública sobre la esfera de libertad y seguridad de la persona. El Estado tiene una sola oportunidad para perseguir y sancionar a un ciudadano por la realización de un injusto; "si la pierde, ya no puede ejercerla, así se invoquen defectos técnicos o diferentes perspectivas jurídicas para resolver el caso".³²

La Suprema Corte de los Estados Unidos ha afirmado que esta garantía protege al individuo contra procesamientos y castigos múltiples por el mismo delito,³³ con lo

²⁹ Fundamento 18.

³⁰ Fundamento 2.

³¹ Fundamento 3.

³² San Martín Castro: o. cit., p. 106.

³³ En adelante, Elder Witt: *La Suprema Corte de Justicia y los derechos individuales*, México: Gernika, 1995, pp. 285 ss.

que, en estricto, el *double jeopardy* se relaciona tanto con el *ne bis in idem* procesal como con el material. En el caso *Green contra los Estados Unidos* (1957) señaló:

La idea subyacente, de profundo arraigo por lo menos en el sistema angloestadounidense de jurisprudencia, es que no se debe permitir que el Estado, con todos sus recursos y autoridad, emprenda intentos repetidos de condenar a un individuo por un presunto delito, exponiéndolo a la vergüenza, gastos y molestias además de obligarlo a vivir en una condición permanente de ansiedad e inseguridad y de que con ello aumenta la posibilidad de que, aun siendo inocente, se le declare culpable.³⁴

Más específicamente, en el fallo de *Carolina del Norte contra Pierce* (1969), sostuvo:

[...] que la garantía de la Quinta Enmienda contra el doble proceso [...] se compone de tres protecciones constitucionales separadas. Protege de un segundo procesamiento por la misma ofensa, después de una absolución. Protege de un segundo procesamiento por la misma ofensa, después de una condena. Y protege contra castigos múltiples por la misma ofensa.³⁵

La relación entre *ne bis in idem* procesal y *double jeopardy* ha sido destacada en la STC español 2/2003, donde se expresa:

[...] en la STC 41/1997, de 10 de marzo (FJ 6), recordamos que “la LECrim, en los arts. 954 y siguientes sólo admite el recurso de revisión en favor del reo, a semejanza de otros ordenamientos continentales”. A ello añadimos: “que esta decisión legislativa es fruto de consideraciones constitucionales, profundamente arraigadas en el respeto a los derechos fundamentales y al valor superior de la libertad, lo pone de manifiesto el simple dato de que en la V enmienda de la Constitución norteamericana se consigna la interdicción de someter al reo a un doble juicio penal (*double jeopardy*). Las razones que en aquel país se aducen como fundamento de esa interdicción son semejantes a las que el legislador español avanzaba, en la exposición de motivos de la LECrim, para justificar la proscripción de la absolución en la instancia, cuyo significado es análogo al de la prohibición de la revisión “contra reo”: evitar que el ciudadano sea “víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado”, evitarle las “vejaciones” que resultarían de una situación de permanente inseguridad y, en fin, no dispensarle un trato incompatible con la condición de “ciudadano de un pueblo libre”.³⁶

De modo similar, la STC peruano de 14 de abril de 2003, expediente n.º 0729-2003-HC/TC, señala:

En su vertiente procesal, el principio *non bis in idem* garantiza que no se vuelva a juzgar a una persona que ya lo haya sido, utilizando similar fundamento. Y ello con la finalidad de evitar lo que la V enmienda de la Constitución Norteamericana denomina *double jeopardy*, es decir el doble peligro de condena sobre una persona [...]. Este principio contempla la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras, la proscripción de ulterior juzgamiento cuando por el mismo

³⁴ *Ibíd.*, p. 286.

³⁵ *Ibíd.*, p. 287.

³⁶ Fundamento 3.b.

hecho ya se ha enjuiciado en un primer proceso en el que ya se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada.³⁷

6. El primer reconocimiento general del principio de *ne bis in idem* material se aprecia desde el año 2001 en el artículo 230, numeral 10, de la ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), según el cual “La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: [...] 10. *Non bis in idem*. No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento”. Con ello se dio un paso importante a favor del reconocimiento del *ne bis in idem* material en un momento en que el TC aún no había desarrollado sus alcances, como lo haría recién en la sentencia de 16 de abril de 2003 ya citada.

Pero la LPAG no introdujo el sentido del *ne bis in idem* procesal, lo que fue advertido por la Comisión Especial Revisora del Código Penal creada por la ley n.º 27837 y que en el anteproyecto de Reforma de la Parte General del CP, de abril de 2004, propuso introducir como artículo IX del Título Preliminar la regla siguiente: “Nadie podrá ser procesado, ni sancionado mas de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas” (§ 1), “El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo” (§ 2). Dicha regla fue adoptada sin más por la Comisión de Alto Nivel que elaboró el nuevo Código Procesal Penal de 2004 (CPP2004), promulgado mediante el decreto legislativo n.º 957. El artículo III del Título Preliminar establece del mismo modo: “Nadie podrá ser procesado, ni sancionado mas de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo” (§ 1), a lo que añade: “La excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria expedida en algunos de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este Código” (§ 2).

Esta nueva regulación adopta en esencia la doctrina del TC sobre el *ne bis in idem*; contempla el contenido material (“Nadie podrá ser sancionado más de una vez...”) y procesal (“Nadie podrá ser procesado más de una vez...”), y señala como presupuesto la triple identidad (“por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento”). La norma extiende además su eficacia tanto “para las sanciones penales y administrativas”, por lo que cabe deducir que no sólo prohíbe el *bis in idem* dentro del ordenamiento penal y administrativo, sino también, conforme ha zanjado el TC, cuando la pluralidad de sanciones y persecuciones sancionatorias derivan de ordenamientos distintos, como el penal y el administrativo. Ambos son expresiones

³⁷ Fundamento 3.

del mismo *ius puniendi* estatal y el Estado, más allá de su forma de organización y división de poderes, es un solo ente; sólo puede sancionar y perseguir una vez.

Poco clara es la regla de que “El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo”. En la discusión de la Comisión Especial Revisora del Código Penal no existía acuerdo sobre el modo de evitar que la administración se arrogara competencia sobre un caso de posible relevancia penal, de modo que persiguiera y sancionara libremente sin poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público o del Poder Judicial y sin abstenerse de seguir conociendo el caso. Para la Comisión, esta práctica generalizada de la administración pública podía conducir a que hechos de relevancia penal quedaran sancionados como simples infracciones administrativas, mediante procesos más rápidos, en los que la sanción fuera menos grave y no se reflejara toda la desvaloración jurídico-social del hecho. La Comisión no adoptó la propuesta de introducir una regulación expresa sobre los deberes de la administración de abstenerse y notificar el hecho al Ministerio Público cuando éste pudiera tener connotación penal; tampoco el planteamiento de regular los efectos para la administración de las decisiones que adopte la autoridad penal. A falta de un mejor acuerdo, se consideró suficiente expresar la “preeminencia del derecho penal”, que en la “voluntad” del prelegislador o proyectista significaba que la autoridad penal, el Ministerio Público o el juez, tiene la competencia exclusiva sobre la calificación penal y, en el caso del Poder Judicial, el poder de vincular a la administración con sus decisiones.

3. *Ne bis in idem* y derecho administrativo sancionador

7. Los problemas más comunes de aplicación del principio de *ne bis in idem* se presentan en ámbitos previamente reglamentados por el derecho administrativo; por ejemplo, en la regulación de la actividad económica o en el ejercicio de la función pública. El TC ha venido desarrollando el contenido del *ne bis in idem* sobre todo a partir de casos en los que imputa a la administración pública haber impuesto más de una sanción por el mismo contenido de injusto a funcionarios públicos.

No se discute que la potestad sancionadora de la Administración y el derecho penal, son manifestaciones de un mismo *ius puniendi* estatal.³⁸ Como indica la STC de 16 de abril de 2003, expediente n.º 2050-2002-AA/TC, reiterando lo expuesto en el expediente n.º 1003-1998-AA/TC, “La aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración. Como toda potestad, en el contexto de un Estado de Derecho, está condicionada, en

³⁸ Miguel Polaino Navarrete: “Derecho penal criminal y derecho administrativo sancionador”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 7/1989, pp. 55 ss.; Ana Sánchez Lamelas: “Derecho administrativo sancionador y derecho penal: consideraciones en torno a los principios de garantía”, en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, vol. I, Universidad de Cantabria, 1993, pp. 383 ss.

cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, de los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales”. Por ello, para el TC, “la Administración, en la sustanciación de procedimientos administrativos disciplinarios, está vinculada al irrestricto respeto de los derechos constitucionales procesales y a los principios constitucionales (v. gr. legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad) que lo conforman”.³⁹ Ello ha permitido que el poder sancionador de la Administración progresivamente se haya ido adecuando a límites similares a los que rigen la imputación penal y procesal penal, como lo evidencia el artículo 230 de la LPAG, que impone como principios de la potestad sancionadora administrativa los de legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, entre otros cuya constitucionalización planteó el artículo 2 del anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución de 5 de abril de 2002, como concretos límites al *ius puniendi* administrativo.⁴⁰

La discusión relativa a la identidad de garantías en el ordenamiento administrativo sancionador y el penal como expresiones de un mismo *ius puniendi* es relativamente reciente en Perú.⁴¹ El debate tampoco está terminado en el derecho comparado; aunque se acepta que el ejercicio sancionador por la Administración debe someterse básicamente a los límites del derecho penal,⁴² se discute la intensidad de dicho sometimiento, en el sentido de si la regla general de la menor gravedad de las sanciones administrativas —al menos no pueden acarrear la privación de libertad— y las necesidades de eficacia de la intervención administrativa pueden fundamentar la exigencia de garantías más flexibles que las del sector penal.⁴³ Por ese camino, se resguardaría un núcleo básico de garantías para el *ius puniendi* administrativo, como los principios de legalidad y culpabilidad, pero se renunciaría a otras, como la lesividad o la legalidad procesal, en pro de una mayor eficacia.

³⁹ Fundamento 13.

⁴⁰ “Artículo 2. Límites de la potestad punitiva del Estado. = El Estado al ejercer su potestad punitiva debe respetar los principios de constitucionalidad, legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, resocialización y humanidad, en el ámbito penal, procesal y penitenciario, así como el debido proceso. Dicha materia será regulada mediante ley orgánica. = No se podrá imponer sanciones administrativas que directa o indirectamente importen privación de la libertad y deberá respetar los principios mencionados en el párrafo anterior en cuanto les sea aplicable.”

⁴¹ Danós Ordóñez: o. cit., pp. 149 ss.; Zúñiga Fernández: o. cit., p. XV; Abanto Vásquez: o. cit., p. 185.

⁴² Gonzalo Quintero Olivares: “La autotutela. Los límites al poder sancionador de la administración pública y los principios inspiradores del derecho penal”, en *Revista de Administración Pública* 126/1991, pp. 253 ss.

⁴³ José Cid Moliné: “Garantías y sanciones (argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)”, en *Revista de Administración Pública* 140/1996, pp. 131 ss.; Raúl Peña Cabrera: *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. III, “Delitos económicos”, Lima: Ediciones Jurídicas, 1994, pp. 167-168.

El TC no ha sido ajeno a esta flexibilización. En la referida sentencia de 16 de abril de 2003 expresó, por ejemplo, en relación con los derechos de los miembros de la Policía Nacional en los procesos disciplinarios, que:

[...] no considera que el derecho de defensa en tales casos deba ser ejercido en idénticas condiciones a las del proceso penal ordinario. Ello porque, como antes se ha indicado, “en el ámbito militar, [...] el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la no reacción frente a las infracciones de la disciplina militar”. Pero tal singularidad justifica el extremo opuesto, es decir, que no sea de recibo el reconocimiento y respeto del derecho a no quedar en un estado de indefensión total, [y en esa medida] el Tribunal considera que es lícito que el legislador realice un tratamiento diferenciado en función del tipo de falta que se cometa. Y así, por ejemplo, si se trata de una falta leve, disponga que la autoridad o superior que tenga competencia para sancionar una falta leve deba seguir un procedimiento preferentemente oral, en el que se verifique la exactitud de los hechos, se garantice el derecho de defensa y, de ser el caso, la resolución de sanción adoptada le sea notificada por escrito al procesado. Y, en caso se trate de una falta grave, que el procedimiento sea escrito y que se garantice el derecho de defensa, además de otras garantías absolutamente imprescindibles con el tipo e intensidad de la sanción que pudiera imponerse.⁴⁴

8. Este debate no afecta la vigencia del principio de *ne bis in idem* en el ámbito administrativo. Reina acuerdo en que la interdicción de la sanción o persecución múltiple por un mismo contenido de injusto es una garantía irrenunciable en todo ejercicio punitivo.⁴⁵ Por ello, uno de los aspectos más controvertidos, especialmente de cara al sentido de la legislación, radica en la vinculación a este principio cuando la persecución o sanción opera en distintos ordenamientos sancionatorios, es decir, en el penal y el administrativo.⁴⁶

Pese a la consagración general del *ne bis in idem* en el artículo 230.10 de la LPAG y en el artículo III del CPP2004, y la fuerza vinculante de la jurisprudencia del TC, la legislación administrativa no suele reconocer su eficacia y no pocas veces contiene declaraciones de que la sanción administrativa se impondrá paralelamente a la penal. Por ejemplo, el artículo 190 del Código Tributario señala que “Las penas por delitos tributarios se aplicarán sin perjuicio del cobro de la deuda tributaria y la aplicación de las sanciones administrativas a que hubiere lugar”, de lo cual parece deducirse, como en efecto sucede en la práctica tributaria, que ante una misma infracción es posible acumular una sanción penal y otra administrativa. Pero no puede aceptarse que esta regla especial, propia del sector tributario, deba imponerse a la regla general

⁴⁴ Fundamento 14.

⁴⁵ J. M. Trayter Jiménez y V. Aguado i Cudolà: *Derecho administrativo sancionador*, Barcelona: Cedecs, 1995, pp. 71 ss.

⁴⁶ *Ibíd.*, pp. 77-79.

del artículo 230.10 de la LPAG, y menos aún que toda norma posterior a la LPAG que independice la sanción penal de la administrativa haya derogado la garantía del *ne bis in idem*. El fundamento constitucional del *ne bis in idem* condiciona la interpretación de la legislación ordinaria, con lo que sólo tienen asidero constitucional aquellas interpretaciones de la legislación administrativa compatibles con la proscripción del *bis in idem*.

Conforme con ello, tampoco debe interpretarse sin más que reglas como la del artículo 190 del Código Tributario son inconstitucionales, el artículo VI, § 1, del Código Procesal Constitucional y la segunda disposición final de la ley n.º 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, instauran el principio de conservación según el cual la inconstitucionalidad es la *ultima ratio*; antes deben agotarse los medios de interpretación conocidos a fin de superar la posible inconstitucionalidad.⁴⁷ La STC de 11 de julio de 2002, expediente n.º 1124-2001-AA/TC, estableció la necesidad de que “la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución”.⁴⁸ Este principio, previsto como presupuesto para la inaplicación de una la ley inconstitucional por los jueces, rige también para la administración pública. Más allá del debate de si la administración puede o debe ejercer un control difuso como el que se reconoce expresamente a los jueces desde la Constitución (artículo 138, § 2),⁴⁹ el principio de supremacía constitucional que rige el procedimiento administrativo (artículos III, IV.1.1 y V.2.1 de la LPAG)⁵⁰ obliga a la administración a modular sus prácticas e interpretaciones normativas a principios de arraigo constitucional como el de *ne bis in idem*. En esa perspectiva es suficiente una interpretación restrictiva del artículo 190 del Código Tributario; la posibilidad de que “las penas por delitos tributarios” se apliquen sin perjuicio “de las sanciones administrativas a que hubiere lugar” debe limitarse a los casos en los que no se viola el *ne bis in idem*; por ejemplo, de concurso ideal entre una infracción administrativa y otra penal en los que la sanción múltiple se sustenta en injustos de diferente contenido.⁵¹

9. Un aspecto particularmente problemático es el de las llamadas *relaciones de especial sujeción entre el sujeto actuante y la administración*. Como se ha señalado, excepcionalmente el TC ha tolerado la acumulación de sanciones provenientes

⁴⁷ Luis Castillo Córdova: *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Lima: Ara, 2004, p. 69.

⁴⁸ Fundamento 13.c.

⁴⁹ Favorable a esta tesis, Claudia Del Pozo: *Control difuso y procedimiento administrativo*, Lima: Palestra, 2005, pp. 173 ss.

⁵⁰ *Ibíd.*, pp. 94 ss.

⁵¹ Caro Coria: *Derecho penal del ambiente*, o. cit., pp. 128-129.

de diferentes órdenes cuando ellas obedecen a diferente fundamento, es decir, si se protegen bienes jurídicos distintos. En la jurisprudencia constitucional española la coexistencia de una sanción penal y otra administrativa, por el mismo hecho, se ha permitido cuando el sujeto se encontraba en una “relación de especial sujeción” con la administración, en cuyo caso el *ius puniendi* ejercido por ésta no sería el “genérico del Estado”.⁵²

Pero la propia delimitación de este tipo de relaciones no ha sido clara en la jurisprudencia del TC español; así lo reconoce la STC 132/2001, de 8 de junio, cuando recuerda:

De las denominadas “relaciones especiales de sujeción” —también conocidas en la doctrina como “relaciones especiales de poder”— se ha ocupado ya este Tribunal en anteriores ocasiones, no ocultando que, como se dijo en la STC 61/1990, FJ 6, la distinción entre relaciones de sujeción general y especial es en sí misma imprecisa.⁵³

Esta imprecisión no ha sido superada. Apenas se ha señalado que “Es posible reconocer situaciones y relaciones jurídico-administrativas donde la propia Constitución o las leyes imponen límites en el disfrute de los derechos constitucionales, llámen-se tales relaciones de ‘especial sujeción’, ‘de poder especial’, o simplemente ‘especiales’”, y que, en todo caso:

[...] la categoría “relación especial de sujeción” no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley de acuerdo con la Constitución, han modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos. [Entre ellos] el derecho a la legalidad sancionadora del artículo 25.1 CE —del cual deriva el *ne bis in idem*— y aunque este precepto no contempla explícitamente ninguna situación o relación administrativa especial, de la concurrencia del mismo con otras normas constitucionales sí se puede concluir que la propia Constitución contiene una modulación del derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito de ciertas relaciones administrativas especiales.⁵⁴

Así, se ha reconocido la especial sujeción en relación con un preso,⁵⁵ con un policía nacional,⁵⁶ con un arquitecto colegiado,⁵⁷ incluso respecto a un detective privado con autorización administrativa, aun cuando aquella relación administrativa especial no tuviera base directa en la Constitución o en una ley conforme con la

⁵² Pese a que el artículo 415.3 de la LOPJ español de 1985 señala que “En ningún caso un mismo hecho sancionado en causa penal podrá ser objeto de un posterior expediente de responsabilidad disciplinaria”, la STC de 27 noviembre de 1985 precisa que el principio de *ne bis in idem* “no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes”. Véase Mir Puig: o. cit., p. 7, también la STC 2/1987.

⁵³ Fundamento jurídico 4.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ STC 2/1987, de 21 de enero, fundamento jurídico 2.

⁵⁶ STC 69/1989, de 20 de abril, fundamento jurídico 1.

⁵⁷ STC 219/1989, de 21 de diciembre, fundamento jurídico 3.

Constitución.⁵⁸ Sin embargo, y como parte de lo que puede considerarse una tendencia a no restringir el ámbito de la legalidad con el argumento de la especial sujeción, la STC español 132/2001 consideró que “ningún precepto constitucional, ni tampoco una ley conforme con la Constitución, prevén, ni explícita ni implícitamente, la limitación de derechos constitucionales en un ámbito económico como el de los concesionarios de expendedorías de tabaco”,⁵⁹ con lo que negó la trascendencia de la especial relación existente entre el concesionario y el Estado derivada de la mera concesión.

La imposición de límites a la acumulación de sanciones en los casos de sujeción especial no es reciente en la jurisprudencia del TC español, que ha exigido que “el interés jurídicamente protegido” por la infracción administrativa “sea distinto” al de la infracción penal “y que la sanción sea proporcional a esa protección”.⁶⁰ Asimismo, ha declarado que si “la Ley sancionadora ha de contener los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer”,⁶¹ entonces, “con independencia de cómo se denomine la relación” que une por ejemplo a la titular de la concesión con la Administración, “no hay fundamento alguno” para que la infracción por la que se sancionó a la recurrente “carezca de la cobertura legal que, con carácter general, exige el artículo 25.1 CE”.⁶²

También en una perspectiva claramente restrictiva, la reciente STC español 26/2005, de 14 de febrero,⁶³ ratifica lo expuesto en la STC 234/1991, de 10 de diciembre,⁶⁴ en el sentido de que:

La existencia de esta relación de sujeción tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación (vid., entre otras, SSTC 2/1987, 42/1987 y, más recientemente, STC 61/1990”).

Con todo, la sanción múltiple basada en los argumentos de la especial sujeción, distinto bien jurídico o fundamento, no se considera una alternativa plausible.⁶⁵ La

⁵⁸ STC 61/1990, fundamento jurídico 8.

⁵⁹ Fundamento jurídico 4.

⁶⁰ STC 234/1991 de 10 de diciembre, fundamento jurídico 2.

⁶¹ STC 3/1988, de 21 de enero, fundamento jurídico 9; STC 101/1988, de 8 de junio, fundamento jurídico 3; STC 341/1993, de 18 de noviembre, fundamento jurídico 10; STC 60/2000, de 2 de marzo, fundamento jurídico 3; STC 132/2001, fundamento jurídico 5.

⁶² STC 132/2001, de 8 de junio, fundamento jurídico 4.

⁶³ Fundamento jurídico 3.

⁶⁴ Fundamento jurídico 3.

⁶⁵ Abanto Vásquez: o. cit., p. 185; Ramón García Albero: “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, Barcelona: Cedecs 1995, p. 64.

ausencia de una determinación exacta de estos criterios podría constituir una puerta abierta para un ejercicio múltiple y desproporcionado del *ius puniendi*. Por esa razón, en la doctrina española se observa la tendencia hacia una mayor delimitación material del *ne bis in idem*, en el sentido de impedir siempre la pluralidad de sanciones frente al mismo contenido de injusto.⁶⁶ Este principio fundamenta la unidad de sanción en el llamado concurso aparente de normas, pero, *a contrario sensu*, acudiendo al mismo sentido material del concurso ideal de delitos, permite una excepcional acumulación de sanciones en los supuestos de concurso de infracciones penales y/o administrativas.

10. La jurisprudencia del TC peruano no se ha vinculado expresamente a la doctrina de las relaciones de sujeción especial, aunque adopta consecuencias similares, sobre todo en el ámbito disciplinario policial y militar. Sólo excepcionalmente se ha recurrido al argumento de la especial sujeción como medio para justificar la restricción o modulación de derechos distintos a los que derivan del *ne bis in idem*.

La STC de 10 de julio de 2002, expediente n.º 866-2000-AA/TC, señaló:

Por su propia condición de derechos constitucionales su ejercicio no es ilimitado, puesto que sus excesos son susceptibles de ser sancionados. Los límites que pueden establecerse por el ejercicio de estos derechos son varios y, como regla general, se determinan tomando en consideración la naturaleza de los derechos en cuestión. No obstante, en determinados supuestos, el legislador puede fijar una diversa clase de límites a tales libertades, límites cuya justificación se encuentra en las *relaciones especiales de sujeción* bajo las que se encuentran determinados individuos. Tal es el significado particular, precisamente, del inciso d), artículo 23.º del Decreto Legislativo N.º 276 y del artículo 138.º del Decreto Supremo N.º 005-90-PCM, que, con relación a los servidores públicos, señala la necesidad de contar con autorización del superior jerárquico para ejercer las libertades de expresión e información.⁶⁷

El TC no ha derivado de esta argumentación consecuencias lesivas de derechos fundamentales. Por el contrario, consideró que:

Naturalmente, tal restricción no puede entenderse en el sentido de que el referido servidor público no pueda ejercer, sin más, dichas libertades, pues ello supondría vaciarlas de contenido. En la medida en que los límites especiales derivados de una relación de sujeción especial tienen por propósito garantizar la efectividad de los intereses públicos a los que sirve una dependencia pública, los alcances de esta limitación deben entenderse concretamente referidos a esos intereses públicos cuya efectividad se persigue asegurar con la limitación de los derechos constitucionales. Dicho en otras palabras, ni la presencia de estos límites especiales supone que los

⁶⁶ García Albero: o. cit., p. 64; Juan Carlos Carbonell Mateu: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 151; Francisco Javier De León Villalba: “La garantía del *ne bis in idem* y el Derecho penal económico”, ponencia en el III Congreso Internacional de Derecho Penal, realizado en Lima en 1998, inédita.

⁶⁷ Fundamento 3, cursivas añadidas.

servidores públicos no puedan ejercer sus libertades informativas, ni que cualquier tipo de información relativa a su empleador quede prohibida de difundirse.⁶⁸

Menos clara es la STC de 5 de agosto de 1999, expediente n.º 0993-1997-AA/TC, según la cual:

[...] tratándose de personas jurídicas, el ejercicio de determinados derechos, como el de ejercer libremente la profesión de abogado, puede encontrarse afecto a unos límites derivados del *principio de sujeción especial*, por virtud del cual se exige del asociado a un Colegio Profesional, entre otros aspectos, no socavar el principio de lealtad para con la institución a la que se pertenece; y, por tanto, cada vez que este principio se vea resentido, reconocer la facultad de la entidad afectada a establecer mecanismos correctores de dichas conductas anómalas.⁶⁹

Pero el poder sancionador de los colegios profesionales no ha sido reconocido para efectos del *ne bis in idem* por la STC de 17 octubre de 2005, expediente n.º 3167-2004-AA/TC, para la cual, si “el proceder del demandante ha dado lugar a una sanción administrativa del Poder Judicial, que a su vez configura una conducta que atenta contra el Código de Ética del Abogado”, “no se trata de una sanción administrativa sino de una impuesta por un Colegio Profesional, en tanto que el proceder del demandante atenta contra los deberes del abogado en su ejercicio profesional”,⁷⁰ “por lo que [...] no se ha vulnerado el principio *non bis in idem*”.⁷¹

Estos precedentes no delimitan la noción de relaciones de sujeción especial ni justifican una desvinculación del principio de *ne bis in idem*, pese a lo cual se ha consolidado una tendencia favorable a la acumulación de sanciones penales y administrativas en el caso de funcionarios públicos, partiendo del presupuesto de que ambas satisfacen funciones distintas que justifican una independencia plena. La STC de 26 de enero de 2005, expediente 3944-2004-AA/TC declara:

Tampoco se ha vulnerado el principio *non bis in idem*, puesto que la responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa, en que incurrió el demandante, por haber cometido graves irregularidades en el desempeño de sus funciones.⁷²

Según la STC de 20 de abril de 2005, expediente n.º 1204-2005-AA/TC:

[No se aprecia violación] del principio *ne bis in idem*; más aún cuando, de conformidad con el artículo 25.º del Decreto Legislativo N.º 276, los servidores públicos tienen, además de la responsabilidad administrativa, la civil y penal, por el cumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público.⁷³

⁶⁸ Fundamento 4.

⁶⁹ Fundamento 7, cursivas añadidas.

⁷⁰ Fundamento 7.

⁷¹ Fundamento 9.

⁷² Fundamento 4.

⁷³ Fundamento 4.

Más tajante es la STC de 28 de junio de 2005, expediente n.º 3363-2004-AA/TC, que considera:

[...] que las responsabilidades penal y administrativas en que puede incurrir un servidor o funcionario son independientes; razón por la cual, la existencia de un proceso penal no enerva la potestad de la Administración para procesar y sancionar administrativamente, por los mismos hechos, al servidor o funcionario que ha incurrido en falta disciplinaria.⁷⁴

De esta manera, como reconocen las SSTC de 25 de noviembre de 2004, expediente n.º 310-2004-AA/TC,⁷⁵ y 29 de abril de 2005, expediente 3862-2004-AA,⁷⁶ se consolida la criticable interpretación expuesta en el caso *Víctor Hugo Pacha Mamañi*, expediente n.º 094-2003-AA/TC, según la cual:

[...] lo que se resuelve en el ámbito administrativo disciplinario es independiente del resultado del proceso penal al que pudiera ser sometido un efectivo policial por habersele imputado la comisión de un hecho penalmente punible; ello, debido a que se trata de dos procesos distintos por naturaleza y origen [...]; el Tribunal asume [...] que el proceso administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, mientras que el proceso jurisdiccional conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal.

Tal interpretación no puede aceptarse. Una acumulación de sanciones que se justifique en diferencias formales —el origen de la sanción o el carácter de inconducta funcional del ilícito administrativo— o naturalistas entre las infracciones penales y administrativas violenta la prohibición de *bis in idem*. Aunque en ocasiones podrá reconocerse la diferencia de intereses o bienes protegidos por el ilícito administrativo o penal, en cuyo caso estará justificada, como en el concurso ideal de delitos, la imposición de varias sanciones, no puede aceptarse sin más y a priori que las sanciones penales y administrativas son independientes y autónomas.

Por ese motivo debe superarse el precedente derivado de la STC de 28 de diciembre de 2004, expediente 3194-2004-HC/TC, según la cual:

[...] se ha reconocido expresamente, en el artículo 168 de la Constitución, que “las leyes y reglamentos respectivos [...] norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”, lográndose de esta forma constitucionalizar la potestad disciplinaria a las instituciones castrenses, como en este caso corresponde a la Marina de Guerra del Perú. A través de esta norma, se busca mantener indemne el orden y la disciplina castrenses de sus miembros dentro de la entidad. Entonces, en la Norma Fundamental se ha reconocido ambas posibilidades de sanción, cada una con un fin excluyente, tal como consta en la propia norma referida a la disciplina castrense: según el artículo 57 del Decreto Supremo 003-82-CCFA, Situación Militar del Personal de Técnicos, Suboficiales y Oficiales de Mar de las Fuerzas Armadas del Perú, se sancionará por faltas graves “independiente de la sanción penal que le correspondiere si el hecho o hechos que se le imputan están previstos como delito

⁷⁴ Fundamento 3.

por la ley”. Esta diferencia de naturalezas entre estos tipos de sanciones ha quedado plenamente establecida para el caso de autos [...] Por tanto, no ha existido afectación al principio *ne bis in idem* en el presente proceso, pues la medida disciplinaria impuesta tiene un objeto distinto al del proceso penal iniciado.⁷⁷

Lo criticable de esta sentencia no es el reconocimiento del poder disciplinario de las Fuerzas Armadas y Policiales, sino la inusitada asunción de que las sanciones administrativas son independientes de las penales, en este caso porque así lo declara un decreto supremo del año 1982.

Si el TC asume consecuencias similares a las que derivan de la tesis de las relaciones de especial sujeción, tesis que sólo ha reconocido aisladamente, se tiene que el principio de *ne bis in idem* se postula en la práctica como una garantía plena de los particulares y no de los funcionarios públicos, contra quienes suele invocarse permanentemente el argumento formal de que las sanciones penales son diferentes de las administrativas. Dicho de otro modo, los funcionarios sólo tendrían garantizada la prohibición de dos o más persecuciones penales por lo mismo y de dos o más persecuciones administrativas por el mismo injusto, sin que esté proscrita una persecución penal y otra administrativa aunque se verifique la triple identidad, porque se asume o se presume que ambas cumplen distintos fines o sirven a la satisfacción de intereses o bienes jurídicos diferentes. Esta solución discrimina a los funcionarios, les otorga un trato desfavorable por la restricción del derecho a ser perseguidos y sancionados sólo una vez por el mismo contenido de injusto, que está prohibida por el artículo 2.2 de la Constitución. Si bien el funcionario está vinculado a una posición de garante de la cual derivan un conjunto de deberes especiales o institucionales conforme a su concreto ámbito de competencia,⁷⁸ de ello no se deduce la eliminación del contenido esencial del ese derecho fundamental a no ser perseguido ni sancionado más de una vez por lo mismo. La vinculación a estos deberes institucionales no puede significar la pérdida automática de las garantías de legalidad, proporcionalidad, proceso debido y cosa juzgada que dotan de fundamento constitucional al principio de *ne bis in idem*.

Con este punto de partida deben superarse interpretaciones formales que deriven, por ejemplo, del texto literal del artículo 243 de la LPAG, que bajo el rótulo “Autonomía de responsabilidades” establece que “Las consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación” (numeral 1), de forma tal que

⁷⁵ Fundamento 4.

⁷⁶ Fundamentos 4 y 5.

⁷⁷ Fundamento 6.

⁷⁸ Carlos Suárez González: “Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios”, en *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública*, Lima: Grijley, 2001, pp. 160 ss.; José Antonio Caro John: “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en *Anuario de Derecho Penal 2003*, pp. 57 ss.

“Los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa, salvo disposición judicial expresa en contrario” (numeral 2).

Estas reglas parecen oponerse al sentido del artículo 230.10 de la LPAG, que regula expresamente el *ne bis in idem* material, aunque su eficacia se limita al ámbito de la responsabilidad de los funcionarios, como puede deducirse de la ubicación sistemática del artículo 243 en el capítulo II (“Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de la Administración pública”) del título V (“De la responsabilidad de la Administración pública y del personal a su servicio”) de la LPAG, a diferencia del artículo 230.10 que se incardina en el título IV (“De los procedimientos especiales”) de la ley, en el capítulo II, dedicado al “Procedimiento sancionador”, subcapítulo I, referido a la “Potestad sancionadora”. Pero este ámbito restringido de aplicación —“a las autoridades” y “personal al servicio de la administración pública”— tampoco puede desvincularse de la prohibición constitucional de *bis in idem*. Aunque el artículo 243 reafirme la “autonomía de las responsabilidades” y la independencia de las consecuencias penales y administrativas, de la literalidad de estos enunciados no se deduce un mandato de acumulación de sanciones por el mismo injusto, por lo que deben interpretarse conforme a dicha proscripción constitucional.

11. La *administración debe respetar los términos de la cosa juzgada*. Conforme a lo previsto en el artículo 139, numerales 2 y 13, de la Constitución, no puede modificar los hechos previstos en una sentencia condenatoria o absolutoria. Si la jurisdicción penal concluye que los hechos son inexistentes o no están probados, ningún otro órgano público, jurisdiccional o administrativo, puede pretender acreditar lo contrario mediante otra investigación, y debe tener por inocente al ciudadano frente a los hechos imputados.⁷⁹ Así lo establece la pluralitud STC de 16 de abril de 2003, expediente n.º 2050-2002-AA/TC, cuando señala:

Como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España (STC 47/1981), “[...] El principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pueda producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, *pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos*, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado” (cursivas agregadas). Lo que significa que, en el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos, el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbad.⁸⁰

⁷⁹ Tomás Vives Antón: *La libertad como pretexto*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 361.

⁸⁰ Fundamento 19.b.

En esa misma perspectiva, la STC de 25 de noviembre de 2004, expediente 2322-2004-AA/TC, establece:

Es aplicable al presente caso, *mutatis mutandis*, el criterio establecido por este Tribunal en la citada STC 2050-2002-AA/TC, en cuyo fundamento N.º 17 [...] se señaló que si la sanción disciplinaria [...], con independencia de la imputación de haber cometido un delito, se adopta como consecuencia de haberse infringido además intereses legítimos de la institución policial, [...], entonces, cualquier sanción administrativa que pudiera imponerse, sólo podrá darse una vez finalizado el proceso penal, pues si bien en sede judicial no se sancionará por la comisión de una falta administrativa, sino por la comisión de un ilícito (penal), sin embargo, la autoridad administrativa está vinculada por los hechos declarados como probados en sede judicial.⁸¹

De igual forma, la STC de 28 de diciembre de 2004, expediente 3194-2004-HC/TC, con relación a las “Consecuencias de una posible irresponsabilidad penal”, concluye que “la base fáctica del proceso penal y el procedimiento administrativo es una sola”, aunque:

[...] cabe una situación particular: que la persona sea absuelta en vía procesal penal por la falta de pruebas sobre los hechos denunciados. Es decir, que la base fáctica de los procesos sea declarada insubsistente en sede judicial. Ante tal situación, ¿qué sucedería con la sanción disciplinaria impuesta? La respuesta no es del todo sencilla. Sin embargo, para el caso concreto, si se demostrase que el inculpado no participó del hecho delictivo imputado, la sanción disciplinaria debería seguir lo decidido en el proceso penal.⁸²

Ahora bien, se debate el caso de la sentencia absolutoria que considera probados los hechos que se imputan, y que no cabe la responsabilidad penal porque es aplicable al caso uno de los diversos argumentos jurídicos que bloquean dicha responsabilidad, como la imputación objetiva, la falta de atribución del dolo o una causa de justificación. Dado que el derecho administrativo sancionador impone un estándar menos exigente para la sanción, podría sostenerse que es posible afirmar la responsabilidad administrativa siempre que se respeten los hechos probados y no se contradiga la calificación jurídica establecida por la jurisdicción. Así por ejemplo, no se violaría el *ne bis in idem* si un ciudadano es absuelto del cargo de peculado (artículo 387 del CP) porque se determinó que no actuó con dolo sino con negligencia, tras lo cual es sancionado por la administración porque las normas disciplinarias sí sancionan el comportamiento negligente.⁸³ Sin embargo, aunque en ese caso no se violaría el contenido material del *ne bis in idem* porque se impone una sola sanción, sí se contraviene la prohibición de perseguir más de una vez por lo mismo, el *ne bis in idem* procesal, pues se estaría sometiendo al imputado a un doble riesgo real para sus intereses.⁸⁴

⁸¹ Fundamento 7.

⁸² Fundamento 7.

⁸³ Urquiza Olaechea: o. cit., pp. 136-137.

⁸⁴ Vives Antón: o. cit., p. 334. Igual, San Martín Castro: o. cit., p. 105.

12. La administración debe abstenerse de intervenir o de proseguir el procedimiento sancionador cuando los hechos que investiga son susceptibles de ser calificados como delito. En tales casos, la autoridad administrativa debe remitir lo actuado al Ministerio Público⁸⁵ o a la autoridad judicial si ésta ya viene conociendo el hecho. El artículo 159.5 de la Constitución establece que el ejercicio de la acción penal compete al Ministerio Público, y el artículo 139.2, § 2, reconoce la primacía de la jurisdicción, por lo que sólo en apariencia hace falta una regulación general que zanje en el plano legislativo a quién corresponde evaluar el carácter administrativo o penal de la infracción.

Un intento de regular estos aspectos, aunque sólo para el ámbito de los procedimientos concursales,⁸⁶ ya se observaba en el último párrafo de la 11.ª disposición complementaria de la Ley de Reestructuración Patrimonial (LRP), decreto legislativo n.º 845, introducida por la ley n.º 27146 de 24 de junio de 1999, y luego en el artículo 131 de la Ley General del Sistema Concursal (LGSC), ley n.º 27809 de 8 de agosto de 2002. Dichas normas contenían dos reglas: 1) si se ha impuesto sanción administrativa al infractor, ya no cabe el inicio de la acción penal por tales hechos, y 2) si a criterio de la Comisión la infracción reviste especial gravedad, ésta debe inhibirse de pronunciarse sobre el caso y poner los actuados a disposición del Ministerio Público para los fines correspondientes.

La regla 2 quebranta la legalidad; abre paso a la “oportunidad administrativa” porque permite que un órgano administrativo, la Comisión, califique la relevancia penal del hecho y derive el caso a la Fiscalía sólo si según su “criterio” es de especial gravedad, con lo cual se tolera que hechos de verdadera trascendencia penal sean directamente sancionados por la administración. Pero la Administración carece de la facultad constitucional de pronunciarse sobre la relevancia penal del hecho, y lo contrario implica una intrusión en las competencias del órgano fiscal, prohibida por el tipo de usurpación de funciones del artículo 361 del CP. Del mismo modo, el deber de comunicación al Ministerio Público surge con la mera duda sobre la trascendencia penal del hecho; su inobservancia puede adquirir sentido en el marco del tipo de omisión de denuncia del artículo 407 del CP. Con mayor énfasis, si el caso ya es de conocimiento del Poder Judicial, el órgano administrativo debe abstenerse de conocer el hecho. Según el artículo 139.2 de la Constitución, “Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional”, y la inobservancia de este precepto puede realizar el delito de avocamiento indebido del artículo 410 del CP.

La regla 1 tampoco está exenta de polémicas; regula el caso más sensible a la percepción jurídico-social de las consecuencias del hecho: *la evitación de una*

⁸⁵ Abanto Vásquez: o. cit., p. 195.

⁸⁶ Véase Dino Carlos Caro Coria: “Los delitos concursales en el derecho penal peruano. Alcances de la Ley de Reestructuración Patrimonial y de la nueva Ley General del Sistema Concursal”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* 3/2002, pp. 142 ss.

persecución penal cuando el mismo injusto ya ha sido objeto de sanción administrativa. El modo como se instaura en la normativa concursal puede criticarse: parece consolidar una regla de supremacía administrativa frente a la titularidad de la acción penal que compete al Ministerio Público,⁸⁷ pero de ello no se deduce que estemos ante una regla constitucionalmente incorrecta. Si el ciudadano es perseguido por la Administración y ésta impone la sanción, y luego se tiene que el hecho tenía trascendencia penal, la incorrecta elección del Estado de haber instado primero la sanción administrativa no puede imputarse al ciudadano; al particular no le corresponde asumir las consecuencias negativas de los errores o malas decisiones de la Administración.

No obstante, *se discute si el ne bis in idem material requiere o no la efectiva reiteración sancionatoria:* no basta la mera declaración de imposición de la sanción, sino la efectiva ejecución de más de una sanción. La jurisprudencia del TC español se decantó inicialmente por privilegiar la seguridad jurídica, estableciendo que la simple declaración de imposición de una sanción es suficiente para que esté prohibido imponer y ejecutar otra u otras por el mismo contenido de injusto. Así, la STC español 177/1999, de 14 de octubre, señaló que correspondía determinar:

[...] si los Tribunales penales, al tener constancia de la sanción administrativa por los mismos hechos que estaban enjuiciando, debieron absolver al acusado para no incurrir en el *ne bis in idem*, o entendiéndolo que su primacía judicial no podía ser cedida, actuar de la manera condenatoria reflejada más arriba, es decir, imponiendo al acusado las penas privativa de libertad y pecuniaria contenidas en el fallo condenatorio.⁸⁸

Para el TC:

[...] irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurran las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento. Es este núcleo esencial el que ha de ser respetado en el ámbito de la potestad punitiva genéricamente considerada, para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche aflictivo.⁸⁹

En ese sentido, considera:

[...] no cabe oponer, para enervarla, la circunstancia de que la Administración [...], como organismo autónomo competente para el ejercicio de dicha potestad sancionadora, incumpliera su deber legal de suspender el procedimiento sancionador y dar traslado del hecho a la jurisdicción penal por [...] fuese constitutivo de delito, [...]. Tal incumplimiento producirá, en su caso, las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero su inobservancia nunca podrá alterar el contenido del derecho fundamental al *ne bis in idem* del sujeto infractor (artículo 25.1 C.E.), ajeno por completo a dicho incumplimiento, y en cuya esfera jurídica no debe

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 145.

⁸⁸ Fundamento jurídico 2.

⁸⁹ Fundamento jurídico 4.

repercutir el mismo. Además, cumple recordar que no estamos ante un conflicto jurisdiccional trabado entre los órganos de la Administración autonómica y los del orden jurisdiccional penal, susceptible de dirimirse con arreglo a criterios de prevalencia de uno u otro poder público, sino, más sencillamente, ante la improcedencia de una condena penal, pronunciada en relación con una conducta cuya sanción administrativa firme se había ya producido, constándole esa circunstancia a los Tribunales sentenciadores que, al condenar, ocasionaron un doble resultado aflictivo proscrito por el derecho fundamental cuyo amparo nos impetra el recurrente.⁹⁰

Esta tesis no ha predominado en el derecho penal constitucional español; el pleno del TC impuso la solución contraria en la STC 2/2003, de 16 de enero,⁹¹ en la que estableció, por un lado, que la vulneración del *ne bis in idem* material requiere la efectiva reiteración sancionatoria, sin que baste la mera declaración de imposición de la sanción, de modo que, si el órgano judicial descuenta la sanción administrativa de la pena impuesta, ya no existe una sanción desproporcionada ni se advierte violación al *ne bis in idem* material. Para el TC español:

[...] la inexistencia de sanción desproporcionada en concreto, al haber sido descontada la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir, permite concluir que no ha habido una duplicación —*bis*— de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el artículo 25.1 CE. Frente a lo sostenido en la STC 177/1999, de 11 de octubre (FJ 4), no basta la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento. En definitiva, hemos de precisar que en este caso no hay ni superposición ni adición efectiva de una nueva sanción y que el derecho reconocido en el artículo 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el “doble reproche aflictivo”, sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto.⁹²

La sentencia establece, además, que con dicho descuento no se viola el *ne bis in idem* procesal, pues:

[...] la interdicción de doble procedimiento sancionador sólo se incumple si los dos procedimientos han sido sustanciados con las debidas garantías, de modo que un primer procedimiento tramitado sin respetar la prioridad legal del orden jurisdiccional penal no impide un segundo procedimiento sancionador [...]. La sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas, impiden equiparar el expediente administrativo sancionador [...] a un proceso penal a los efectos de entender que el recurrente ha sufrido una vulneración de su derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador.⁹³

⁹⁰ Fundamento jurídico 5.

⁹¹ Manuel Jaén Vallejo: *Estudios de derecho penal*, Panamá: Ediciones Panamá Viejo, 2005, pp. 74-75.

⁹² Fundamento jurídico 6.

⁹³ Fundamento jurídico 8.

Con ello el TC se refiere a la relevancia del órgano sancionador que conoce los hechos en primer lugar, afirmando la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para sancionar en casos de concurrencia aparente de infracciones administrativa y penal, y deja en claro que, en caso de dualidad de ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, por la Administración y la Jurisdicción, las resoluciones dictadas en ésta no pueden ceder ante las dictadas en aquélla. Luego, y como corolario, señala que del *ne bis in idem* no deriva siempre la anulación de la segunda sanción que se impone o del segundo procedimiento sancionador. Para el TC español:

[Si] los hechos reunían los elementos para ser calificados de delito, la Administración no podía imponer la sanción correspondiente a la infracción administrativa, que devino inaplicable. La subsunción de los hechos en la disposición administrativa se efectuó, entonces, desconociendo el principio de legalidad sancionadora (artículo 25.1 CE) y la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para ejercer la potestad punitiva (artículo 25.1 CE en relación con el artículo 117.3 CE).⁹⁴

A ello suma el TC una segunda razón:

[...] la declaración de responsabilidad penal se efectúa en un proceso en el que rigen garantías específicas integradas en el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE) que repercuten en el contenido del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE), mientras que la declaración de responsabilidad por infracción administrativa se realiza en un procedimiento en el que tal derecho se aplica de forma modalizada, lo que implica un menor contenido garantista del mismo. [...] Estas diferencias, que no empañan la legitimidad constitucional del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, sin embargo, determinan que, en caso de dualidad de ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, por la Administración y la jurisdicción penal, las resoluciones dictadas en ésta no puedan ceder ante las dictadas en aquélla, [de forma tal que] ni siquiera la determinación fáctica realizada en el procedimiento administrativo sancionador pueda considerarse que ha sido objeto de pronunciamiento definitivo en estos casos de concurrencia de infracciones administrativa y penal, pues dicha acotación jurídica de los hechos ha tenido lugar por un órgano público del que no puede predicarse la imparcialidad en el mismo sentido en que se predica y exige de los órganos judiciales y sin sujeción a las garantías de inmediación, oralidad y publicidad en la valoración de la prueba.⁹⁵

Esta postura del TC español no puede merecer una valoración positiva. Resta eficacia a las actuaciones sancionatorias de la Administración cuando se arroga las competencias del Ministerio Público y de la jurisdicción penal, pero convalida la segunda persecución y sanción impuesta por la jurisdicción incluso cuando la administrativa ya se impuso y se ejecutó. De esta manera, la efectiva vigencia del derecho ciudadano a que se respete el *ne bis in idem* depende de la corrección del procedimiento administrativo y de la sanción que se imponga en ese ámbito, con lo que la extensión de un derecho fundamental que el Estado debe respetar y proteger halla sus límites en la conducta previa del propio Estado. Esto se opone tanto a la dimensión

⁹⁴ Fundamento jurídico 9.

⁹⁵ Fundamento jurídico 10.

individual o subjetiva que el TC peruano dispensa a los derechos fundamentales, reconocimiento de esferas de autonomía que demandan la abstención estatal,⁹⁶ como a su dimensión objetiva, en tanto valores materiales de todo el sistema jurídico nacional.⁹⁷ Y es que, si los poderes públicos deben garantizar la vigencia del *ne bis in idem* y uno de ellos (la Administración) impone una sanción fuera del marco legal, por error, exceso o actuación fraudulenta en el procedimiento administrativo (imposición de la sanción administrativa para evitar la penal), no se justifica que el Estado mantenga indemnes sus potestades persecutorias y correctivas en la jurisdicción penal. No se imputan al Estado, sino al ciudadano, las consecuencias negativas de su indebida actuación sancionatoria. Esta solución a favor de la persecución estatal es además desproporcionada; no estamos ante la necesidad de ponderar la extensión de dos derechos fundamentales, sino de garantizar el equilibrio entre un derecho fundamental y la potestad sancionadora del Estado ante un hecho negativo del propio Estado: la sanción administrativa indebidamente impuesta.

4. Particularidades del *ne bis in idem* en el proceso penal

13. No existe acuerdo en cuanto a si el principio de *ne bis in idem* impide una nueva persecución penal en los siguientes dos casos: a) cuando el Ministerio Público decide no formular denuncia penal y esta decisión queda firme, y b) cuando el juez penal dicta auto de no haber lugar a abrir instrucción o proceso penal y éste queda firme.

El caso *a* es el menos problemático. A juicio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la decisión del Ministerio Público de no promover acción penal puede considerarse como un caso especial de cosa juzgada. El informe n.º 1/95, relativo al caso 11 006, de 7 de febrero de 1995, asunto *Alan García Pérez*, señaló:

La acusación constitucional que hizo lugar a la formación de una causa en contra de Alan García se basaba en cuatro hechos presuntamente tipificados en el delito de enriquecimiento ilícito. Sometida dicha acusación al Fiscal de la Nación, éste inició acción penal en contra del ex-Presidente, fundándola en uno solo de los hechos y desistiendo los otros por entender que los mismos eran sospechas que no tipificaban el delito ni acreditaban responsabilidad.

En ese sentido, la Comisión consideró:

[...] la decisión del Fiscal no promoviendo la acción penal mediante la denuncia o el requerimiento de instrucción correspondientes, al estimar que los hechos que se le pusieron en su conocimiento no constituyen delito es un acto de esencia típicamente jurisdiccional —como toda actividad del Ministerio Público en el proceso— que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible surtiendo los efectos de

⁹⁶ Luis Castillo Córdova: *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Lima: Palestra, 2005, p. 334.

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 335.

la cosa juzgada, una vez firme. De este modo, al igual que una decisión judicial recaída, es definitiva y en consecuencia trasciende en sus efectos con caracteres prohibitivos para procesos futuros basados en los mismos hechos materia de la decisión.

De ese modo:

En el caso bajo análisis, como bien se señaló supra, el Fiscal en su resolución, por un lado, desestimó tres de los hechos incluidos en la acusación constitucional y por el otro, promovió la acción penal por el hecho restante. Durante el trámite del proceso, ni el peticionario ni el Gobierno han señalado si el pronunciamiento del Fiscal, en cuanto se refiere al desistimiento, fue recurrido ante instancia superior; por este motivo, la Comisión debe presumir que no habiendo sido apelada, la resolución del Fiscal fue consentida y en consecuencia adquirió carácter de firme.

En esa línea de ideas, la Comisión concluyó:

[...] la decisión del Fiscal que desistió tres de los hechos denunciados inicialmente por no ser constitutivos de delito, al quedar firme puso fin a la pretensión punitiva del Estado en relación a los hechos que fueron materia de la resolución. La iniciación de una nueva persecución penal fundada en el mismo objeto de la denuncia anterior transgredió el principio que prohíbe la múltiple persecución penal y en consecuencia, el artículo 8, inciso 4, de la Convención [Americana de Derechos Humanos].⁹⁸

Esta interpretación amplia de la cosa juzgada ha tenido alguna acogida en la jurisprudencia peruana. La sentencia de hábeas corpus de 11 de octubre de 2004 del 33.º Juzgado Penal de Lima, expediente 706-04-HC, confirmada por la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel mediante sentencia de 13 de diciembre de 2004, expediente de hábeas corpus n.º 315-2004, declaró fundada la demanda de hábeas corpus por considerar, entre otros motivos, que la decisión de una fiscalía provincial de no formular denuncia en el pasado, confirmada por la Fiscalía Superior, había adquirido la calidad de cosa juzgada, con lo cual el propio Ministerio Público quedó impedido de instar una nueva persecución penal por los mismos hechos, aunque atribuyera delitos distintos y recurriera a nuevas pruebas. Sin embargo, en otros casos, como el de *Alberto Kouri Bumachar* —video Kouri-Montesinos— o el de discoteca *Utopía* —múltiples denuncias contra los directores de la empresa que operaba la discoteca—, el Ministerio Público consideró como regla general que la decisión de no ejercer la acción penal no constituye cosa juzgada sino simple cosa decidida, por ser la fiscalía una entidad administrativa y no jurisdiccional, como erradamente sostuvo el informe n.º 1/95 de la Comisión Interamericana.

En la doctrina procesal impera que las resoluciones del Ministerio Público de no promover la acción penal no constituyen cosa juzgada.⁹⁹ Se trata de una cosa decidida;

⁹⁸ Ítem V.3 del informe n.º 1/95.

⁹⁹ Claus Roxin: *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 335.

la cosa juzgada demanda una decisión judicial dentro de un proceso regular, que en todo caso impide que la misma persona sea perseguida nuevamente por los mismos hechos.¹⁰⁰ Pero, como precisa San Martín Castro:

Las excepciones a esa prohibición, que impide nuevas denuncias por los mismos hechos, son de dos órdenes: a) que se aporten nuevos elementos probatorios; y b) que se demuestre que la denuncia anterior no fue debidamente investigada. Por consiguiente, el Fiscal frente a una denuncia tiene que establecer, primero, si ha sido o no desestimada por el otro órgano del Ministerio Público; segundo, si la denuncia fue desestimada, la evaluación se circunscribirá a la exigencia de que se encuentre acompañada de nuevos elementos probatorios o de datos que permitirán contar con ellos al más breve plazo; y, tercero, de igual modo, en los supuestos de denuncia repetida, que la investigación realizada anteriormente —por su Fiscalía u otra— sea deficiente, lo que debe advertirse de las razones expuestas por el denunciante y del análisis de los actuados anteriores. Por ende, la cosa decidida es muy relativa, no es absoluta, pues puede obviarse si nuevos elementos permiten optar por la promoción de la acción penal.¹⁰¹

Esta perspectiva ha quedado zanjada en el artículo 335 del nuevo Código Procesal Penal, decreto legislativo n.º 957 de 29 de julio de 2004, que bajo el rótulo “Prohibición de nueva denuncia”, establece:

La Disposición de archivo prevista en el primer y último numeral del artículo anterior, impide que otro Fiscal pueda promover u ordenar que el inferior jerárquico promueva una Investigación Preparatoria por los mismos hechos.¹⁰²

Sin embargo:

Se exceptúa esta regla, si se aportan nuevos elementos de convicción, en cuyo caso deberá reexaminar los actuados el Fiscal que previno. En el supuesto que se demuestre que la denuncia anterior no fue debidamente investigada, el Fiscal Superior que previno designará a otro Fiscal Provincial.¹⁰³

14. Se discute si el auto que desestima una denuncia fiscal y declara no ha lugar a abrir instrucción impide una nueva persecución penal (caso *b*). El TC ha negado, con carácter general, que dicho auto tenga calidad de cosa juzgada. La STC de 14 de febrero de 2003, expediente n.º 1077-2002-HC/TC, señala que, conforme al artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, “la prohibición de ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos requiere la existencia de una previa sentencia firme, en la que se haya absuelto al inculpado”. De tal modo:

[...] la resolución judicial que declaró “no ha lugar a la apertura de instrucción” no tiene la calidad de una sentencia, esto es, un acto jurisdiccional en virtud del cual se pone fin a la investigación judicial acerca de la imputación de la comisión de un

¹⁰⁰ Sánchez Velarde: o. cit., p. 457.

¹⁰¹ San Martín Castro: o. cit., p. 495.

¹⁰² Numeral 1.

¹⁰³ Numeral 2.

ilícito penal al recurrente, sino la de un simple auto dictado sin mediar investigación judicial ni la realización de un contradictorio previo”,¹⁰⁴ no equivale a un “pronunciamiento sobre el fondo del asunto”.¹⁰⁵

En la misma perspectiva, la STC de 11 de mayo de 2005, expediente n.º 2297-2005-PA/TC, establece como “necesario que exista un proceso concluido, es decir, que tenga carácter de cosa juzgada, lo que existirá sólo cuando, como se menciona en nuestra Constitución, haya resolución ejecutoriada, amnistía, indulto, sobreseimiento definitivo y/o prescripción”. Asimismo:

[Si] existe un auto de denegación para procesar los delitos [...], no se puede afirmar que en éste exista “[...] un peligro a la exposición del riesgo de un nuevo sometimiento de quien ya ha sido recurrido por el mismo hecho [...]” (en: *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*. D. Carrio, Alejandro. 3era. edición y ampliada en 1ra. reimpresión. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, año 1997. Págs. 380-340), pues lo que protege el principio *ne bis in idem*, no incluye las resoluciones que declaran que hay falta de pruebas para condenar a un acusado, sino que protege que una persona que ya ha tenido una sanción, o ha sido absuelto de un delito, no vuelva a ser perseguido por el mismo supuesto. [...] simplemente hay una decisión por la que no se puede presumir la inexistencia de culpabilidad, sino solamente la inexistencia de argumentos suficientes para abrir la investigación en dicho estado del proceso.¹⁰⁶

Para un sector de la doctrina nacional estos argumentos son concluyentes;¹⁰⁷ se considera que el auto de no ha lugar a abrir instrucción no es cosa juzgada por no equipararse a una sentencia firme: se dicta sin mediar proceso penal,¹⁰⁸ investigación judicial ni contradictorio alguno. Pero tales argumentos no pueden considerarse definitivos; son susceptibles de matizaciones que conducen a aceptar que en determinados casos merecen el tratamiento de la cosa juzgada, concretamente cuando el auto de no ha lugar se funda en la falta de relevancia penal del hecho imputado.

La cosa juzgada no se limita, como erróneamente expone el TC, a la sentencia firme; el propio artículo 139.13 de la Constitución extiende la cosa juzgada a los casos de sobreseimiento definitivo, prescripción, amnistía e indulto, y se tiene además que muchas decisiones judiciales distintas a la sentencia ponen fin al proceso penal de manera perpetua; por ejemplo, el auto que declara fundada una excepción de naturaleza de acción. Superada esta cuestión formal, debe tenerse en cuenta que el auto que rechaza la denuncia fiscal puede fundarse en distintas razones, como puede deducirse del artículo 77 del CPP; por ejemplo: a) insuficiencia de pruebas del hecho imputado;

¹⁰⁴ Fundamento 6.

¹⁰⁵ Fundamento 7.

¹⁰⁶ Fundamento 4.

¹⁰⁷ Véase especialmente José Luis Castillo Alva: “¿Constituye cosa juzgada el auto de no ha lugar a la apertura de instrucción?”, en *Diálogo con la Jurisprudencia* 62/2003, p. 135.

¹⁰⁸ Del mismo modo, Arsenio Oré Guardia: *Manual de derecho procesal penal*, 2.ª ed., Lima: Alternativas, 1999, p. 315.

b) el hecho imputado no constituye delito, por falta de tipicidad o por concurrir una causa de justificación o de inculpabilidad; c) no individualización o insuficiente individualización de los autores y partícipes; d) porque la acción penal ha prescrito; e) porque concurre alguna otra causa de extinción de la acción penal, como la ausencia de una condición objetiva de punibilidad.

El distinto fundamento de cada uno de estos casos aconseja un tratamiento diferente frente a la cosa juzgada. Como destaca San Martín Castro:

Más allá de acotar que un auto denegatorio de instrucción se expide, en muchos supuestos —y siempre según la jurisprudencia mayoritaria—, en función al análisis de la mera tipicidad o prescriptibilidad de la acción penal, por lo que las pruebas del hecho no son relevantes para su expedición, entonces, es posible considerar que dicha resolución tiene fuerza de cosa juzgada [...] Si el fundamento es semejante al que puede basar una sentencia absolutoria o una resolución de otro tipo, pero que, por unos u otros motivos, equivaldría a una absolución y si esa resolución pasa —o puede pasar— por sucesivos tribunales con competencia para dictar sentencia, se darán los requisitos para atribuir a tal resolución fuerza de cosa juzgada. Tal es el caso [...] del auto que decreta el archivo de un proceso, aun en la fase previa, por entender que los hechos carecen de tipicidad, así como del que rechaza una denuncia.¹⁰⁹

En todos estos casos, cuando se constata judicialmente la irrelevancia penal de los hechos que se imputan, el auto de no haber lugar a abrir instrucción tiene la condición de cosa juzgada, por lo que está absolutamente prohibido reiterar la persecución penal por lo mismo, aun cuando surgieran nuevas pruebas de ese hecho penalmente intrascendente. La seguridad jurídica, como garantía del Estado de derecho, impide que la jurisdicción pueda revisar una y otra vez si la ley penal proscribiera o no el hecho. En ese contexto son irrelevantes los argumentos del TC de ausencia de una investigación judicial, etapa probatoria o contradictorio, pues la satisfacción de estas condiciones no hará variar el juicio de valor sobre el sentido de la imputación en el derecho penal. Como reseña Sánchez Velarde:

[...] dicha resolución sí genera la calidad de cosa juzgada pues la autoridad jurisdiccional emite un juicio valorativo sobre el fondo del asunto que se evidencia en la decisión de no instruir por un hecho que no constituye delito, máxime si la misma ha sido objeto de confirmación por la instancia superior, lo que equivale al sometimiento a un nuevo juicio valorativo.¹¹⁰

Debe aceptarse como corolario que, si el rechazo de la denuncia fiscal no obedece a un pronunciamiento de fondo, sino, por ejemplo, a la insuficiencia de pruebas, la falta de un requisito de procedibilidad o la no individualización de los denunciados, entonces no existe cosa juzgada; la persecución podrá renovarse tras superarse la insuficiencia probatoria o satisfacerse el presupuesto procesal respectivo.

¹⁰⁹ San Martín Castro: o. cit., p. 503.

¹¹⁰ Sánchez Velarde: o. cit., p. 356.

Juan Colombo Campbell (Chile) *

Garantías constitucionales del debido proceso penal. Presunción de inocencia

1. Conceptos previos para el abordaje del tema

Importantes desafíos surgen en el ámbito del derecho procesal constitucional, cuando se enfrentan y coliden, en un proceso penal, los derechos de la víctima de un hecho punible y los del inculpaado, sospechoso de haberlo producido.

La víctima es siempre la que sufre los efectos del delito; es cierto. En cambio, el imputado es el que por el momento aparece como eventual participante y posible responsable de sus consecuencias. Sin embargo, no puede sostenerse jurisdiccionalmente, en ese instante, que cometió un ilícito penal en forma culpable y penada por la ley.

En los últimos años, y como efecto de la aplicación del sistema inquisitivo en la tramitación de los procesos penales, se ha ido generando un mito acerca de la inocencia del que ha participado en la comisión de un hecho punible, la cual, según sus seguidores, se mantendrá hasta que se dicte la sentencia definitiva que lo condene, pese a que durante la sustanciación del proceso se hayan producido múltiples pruebas que lo inculpen. Demuestra esta afirmación el hecho de que constituciones, códigos procesales penales y declaraciones internacionales hayan consagrado a su favor la mal denominada *presunción de inocencia*, situación que a la luz de los recientes estudios especializados y de las estadísticas surgidas de la aplicación de la nueva

* Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Chile. Ministro del Tribunal Constitucional de Chile. <tribunalconstitucional@entelchile.net>.

justicia penal debe ser reexaminada, recalificada y posiblemente, como efecto, rebautizada.

Hoy estamos enfrentados a un profundo dilema que la doctrina deberá considerar al estudiar los efectos que ha provocado el principio de inocencia en los resultados de la aplicación de los nuevos procedimientos penales, que a los ojos de muchos se muestran como protectores del inculpado, y decidir si ellos son, en parte, los responsables del aumento de la delincuencia en el mundo.

Sus causas serían tanto el contenido de las nuevas leyes que lo consagran, como la influencia que su vigencia ha provocado en los titulares de la jurisdicción penal que lo aplican, todo lo cual ha generado, como su natural efecto, un desequilibrio entre los derechos constitucionales de la víctima, que sin tener arte ni parte se ve arrastrada a un proceso penal en que se supone que se le hará justicia, y los del imputado, cuya acción u omisión voluntaria y consciente es la que, en forma indubitada, generó el conflicto penal que se traspaşa y debe ser resuelto en el proceso, donde ambos se enfrentarán en presencia del juez natural llamado a tramitarlo y decidirlo.

Debe formarse conciencia en torno a que, necesariamente, se requiere lograr un justo equilibrio entre los derechos constitucionales de la víctima y las garantías procesales del imputado, que naturalmente nadie niega y todos deben respetar.

Para el análisis de este tema, debemos también tener presente que todo hecho punible genera, como su natural efecto, una colisión entre las garantías fundamentales de la víctima, del inculpado y, en último término, de la sociedad toda, consecuencia que el legislador debe tener especialmente en cuenta al consagrar en una ley de procedimiento sus principios informadores, y los jueces al aplicarlos en los casos concretos sometidos a su imperio.

El debido y justo proceso se muestra en toda su intensidad como la única vía lógica para resolver los conflictos penales.

En este trabajo, planteo como tesis que el principio de inocencia opera en dos ámbitos diferentes, el primero procesal y el segundo penal.

Ello se traduce en que una persona enfrentada a un proceso penal puede ver alterada su primitiva situación de inocencia, cuando la prueba de los hechos lo incrimine como participante y el tribunal, actuando en consecuencia, pueda citarlo, arraigarlo, detenerlo o someterlo a otras medidas cautelares, todo lo cual se traduce en que su inocencia, a partir de ello, está desde ese instante cuestionada.

Sin embargo, en mi opinión, ello en nada altera su calidad de inocente enfrentado al momento en que debe dictarse la sentencia definitiva en el proceso, la que puede ser absolutoria —con lo cual se confirma su inocencia— o condenatoria —en cuyo caso, al ser declarado culpable, pierde su carácter de inocente frente a la sociedad.

La primera es la perspectiva procesal de la inocencia; la segunda se mira desde una perspectiva penal constitucional.

Esta distinción es la que ha conducido a los modernos códigos procesales a establecer jueces instructores, encargados de vigilar la inocencia y sus alteraciones

durante el proceso, y otros diferentes, los sentenciadores, a quienes se les asigna la responsabilidad jurisdiccional de decidir, en definitiva, sobre la situación de inocencia o culpabilidad del acusado.

Este planteamiento permite, por una parte, explicar por qué el imputado puede ser sometido a medidas cautelares y, por la otra, cómo puede mantener hasta antes de la sentencia definitiva su inocencia penal. Será dicha resolución la que lo declarará inocente o culpable, mas, desde el momento en que la ley de procedimiento autoriza a la jurisdicción para aplicarle medidas cautelares que restrinjan o le priven de su libertad, resulta obvio que no podría ser considerado como inocente en el proceso, ya que ningún juez podría decretarlas frente a un inocente absoluto.

Hoy existe una contradicción evidente, ya que por una parte el nuevo sistema procesal presume inocente al imputado y por la otra autoriza al juez para privarlo de su libertad o restringírsela, a la luz de la prueba rendida. La lógica jurídica nos dice que un inocente no puede estar privado de libertad. Ello clama una explicación satisfactoria que puede surgir de la distinción que estamos planteando en este trabajo o de otras explicaciones que puedan plantearse.

Esta visión encuentra un reforzado apoyo en nuestra Constitución, que establece que, si los jueces instructores someten a proceso a una persona por una decisión que posteriormente se declare injustificadamente errónea o arbitraria, esa persona tendrá derecho a ser indemnizada por el Estado por los perjuicios que haya sufrido. Por el contrario, si es condenada, deberá cumplir la pena que se le asigne, pagando así su deuda con la sociedad.

Para desarrollar este conflictivo y debatido tema, deben aislarse en forma previa algunos conceptos que se muestran como fundamentales para su adecuada comprensión, como son los de inocencia, debido proceso penal, imputado, víctima y colisión de derechos.

1.1. Inocencia

Según el diccionario de la Real Academia Española, *inocente* es el que no daña, el que no es nocivo. Y la *inocencia* se define como el “estado del alma limpia de culpa”, “excepción de culpa en un delito o en una mala acción”.

Ulpiano aparece como uno de los primeros juristas en referirse al inocente, al expresar en su *Corpus Juris Civile* que “nadie puede ser condenado por sospecha, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable que condenar a un inocente”. El sistema inquisitivo de la Edad Media se encargaría de arrasar con las consecuencias de este principio.

Más tarde, concretamente a partir de la Revolución Francesa y, en especial, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se repone su plena vigencia como una forma de recuperar los derechos de las personas. En su artículo 9.º se establece, por primera vez, la presunción de inocencia en los siguientes

términos: “*Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable*”.

Montesquieu optó claramente por la protección de los inocentes, posición en que lo acompañaron grandes pensadores como Rousseau y Voltaire.

En Inglaterra, Jeremías Bentham enarbolaba la bandera de la inocencia, y en Italia el Marqués de Beccaria sería quien finalmente canalizara estas ideas destinadas a lograr una profunda reformulación del derecho penal y procesal penal de la época.

Francisco Carrara, anticipándose a la declaración gala, en su obra *Dei delitti e delle pene*, publicada en 1764, eleva el principio de inocencia a un postulado fundamental de la ciencia procesal, e invoca a los especialistas a considerarlo como un presupuesto de las demás garantías del proceso penal.

No obstante la formulación clásica y liberal de la mal llamada presunción de inocencia, ésta ya fue objeto de duras críticas por la Escuela Positiva italiana, por considerar que no tenía sustento ni obedecía a la realidad de los hechos y era absurda e ilógica. Más tarde, la llamada Escuela Técnica Jurídica la calificó como paradójica y contradictoria, por estimar que las normas penales no están destinadas tanto a tutelar la inocencia protegida por ella como a reprimir los delitos.

Destacan en esta línea de pensamiento Garofalo y Enrique Ferri. Este último reitera que la presunción de inocencia resulta ilógica cuando es absoluta, y agrega que, enfrentados a delitos flagrantes o a una confesión libre del procesado, confirmada con otros datos, pareciera que la presunción de inocencia se debilita lógicamente y jurídicamente, y se torna más frágil aún cuando estamos en presencia de un delincuente habitual, autor de una criminalidad atávica. Finalmente, Manzini cierra el capítulo al negar la existencia de la presunción de inocencia.

El presidente de Chile, profesor Ricardo Lagos, en una entrevista televisiva y a propósito de la facilidad con que los jueces otorgan beneficios a los delincuentes, señaló:

[...] en el nuevo sistema se presume la inocencia. Lo que pasa es que, si una persona ha tenido tres, cuatro, cinco condenas anteriores, ha sido reincidente y, como en este caso, se le sorprende con cuatro kilos de pasta base y con una pesa electrónica..., ahí hay una situación de criterio, es difícil suponer que se presume inocente a alguien que anda con cuatro kilos de pasta base y con una pesa para poder venderla como corresponde.

Como puede observarse, ni antes ni ahora hay claridad sobre el ámbito de aplicación de este principio y ello explica que muchas constituciones no lo contemplen como tal entre las garantías del proceso penal.

No obstante, sí lo encontramos reconocido por importantes acuerdos internacionales, como el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en cuanto dispone:

Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras que no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, establece en su artículo 14.2:

Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

En el mismo sentido, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, precisa en su artículo 6.2:

Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

En lo interno, han sido los nuevos códigos procesales penales los que, pretendiendo proteger mejor los derechos del imputado, han incorporado el principio en sus textos. Es el caso de Chile, que lo establece en su libro I, título I, artículo 4.º, que expresa:

Presunción de inocencia del imputado. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme.

Enfrentada a estas declaraciones, la doctrina procesal moderna ha desarrollado el concepto de estado de inocencia en forma extensa, ya no como presunción, que no lo es, sino como un principio informador del procedimiento penal, dándole así una nueva perspectiva a partir de dos presupuestos que son inherentes a todo sistema procesal penal. El primero es el de la carga y valoración de la prueba, elementos necesarios para formar la convicción del juzgador, y el segundo es el de la sentencia fundada o motivada, que le exige contar con razonamientos o consideraciones, tanto en lo que se refiere al establecimiento de los hechos por los medios de prueba existentes en el proceso como en la invocación de la aplicación al caso de las normas *decisoria litis*.

Así, el establecimiento de los hechos que son, en esencia, la existencia del hecho punible, la participación como autor, cómplice o encubridor; las circunstancias eximentes, agravantes o atenuantes, y el grado de consumación, constituyen los elementos que permitirán dictar en el proceso las resoluciones necesarias en su sustanciación y la sentencia definitiva.

La idea esencial de esta posición se traduce en que, al iniciar y tramitarse un proceso penal, estamos frente a una verdad provisional que surge cuando se pone en conocimiento de la justicia o de sus agentes la existencia de un hecho que reviste caracteres de delito y, eventualmente, de quienes participaron en su comisión. La carga de probar para que dicha afirmación se transforme en una verdad definitiva le corresponde al que denuncia o sostiene la existencia de la conducta delictiva y en los sistemas inquisitivos, al propio tribunal.

Esta situación no es nueva; ya figuraba en diversos pasajes de las Partidas, que expresaban: “que se manda que los hechos han de ser probados espaladinadamente” y que las pruebas “deben ser claras como la luz, de manera que no pueda sobre ellas venir duda alguna”, así como que el pleito criminal debía probarse “por testigos o por cartas o por conciencia del acusado, e non por sospechas tan solamente”, prohibiendo la condena “por sospechas, ni por señales, ni por presunciones”.

No obstante, el empleo del procedimiento inquisitivo no dejó espacio para que operara el principio de inocencia tal como hoy se concibe. El juez omnipotente investigador y acusador limitó el margen de defensa del imputado. Ello explica las reacciones que se produjeron a partir del siglo XIX.

1.2. La inocencia procesal y la inocencia penal

Hoy, la ciencia procesal, como consecuencia de la aplicación de este principio, ha emprendido la gran tarea de precisar cuáles son los efectos que surgen de la convicción del juzgador acerca de la inocencia que toda persona enfrentada a un proceso penal puede ir perdiendo cuando se vayan generando, en torno a su participación en el hecho punible, pruebas en su contra que alteren su primitiva posición y que la vayan identificando como participante posible o cierto en la comisión del hecho que se investiga.

Son estas pruebas objetivas, como ya se dijo, las que permitirán al tribunal privar a esa persona de su libertad, arraigarla o someterla a otras medidas cautelares preventivas, cuando en el proceso se vayan demostrando las simples sospechas, fundadas sospechas o presunciones graves de su participación en el hecho punible. Dichas medidas resultan incompatibles, a partir de entonces, con la condición de inocente que muchas leyes le asignan hasta el momento en que la sentencia definitiva esté ejecutoriada, todo lo que entra en abierta contradicción con la realidad fáctica y procesal y, en definitiva, con la más elemental lógica jurídica.

Así, se enfrentan en la sustanciación del proceso penal dos grandes principios: uno es el de la necesidad de contar con un procedimiento penal que asuma la realidad social de una delincuencia en aumento, tanto en número como en crueldad y sofisticación, lo que genera inseguridad social, y el otro es, en definitiva, la violación de las garantías constitucionales de las víctimas con el principio de inocencia del imputado.

El principio informador de la sentencia fundada da eficacia al principio procesal del debido proceso penal, que se aplica en todo su vigor a la sentencia definitiva, pero igualmente se aplica, con menores exigencias, a las decisiones preliminares que afectan al imputado y que sea necesario dictar durante la sustanciación del proceso, en especial las que signifiquen la aplicación de medidas que alteren su libertad o se la restrinjan.

En este ámbito, el principio de inocencia, desde el punto de vista procesal, debe observarse a través de la perspectiva que lo vincula estrechamente con lo que

tradicionalmente se denomina la *formación de la convicción* del juzgador en el proceso penal, puesto que son inseparables.

En consecuencia, cabe razonar en el sentido de que, si no hay hechos punibles, naturalmente que todos son inocentes. Mas, enfrentados a la realidad cada vez más generalizada que provoca la acción de personas cuyo resultado genera hechos que revisten caracteres de delito, iniciada la investigación, abierto un proceso y cuando se van probando en su desarrollo ciertos hechos que las incriminan como participantes, la llamada presunción se va esfumando y la convicción de responsabilidad crecerá en la mente del juez hasta poder llegar a una convicción plena de culpabilidad.

Ello significa que el que realiza un acto como participante puede seguir y terminar siendo inocente, como puede suceder también que el juez logre convicción en torno a su posible responsabilidad en la comisión del hecho punible, a partir de lo cual su inocencia no será ya completa y terminará si la sentencia definitiva lo declara culpable.

Recordemos que el proceso penal surge históricamente como una herramienta indispensable del Estado para sancionar a los delincuentes y dar, como su natural consecuencia, protección y reparación a las víctimas, generando como efecto residual el reestablecimiento efectivo de la garantías violentadas con el delito.

Tampoco debemos olvidar que es al Estado, a través del legislador, al que le corresponde determinar qué hechos son constitutivos de delito, y que sólo a partir de su tipificación previa podrá el sistema jurisdiccional instruir un proceso penal para investigarlos y eventualmente sancionarlos.

Por lo tanto, lo primero que debe hacer todo juez es comparar el resultado de la acción de un sujeto con un tipo penal. Si se encuadra en ella, inicia proceso; si no ocurre así, archiva los antecedentes.

Es a contar de la apertura del proceso que se produce una evolución de su convicción acerca de los hechos que se investigan y que varían dentro de una gama que parte con un nivel de desconocimiento de lo que ocurrió y que debiera concluir con su plena demostración. En ese entorno, su convicción, enfrentada al imputado, oscila desde la inocencia, pasando por los estados de la sospecha y de las presunciones, hasta llegar a determinar su plena culpabilidad y responsabilidad, o confirmar su inocencia, ya sea por que así lo considera o porque el mérito del proceso no ha logrado convencerlo de lo contrario. En este instante, cobra toda su fuerza el principio consagrado por el Código de Procedimiento Penal chileno en su artículo 456 *bis*, que expresa:

Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley.

En concordancia con mi hipótesis de trabajo y para cubrir cabalmente este tema, creo que resulta imprescindible distinguir entre las resoluciones vinculadas a la inocencia que se dictan durante la sustanciación del proceso y que inciden en

lo que llamo *inocencia procesal*, y la sentencia final, que se pronuncia sobre la *inocencia penal*. Comenzando por lo último, estoy totalmente de acuerdo en que para condenar, como lo dicen nuestros dos códigos procesales penales, el juez sentenciador debe llegar a la íntima y plena convicción de que el sujeto participó en la comisión de un delito en forma culpable y penada por la ley, pero cosa diversa es que, mientras sea imputado por la justicia, puedan aplicársele en el proceso medidas cautelares que se traducen en que su inocencia, desde ese instante, está jurisdiccionalmente cuestionada.

Para una mejor comprensión de este planteamiento podemos señalar que durante el transcurso del proceso los estados por los cuales atraviesa la condición del sujeto pasivo son tradicionalmente los siguientes: el de simple imputado, imputado, inculpado, procesado, sobreseído, absuelto o condenado. Luego nos referiremos a ellos y a sus efectos en el proceso penal, pero por ahora nos limitaremos al concepto.

Imputado es la persona sindicada por otra como participante en la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito. Pueden imputar el Ministerio Público, el querellante, el denunciante, la policía, otros imputados y los testigos.

Enfrentado a una simple imputación, el juez normalmente hace uso de la citación para que la persona sindicada como tal se presente y preste declaración acerca de su participación en los hechos que se le atribuyen. Recordemos que la citación es una notificación seguida de la orden de comparecer al tribunal, es obligatoria y, si no se cumple, se transforma en detención.

Podría decirse que a estas alturas estamos frente a un inocente al que otra persona le asigna un grado de participación en un hecho punible y que se enfrenta al poder del juez.

Pasamos a una segunda etapa cuando, producida la declaración del imputado, el tribunal debe resolver acerca de su situación procesal, tomando en cuenta las siguientes alternativas que inciden en la formación de su convicción:

- a) Estima que no le correspondió participación en el hecho que se investiga. Queda en libertad por falta de mérito, fuera del proceso, y por ende mantiene su pleno estado de inocencia.
- b) De su declaración se deduce que existe una simple sospecha de su participación. En tal situación, el tribunal lo mantiene en libertad pero puede volver a citarlo u ordenar su detención en su caso.
- c) Por el contrario, puede lograr desde ya convicción en cuanto a que existen fundadas sospechas de que el compareciente ha participado en un hecho punible que ya se encuentra demostrado en el proceso. En ese caso, puede someterlo a detención o a otras medidas cautelares y, en mi opinión, *desde ese preciso instante dejó de ser un inocente absoluto desde el punto de vista procesal*, puesto que hay pruebas suficientes que lo incriminan como participante en la comisión del hecho.

- d) Por último, producida la declaración, ya sea por confesión del declarante o por convicción del juez, lograda por otros medios probatorios, el tribunal puede estimar que existen presunciones graves de que actuó como participante, lo que normalmente ocurre en los delitos flagrantes y con los reincidentes, y en tal caso puede someterlo a prisión preventiva o aplicarle, como en el caso anterior, alguna de las otras medidas cautelares que contemple el sistema para asegurar que cumplirá sus deberes procesales.

En esta última eventualidad, *ya su inocencia se desvanece*, puesto que hay presunciones graves de que participó en la comisión del hecho punible. Sin embargo, la acreditación de su participación no es suficiente para considerarlo culpable, puesto que pueden concurrir circunstancias que lo eximan de responsabilidad, que el juez sólo contemplará en la sentencia definitiva.

Es por ello que en el curso del proceso éste decidirá si posteriormente lo mantiene procesado o lo sobresee definitiva o temporalmente. En el primer caso, una sentencia o su equivalente procesal determinará finalmente si es condenado o absuelto. Esta última decisión la toma en nuestro sistema procesal penal el tribunal oral en lo penal.

En síntesis, desde el momento en que la ley de procedimiento autoriza a la jurisdicción para citarlo, arraigarlo, detenerlo o someterlo a prisión preventiva, resulta obvio que no estamos frente a un inocente absoluto. Pensar de otra forma es ser contradictorio de pensamiento y faltar a las normas elementales del sentido común.

Puede observarse así que en el proceso penal se enfrentan el principio de inocencia con el poder de la jurisdicción, que permite al tribunal competente abrir proceso e imputar en él a los participantes de hechos punibles, como única forma de garantizar los derechos constitucionales de las víctimas y la seguridad interna, ambos deberes ineludibles del Estado.

En la enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos de América se reconoce el derecho a todo ciudadano al *due process of law*, que significa: “Nadie puede ser condenado si la acusación no ha probado su culpabilidad más allá de cualquier duda razonable”. Asimismo, el artículo 27 de la Constitución italiana dispone: “El imputado no será considerado culpable sino después de la primera sentencia definitiva”.

En ambos casos, el principio contenido en los textos citados reconoce que nadie puede ser condenado sin pruebas, pero excluye la presunción de inocencia.

En suma, una cosa es ser inocente y otra diferente es ser no culpable, situaciones que claramente plantean las Constituciones norteamericana e italiana.

1.3. Víctima

La víctima es la que sufre las consecuencias del hecho punible y la Constitución debe asegurarle sus garantías quebrantadas por la acción de los delincuentes.

Concuerdo con lo expresado por el profesor Miguel Ángel Fernández González en su obra *Cuestiones constitucionales en torno del Código Procesal Penal*, en cuanto expresa a propósito de la vinculación del principio de inocencia con el de protección de la víctima lo siguiente:

Empero y con la misma convicción tiene que comprenderse que presumir la inocencia y alterar significativamente las secuelas nocivas del antiguo procedimiento penal, no implica dejar a la sociedad a merced de los delinquentes ni, sobre la base de ello, amparar los derechos de los imputados y desconocer o siquiera posponer los derechos de las víctimas. [...]

Entiéndase bien: ¡Albricias! por la presunción de inocencia, pero ello no impide a los órganos estatales, concretamente a los jueces y al Ministerio Público, cumpliendo el deber que les impone el artículo 5.º inciso 2.º de la Constitución en orden a respetar y promover los derechos humanos, adoptar las medidas cautelares necesarias para amparar los derechos de la víctima y de los potenciales afectados, pues añadir al dolor de aquella el justificado temor de volver a ser lesionada o poner en riesgo a otras personas, no es presumir la inocencia, sino contribuir al aumento del delito sobre la base de la ingenuidad.

De esta manera, no es constitucionalmente admisible comprimir la adopción de medidas cautelares a aquellos casos en que la medida sea necesaria para las finalidades del procedimiento, si entre ellas, no se considera la protección de la víctima y de la sociedad.

El hecho punible genera la existencia de una víctima directa, que es el sujeto pasivo del conflicto penal, esto es, el que sufre las consecuencias del hecho delictivo. Luego, en el proceso penal se cambiarán los roles y el actor será la víctima, y el sujeto pasivo, el participante en la comisión del hecho punible.

Pero también debe considerarse que existe indudablemente otra víctima general o residual, que es la sociedad toda. Es por ello que la seguridad ciudadana ha sido un problema emblemático del Estado, muy difícil de resolver y que hoy ha traspasado las fronteras para transformarse en un problema mundial. Basta recordar los actos terroristas últimamente cometidos para comprender cómo este concepto se ha globalizado y agravado. Su resultado son víctimas y más víctimas inocentes.

A la víctima el Código chileno la define como *la ofendida* y le dedica sólo tres artículos. Sus derechos son cautelados por el Ministerio Público al tenor de lo dispuesto en el artículo 78.

También debe tenerse presente que la víctima puede asumir el rol de querellante y en tal carácter intervenir en el proceso. Además, el artículo 120 establece una serie de causales de abandono de la querrela.

Hoy en día, sin duda, y como así siempre se ha entendido, la principal víctima de un delito es la sociedad entera, lo que explica entre otras cosas la preocupación nacional por el aumento de la delincuencia.

En mi despacho tengo cientos de recortes de prensa en que consta que el fenómeno delictual es una realidad y que constituye una necesidad prioritaria del Estado que éste debe resolver. De todo, observando la realidad se advierte que va quedando

la sensación de que existe una víctima cada vez más desprotegida y un imputado con un exceso de beneficios procesales.

1.4. Imputado

El imputado puede describirse desde un punto de vista técnico procesal o de acuerdo con lo que dispone el tenor literal del nuevo Código Procesal Penal chileno.

Desde el primer punto de vista, imputado es la persona en contra de la cual existen sospechas de que ha participado en la comisión de un hecho punible. Éstas pueden ser simples, fundadas o graves.

El Código Procesal Penal no define al imputado, pero sí contiene numerosas normas que perfilan su concepto. Entre ellas destacan las siguientes:

- a) El imputado figura entre los sujetos procesales en el libro 1.º, título IV, párrafo 4.º. Los comentaristas del Código lo identifican como “aquel interviniente contra quien se dirige la pretensión punitiva del Estado”. En mi opinión, el Estado, a través del sistema jurisdiccional y del Ministerio Público, en este período de convicción, sólo persigue determinar si el imputado participó en la comisión de un hecho punible y, por lo tanto, si las primeras evidencias se confirman o desvanecen. La pretensión del Estado sólo será canalizada en el juicio penal oral o en la etapa que señalen los procedimientos alternativos.
- b) A su turno, el artículo 4.º se refiere a la presunción de inocencia del imputado y a continuación el artículo 7.º establece la calidad de imputado, concibiéndola como la que se le atribuye a una persona con responsabilidad en un hecho punible. Adelanto que también discrepo de este concepto, puesto que a estas alturas sólo debe demostrarse su participación y no su responsabilidad; por ejemplo, el que actúa en legítima defensa participa, pero luego podrá demostrar que está exento de responsabilidad penal por los resultados de su acción.
- c) El artículo 7.º se refiere a la calidad de imputado y establece que las facultades, los derechos y garantías constitucionales y legales del imputado podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento
- d) El imputado tiene derecho a defensa que incluye los derechos y garantías contenidos en los artículos 93 a 107 del Código Procesal Penal.
- e) Al referirse el Código a las medidas cautelares personales, el imputado puede quedar sometido a citación, arraigo, detención judicial o, excepcionalmente, policial y a prisión preventiva. Como ejemplo cabe citar, sobre esta última medida, el artículo 140, letra *b*, sustitutiva de la que exigía el Código de Procedimiento Penal para decretar el auto de procesamiento, y que expresa: “Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor”.

- f) Comparecencia del imputado. Los artículos 193 y siguientes se refieren a la comparecencia, a la declaración del imputado y a algunos medios de prueba vinculados a dicho sujeto procesal.
- g) Formalización de la investigación. Es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, que desarrollará una investigación en su contra, respecto de uno o más delitos determinados. Finalizada la investigación, podrá formular acusación cuando estimare que la investigación proporciona antecedentes serios para su enjuiciamiento.
- h) El juez de garantía deberá decretar el sobreseimiento definitivo cuando aparezca clara la inocencia del imputado o éste estuviere exento de responsabilidad penal.
- i) La acusación y el juicio oral se dirigen en contra del imputado, que a estas alturas el propio Código denomina *acusado*, si bien se estima que, por ser un imputado acusado, mantiene sus garantías, entre ellas la de ser considerado inocente.
- j) Finalmente, la sentencia definitiva se pronunciará sobre la existencia del hecho punible, de los participantes y de los demás hechos vinculados al delito, aplicando dos principios fundamentales: 1) convicción del tribunal (artículo 340), y 2) sentencia fundada (artículo 342).

1.5. Colisión de derechos

Resulta indudable que los derechos del Estado, de la víctima y del imputado pueden llegar a ser contradictorios y, por ende, colidir, según cómo se observen. Ello se desarrollará más adelante.

2. Análisis procesal de los temas fundamentales vinculados a la inocencia del imputado

Cumplida la tarea de aislar los conceptos vinculados a la inocencia, sobre la base de lo contemplado por el nuevo sistema procesal penal chileno, me referiré a algunos puntos concretos, para luego llegar a algún tipo de conclusión.

2.1. La denominada por el Código “presunción de inocencia del imputado”

Dispone el artículo 4.º: “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por sentencia firme”.

Este artículo, salvo en el título, no considera inocente al imputado, sino que lo estima *no culpable*, que es algo completamente diferente.

2.1.1. Estado de inocencia

La libertad es una garantía de todo habitante de la nación, que conlleva el derecho a que ni el Estado ni los particulares puedan privarlo de ella o suspendersele, salvo

en los casos que expresamente la ley señale. Para lograrlo, la persona sólo requiere vivir y ajustar sus actos a las normas jurídicas vigentes. Es el Estado de derecho.

En esta primera alternativa, no necesita ser protegida con ninguna presunción de inocencia, puesto que nadie la señala como culpable.

Más adelante concluiremos que, en términos procesales, no estamos en presencia de una presunción y, por lo tanto, para los efectos de esta exposición, me referiré al *estado de inocencia*. Este planteamiento coincide con lo expresado por el profesor Alfredo Vélez Mariconde, que concibe a la inocencia como un *estado* jurídico del imputado, el cual es inocente hasta que sea declarado responsable penalmente por sentencia firme, lo que no obsta a que durante el proceso pueda existir una presunción judicial de responsabilidad penal capaz de justificar medidas cautelares personales.

Estamos en presencia de una cuestión abstracta, a priori de la realidad, que, como agrega Vélez, reconoce un estado natural del hombre y tiene la función es de orientar el proceso penal, lo que no significa que el juez adquiera la convicción suficiente para ordenar medidas cautelares.

En Chile, el profesor Miguel Ángel Fernández González se refiere al principio de inocencia al analizar el contenido del artículo 4.º del Código Procesal Penal, en concordancia con el artículo 19, n.º 3.º, inciso sexto, de la Constitución. Por su parte, le da una denominación similar el profesor Juan Javier Jara Muller, quien habla del principio de inocencia que luego califica como un estado jurídico.

El Tribunal Constitucional español, en múltiples sentencias recopiladas en su obra *La presunción de inocencia* por su prosecretario, Miguel Ángel Montañés, ha establecido este principio como garantía básica del proceso penal y como una regla de tratamiento del imputado, los que se contienen en las Recomendaciones de Toledo, adoptadas en 1992 por la Asociación Internacional de Derecho Penal, en que se concluye que las medidas cautelares deben cumplir con el requisito de proporcionalidad y que la prisión preventiva debe ser excepcional o subsidiaria.

Dicho tribunal ha reconocido expresamente la compatibilidad de la presunción de inocencia con la decisión de aplicar medidas cautelares.

2.1.2. *La inocencia no es una presunción en sentido técnico procesal*

La presunción de inocencia no es una presunción ni pertenece a la categoría de las presunciones legales o judiciales.

Así lo confirma Miguel Ángel Montañés Pardo, que en su especializada obra ya citada sobre la presunción de inocencia, cuyas conclusiones comparte con José Vásquez Sotelo y Juan Montero Aroca, expresa:

Es preciso señalar con carácter previo, que la presunción de inocencia no es una presunción en sentido técnico-procesal, ni pertenece a la categoría de las presunciones judiciales o legales. En efecto, en estricto sentido jurídico toda presunción exige: 1.º) Un hecho base o indicio, que ha de ser afirmado y probado por una

parte, y que no integra el supuesto fáctico de la norma aplicable; 2.º) Un hecho presumido afirmado por la parte y que es el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se pide; y 3.º) Un nexo lógico entre los dos hechos, que es precisamente la presunción, operación mental en virtud de la cual partiendo de la existencia del inicio probado se llega a dar por existente el hecho presumido. Entendida así la presunción, no hace falta insistir en que la presunción de inocencia no es una auténtica presunción ni por su estructura ni por su funcionamiento y que, por ello, es una manera incorrecta de decir que el acusado es inocente mientras no se demuestre lo contrario.

La inocencia no necesita cumplir con los elementos de la presunción, ya que se trata de la situación jurídica de una persona que requiere ser desvirtuada por quien la sindicada como culpable.

La secuencia sería: *inocente, no culpable, culpable/inocente*.

Vegas Torres, comentando la inocencia frente a lo dispuesto por el artículo 24.2 de la Constitución española, que la reconoce como tal, apunta a que la denominada *presunción* es una garantía básica del proceso penal y constituye una regla de tratamiento del imputado, y que en definitiva descansa en la prueba de la verdad.

La jurisprudencia uniforme del Tribunal Constitucional de España la considera como una presunción *iuris tantum*, que como tal puede ser destruida por la prueba en contrario producida con las debidas garantías procesales y cuya consagración, como se ha recordado en este trabajo, no impide que los tribunales puedan decretar medidas cautelares en contra de los imputados.

Su constitucionalización genera una serie de consecuencias que exceden al proceso, ya que es vinculante para todos los poderes públicos.

Por lo tanto, la interpretación de esta presunción de inocencia tampoco puede hacerse desde un punto de vista estrictamente legal, porque hacerlo implicaría inconvenientes técnicos para la construcción lógica del concepto. Las presunciones legales pretenden aplicar las reglas de deducción a razonamientos inductivos, lo que constituye una incompatibilidad insuperable con el concepto en análisis.

En tanto, la presunción judicial se refiere a la operación mental en virtud de la cual, partiendo de la existencia de los indicios probados, el juez llega a dar como existente el hecho presumido.

2.1.3. *La inocencia es un principio informador del proceso penal*

Este principio es básico en el desarrollo del proceso penal y, como tal, debe ser incorporado a las normas de procedimiento.

En mi opinión, está inmerso en el concepto de debido y justo proceso penal, uno de cuyos ingredientes básicos es aquel que determina que quien debe probar es el que acusa una situación anormal, como lo es la existencia de un conflicto penal. Más adelante volveré sobre el tema al referirme a la carga de la prueba.

Concebida así, la inocencia debe entenderse como un principio informador directamente referido al tratamiento del imputado durante la sustanciación del proceso penal, lo que incide, como se dijo, en la aplicación de medidas cautelares o restrictivas a que puede quedar sometido.

2.1.4. La inocencia es un principio universal

Muchas veces este principio se ha visto restringido al proceso penal, cuando su ámbito es mucho más amplio, ya que afecta al resto de los habitantes y especialmente a los medios de comunicación, que suelen condenar a personas inclusive antes de que se inicie un proceso jurisdiccional en su contra. Hoy la doctrina lo hace aplicable a todos los procesos, con especial énfasis en los de familia, laborales y contencioso-administrativos.

En síntesis, es el derecho a recibir de la sociedad un trato de no autor de los actos antijurídicos que se le imputan, y que va más allá de no haber participado en un hecho delictivo.

Obviamente, su importancia se acentúa en el campo procesal penal, que impide la condena sin prueba.

2.2. La inocencia y la prueba

Hay consenso en que estos conceptos son vinculantes y que, en definitiva, estamos en presencia de un problema que incide en la carga de la prueba, así como también que, junto con otros principios, reemplazan a la tradicional presunción de inocencia.

La inocencia es una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, que exige una prueba completa del hecho punible, de la culpabilidad del imputado y de la antijuridicidad de su conducta.

Toda la prueba gira en torno a la convicción del juzgador y, tal como se dijo, opera en dos ámbitos perfectamente diferenciados, que son la sustanciación del proceso y la sentencia definitiva que lo decide.

Durante la sustanciación, la convicción le servirá al juzgador para aplicar medidas cautelares, sobreseer o archivar la sentencia definitiva para absolverlo o condenarlo.

En los sistemas modernos, como es el caso actual de Chile, los tribunales competentes para lo primero y lo segundo son diferentes. En efecto, las medidas cautelares se ubican en la competencia de los jueces de garantía, mientras que la sentencia definitiva la tiene por regla general el tribunal oral en lo penal.

Al acusador le corresponde probar los hechos fundamentales del proceso, que son:

- a) el hecho punible;
- b) la participación;

- c) el grado de ejecución del delito;
- e) las circunstancias modificatorias de responsabilidad.

Demostrado lo anterior, en mi opinión *se altera la carga de la prueba* y al imputado le corresponde a partir de entonces probar su inocencia, las circunstancias eximentes o atenuantes, e invocar normas legales en su beneficio. Así lo expresó el tribunal español en sentencia de 2 de junio de 1992 conformando esta apreciación.

Con el nuevo sistema penal chileno se ha distribuido la labor probatoria entre el Ministerio Público, los querellantes particulares y el imputado. A los tribunales se reserva la valoración de las pruebas necesarias para decretar medidas de seguridad y, al término de su tramitación, la dictación de la sentencia definitiva.

De acuerdo con el nuevo Código, la rendición de la prueba en el juicio oral constituye un presupuesto habilitante para destruir el estado de inocencia. Ello no se completa en el texto constitucional, sino que se desprende de los principios que sustentan el debido proceso en esta área de conflicto.

El sistema probatorio comprende el establecimiento de los medios de prueba, su objeto y carga, la oportunidad y forma de rendirla y, finalmente, su valoración.

Sobre este punto, en el Código Procesal Penal chileno destacan la libertad de prueba (artículo 295), las convenciones probatorias (artículo 275), la oportunidad de rendirla (artículo 296), la valoración de la prueba (artículo 297) y la convicción del juzgador (artículo 340).

2.3. El principio de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares al imputado

En este trabajo hemos hecho la distinción entre la inocencia procesal y la penal. La primera puede disminuir o incluso terminar, de acuerdo con los elementos de probatorio del proceso. Es por ello que existe coincidencia en que es posible compatibilizar este principio con la aplicación de medidas que priven o restrinjan la libertad del imputado o procesado.

El mejor ejemplo lo encontramos en la Constitución española, que cito porque establece en su texto, artículo 24.2, la presunción de inocencia. No obstante ello, la doctrina uniforme del Tribunal Constitucional de España que es su natural intérprete, ha reconocido la constitucionalidad de las medidas privativas o restrictivas de la libertad que se apliquen a los imputados y ha sentenciado su compatibilidad siempre que su adopción se haga en resolución fundada en derecho. Asimismo, ha dicho que, cuando su adopción no sea reglada, se base en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues “una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso”.

El jurista chileno Emilio Pfeffer Urquiaga expresa que la obligación constitucional de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana brinda sustento a las medidas cautelares que adopte el Tribunal, entre las cuales cabe la restricción o privación de la libertad de una persona, que pueda lesionar aquellos derechos para amparar a la víctima o a otros potenciales lesionados, cuando existan, por cierto, antecedentes que lo justifiquen y la decisión judicial sea susceptible de los recursos a los que pueda acudir para impugnarla.

Finalmente, el mejor argumento está contenido en los propios códigos procesales penales que autorizan la detención, la prisión preventiva y otras medidas cautelares.

2.4. La inocencia y la sentencia definitiva

Terminada la fase del conocimiento viene el momento jurisdiccional de la decisión, en el que el tribunal deberá aplicar los principios y preceptos de la Ley de Procedimiento.

En una sentencia fundada, basada en su íntima convicción, deberá resolver sobre las siguientes materias:

2.4.1. Actividad

Es la acción u omisión de una persona que produjo como resultado un hecho punible. Los sistemas modernos excluyen la confesión como medio de prueba y, por lo tanto, deberá acreditarse por los otros medios que señale el Código Procesal.

2.4.2. Participación

Puede demostrarse mediante todos los medios de prueba y el que participó puede reconocer o negar. El reconocimiento, si es congruente con el mérito del proceso, probará su participación. Su negativa no producirá efecto alguno, salvo el de ser privado de algunos beneficios procesales.

2.4.3. Participación culpable

Esto se traduce en que el sujeto actuó con la intención de producir el resultado, hecho que deberá ser acreditado en el proceso. No obstante, esta prueba es aún insuficiente para obtener una sentencia condenatoria.

2.4.4. La conducta culpable debe ser penada por la ley

Aquí entra en juego el elemento de la antijuridicidad, que recoge importantes instituciones como la legítima defensa, el estado de necesidad y otras circunstancias eximentes de responsabilidad penal.

2.5. La competencia específica

El tribunal debe limitarse a decidir exclusivamente lo que ha sido materia de la acusación en contra del imputado. Si la excede, incurrirá en *ultra o extra petita*, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 341 del Código. Si lo omite, hará procedente el recurso de nulidad, según lo previsto en el artículo 374, letra *f*.

2.6. Solemnidades

La sentencia definitiva debe ser fundada en cuanto a la forma y el fondo, lo que recoge el artículo 342 del Código Procesal Penal, antiguo artículo 500 del Código de Procedimiento Penal.

En dicha decisión el juez deberá dar estricta aplicación al artículo 340, que se refiere a la formación de su convicción. Hoy la disposición citada exige que la convicción se forme exclusivamente sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

3. Aspectos constitucionales de la reforma procesal penal

3.1. Presentación del tema

Como sostiene García de Enterría, 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. 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 y América han vuelto a descubrir la Constitución como una ley suprema, que pone algunos valores fundamentales de la sociedad fuera del alcance de mayorías parlamentarias ocasionales. De allí que haya sido rejuridificada, en el sentido 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, entre ellos, especialmente, los que se refieren a la vida, a la integridad física, a la libertad y, en general, a todas las materias que puedan decidirse en procesos penales.

La historia nos conduce a observar que las violaciones más graves a la Constitución y, en especial, a las garantías personales que contempla han sido tipificadas como delitos y, como consecuencia, debe usarse el proceso jurisdiccional para resolver los conflictos penales producidos por su violación.

Trataré, en este entorno, de responder una pregunta elemental: ¿qué pide y exige nuestra Constitución Política al proceso penal, para que éste cumpla cabalmente con su función de resolver conflictos penales, dar protección a la víctima y evitar que los conflictos se multipliquen? Estimo que todo esto constituye la esencia del tema que estamos desarrollando.

Para ello, consideraré las normas constitucionales chilenas en su forma y en su fondo, teniendo especialmente en cuenta las relativas al ejercicio de la jurisdicción en materia penal —cuya competencia la tienen en plenitud los tribunales de garantía y los tribunales orales en lo penal—, las que se refieren al Ministerio Público, que contemplan al proceso como forma de solución del conflicto penal y los mecanismos auto-compositivos incorporados al Código Procesal Penal, todo ello enfrentado a los principios informadores del nuevo procedimiento, ampliamente divulgado y que inspiraron la reforma, con la precisión de cuál es la función de Carabineros en este contexto y, en especial, en la relación víctimas-imputados.

Una respuesta tentativa y temeraria a esta interrogante es la siguiente:

1. La Constitución asegura a todas las personas los derechos que les otorgan el artículo 19 y sus normas complementarias, entre ellas, especialmente, las que se refieren al derecho a protegerse por medio de la jurisdicción en materia penal.
2. Todo delito produce, como su natural consecuencia, la pérdida o alteración de los derechos constitucionales de las víctimas. Así, por ejemplo, el homicidio termina con el derecho a la vida, la violación con la libertad sexual, el secuestro con el derecho a la libertad en todo el territorio, los actos terroristas ponen término a las garantías o las restringen.
3. Siendo así, la persona que con su acción u omisión produjo como resultado un hecho punible ha infringido la Constitución; por lo tanto, los mecanismos de resguardo de ésta deben activarse para procesarla y, en su caso, condenarla en la forma que indique la ley, para lograr así la eficacia real de la preceptiva constitucional.
4. El proceso penal debe ser el instrumento jurídico utilizado para investigar con celeridad y eficiencia la existencia de un hecho punible, la determinación de los participantes y las demás circunstancias que puedan servir de fundamento a la sentencia que lo resuelva.
5. La víctima, sus parientes y la sociedad deben sentir que la Constitución que los rige y el Estado que debe hacerla cumplir les otorga, frente a un hecho criminal, la necesaria protección a través del proceso. Si de éste surgen responsabilidades penales y patrimoniales, ellas deben ser realmente efectivas, y los participantes recibir la correspondiente sanción. Debe recordarse que, al prohibir y sancionar la autotutela, el sistema les otorgó a las víctimas, en su reemplazo, el derecho a la acción y al proceso como única forma de solución de su conflicto.
6. Se debe proporcionar a la comunidad la percepción de que el delincuente es un antisocial que con su conducta violentó derechos constitucionales de sus semejantes, que dejó de ser inocente y que, en esa condición, debe ser restringido en sus derechos personales por haber provocado con su acción la suspensión o pérdida de los derechos humanos de la víctima.

7. El proceso, en el mundo civilizado, debe garantizar los derechos procesales del imputado ofreciéndole un justo y debido proceso.
8. El proceso es el medio con que cuentan los tribunales de justicia para obtener las pruebas, valorarlas, establecer los hechos y aplicarles las normas *decisoria litis*.

En primer lugar, deseo señalar las referencias que a la Constitución hacen los artículos 3.º, 5.º, 7.º, 9.º, 10.º y 95.º del Código Procesal Penal. De su tenor se desprende que ellos conducen, básicamente, a la protección de los derechos del imputado sin que existan normas paralelas, referidas a la Constitución, que reconozcan y amparen los innegables derechos humanos de la víctima.

3.2. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile*

Teniendo en cuenta estas disposiciones y la normativa contemplada por la ley orgánica que crea los nuevos tribunales del sistema procesal penal, deseo reiterar en este instante una prevención a la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 3 de febrero de 2000, rol n.º 304, que formulé conjuntamente con los ministros Servando Jordán y Mario Verdugo, que me correspondió redactar y que se refiere a esta materia en su esencia.

En la sentencia se expresa, textualmente, lo siguiente:

La justicia penal en el ordenamiento constitucional vigente.

En esencia se encuentra regulada por los artículos 6.º, 7.º, 19, N.ºs 3.º y 7.º, 73, 74 y Párrafo VI-A, de la Constitución.

1) *La jurisdicción*. La consagra el artículo 73 de la Constitución Política que entrega a los tribunales de justicia la potestad exclusiva de conocer y resolver las causas criminales. Agrega la misma disposición que ningún otro poder público puede interferir en el ejercicio de dicha función. Fue por ello que para insertar al Ministerio Público en sus labores propias de investigación criminal, debió modificarse la Constitución Política.

2) *La organización judicial*. Sólo los tribunales establecidos por la ley tienen jurisdicción en lo penal. El artículo 74 delegó en el legislador la trascendental misión de establecer la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. Este Tribunal Constitucional debe respetar dicha delegación debiendo controlar sólo los siguientes aspectos:

– que las materias propias del artículo 74 se materialicen en una ley orgánica constitucional, y

– que su contenido —propio de una ley— no violente los principios constitucionales básicos que contempla la Carta Fundamental. Entre ellos podemos citar la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos; la protección de las garantías constitucionales; el debido proceso; la inexcusabilidad, y los derechos del imputado, entre otras.

3) *La reforma a la justicia penal*. Cualquier diagnóstico de un experto o el sentido común del hombre de la calle coinciden en que por diversos motivos la justicia en el área penal debe ser reformada.

No es del caso buscar las causas a una notoria realidad en que la delincuencia aumenta en términos alarmantes, y en forma cada vez más cruel y sofisticada. El diagnóstico en que todos coinciden, es que debe ser controlada.

Para ello, sólo existen dos formas de control: la preventiva, que es la ideal, y la represiva, a través de la sentencia dictada en un proceso judicial. Ha quedado demostrado que ambas son insuficientes.

En un gran esfuerzo las autoridades políticas han propuesto y aprobado normas que modifican sustancialmente el sistema procesal penal vigente, lo que es digno de elogio, después de un siglo de silencio legislativo. La creación del Ministerio Público; de los tribunales penales orales, los jueces de garantía, la modificación de recursos y la creación de los defensores son consecuencias de lo expresado.

4. *El delito*. Es una antigua y clara creación que recogen el constituyente y el legislador destinado a castigar con diversas penas a la persona que con su acción u omisión provocan como resultado un hecho tipificado como delito.

La víctima es la que sufre las consecuencias del acto del delincuente y por lo tanto, es ella la que primordial y principalmente debe ser amparada por todo sistema de justicia penal y especialmente por sus jueces.

De la lectura de las leyes vigentes, del proyecto sometido a control y del resto de las proposiciones traídas a la vista se desprende una tendencia a dar protección jurisdiccional privilegiada al imputado, por sobre los derechos del que sufrió los efectos de su acción criminal.

Ello, en opinión de los previnientes, vulnera en sustancia lo que debe ser una sana convivencia social en que justamente el ejemplo de una sentencia eficaz produce como efecto residual la lección para que los futuros delincuentes se abstengan de cometer hechos delictivos.

En este contexto, deberá examinarse con mucha prudencia la competencia que el proyecto sometido a control de constitucionalidad otorga a los jueces de garantía.

En lo que a este proyecto se refiere debe observarse el tenor del artículo 14 en cuanto fija la competencia o atribuciones de los jueces de garantía concebidos según el tenor literal para “asegurar los derechos del imputado” y además a los otros intervinientes en el proceso penal.

Ello se traduce en que los jueces de garantía siempre deberán asegurar los derechos del imputado y además los de los otros intervinientes, en cuanto corresponda. Entre estos últimos se encuentra la víctima, por expresa disposición del texto en examen.

Debe tenerse presente que según consta en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se crean 151 Juzgados de Garantía con 413 jueces que sumados a los 43 tribunales orales con 396 jueces, dan un total de 809 nuevos jueces. Se suprimen 86 jueces del crimen y se contará con el apoyo de 2.640 funcionarios además de los que conforman el Ministerio Público y la Defensoría Pública.

Ello se justifica plenamente en cuanto permita lograr la modernización de la justicia penal lo que debe traducirse necesariamente en que los delitos sean investigados y probados, y sus participantes, identificados y castigados en cuanto corresponda.

Nunca debe dejar de considerarse que es el delincuente el que genera el proceso penal y que el objeto del delito —persona o cosa— es la que busca amparo jurisdiccional a través de la sentencia y la reparación de sus garantías constitucionales violentadas a través del proceso penal.

Sobre el particular la preceptiva constitucional es clarísima, y se apoya en las siguientes disposiciones esenciales que a continuación se indican:

Artículo 1.º. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. El participante en un delito siempre afecta la dignidad o los derechos del hombre y debe ser castigado por el Estado ya que es su deber, como lo dice el inciso final “resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia”.

Artículo 6.º. Los preceptos de esta Constitución obligan a toda persona institución o grupo.

El Capítulo Tercero establece los Derechos y Deberes Constitucionales. Cabe destacar, a propósito del contenido de este proyecto lo siguiente:

La Constitución asegura el derecho a la vida y a la integridad psíquica y física de la persona;

De la misma manera custodia la igualdad ante la ley, lo que significa que en Chile no hay persona ni grupos privilegiados. Expresa el N.º 2.º del artículo 19, que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;

El N.º 3.º del artículo 19 asegura a todas las personas “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”.

En lo que interesa, esto se traduce en que frente a un hecho punible, la víctima tiene derecho a que se investigue, y en su caso, se condene a los participantes culpables.

Una vez abierto el proceso el imputado tiene y se le garantiza su pleno derecho a la defensa, toda vez que el principio de la bilateralidad y el del debido proceso conducirán necesariamente a ello, como única manera de absolverlo o condenarlo.

El mismo N.º 3.º contiene las reglas básicas de protección a los imputados.

El artículo 19, N.º 7.º, consagra el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual y a continuación señala las garantías procesales penales que tiene todo habitante de la Nación.

El N.º 26.º del artículo 19 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 limitan en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia.

El Capítulo VI, se refiere al Poder Judicial, que en lo que a la justicia penal se refiere, otorga a los tribunales con competencia penal la facultad exclusiva de conocerlos, resolverlos y hacer ejecutar lo juzgado.

Esta normativa se complementa con el Capítulo VI-A de la Constitución que creó el Ministerio Público destinado a dirigir “en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado”.

Como se dijo, una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia.

En virtud de las reformas las funciones que antes desempeñaban los jueces con competencia en lo penal, en el futuro las tendrán el Ministerio Público, los Jueces de Garantía y los Tribunales Penales Orales, sin perjuicio de la competencia de otros jueces o de los tribunales superiores para conocer de los recursos.

En este contexto, se crea al juez de garantía como una nueva clase de tribunal con competencia penal regulado por los artículos 1.º y Párrafo 1.º del proyecto en análisis.

De acuerdo al artículo 14 los jueces que lo componen actúan y resuelven unipersonalmente los asuntos sometidos a su conocimiento.

A continuación, el mismo artículo establece la competencia de los jueces de garantía que puede agruparse de la siguiente manera:

1.º. Conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que este Código y la ley procesal penal les encomiende, como igualmente los procesos sobre faltas de conformidad con el procedimiento contenido en la ley procesal penal;

2.º. Dictar sentencia en el procedimiento abreviado, cuando corresponda;

3.º. Asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal;

4.º. Dirigir personalmente las audiencias que procedan de conformidad a la nueva ley procesal penal.

La competencia de los numerales 1.º y 2.º es absolutamente jurisdiccional, al tenor de lo dispuesto en el artículo 73 de la Constitución Política, en cambio al ordenarle el legislador que asegure los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal la propia norma lo sitúa en una posición de tutelador de derechos procesales que en lo esencial le corresponden al Ministerio Público y al defensor de los imputados.

El juez de garantía, como juez, debe velar porque a ninguno de los intervinientes en el proceso se le violenten sus garantías. Como consecuencia, a este juez no debería encargársele especialmente el aseguramiento de los derechos del imputado en cuya protección sólo deberá intervenir cuando quien lo defienda no lo haga en la forma que la ley determine u otro sujeto procesal atente contra ellos violándose así su derecho al debido proceso.

El juez de garantía diseñado por el legislador en cumplimiento del mandato del artículo 74 existe para garantizar el pleno ejercicio de la jurisdicción, destinada, en este caso, a castigar a los culpables de delitos demostrados; a garantizar la igual protección de las partes involucradas en el conflicto penal —víctima y delincuente—, y todo ello para que se logre la pronta y cumplida administración de justicia restableciéndose así el imperio de la Constitución y la ley quebrantados por aquel que decidió violentarlas.

En la redacción de la letra a) del artículo 14 existe una distorsión a toda esta lógica secuencia constitucional al colocar como primera función del juez de garantía la de dar protección al imputado y ubicar a la víctima entre los demás intervinientes en el proceso penal, materia que debe ser hecha presente por este Tribunal encargado de la custodia de la perceptiva constitucional teniendo especialmente en cuenta que los números 2.º y 3.º del artículo 19 aseguran la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

El legislador, si lo estima conveniente, podrá tener presente lo expresado en esta prevención, al regular esta materia en el nuevo Código de Procedimiento Penal y restablecer así los valores que son consustanciales a la justicia penal.

4. Algunas reflexiones y consideraciones finales

4.1. Igualdad ante la ley

Frente a la Constitución Política, todos los habitantes del país son iguales. La Carta establece la igualdad ante la ley en el artículo 19, n.º 2, señala que en Chile no hay persona ni grupos privilegiados y agrega, en su inciso final, que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

De acuerdo con las normas del Código Procesal Penal, el participante de un hecho punible, que se denomina *imputado* desde que existen pruebas ciertas en su contra, resulta privilegiado frente a la víctima, la cual ni siquiera se presume

víctima para los efectos del proceso penal. Lo anterior provoca, indudablemente, una colisión de los derechos constitucionales de ambos intervinientes en el proceso penal.

En cambio, el artículo 150, a propósito de la ejecución de la medida de prisión preventiva, expresa: “el imputado será tratado en todo momento como inocente”.

En consecuencia, frente a la acreditación de un hecho punible y a pruebas ciertas que afectan a los participantes, se ve una evidente desigualdad en el tratamiento de ambos sujetos procesales.

4.2. El imputado como infractor de la Constitución

Toda persona que, con su acción o omisión, produjo como resultado un hecho punible ha infringido la Constitución y, por lo tanto, los mecanismos de resguardo de ésta deben activarse para procesarla y, en su caso, condenarla en la forma que indique la ley como única vía para lograr el restablecimiento de la eficacia real de la preceptiva constitucional.

4.3. Igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos

El proceso penal es el medio que el sistema establece para la solución de los conflictos penales. Este proceso debe ser debido y justo, y logrará ese nombre y apellido cuando respete en su real valor los derechos de los actores del proceso penal, esto es, la víctima y el imputado.

El proceso debe ceñirse estrictamente a las normas de procedimiento, ley encargada de formular los principios y trámites a que debe someterse el proceso penal.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo y legalmente tramitado.

La Constitución amplió el ámbito de esta garantía a la fase de investigación no jurisdiccional.

No cabe duda de que el nuevo Código Procesal Penal garantiza plenamente los derechos del imputado. Lo que merece dudas es si están debidamente cautelados los intereses del Estado, de las víctimas de los hechos que se investigan y de los habitantes que pueden verse involucrados como potenciales víctimas de actividades delictuales.

4.4. La inocencia como principio orientador en la actividad de investigación y decisión

La inocencia es un estado jurídico de una persona involucrada en un proceso penal y debe recogerse como principio orientador en la actividad de investigación y decisión. Por lo tanto, no constituye presunción. Como quedó demostrado, la aplicación de este principio es compatible con la aplicación de medidas cautelares al imputado.

Para los estudiosos del derecho procesal penal, éste es un tema apasionante, y es por ello que deseamos que cada país cuente con un procedimiento que permita hacer justicia al investigar y decidir los conflictos penales.

Santiago, octubre 2005.

Francisco José Eguiguren Praeli (Perú) *

El amparo como proceso “residual” en el Código Procesal Constitucional peruano. Una opción riesgosa pero indispensable **

El Código Procesal Constitucional del Perú (ley n.º 28237), vigente desde el 1.º de diciembre del 2004, ha buscado que el *amparo* opere como *un verdadero proceso constitucional de tutela de urgencia para la protección de los derechos fundamentales*. Con este propósito, se han incorporado al Código diversos principios procesales que deben regir el desarrollo del proceso, así como medidas y mecanismos que hagan más efectiva la ejecución de las sentencias. Pero también se ha procurado corregir muchas de las distorsiones que han desnaturalizado el carácter de proceso constitucional del amparo, tanto por obra del desconocimiento o la inescrupulosidad de muchos abogados y litigantes, como por la permisividad o, no pocas veces, corrupción del aparato judicial, que han hecho proliferar la interposición y admisión de demandas de amparo que resultaban manifiestamente improcedentes o inapropiadas para tramitarse por esta vía, a pesar de lo cual muchas de ellas obtuvieron sentencias favorables.

* Profesor principal del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Coordinador de la Maestría en Derecho Constitucional de dicha universidad. Coautor del proyecto de Código Procesal Constitucional peruano. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

** Este trabajo amplía lo expuesto en “La opción por un amparo ‘estricto’ y ‘residual’ en el Perú”; ponencia presentada por el autor en el Segundo Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, *Desafíos del derecho procesal constitucional en la alborada del siglo XXI*, Santiago de Chile, 27 al 29 de noviembre de 2006; publicado en *Estudios Constitucionales*, año 4, n.º 2, pp. 67-85; Revista semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca (Chile, 2006). <feguiguren@speedy.com.pe>.

En este sentido, el Código ha regulado con mayor rigurosidad las *causales de improcedencia* del proceso de amparo, incorporando algunos nuevos supuestos a partir de la experiencia de veinte años de aplicación de la Ley n.º 23506 de Hábeas Corpus y Amparo (sus normas complementarias y modificatorias), con la intención de dar respuesta a los principales problemas surgidos en este campo, recogiendo los aportes de la jurisprudencia y de la doctrina especializada nacional y extranjera. Dos de las novedades más importantes y decisivas, que marcan un punto de ruptura respecto a la legislación nacional precedente, están referidas al establecimiento de que el amparo no resultará procedente: 1) cuando los hechos y el petitorio de la demanda no estén referidos, en forma directa, a un derecho reconocido en la Constitución o al contenido constitucionalmente protegido de éste; 2) cuando existan otras vías procesales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.

En el presente trabajo analizaremos el sentido y las implicaciones de la incorporación de estos nuevos criterios que reforman la legislación peruana de la materia, que configuran un proceso de amparo más “estricto y restringido”, a fin de que brinde tutela de urgencia al contenido constitucionalmente protegido de un derecho constitucional. Se trata de asuntos que tienen un tratamiento aún muy reciente en la doctrina y la jurisprudencia nacionales, por lo que recogeremos los aportes incipientes que se vienen haciendo en este campo, sabiendo que el debate recién empieza y que sólo el tiempo y el funcionamiento concreto de estas medidas demostrarán sus aspectos positivos y negativos.

1. El abandono de la opción por un amparo “amplio” y como vía procesal “alternativa”, a elección del accionante

La vigente Constitución peruana de 1993 contempla, en el inciso 2 de su artículo 200.º, dentro de las “Garantías constitucionales”, la *acción de amparo*, “que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución [...]”, con excepción de los protegidos por las acciones de hábeas corpus (libertad y seguridad personales y derechos conexos) y de hábeas data (acceso a información pública y protección de la intimidad de datos personales). Agrega la citada norma constitucional que el amparo “no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular”.

La ley n.º 23506, vigente desde 1983, disponía en el inciso 3 de su artículo 6.º que el amparo resultaba improcedente “cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria”. Se entendía que esta causal de improcedencia operaba cuando el accionante del amparo, por propia decisión, había acudido previamente a interponer una acción judicial por una “vía paralela”, lo que tornaba inviable recurrir ulteriormente el amparo. En cambio, sí resultaba pertinente acudir primero al amparo y luego, de

ser necesario, a la vía judicial “ordinaria” para la protección del mismo derecho amenazado o vulnerado. Como señalan los autores del proyecto de Código Procesal Constitucional, deben tenerse en cuenta los motivos y las circunstancias que explican la decisión de la ley n.º 23506 de dar al amparo carácter “alternativo” respecto a los procesos judiciales ordinarios o especiales existentes, sujeto a la mera determinación del accionante.

Tras doce años de gobierno militar (1968-1980) y con un Poder Judicial falto de suficiente independencia política, la experiencia evidenciaba que la mayoría de los procesos de hábeas corpus habían sido sistemáticamente *desestimados* por el órgano jurisdiccional, alegando razones formales para eludir la protección del derecho vulnerado y evitar la confrontación con el poder de turno. Así se señala:

La intención de los autores del proyecto que dio lugar a dicha ley [la 23506], era facilitar la procedencia del amparo y del hábeas corpus, evitando que estas acciones fueran declaradas improcedentes por el órgano judicial, como sucedió muchas veces en el pasado, arguyendo (sin verdadero fundamento jurídico o por sometimiento al poder político de turno) que existían “otras vías” judiciales disponibles y más apropiadas. Si bien esta intención era loable y se basaba en la experiencia, su aplicación trajo inconvenientes y nuevos problemas. De un lado, porque cada proceso tiene una naturaleza y una racionalidad propia, que los hace idóneos o no para la tutela de un derecho, aspecto que no puede quedar librado a la mera voluntad del demandante. De otro lado, porque la norma facilitó la indebida utilización del amparo por muchos litigantes, aprovechando su carácter de proceso para la tutela de urgencia, para la discusión de asuntos que, en estricto, no suponían la protección del contenido constitucionalmente protegido de un derecho o, incluso, ni siquiera de un derecho directamente constitucional. Hubo, sin lugar a dudas, un exceso de amparos que abarrotaron los estrados judiciales.¹

Los inconvenientes que, a la larga, generó este amparo alternativo y no excepcional, son señalados por Carlos Mesía, quien afirma:

La jurisprudencia entendió que el verbo “optar” dejaba a libre elección del agraviado interponer el proceso constitucional u otro proceso para la tutela de su derecho. Pero esta interpretación de los procesos constitucionales como alternativos y no excepcionales trajo una serie de anomalías que pusieron en cuestionamiento las bondades de los procesos constitucionales, especialmente del amparo: a) en primer lugar que la naturaleza y racionalidad propia de los procesos constitucionales quedaba librada a la discrecionalidad del demandante; b) esa interpretación facilitó el uso a veces desproporcionado de los procesos constitucionales para la discusión de procesos que no guardaban relación con un derecho constitucional directamente protegido, sino de aspectos secundarios o de alcance legal.²

¹ Samuel Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez. Francisco Eguiguren Praeli, Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez y Arsenio Oré Guardia: *Código Procesal Constitucional. Comentarios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*, Lima: Palestra, 2004, p. 68.

² Carlos Mesía: “Exégesis del Código Procesal Constitucional”, en *Gaceta Jurídica*, Lima, 2004, p. 119.

Es por ello que el Código Procesal Constitucional abandona la opción por un amparo “amplio” para la protección de derechos constitucionales y su carácter de vía “alternativa” frente a los procesos judiciales ordinarios o especiales existentes. Así, al regular las *causales de improcedencia* de esta acción, introduce nuevos supuestos orientados a darle un carácter excepcional y establece que el amparo no será viable, entre otros, en los casos siguientes: “[Cuando] los hechos y el petitorio de la demanda no estén referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado” (artículo 5.1). Respecto a los derechos tutelados por el Amparo, “No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo” (artículo 38.º). “[Cuando] existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado [...]” (artículo 5.2).

2. El amparo debe referirse directamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho afectado

2.1. La protección de derechos emanados de la Constitución y la exclusión de los derechos de origen legal

Debe tenerse presente que, en el Perú, el proceso de amparo protege determinados derechos reconocidos por la Constitución, mas no así derechos emanados de la ley. Obviamente, en este elenco de derechos protegidos por el amparo deben agregarse los que emanan de tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, así como tener presente la estipulación establecida en el artículo 3.º de la Constitución, que dispone:

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

El profesor Néstor Pedro Sagüés considera que la regulación del amparo peruano, en cuanto lo restringe a la protección de derechos constitucionales y excluye de sus alcances los derechos emanados de la ley, vulneraría el artículo 25.º de la Convención Americana de Derechos Humanos, “Protección judicial”, cuyo numeral 1 dispone:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo o rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales *reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención*, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.³

³ Cursivas agregadas.

Señala Sagüés lo siguiente:

Por lo demás, tanto la Ley 23506 como el actual Código Procesal Constitucional no cumplieron estrictamente con el Pacto de San José de Costa Rica (Art. 25.º), ya que no tutela los derechos de mera fuente "legal". En definitiva, sería bueno adaptar el actual Código, en el tema que nos ocupa, al Art. 25.º del Pacto de San José de Costa Rica. Hasta que ello ocurra, de todos modos, los jueces operadores del amparo podrían efectivizarlo conforme a las reglas del Pacto, porque los principios del *pacta sunt servanda* y de la *bona fide*, emergentes del derecho internacional público (Arts. 27.º y 46.º, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) demandan que el Estado local ejecute las obligaciones asumidas en un instrumento internacional al que libremente se ha obligado, sin poder (en principio) alegar normas de derecho interno para eximirse de tal deber.⁴

No tengo duda, conforme señala el profesor Sagüés, de que el artículo 25.º de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José consagra, como un derecho de la persona, contar en su ordenamiento jurídico nacional con un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces y tribunales, que lo ampare frente a la violación de los derechos fundamentales reconocidos en su Constitución, la ley o dicha Convención. Sin embargo, no considero que la regulación del amparo en el Perú incurra en una violación o cumplimiento insuficiente de la Convención cuando se restringe exclusivamente a la protección de derechos fundamentales de rango constitucional, excluyendo a los derechos emanados de la ley. Y es que el amparo peruano, a diferencia del amparo argentino, desde su incorporación en las constituciones de 1979 y 1993, siempre fue concebido como una "garantía constitucional" o proceso destinado exclusivamente a la protección de derechos constitucionales, lo cual es legítimo y razonable dentro de la configuración de la estructura de procesos judiciales establecida en cada ordenamiento nacional.

Ello no impide ni excluye que puedan existir otros procesos, distintos del amparo, que resulten igualmente rápidos, sencillos y efectivos, para la protección de derechos de rango legal. Incluso el artículo 25.º de la Convención, del que emana el "amparo interamericano", reconoce expresamente la posibilidad de que exista "cualquier otro recurso efectivo", distinto del amparo. De modo que el cumplimiento del Pacto no se vería afectado siempre que en el Perú exista un proceso destinado a la protección de los derechos constitucionales (amparo) y otro recurso distinto, pero igualmente efectivo, para la protección de derechos de origen legal. En este sentido, nuestra vigente Constitución y el Código Procesal Constitucional consagran la acción de cumplimiento como otro proceso constitucional (artículo 200.º, numeral 6, de la Constitución), "que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley". La ampli-

⁴ Néstor Pedro Sagüés: "Los derechos tutelados por el amparo (un enfoque comparatista)", en *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer y Ad-Hoc, 2006, pp. 182-183.

tud de este proceso constitucional, de carácter sencillo y sumario, permitiría, en nuestra opinión, utilizarlo para reclamar el cumplimiento de derechos emanados de la ley, lo que, en buena medida, estaría satisfaciendo la exigencia del Pacto y cubriendo el ámbito excluido por la regulación nacional del amparo, circunscrito a la tutela de derechos emanados de la Constitución y de tratados internacionales sobre derechos humanos.

2.2. El Tribunal Constitucional y la exigencia del contenido constitucionalmente protegido del derecho para la procedencia del amparo

Dado el carácter de norma suprema que corresponde a la Constitución, es frecuente y natural que, cuando ella establece los derechos fundamentales que reconoce, los mencione de manera algo general, con lo que la precisión de su contenido y alcances concretos quedan sujetos al desarrollo y la interpretación de la ley y la jurisprudencia. Pero esta “imprecisión” constitucional del contenido específico del derecho fundamental ha incidido en que una de las principales distorsiones producidas en la utilización (indebida) del proceso de amparo en el Perú haya sido instrumentarlo para pretensiones que no se referían, en rigor, a los aspectos constitucionalmente protegidos o relevantes del derecho invocado.⁵ Es para remediar alguna de estas distorsiones, que los artículos 5.1 y 38.º del Código Procesal Constitucional restringen la procedencia del amparo a la tutela del contenido constitucionalmente protegido del derecho protegido. Se trata, como señala Rodríguez Santander, de:

[...] una especificación legislativa de un presupuesto consubstancial a tales procesos, proyectado desde el propio Art. 200.º de la Constitución, y que consiste en reconocer que aquellos se encuentran orientados a proteger derechos reconocidos de manera directa (explícita o implícitamente) por la Norma Fundamental, y no derechos de origen legal [...] que, más allá del grado de relación que puedan ostentar con algún derecho constitucional, no se encuentran referidos a su contenido constitucionalmente protegido.⁶

Siendo el amparo un proceso de carácter constitucional, destinado a la tutela de urgencia de un derecho constitucional, se quiere evitar que se lleven a esta vía extraordinaria asuntos ajenos al contenido relevante y esencial constitucionalmente protegido del derecho invocado, los que pueden resolverse por las vías judiciales ordinarias o específicas. Dada la habitual “generalidad” con que la Constitución suele reco-

⁵ Cf. Francisco Eguiguren Praeli: “Las distorsiones en la utilización del Amparo y su efecto en la vulneración del debido proceso: ¿Cabe un amparo contra otro amparo?”, en *Estudios Constitucionales*, Lima, 2002, pp. 219-220.

⁶ Roger Rodríguez Santander: “Amparo y residualidad”, en *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, año I, n.º 2, agosto-diciembre de 2005, p. 99.

ger estos derechos, corresponderá a la jurisprudencia, fundamentalmente del Tribunal Constitucional, determinar y delimitar dicho “contenido constitucionalmente protegido”, así como a los órganos jurisdiccionales verificar su presencia en la demanda y cuestión controvertida, lo que será decisivo para la procedencia o improcedencia del amparo promovido.

Nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto al significado del contenido constitucionalmente protegido del derecho, como objeto de la pretensión de la demanda que es exigida para la procedencia del amparo. Así, por ejemplo, en el proceso interpuesto por *Manuel Anicama Hernández* (expediente n.º 1417-2005-AA/TC), la sentencia del 8 de julio de 2005 empieza por precisar que la referencia a un contenido constitucionalmente protegido del derecho supone distinguir entre un “contenido esencial”, que resulta absolutamente intangible para el legislador, y un contenido “no esencial”, “claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados” (fundamento jurídico 20). Seguido lo cual se refiere al contenido constitucionalmente protegido señalando:

21. Así las cosas, todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume.

Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona.

En tal sentido, el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad (Häberle, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1997, p. 117); por lo que, en la ponderación que resulte necesaria a efectos de determinar la validez de tales límites, cumplen una función vital los principios de interpretación constitucional de “unidad de la Constitución” y de “concordancia práctica”, cuyo principal cometido es optimizar la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto.

El TC continúa precisando que, dado que el contenido constitucionalmente protegido se vincula al contenido esencial del derecho fundamental, resulta necesario (citando a Bernal Pulido, que a su vez sigue a Robert Alexy) distinguir entre las disposiciones de derecho fundamental, las normas de derecho fundamental y las posiciones de derecho fundamental. Al respecto señala:

24. Las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona. Las

normas de derecho fundamental son los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones. Mientras que las posiciones de derecho fundamental, son las exigencias concretas que al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, se buscan hacer valer frente a una determinada persona o entidad.

25. [...] Por ello, cabe afirmar que las posiciones de derecho fundamental, son los derechos fundamentales en sentido estricto, pues son los concretos atributos que la persona humana ostenta al amparo de las normas (sentidos interpretativos) válidas derivadas directamente de las disposiciones contenidas en la Constitución que reconocen derechos.

En esta misma sentencia el TC ha delimitado el alcance y el contenido constitucionalmente protegido del *derecho a una pensión de la seguridad social*, así como de los aspectos de éste que pueden o no ser admitidos para su protección mediante el proceso de amparo. Así, el TC considera que el derecho a percibir una pensión es un derecho fundamental cuyo desarrollo y configuración quedan sometidos a la ley, aunque no todo lo establecido en dicha ley forme parte de su contenido constitucionalmente protegido. Veamos:

32. El Tribunal Constitucional ha referido que el derecho fundamental a la pensión tiene la naturaleza de derecho social —de contenido económico— Surgido históricamente en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la “procura existencial” [...]

Este derecho es una concreción del derecho a la vida, en su sentido material, en atención al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y al telos constitucional orientado a la protección de la dignidad de la persona humana, consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política [...]

De esta forma, nuestro texto constitucional consagra la promoción de una digna calidad de vida entre sus ciudadanos como un auténtico deber jurídico, lo que comporta al mismo tiempo una definida opción en favor de un modelo cualitativo de Estado que encuentre en la persona humana su presupuesto ontológico, de expreso rechazo a una forma de mero desarrollo social y económico cuantitativo.

[...]

34. Referir que el derecho fundamental a la pensión es uno de configuración legal, alude a que la ley constituye fuente normativa vital para delimitar el contenido directamente protegido por dicho derecho fundamental y dotarle de plena eficacia. En efecto, tal como ha establecido el Tribunal Constitucional, “Si bien la expresión normativo-constitucional de un derecho le confiere el sentido de jurídicamente exigible y vinculante al poder político y a los particulares, no se puede soslayar que parte de la plena eficacia de determinados derechos constitucionales se encuentra sujeta al desarrollo que de estos pueda hacer el legislador, cuyo ámbito de determinación es amplio, sin que ello suponga la potestad de ejercer arbitrariamente sus competencias.

[...]En tanto que la plena exigibilidad de los contenidos del derecho fundamental a la pensión resulta de su desarrollo legislativo, éste es un derecho fundamental de configuración legal, y por ello, dentro de los límites del conjunto de valores que la Constitución recoge, queda librada al legislador ordinario la regulación de los requisitos de acceso y goce de las prestaciones pensionarias.

["]Por otra parte, es preciso tener en cuenta que no todas las disposiciones de la legislación ordinaria que tienen por objeto precisar los beneficios o prestaciones relacionadas con materia previsional, dotan de contenido esencial al derecho fundamental a la pensión. Sólo cumplen dicha condición aquellas disposiciones legales que lo desarrollan de manera directa (tal como ocurre, por ejemplo, con las condiciones para obtener una pensión dentro de un determinado régimen). Por el contrario, las condiciones indirectas relativas al goce efectivo de determinadas prestaciones, como por ejemplo, asuntos relacionados al monto de la pensión (en la medida que no se comprometa el mínimo vital), topes, mecanismos de reajuste, entre otros, no podrían considerarse como componentes esenciales del derecho fundamental referido, sino como contenidos no esenciales y, en su caso, adicionales, y, en tal medida, tampoco como disposiciones legales que lo configuran". (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI, acumulados, Fundamento 120).

Luego de haber precisado los aspectos centrales que integran el contenido constitucionalmente protegido del derecho a una pensión, susceptibles de ser tutelados mediante el proceso de amparo, la comentada sentencia del TC detalla, en su fundamento jurídico 37, los distintos aspectos y supuestos específicos comprendidos en dicho contenido esencial.⁷ Es éste un precedente vinculante que deberá ser observa-

⁷ "37. En base a dicha premisa, sobre la base de los alcances del derecho fundamental a la pensión como derecho de configuración legal y de lo expuesto a propósito del contenido esencial y la estructura de los derechos fundamentales, este Colegiado procede a delimitar los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial de dicho derecho fundamental o estar directamente relacionadas a él, merecen protección a través del proceso de amparo:

"En primer término, forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. Por tal motivo, serán objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social.

"En segundo lugar, forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. Así, será objeto de protección en la vía de amparo los supuestos en los que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia [...]

"Por otra parte, dado que, como quedó dicho, el derecho fundamental a la pensión tiene una estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un 'mínimo vital', es decir, 'aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales [...] en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana' (Cf. Corte Constitucional colombiana. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1001 del 9 de diciembre de 1999).

do por los órganos judiciales para admitir o desestimar la procedencia de demandas de amparo. En definitiva, los artículos 5.1 y 38.º del Código Procesal Constitucional establecen un “primer filtro” de control para la procedencia del amparo; la viabilidad de la acción dependerá de que los hechos invocados y las pretensiones de la demanda estén directamente referidos a la protección de un derecho constitucional y del contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho. Corresponderá a la jurisprudencia del TC, y a su seguimiento y desarrollo por los órganos judiciales, precisar este contenido esencial constitucionalmente protegido y verificar su presencia en el caso concreto.

”En tal sentido, en los supuestos en los que se pretenda ventilar en sede constitucional pretensiones relacionadas no con el reconocimiento de la pensión que debe conceder el sistema previsional público o privado, sino con su específico monto, ello sólo será procedente cuando se encuentre comprometido el derecho al mínimo vital. [...] el Tribunal Constitucional considera que, prima facie, cualquier persona que sea titular de una prestación que sea igual o superior a dicho monto (S/ 415 soles), deberá acudir a la vía judicial ordinaria a efectos de dilucidar en dicha sede los cuestionamientos existentes en relación a la suma específica de la prestación que le corresponde, a menos que, a pesar de percibir una pensión o renta superior, por las objetivas circunstancias del caso, resulte urgente su verificación a efectos de evitar consecuencias irreparables (vg. los supuestos acreditados de graves estados de salud).

”Asimismo, aún cuando, prima facie, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes, no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida de que el acceso a las prestaciones pensionarias sí lo es, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla.

”En tanto el valor de igualdad material informa directamente el derecho fundamental a la pensión, las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, serán susceptibles de ser protegidos mediante el proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido.

”Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe encontrarse suficientemente acreditada [...]

”Debido a que las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, prima facie, las pretensiones relacionadas a dichos asuntos deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria.

”Las pretensiones vinculadas a la nivelación como sistema de reajuste de las pensiones o a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, no son susceptibles de protección a través del amparo constitucional, no sólo porque no forman parte del contenido protegido del derecho fundamental a la pensión, sino también, y fundamentalmente, porque han sido proscritas constitucionalmente, mediante la Primera Disposición Final y el artículo 103.º de la Constitución, respectivamente”.

3. El amparo como proceso constitucional de carácter “residual”

El Código Procesal Constitucional peruano ha establecido, como una suerte de “segundo filtro” para la admisión y procedencia del amparo, la exigencia de que no existan otras vías procesales o procedimentales que resulten igualmente satisfactorias para la adecuada protección del derecho. Con ello se adopta un amparo de carácter residual o excepcional, siguiendo lo establecido en la normativa y jurisprudencia de países como Argentina y Colombia.

3.1. *El carácter residual del amparo en los casos de Argentina y Colombia*

En la Argentina, la ley n.º 16986, de 1966, estableció la regulación básica de la acción de amparo. El desarrollo doctrinal del tema en ese país ha ejercido importante influencia en el caso peruano. Y debe tenerse en cuenta que el inciso *a* del artículo 2.º de dicha ley señala que el amparo no será admisible si existieran para atender idóneamente el acto lesivo y proteger al derecho afectado otros “remedios o recursos judiciales o administrativos”. Conforme explica Néstor Sagüés:

[...] únicamente es admisible el amparo, entonces, ante la inoperancia de todos los demás trámites procesales ya legislados, para atender idóneamente el problema plantado: el amparo, se ha dicho, presupone el desamparo. De allí que el empleo de esta especialísima acción requiere de una madurez particular de jueces y letrados: se desnaturaliza tanto al amparo utilizándolo para el planteo de cualquier litis, como rechazándolo siempre, arguyendo que hay vías judiciales o administrativas para el caso litigioso.⁸

Como explica el propio profesor Sagüés, se trata de la tesis del *amparo subsidiario o supletorio*, que surgió de la jurisprudencia de la Corte Suprema y luego fue consagrada legislativamente.⁹ Debe advertirse que en la vigente Constitución argentina, tras la reforma de 1994, el artículo 43.º regula la acción de amparo con este carácter residual. Al respecto dispone:

Art. 43.º. Acción de Amparo

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, *siempre que no exista otro medio judicial más idóneo*, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesiones, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley [...].¹⁰

⁸ Néstor Pedro Sagüés: “Acción de amparo”, en *Derecho procesal constitucional*, t. 3; Buenos Aires, Astrea, 3.ª ed., 1991, p. 176.

⁹ Néstor Pedro Sagüés: “El derecho de amparo en Argentina”, en Héctor Fix Zamudio y Eduardo Ferrer Mac Gregor (coords.): *El derecho de amparo en el mundo*, México: Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México y Fundación Konrad Adenauer, 2006, p. 62.

¹⁰ Cursivas agregadas.

Afirma Sagüés que una interpretación literal de la norma constitucional podría dar pie a pensar que introduciría un cambio respecto a la disposición legal precedente que establece el carácter residual o subsidiario del amparo, tornándolo viable en forma directa o principal, como regla, a menos que existiera un proceso judicial mejor y más beneficioso para el amparista. Pero precisa el maestro argentino que ello no es así, porque en el debate del proceso constituyente se rechazó este criterio de interpretación y se aprobó expresamente el carácter residual, excepcional y subsidiario del amparo. En la interpretación debe primar la voluntad del constituyente por encima de cualquier ambigüedad del texto, siguiendo lo ya establecido por la jurisprudencia más arraigada. En tal sentido, agrega este autor:

De todos modos, situaciones especiales de cada caso, objetivas y subjetivas, generalmente de especial urgencia, explican (y no sin alguna frecuencia) que los trámites ordinarios y sus medidas cautelares puedan provocar a quien los deba transitar un agravio irreparable, y que entonces sea perfectamente viable la acción de amparo. Al respecto, basta que el interesado acredite razonablemente y prima facie la falta de idoneidad para atacar eficazmente al acto lesivo e los trámites comunes, administrativos y judiciales, para que deba operar el amparo.¹¹

En el caso de Colombia, el amparo recibe la denominación de *acción de tutela*. La Constitución de 1991, en su artículo 86.º, establece dicha acción en los términos siguientes:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

*Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irreparable [...].*¹²

Como se puede apreciar, la acción de tutela procede también de manera *residual o subsidiaria*. Conforme señala Julio César Ortiz:

[...] se trata de un proceso judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley; en este sentido, la acción de tutela no es una institución procesal alternativa, y cuando procede, se activan mecanismos inmediatos, se surten actuaciones perentorias, se adelanta una substanciación preferente y los términos se hacen improrrogables. El propósito del constituyente al incorporar la acción de tutela, como lo establece el artículo 86.º de la Carta Política, es que el juez constitucional administre justicia de

¹¹ *Ibíd.* p. 63.

¹² *Cursivas agregadas.*

manera expedita en el caso concreto, dictando las órdenes que considere pertinentes para salvaguardar y proteger los derechos fundamentales de las personas que acudan a esta vía excepcional, residual, supletoria y sumaria [...].¹³

El Código Procesal Constitucional peruano sigue el camino de un amparo residual y excepcional, trazado en los casos argentino y colombiano, a fin de corregir las graves distorsiones producidas por la indebida utilización de este proceso constitucional en nuestro país, que llevaron a una “ordinarización del amparo”, conforme anota Eloy Espinosa-Saldaña, quien señala:

En esa línea de pensamiento, en la cual el proceso constitucional de Amparo no es pues un medio extraordinario para la defensa de los diversos derechos fundamentales (lo cual justifica el carácter sumarísimo y sin etapa probatoria que le identifica) sino más bien el medio al que regularmente puede recurrirse ante este tipo de situación, es que se alude en estos supuestos a un Amparo alternativo. Llegan entonces al Amparo peruano asuntos cuyo tratamiento es imposible abordar a cabalidad en un proceso de tutela urgente y sin etapa probatoria, características propias de este proceso constitucional en el Derecho Comparado y que también son tomadas como propias del Amparo en nuestro país.¹⁴

3.2. *La supuesta inconstitucionalidad del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional*

Como ya hemos señalado, el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional establece que el amparo no será procedente “cuando existan [otras] vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado”. Conforme señala Mesía, la expresión *vías procedimentales* debe entenderse como referida tanto a procesos judiciales como a procedimientos administrativos, que sean igualmente idóneas para la protección adecuada y eficaz del derecho afectado.¹⁵ Coincidimos con Eloy Espinosa-Saldaña cuando considera que habría sido preferible, para establecer este nuevo carácter residual del amparo y evitar eventuales confusiones, hacer mención expresamente a las vías procesales o procedimentales.¹⁶

Esta norma, sin embargo, es considerada inconstitucional por el profesor Luis Castillo Córdova, distinguido estudioso de la materia, quien sostiene que, a partir de lo prescrito en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 200.º del texto constitucional, es posible

¹³ Julio César Ortiz Gutiérrez: “La acción de tutela en la Carta Política de 1991. El derecho de amparo y su influencia en el ordenamiento constitucional de Colombia”, en Héctor Fix Zamudio y Eduardo Ferrer Mac Gregor (coords.): *El derecho de amparo en el mundo*, México: Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México y Fundación Konrad Adenauer, 2006, p. 221. Cursivas agregadas.

¹⁴ Eloy Espinosa-Saldaña Barrera: “La consagración del amparo residual en el Perú. Sus alcances y repercusiones”, en Eloy Espinosa-Saldaña (coord.): *Derechos fundamentales y derecho procesal constitucional*, Lima: Jurista, 2005, p. 149.

¹⁵ Mesía: o. cit., p. 118.

¹⁶ Cf. Espinosa-Saldaña Barrera: o. cit., p. 148.

afirmar que: 1) las garantías constitucionales únicamente proceden para la defensa de derechos fundamentales, y 2) todos tienen a su disposición dichos mecanismos constitucionales, a fin de lograr la defensa y salvaguarda de sus derechos fundamentales. Por ello, concluye que el carácter alternativo del proceso de Amparo fluye de lo prescrito en la Carta Política; de allí que “incurrirá en inconstitucionalidad toda disposición legal que vaya en contra de la posibilidad de acceder a estos mecanismos procesales frente a la afectación real y manifiesta del contenido constitucional de un derecho fundamental”. Precisa este autor: “La manera de que sea constitucional el acceso al procedimiento judicial ordinario por parte del perjudicado en su derecho constitucional, será si él decide libremente acudir a la vía judicial ordinaria”.¹⁷

Agrega el profesor Castillo Córdova que la tutela de los derechos fundamentales mediante el uso de las garantías consagradas constitucionalmente constituye —en sí misma— un derecho fundamental. Para ello, se apoya en lo establecido en el artículo 25.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el que se reconoce el derecho “a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Dicha norma habría sido concretada por el constituyente peruano mediante la regulación de los procesos de amparo, hábeas corpus y hábeas data.

Por ello estima Castillo Córdova que el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional vulnera las dimensiones subjetiva y objetiva del contenido constitucional del mencionado derecho, en tanto niega la facultad de acceso incluso cuando la violación del contenido constitucional del derecho que se pretende tutelar es manifiesta (dimensión subjetiva), y porque, lejos de promover la correcta y plena vigencia de este derecho —de acceso a los procesos constitucionales— lo restringe y dificulta de manera irrazonable (dimensión objetiva). Adicionalmente, señala que la norma cuestionada no es respetuosa del *principio de proporcionalidad*, pues la finalidad de esta medida, que consiste en “lograr que los procesos constitucionales, en particular el amparo, no resulten desnaturalizados al ser empleados de modo indiscriminado”, no sería alcanzada mediante la previsión incorporada por el artículo 5.2. del Código Procesal Constitucional. En esta línea, señala:

[...] nada dice acerca de la indispensabilidad del empleo del amparo. Esta [...] viene definida por [...]: la exigencia que sólo procederá el proceso constitucional cuando los hechos y el petitorio de la demanda estén referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado (artículo 5.1 CPC) y que la agresión a ese contenido sea clara y manifiesta debido a la inexistencia de etapa probatoria (artículo 9.º CPC).¹⁸

¹⁷ Luis Castillo Córdova: “El amparo residual en el Perú”, en *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, año I, n.º 2, agosto-diciembre de 2005, p. 71.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 77.

Finalmente, sostiene el profesor Castillo Córdova que no es posible intentar interpretar el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional de conformidad con la Constitución, para así salvar su supuesta inconstitucionalidad. Desde su postura, la especificidad debe ser concebida como “singularidad o individualidad”, por lo que afirma:

[...] ningún proceso general —civil, laboral, tributario, contencioso administrativo, etc.— servirá para cumplir con la medida prevista en el artículo 5.2 CPC. Debe tratarse de procedimientos específicos, lo que requiere que la ley procesal contencioso administrativa, civil, laboral o tributaria, defina en algún proceso de defensa de los derechos fundamentales.¹⁹

Aunque compartimos la preocupación del profesor Castillo Córdova sobre los riesgos y restricciones que conlleva adoptar un proceso de amparo con carácter residual y excepcional, lo que obliga a un manejo razonable y prudente de esta causal de improcedencia por parte de las decisiones judiciales y de la jurisprudencia, *no consideramos que el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional sea inconstitucional*. No sólo porque el carácter de tutela de urgencia del proceso de amparo autoriza a reservarlo sólo para asuntos estrictamente constitucionales del derecho protegido, sino porque habilita a diferenciarlo de otros procesos judiciales ordinarios o especiales o procedimientos administrativos que puedan resultar igualmente satisfactorios para la protección y tutela del derecho vulnerado, conforme también hacen ordenamientos jurídicos como el argentino y el colombiano, que han inspirado a nuestro proceso de amparo o incidido en su regulación en el Código Procesal Constitucional. Si bien la opción por un amparo como vía alternativa, sujeta a decisión del accionante, frente a los procesos judiciales ordinarios (“vías paralelas”) pudo tener fundamento en la experiencia anterior a su regulación legislativa, la realidad ulterior ha sido muy diferente y, a la postre, demuestra que la continuidad de este criterio resulta contraproducente e inconveniente, pues propicia la “inflación” y desnaturalización del amparo, congestionando los despachos judiciales y favoreciendo la corruptela en su utilización. Por lo demás, como se señala en la exposición de motivos del Código Procesal Constitucional, *cada proceso tiene una racionalidad y una naturaleza propia, que deben ser precisadas y reguladas por la ley procesal. En consecuencia, el empleo de un determinado proceso no puede quedar librado a la mera elección discrecional del demandante, sobre todo cuando dicha libertad de opción genera efectos contraproducentes para la tutela urgente de los derechos constitucionales*.

Puede ocurrir que nos encontremos ante un derecho constitucional amenazado o vulnerado, incluso en su contenido constitucionalmente protegido, pese a lo cual el amparo no resulte la vía adecuada o más idónea para dilucidarlo, por tratarse de un asunto complejo cuya resolución requiere de mayor debate judicial o probanza.²⁰ Así, si el demandante “escogió” la vía del amparo, ello le resultará perjudicial, pues su pretensión será

¹⁹ *Ibíd.*, p. 82.

²⁰ Eguiguren Praeli: o. cit., pp. 220-224.

a la postre desestimada, dado que no podrá acreditar la afectación de su derecho sin el concurso de una etapa probatoria o de debates técnicos engorrosos, impropios e inexistentes en materia de un proceso constitucional de tutela de urgencia como el Amparo, conforme estipula el artículo 9.º del Código Procesal Constitucional.²¹

Tampoco consideramos que la opción por un amparo residual, excepcional o subsidiario vulnere el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicho Pacto obliga a los Estados a prever en sus legislaciones medios procesales (que pueden ser el amparo y otros distintos) que resulten rápidos, sencillos, eficaces y adecuados para la defensa de los derechos fundamentales de las personas. Por ello, además del amparo, pueden existir procesos judiciales ordinarios o específicos que justifiquen su utilización, en vez del amparo, al estar dotados también de celeridad y medidas cautelares, idóneos por tanto para garantizar tutela oportuna y adecuada del derecho afectado.²²

Y es que no puede olvidarse que el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional impide la procedencia del amparo cuando existan otros procesos o procedimientos, judiciales o administrativos, igualmente satisfactorios para la protección y defensa del derecho amenazado o conculcado. En consecuencia, *no basta que existan “otros” procesos disponibles, en los ámbitos civil, laboral, comercial o administrativo, para que deban ser utilizados y quede cerrado el acceso al amparo. Tales procesos tendrán que resultar, en el caso concreto, igualmente satisfactorios, lo que implica que no habrá mayor perjuicio ni riesgo de indefensión para el demandante.*

Tampoco compartimos la idea de que tales procesos o procedimientos ordinarios o especiales, para resultar “equiparables” al amparo, deban estar específicamente referidos a la protección de derechos fundamentales; basta que alguno de los otros procesos judiciales o procedimientos administrativos disponibles resulte igualmente satisfactorio. No se trata, entonces, de que en los distintos ámbitos jurídicos deban existir procesos judiciales o procedimientos especiales, de carácter “preferente y sumario”, al estilo español, para la protección de tales derechos fundamentales por una vía distinta al amparo. En dicho sistema jurídico, por lo demás, también el amparo es subsidiario, y es obligatorio acudir a dicho proceso judicial especial antes de recurrir al amparo ante el Tribunal Constitucional.

Por lo expuesto, *consideramos que la opción legislativa por un amparo residual, excepcional o subsidiario, como toda opción, puede resultar opinable y acarrear algunos riesgos. Pero ello no torna dicha decisión irrazonable ni,*

²¹ Código Procesal Constitucional, artículo 9.º: “En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa”.

²² Rodríguez Santander: o. cit., p. 121.

menos, la convierte en inconstitucional. Ciertamente es que la aplicación de este criterio disminuirá el número de amparos que se admitan, limitando significativamente su acceso y procedencia, pero ello pretende circunscribir la utilización de este proceso a asuntos que se estima propios de la tutela de urgencia de derechos fundamentales, evitando que los tribunales se abarrotan de procesos de "amparo" que carecen de verdadera relevancia o urgencia, incrementando la carga procesal y afectando la celeridad y el carácter sumario que debe caracterizar al amparo, pese a que existan otras vías igualmente satisfactorias hacia las que deben ser reconducidas tales pretensiones. Así también lo entiende Espinosa Saldaña cuando señala:

En abstracto, la modificación introducida parece ser beneficiosa para reconducir al Amparo a aquellas condiciones que le permitirían a sus juzgadores cumplir con los plazos y demás requerimientos propios de este proceso constitucional. Además, puede servir para dejar paulatinamente sin sustento a algunas distorsiones y deficiencias que eran reiteradas en la regulación y jurisprudencia peruana sobre Amparo. Ahora bien, este posible mejor funcionamiento de este proceso constitucional, materia de innegable relevancia, no necesariamente puede traducirse en una mayor y mejor tutela de los derechos fundamentales del justiciable. Ello únicamente se producirá si se toman ciertas previsiones.²³

En suma, el establecimiento de un amparo residual ha surgido como una exigencia de la realidad concreta, para corregir situaciones anómalas que desnaturalizaron y desprestigiaron este proceso constitucional y a los tribunales. Para lograr que el amparo constituya efectivamente un proceso de tutela de urgencia de derechos fundamentales, dotado de celeridad y carácter sumario, era necesario abandonar el amparo alternativo y consagrar su naturaleza residual y excepcional. Por lo demás, el afectado sólo quedará imposibilitado de utilizarlo cuando exista otra vía procesal igualmente satisfactoria, evitando la indefensión o el perjuicio sustantivo, lo que habrá de analizarse en cada caso por el juzgador.

3.3. *¿Cuándo resulta procedente acudir al amparo?*

Habiendo optado el Código Procesal Constitucional por establecer el carácter residual y excepcional del amparo, resulta necesario determinar según qué criterios y en qué supuestos es posible acudir a él y cuándo será pertinente recurrir a las otras vías procesales y procedimentales disponibles, por resultar alguna de éstas "igualmente satisfactoria". Conforme ha precisado Néstor Sagüés, un aspecto decisivo para admitir la procedencia del amparo, y la inconveniencia de exigir que se acuda a las otras vías procesales disponibles, es la constatación por el juzgador de la existencia de un *peligro de agravio irreparable para el accionante*. Así señala:

²³ Espinosa-Saldaña Barrera: o. cit., p. 150.

El amparo es viable, aún habiendo otros procedimientos legalmente previstos, cuando el empleo ordinario de éstos, según las características del problema, pudiera ocasionar un daño grave e irreparable, es decir, cuando se corra el riesgo de brindar al recurrente una protección judicial, pero posterior a su ruina, tornándose así ilusoria la resolución que en definitiva se dicte. Tal es, quizá, la directriz más clara en este tema. El gravamen irreparable puede configurarse tanto por la lentitud del procedimiento regular, como por cualquier otra razón valedera, en función de la circunstancia del caso.²⁴

En el ámbito nacional, buscando responder a la pregunta de cuándo debe resultar procedente el amparo y cuándo será exigible acudir a las otras vías procesales disponibles, por resultar en el caso igualmente satisfactorias para proteger el derecho afectado, Roger Rodríguez recoge también este criterio de la existencia de un peligro de agravio o daño irreparable. Afirma:

Quando el legislador del CPConst. ha previsto en su art. 5.2 que el amparo no procederá cuando existan vías procesales igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional invocado, ha incorporado un requisito de procedencia [...]. Es decir, a efectos de determinar si resulta o no aplicable la cláusula de residualidad, el juez constitucional debe plantearse la siguiente interrogante: ¿a la luz de las circunstancias del caso, existe grave riesgo de que la potencial o efectiva afectación del derecho constitucional invocado se torne irreparable si exijo al justiciable acudir a la vía ordinaria?²⁵

En el mismo sentido apunta Christian Donayre, cuando señala:

[...] será procedente el amparo si a pesar de tener a disposición un proceso ordinario para la tutela del derecho que se invoca como amenazado o lesionado, el seguirlo, por el tiempo que puede demandar su tramitación hasta la decisión final por otras razones en función del caso en específico, puede conducir a un agravio irreparable.²⁶

Obviamente, la mayor demora que puedan acarrear otras vías procesales para la adecuada y oportuna protección del derecho afectado son un factor importante para apreciar el peligro de un daño irreparable y determinar la procedencia del amparo. *Pero este factor tiempo y celeridad no es automático ni el único elemento a considerar para la procedencia del amparo.* Y es que, dado el carácter de proceso sumario propio del amparo, podría aparecer siempre como más rápido y eficaz para la protección del derecho frente a otras vías procesales ordinarias o especiales. No obstante, la presencia de medidas cautelares o de suspensión del acto lesivo reclamado, también existente en dichos procesos, vendría a compensar su carácter eventualmente más engorroso, y podría tornarlas igualmente satisfactorias frente al amparo. De modo que el peligro de un daño irreparable al derecho habrá que analizarlo y determinarlo en el caso concreto.

²⁴ Sagüés: "Acción de amparo...", o. cit., p. 180.

²⁵ *Ibidem*, p. 118.

Por ello resulta importante tener presente la explicación que hace Samuel Abad respecto al significado y las implicaciones de la excepción a la regla del agotamiento de la vía previa, exigida para la procedencia del amparo, a fin de evitar que la agresión se convierta en irreparable. Así comenta:

[...] cuando ella no pueda revertir la situación jurídica al estado en que se hallaba antes de la lesión, es decir, cuando de acceder a dicha vía la restitución de las cosas al estado que tenía antes de la violación resulte materialmente imposible.²⁷

También debe atenderse a lo expuesto por Eloy Espinosa-Saldaña, quien, recogiendo los aportes de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, sostiene:

La evaluación de la irreparabilidad del daño debe hacerse con criterio objetivo, sin poder alegarse la demora normal propia de cada proceso, los inconvenientes y molestias habituales para quien debe iniciar un proceso ordinario, o la inactividad del afectado para plantear oportunamente los medios ordinarios de tutela de su derecho, como elementos para justificar la inmediata interposición de una demanda de Amparo.²⁸

Como ya hemos indicado, la determinación de cuándo nos encontramos ante un peligro de daño irreparable, que amerite recurrir al amparo, se debe ponderar de acuerdo con las características y circunstancias que rodean a cada caso concreto. Así, por ejemplo, señala Omar Cairo:

[...] si una persona en situación de indigencia interpone una demanda de amparo solicitando que se ordene a su empleador el pago de sus remuneraciones, el Juez no podrá declarar improcedente esta demanda argumentando que existe un procedimiento laboral ordinario que también protege el derecho a la remuneración. Sólo podrá rechazar la demanda en el caso que exista otro proceso que, con la misma eficacia que el amparo (brevedad y actuación inmediata), sirva para evitar que el demandante sufra un daño irreparable por no recibir de manera oportuna —en esa situación concreta de indigencia— el pago de la retribución por su trabajo realizado.²⁹

Es evidente que, en el ejemplo citado, el amparo será procedente siempre que la relación laboral del trabajador y el monto de su remuneración estén claramente acreditados, sin necesidad de probanza compleja o adicional. *Y es que no puede olvidarse que, por su carácter sumario, el proceso de amparo carece de etapa probatoria*, lo que constituye otro factor para determinar, en el caso concreto, la pertinencia de su procedencia o la necesaria remisión a la vía procesal ordinaria especial u ordinaria disponible. De allí que los autores del proyecto

²⁶ Christian Donayre Montesinos: "El carácter residual del amparo en el Código Procesal Constitucional peruano", en *Derechos fundamentales y derecho procesal constitucional*, Lima: Jurista, p. 185.

²⁷ Samuel Abad Yupanqui: "El proceso constitucional de amparo", en *Gaceta Jurídica*, Lima, 2004, p. 251.

²⁸ Espinosa-Saldaña Barrera: o. cit., pp. 151-152.

²⁹ Omar Cairo Roldán: "El amparo residual en el Código Procesal Constitucional", en *Proceso y Justicia*, n.º 5, abril 2005, p. 23.

de Código Procesal Constitucional evaluamos en su momento incluir como otra causal expresa de improcedencia del amparo la exclusión de aquellos casos en que la acreditación de la afectación del derecho requiera de la actuación de pruebas o de un complejo debate técnico, siguiendo lo señalado en la legislación argentina. En lo personal, era partidario de este criterio, pero, finalmente, se consideró innecesaria su inclusión por la existencia de otra norma que señala expresamente la inexistencia de una etapa probatoria en el amparo.

Finalmente, no debe olvidarse *el papel restitutorio y reparador del proceso de amparo*, el cual persigue reponer las cosas al estado anterior a que se produjera la amenaza o la violación del derecho afectado. Esta restitución debe ser integral y lo más amplia y plena que resulte posible. En consecuencia, para que la otra vía judicial (ordinaria o especial) o administrativa disponible resulte igualmente satisfactoria que el amparo, deberá estar en capacidad y posibilidad de brindar, en el caso concreto, un grado similar de protección y restitución del derecho afectado. De no ser así, se deberá admitir la procedencia del amparo.

En definitiva, considero que la finalidad de adoptar un amparo residual no se dirige a evitar que se tramiten por esta vía conflictos que carecen de relevancia constitucional; para dicho propósito ya se cuenta con el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional. La residualidad o excepcionalidad del amparo (artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional) se propone evitar su utilización en casos en los que, estando incluso comprometido el ejercicio de un derecho fundamental, no se justifica acudir a este proceso constitucional debido a la existencia de otras vías procesales o procedimentales igualmente satisfactorias para el caso, ante la ausencia de peligro de un daño irreparable, la necesidad de un complejo debate probatorio o la posibilidad de obtener igual restitución del derecho afectado. De este modo, la opción por un Amparo residual actúa como una suerte de “segundo filtro” para *habilitar su procedencia*, una vez que la evaluación de la pretensión del demandante haya superado el “primer filtro” de la exigencia de estar referida al contenido constitucionalmente protegido del derecho cuya tutela se invoca.

3.4. ¿Quién debe probar la procedencia del amparo y el carácter no satisfactorio de las otras vías procesales disponibles?

Dado que normalmente existen otras vías judiciales o administrativas, diferentes del proceso de amparo, disponibles para la protección del derecho constitucional conculcado, resulta importante determinar a quién corresponde esencialmente probar o acreditar que tales procesos no resultan para el caso una vía igualmente satisfactoria. Conforme señala Eloy Espinosa-Saldaña, citando jurisprudencia argentina:

[...] es responsabilidad del demandante de Amparo alegar y probar que no existen otras vías idóneas para tutelar su derecho; si no, su demanda será declarada inadmisibile. Como bien se señalaba en el caso “Paronzini”, no bastaba con la mera

alegación de que no existen trámites idóneos para aceptar la inmediata interposición de una demanda de Amparo.³⁰

También Christian Donayre sostiene que es el demandante quien debe acreditar este aspecto. Señala:

Respecto de quién debiera acreditar o probar la inexistencia de otra vía igualmente satisfactoria, pues en estos casos la carga de la prueba recae en el demandante, es él quien se encargará de demostrar tal situación. [...] no es suficiente con alegar la situación de desamparo, sino que hay que acreditarla, pero esta acreditación debe darse con medios probatorios que permitan deducir que para el caso en concreto no existe otra vía igualmente satisfactoria [...].³¹

Por su parte, Roger Rodríguez distingue entre dos elementos, de los cuales, en su opinión, sólo uno debe ser objeto de probanza por el demandante:

Una errónea lectura [...] llevaría a la conclusión de que son dos cosas las que deben correr por cuenta del recurrente: por un lado, la demostración de que no existe otra vía regulada por el ordenamiento que permita conseguir aquello que pretende [...], y, de otro, la demostración (prima facie, claro está) de que, en atención a las concretas circunstancias del caso, existe riesgo razonable de que el daño, producido o por producirse, se torne irreparable [...]. A nuestro criterio, lo que en estricto debe pesar sobre los hombros del justiciable es sólo lo segundo. [...] pretender que sea el individuo —y no el juez— quien deba sustentar la inexistencia en el ordenamiento procesal de vías idóneas para satisfacer su pretensión, significa invertir la presunción que da lugar al principio *iura novit curia*— [...] conforme al cual el juez debe aplicar el derecho (procesal o sustantivo) que corresponda al proceso, “aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente” (art. VIII Título Preliminar CPCConst).³²

Coincidimos con Rodríguez en que lo esencial que debe acreditar el demandante es el riesgo de irreparabilidad de la violación o amenaza de su derecho fundamental. Pero también, según el caso, deberá acreditar que el grado de restitución o reparación del derecho constitucional vulnerado que le ofrecen las otras vías procesales no resulta similar e igualmente satisfactorio al que le brinda el amparo. Naturalmente, si el propio demandante es consciente de que su caso presenta alguna complejidad para apreciar si las otras vías disponibles pueden resultar igualmente satisfactorias para la protección de su derecho, será necesario que explicité las carencias o insuficiencias de éstas. Ante un caso de duda razonable respecto de la procedencia del amparo, compartimos la opinión de Donayre acerca de que, en aplicación del principio *favor processum* o *pro actione*, la demanda de amparo debe ser admitida.³³

Ahora bien, además de los supuestos “normales” en los que las demandas de amparo deben ser admitidas a trámite satisfaciendo el criterio de residualidad, es

³⁰ Espinosa-Saldaña Barrera: o. cit., p. 152.

³¹ Donayre Montesinos: o. cit., p. 186.

³² Rodríguez Santander: o. cit., pp. 113, 114.

³³ Donayre Montesinos: o. cit., p. 186.

decir, cuando su improcedencia ocasionaría un perjuicio irreparable, Roger Rodríguez propone dos casos en los que también deberían admitirse, relativizando la exigencia contenida en el artículo 5.2. Estos supuestos, si bien no tendrían gran trascendencia subjetiva, contarían con una importancia de orden objetivo que explicaría su adopción. El primero buscaría que el Tribunal Constitucional actuara como unificador o integrador de la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria, cuando ésta no brinde adecuada tutela. Así sostiene:

[...] es posible que a pesar de no ser casos de real apremio para los individuos, la jurisdicción ordinaria no identifique adecuadamente el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales y, como consecuencia de ello, no dispense debida protección al derecho; o, por el contrario, estime pretensiones manifiestamente infundadas.³⁴

Afirma el mismo autor:

[...] en estos supuestos se justificaría una interpretación objetivo-sustancial del artículo 5.2 CPConst, de manera tal que, cuando menos en un caso (aunque podría ser más), el TC prescinda del “factor de urgencia” en perspectiva subjetiva y deje de considerar una concreta vía procesal como igualmente satisfactoria, de forma tal que pueda pronunciarse sobre el fondo del asunto, proyectando el precedente vinculante (artículo VII Título Preliminar CPConst) que resulte necesario para encausar o reencausar en la jurisdicción ordinaria la debida tutela del derecho o los derechos constitucionales de que se trate.³⁵

En los casos referidos, el TC actuaría escogiendo:

[...] las causas que, a pesar de no exigir un pronunciamiento urgente por la gravedad que reviste el asunto en perspectiva subjetiva, merecerán una decisión sobre el fondo, en aras de integrar el orden normativo jurisprudencial en materia de protección de derechos constitucionales.³⁶

Pero además, pese a inexistencia de una línea jurisprudencial confusa, el autor propone otra suerte de excepción a la regla de la residualidad, sugiriendo la pertinencia de que el Tribunal Constitucional conozca:

[...] conozca los procesos de amparo planteados con relación a derechos fundamentales que aún no han merecido pronunciamientos, o que se encuentran inmersos en circunstancias novedosas, y que, por tales motivos, requieren de una línea jurisprudencial dictada por el supremo intérprete de la Constitución que permita delimitar su ámbito protegido y asegurar su protección satisfactoria por parte de la jurisdicción ordinaria.³⁷

³⁴ Rodríguez Santander: o. cit., p. 124.

³⁵ *Ibíd.*, p. 125.

³⁶ *Ibíd.*, p. 130.

³⁷ *Ibíd.*, p. 131.

Consideramos que se trata de propuestas bastante interesantes y que cumplen una función correctiva o previsor, según los casos, de las decisiones judiciales.

4. El Tribunal Constitucional y el carácter residual del amparo

Una sentencia expedida, no hace mucho, por el Tribunal Constitucional peruano se pronunció expresamente precisando criterios para la aplicación del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional y el carácter residual del amparo en materia de derechos laborales. Se trata del proceso promovido por *César Baylón Flores* (expediente n.º 0206-2005-PA/TC), cuya sentencia de fecha 28 de noviembre de 2005 estableció lo siguiente:

3. La vigencia del Código Procesal Constitucional supone un cambio en el régimen legal del proceso de amparo ya que establece, entre otras cosas, *la subsidiariedad para la procedencia de las demandas de amparo*. Con ello se cambia el anterior régimen procesal del amparo que establecía un sistema alternativo. [...]

4. Al respecto, este Colegiado precisó que “[...] tanto lo que estableció en su momento la Ley N.º 23506 y lo que prescribe hoy el Código Procesal Constitucional, respecto al Amparo Alternativo y al Amparo Residual, ha sido concebido para atender requerimientos de urgencia que tienen que ver con la afectación de derechos directamente comprendidos dentro de la calificación de fundamentales por la Constitución Política del Estado. Por ello, *si hay una vía efectiva para el tratamiento de la temática propuesta por el demandante, esta no es la excepcional del Amparo que, como se dijo, constituye un mecanismo extraordinario*” (Exp. N.º 4196-2004-AA/TC, Fundamento 6)

[...]

6. Consecuentemente, *sólo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate.*³⁸

Conforme puede apreciarse, el Tribunal resalta que deberá realizarse un necesario análisis casuístico para determinar cuándo la vía judicial ordinaria es igualmente satisfactoria que el amparo y cuándo no lo es. En segundo lugar, el Tribunal considera que sobre el demandante recae la demostración de que el amparo es la vía idónea para la tutela de su(s) derecho(s), en defecto de la vía judicial ordinaria, o, en todo caso, que él deberá desvirtuar el carácter igualmente satisfactorio de las otras vías judiciales disponibles. Como ya señalamos, consideramos que el demandante debe demostrar fehacientemente la existencia de riesgo razonable de que la amenaza o

³⁸ Cursivas agregadas.

vulneración de su derecho fundamental devenga en irreparable, o que las otras vías no le ofrecen una restitución del derecho similar al amparo. A partir de tal sustentación y acreditación, el juez deberá decidir si la vía adecuada es el amparo o alguna otra judicial ordinaria o específica disponible.

En el caso que venimos comentando, el TC ha establecido como precedente vinculante que, dado el carácter residual o extraordinario del amparo, para la protección de derechos de los trabajadores serán idóneos los procesos ante los jueces y tribunales laborales del Poder Judicial, para los trabajadores del régimen laboral privado, y el proceso contencioso administrativo, para los trabajadores sujetos al régimen laboral público.³⁹ En el caso específico, el TC se pronuncia sobre el despido incausado, fraudulento y nulo, estableciendo los casos en que será admisible el amparo, de manera excepcional, en vez de las vías ordinarias:

8. Respecto al despido sin imputación de causa, la jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado. En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, sólo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitadamente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos.

9. Con relación al despido nulo, si bien la legislación laboral privada regula la reposición y la indemnización para los casos de despido nulo conforme a los artículos 29.º y 34.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TULO del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el Tribunal Constitucional ratifica los criterios vertidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, en el punto referido a su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados.

[...]

19. De otro lado, conforme a la línea jurisprudencial en materia de derechos laborales de carácter individual (por todas Exp. N.º 2526-2003-AA), se ha establecido que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo. En efecto, es claro que, en este supuesto, para que se produzca certeza en el juzgador, respecto de los puntos controvertidos, y pueda así sustentar su fallo en determinado sentido, necesariamente tendrá que desarrollar la actividad probatoria a través de sus diversas etapas, en particular respecto de la actuación y valoración de la prueba que, entre otras muchas, se relacionarán con declaraciones de parte, testigos, documentos (libros de planillas, informes), peritajes y, especialmente, las pruebas de oficio.

³⁹ Para un mayor análisis de la materia, puede consultarse Donayre Montesinos: o. cit., pp. 157-192.

20. Por tanto, aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria, a cuyos jueces corresponde, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales y de orden legal que se vulneren con ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito laboral privado. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo.

[...]

24. Por tanto, conforme al artículo 5.º, inciso 2.º del Código Procesal Constitucional, las demandas de amparo que soliciten la reposición de los *despidos producidos bajo el régimen de la legislación laboral pública* y de las materias mencionadas en el párrafo precedente deberán ser declaradas improcedentes, puesto que la vía igualmente satisfactoria para ventilar este tipo de pretensiones es la contencioso administrativa. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental conforme a los fundamentos 10 a 15 supra.

25. El Tribunal Constitucional estima que, de no hacerse así, el proceso de amparo terminará sustituyendo a los procesos judiciales ordinarios como el laboral y el contencioso administrativo, con su consiguiente ineficacia, desnaturalizando así su esencia, caracterizada por su carácter urgente, extraordinario, residual y sumario.

Respecto a la procedencia del Amparo, a pesar de su carácter residual, tratándose de casos de despido nulo, dejando de lado las vías ordinarias, el TC ha señalado:

14. [...] Consiguientemente, los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos.

15. Del mismo modo, los despidos originados en la discriminación por razón de sexo raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23.º de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre. Deber que se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo [...].

Igualmente, el proceso de amparo será el idóneo frente al despido que se origina en la condición de impedido físico mental [...].

16. Por tanto, cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente.

De este modo, sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional ya ha venido aplicando el carácter residual o extraordinario del proceso de amparo en numerosos casos referidos a derechos laborales, seguridad social o cuestionamientos de actos de la Administración, así como de su atinencia sobre la necesidad de efectuar un análisis y ponderación en el caso concreto, *estaría otorgando una suerte de acceso “alternativo” a este proceso a favor de grupos específicos de la sociedad, dada su condición de especial vulnerabilidad*. Entre estos grupos se encontrarían los trabajadores y sindicatos, las personas con discapacidad física o mental y la mujer trabajadora en caso de embarazo; a los que se añaden los casos de despido en supuestos de discriminación, que podrían admitirse en el amparo a pesar de existir otros procesos judiciales que puedan resultar igualmente satisfactorios.

5. Reflexión final

Considero indispensable tener muy en cuenta lo expresado por el profesor Néstor Pedro Sagüés respecto a lo que debe ser el significado y la aplicación del amparo residual o extraordinario, al señalar una pauta que debería ser objeto de especial atención por los magistrados judiciales y abogados:

[...] obliga al magistrado interviniente a realizar un cuidadoso análisis: se trata de averiguar, como requisito para admitir una acción de amparo, si los procedimientos regulares (sean judiciales o administrativos) resultan idóneos, suficientes, aptos o eficaces para atender el problema planteado. No basta pues, que haya una vía procesal (de cualquier índole), para desestimar un pedido de amparo; hay que considerar, inexcusablemente, si tal trámite es auténticamente operativo para enfrentar el acto lesivo. Resultaría hartamente fácil (y a la vez farisaico), rechazar una demanda de amparo por la simple razón de existir acciones judiciales y administrativas que contemplarán el problema litigioso, ya que con tal criterio, todo amparo resultaría prácticamente desechable. Lo que debe determinarse, es si tales caminos son efectivamente útiles para lograr la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate.⁴⁰

En definitiva, ciertamente la opción por un amparo estricto, residual o extraordinario conlleva riesgos, en tanto restringe el acceso y la utilización de este proceso constitucional. Sin embargo, considero que resultaba una medida indispensable y justificada, existente en ordenamientos extranjeros en los que se ha inspirado el Código Procesal Constitucional peruano, pues era necesario corregir las graves distorsiones que se venían produciendo y que desnaturalizaban groseramente el amparo, impidiendo que operara como una verdadera tutela de urgencia para la protección de derechos constitucionales.

⁴⁰ Sagüés: “Acción de amparo...”, o. cit., p. 179.

Corresponderá a la jurisprudencia ir precisando y modulando la exigencia de los requisitos impuestos por el nuevo carácter residual del amparo peruano, a partir de los casos concretos, señalando criterios que encaucen adecuada y razonablemente su admisión y funcionamiento, sin caer en la adopción de fórmulas dogmáticas o rígidas que restrinjan injustificadamente su utilización o lo tornen en virtualmente inaccesible e ineficaz.

Manuel Arturo Montecino Giralt (El Salvador) *

Tendencias actuales del amparo en El Salvador en lo relativo a los actos susceptibles de control

1. Consideraciones introductorias

La Ley de Procedimientos Constitucionales no contiene ninguna disposición que enumere los actos que son susceptibles de ser impugnados a través del amparo, ya que únicamente el artículo 12, inciso 2.º, se limita a señalar que éste procede contra “toda clase de acciones u omisiones de cualquier autoridad, funcionario del Estado [...]”.

Como se puede advertir, nos encontramos en presencia de una expresión bastante genérica que no presenta mayores diferencias —al igual que en otros aspectos— con las contenidas en las leyes que regularon este proceso constitucional desde su incorporación en la Constitución de 1886, pues éstas se han caracterizado por contener expresiones genéricas que han quedado sujetas a la interpretación de los tribunales que han sido competentes para aplicarlas.

Encontramos, por ejemplo, en las Leyes de Amparo de 1886, 1939 y 1950, además de un común denominador de tipo numérico —pues todas regulan este aspecto en sus artículos 2—, una regulación uniforme, con bastante similitud a la contenida en el citado artículo 12 de la vigente, ya que se limitan a señalar que el amparo procede

* Doctor en Derecho por la UNED. Asesor de la Sala de lo Constitucional de la República de El Salvador. Subdirector de Postgrados de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA), Profesor de la Escuela de Capacitación Judicial y de la UCA. <Manuel_Montecino@csj.gob.sv>.

contra toda clase de actos o providencias de cualquier autoridad que violen las garantías individuales o los derechos que otorga la Constitución, según el caso.

La circunstancia apuntada ha obligado a los tribunales que han sido competentes para conocer del amparo a definir, vía jurisprudencia, los alcances materiales de la disposición legal referida, de forma tal que dicha indefinición no sea obstáculo para cumplir con su función de tutelar, de manera reforzada, los derechos de la persona frente a actos, en principio, de autoridad.

Para efectuar dicha tarea ha sido determinante conjugar varios factores sin cuya concurrencia la labor definidora de la jurisprudencia, lejos de producir los resultados pretendidos, sería insuficiente o generaría conflictos con los otros órganos del Estado.

En primer lugar, es necesario considerar el aspecto sociológico, ya que es fundamental que los alcances de la citada expresión legal respondan tanto a las exigencias de tutela de la sociedad salvadoreña como a la actualización de la teoría política, a efecto de evitar que, como consecuencia de la interpretación constitucional, se generen zonas exentas de control constitucional.

Ahora bien, consideramos que esta labor interpretativa y sobre todo de actualización no debe ser exclusiva de la disposición que regula lo relativo a los actos susceptibles de control a través del amparo, sino que es predicable de la ley en general, la cual, como producto social que es, debe estar sometida a un proceso constante de revisión y actualización, a efecto de poder responder a las constantes transformaciones que sufre el derecho material, en este caso el constitucional. De lo contrario sucede lo que tradicionalmente ha ocurrido: las transformaciones o reformas en el derecho material se vuelvan irrelevantes, por la carencia de estructuras procesales adecuadas para dar una respuesta jurisdiccional a la pretensión fundada en dichas normas. Y es que, tal como señala el procesalista Couture:

[...] mientras el derecho material, por su parte, fue creando todo un sistema de excepción, el derecho procesal permaneció estacionario sobre las bases y fundamentos del sistema individualista. El desajuste entre el derecho sustancial y el derecho instrumental era evidente. Y por evidente, daba la sensación de que no todo estaba logrado [...], que una etapa quedaba por conquistar.¹

En segundo lugar, la división de poderes —la cual, al igual que los procesos constitucionales, constituye un mecanismo de defensa de la Constitución— es establecida en ésta como base de la estructura del poder político con las limitaciones del sistema de pesos y contrapesos. Y es que, al efectuar la Sala de lo Constitucional esta función de actualización, corre el riesgo de extender sus atribuciones al grado de quedar ella misma fuera de las esferas que le ha trazado la Constitución y, por lo tanto, lejos de constituir un órgano que a través de la división horizontal de poderes efectúa

¹ Eduardo J. Couture: *Estudios de derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires: Depalma, reimp. 3.ª ed., 1989, p. 274.

un control interorgánico, sea él el que rompa la marcha armónica y equilibrada del Estado de derecho.

Consideramos que en los últimos años la labor de la Sala de lo Constitucional ha respetado este marco de actuación fijado por la Constitución no obstante las dificultades y sobre todo las tentaciones que presenta ser el tribunal que tiene la última palabra en materia constitucional —y no la única— dentro de nuestro sistema de justicia, pero pensamos que el alto porcentaje de cumplimiento voluntario de nuestras sentencias por los otros órganos del Estado y los particulares pone de manifiesto el grado de aceptación por parte de éstos de la labor que realiza el tribunal.

Además de eso, el acatamiento de las resoluciones nos permite cumplir con otra de las parcelas del derecho a la protección jurisdiccional: “que el fallo judicial se cumpla en sus propios términos, pues sólo de esta manera el derecho al proceso se hace real y efectivo, y se garantiza el pleno respeto a la paz y seguridad jurídica de quien se vio protegido [...] por una Sentencia dictada en un proceso anterior”.²

La aceptación y el acatamiento de las resoluciones proveídas por la Sala nos ha permitido potenciar, por ejemplo, a través del proceso de amparo caracterizado en su diseño constitucional y legal por su dimensión subjetiva, la dimensión objetiva; dicha dimensión no se encuentra expresamente consignada en las constituciones y leyes que han regulado el amparo en El Salvador, sino que ha sido la propia jurisprudencia constitucional la que ha destacado que, “junto a este designio [refiriéndose a la dimensión subjetiva] aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución”.³

Es evidente que los efectos de la decisión adoptada en un amparo no se restringen únicamente al ámbito subjetivo, es decir, a procurar la tutela de los derechos o categorías jurídicas protegibles que en el caso concreto se alegan como vulnerados, sino que el pronunciamiento trasciende al ámbito objetivo, particularmente porque para la realización de su dimensión subjetiva se vuelve necesaria la interpretación de los preceptos constitucionales relacionados con el caso planteado, específicamente aquellos en los que se regula el derecho o la categoría jurídica protegible que se alega vulnerada, la cual se convierte en “criterio cierto para orientar la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales por parte de los demás órganos estatales y, particularmente, de los órganos judiciales”.⁴

² Joan Picó i Junoy: *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona: Bosch, 1997, p. 76.

³ Sentencia definitiva pronunciada en el amparo 22-A-94 ac. 27-M-94, el 05-02-1996.

⁴ Manuel Carrasco Durán: “El concepto constitucional del recurso de amparo: examen de posibilidades para una reforma de la regulación y práctica del recurso de amparo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 63, 2001, p. 95. En similar sentido, Manuel García Pelayo: “El status del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, n.º 1, p. 33, nota 39; Francisco Tomás y Valiente: “Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional”, en *Obras Completas*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, vol. III, p. 2132.

Se trata de una dimensión que determina y clarifica el contenido de las disposiciones constitucionales que utiliza la Sala para resolver el caso concreto, el cual servirá no sólo a los tribunales, sino también a las autoridades y funcionarios de los otros órganos del Estado para resolver los supuestos similares que se le planteen.⁵ Por lo anterior es que se afirma que la dimensión objetiva “trasciende a la simple vulneración de un derecho fundamental, o permite perfilar más la correcta interpretación de la norma constitucional que reconoce el derecho en cuestión”.⁶

A continuación haremos referencia a alguna jurisprudencia constitucional en la que se pone en evidencia el tratamiento que ésta le ha dado a la dimensión objetiva del amparo.

En primer lugar, la jurisprudencia ha catalogado a la Sala de lo Constitucional como “intérprete supremo”,⁷ “guardián”⁸ y “garante”⁹ de la Constitución; es decir que su función va más allá de la protección de los derechos o categorías que se discuten en el caso concreto, “trasciende de lo singular”.¹⁰

En segundo lugar, la jurisprudencia ha hecho hincapié en el papel del Tribunal como “bastión fundamental en la defensa de la constitucionalidad, sirviendo a los

⁵ Sobre el tema; véase: Luis López Guerra, citado por José Luis Cascajo Castro: “Los derechos invocables en el recurso de amparo”, en *Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: Perspectivas para el próximo milenio*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura, 1996, p. 299; o Luis López Guerra, citado por José Luis Cascajo Castro: “Los derechos invocables en el recurso de amparo”, en Miguel Ángel García Herrera (coord.): *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Bilbao: Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1997, p. 54.

⁶ Pablo López Pietsch: “Objetivar el recurso de amparo: Las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 53, 1998, p. 142. Señala Cascajo: “[...] la denominada jurisdicción constitucional de las libertades se nutre de una serie de principios y criterios que surgen más allá de los intereses singulares de los que traen causa, al ejercer con los efectos pertinentes la función de integración y aplicación de los derechos fundamentales”. “Los derechos invocables...”, o. cit., p. 299.

⁷ Improcedencias pronunciadas en los amparos 155-2000 y 655-2003, el 16-03-2000 y 09-02-2005, respectivamente. Sobre la función de intérprete supremo del Tribunal a través del amparo, véase Manuel Aragón Reyes: “Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo”, en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid: Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, vol. II, p. 1824.

⁸ Improcedencias proveídas en los amparos 652-2001 y 745-2002, el 04-02-2002 y 03-02-05, respectivamente. Sobre el papel de *guardián de la Constitución* de la jurisdicción constitucional, véase: Pedro De Vega García: “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, n.º 7, 1979, pp. 108-111.

⁹ Sentencias definitivas dictadas en los amparos 512-2001 y 470-2002, el 03-12-2002 y 07-04-2003, respectivamente.

¹⁰ Sentencia definitiva pronunciada en el amparo 22-A-94 y acumulado 27-M94, el 05-02-1996. En igual sentido, entre otras, la sentencia definitiva proveída en el amparo 4-N-93, el 24-11-95.

jueces que también representan un papel como defensores de la Constitución, como herramienta para la interpretación de las normas”.¹¹

Y, en tercer lugar, en los supuestos en que la Sala pronuncia sentencia estimatoria cuyo efecto restitutorio es de tipo patrimonial, para determinar la responsabilidad directa del funcionario que dictó el acto reclamado, uno de los criterios utilizados es la existencia de resoluciones pronunciadas por el Tribunal en casos semejantes, ya que —apunta la jurisprudencia— debe “procederse con más rigor cuando se trate de situaciones comunes o resueltas con anterioridad, pues siendo este Tribunal el que de modo definitivo desarrolla, amplía y llena el contenido de las disposiciones constitucionales, ninguna autoridad puede dar una interpretación diferente a la que da esta Sala, pues hacerlo violaría la Constitución”.¹²

Asimismo, de la estructura de nuestro sistema de protección de derechos se puede desprender también el ámbito objetivo del amparo, pues a pesar de que todos los jueces y magistrados están vinculados a la Constitución,¹³ y que además pueden inaplicar las disposiciones de los otros órganos del Estado que consideren inconstitucionales,¹⁴ existe un tribunal ubicado en la cúspide del órgano judicial que tiene la “última palabra” en lo relativo a la interpretación de las normas constitucionales, las cuales forman parte del fundamento normativo de las decisiones que pronuncia.¹⁵

No se trata, por tanto, de una condición singular del amparo, sino que es consecuencia de la posición superior de la Sala de lo Constitucional en el sistema salvadoreño de protección de los derechos, que de igual forma se puede apreciar en la “doctrina fijada en todos los recursos que operan como última y definitiva instancia en cualquier materia del ordenamiento jurídico, como es el caso, señaladamente, del recurso de casación”.¹⁶

¹¹ Sentencia definitiva pronunciada en el hábeas corpus 546-97 y acum., el 9-03-1998.

¹² Sentencia definitiva pronunciada en el amparo 366-99, el 03-04-2001. En igual sentido, entre otras, la sentencia definitiva proveída en el amparo 250-97, el 23-07-1998.

¹³ Artículo 172 inciso 3.º de la Constitución.

¹⁴ Artículo 185 de la Constitución.

¹⁵ “En nuestro país, dicho ente jurisdiccional encargado de pronunciar la ‘última palabra’ [respecto de las pretensiones constitucionales deducidas ante los tribunales inferiores] es la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y de ese modo garantiza dos principios superiores de orden constitucional, los cuales son la igualdad ante la jurisdicción y la seguridad jurídica.” Sentencia definitiva pronunciada en el hábeas corpus 7-Q-96, el 20-09-1996. Cascajo y Gimeno califican al Tribunal Constitucional, como “intérprete definitivo de los derechos fundamentales, porque [...] irradia además una jurisprudencia que va delimitando los perfiles concretos de los derechos fundamentales y libertades públicas”. José Luis Cascajo Castro y Vicente Gimeno Sendra: *El recurso de amparo*, Madrid: Tecnos, 1984, p. 58.

¹⁶ Carrasco Durán: o. cit., p. 112. En igual sentido: Juan Antonio Xiol Ríos: “Algunas reflexiones al hilo de la ponencia de Ignacio Díez-Picazo ‘Reflexiones sobre el contenido y efecto de las sentencias dictadas en procesos constitucionales de amparo’”, en *Cuadernos y Debates* 63 (“La sentencia de amparo constitucional (Actas de la I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional”)), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 87.

Sin embargo, es innegable la superioridad del amparo respecto de los procesos que se tramitan ante los tribunales ordinarios, lo cual se evidencia a través de dos mecanismos específicos que constituyen la síntesis de la dimensión objetiva del amparo, como son: la eficacia correctora y la eficacia persuasiva de la jurisprudencia constitucional.

La eficacia correctora del amparo se pone de manifiesto a través del denominado *efecto restitutorio* de la sentencia estimatoria, la cual, en los casos en que es posible, además de nulificar el acto reclamado y los que son su consecuencia, obliga a la autoridad demandada a dictar un nuevo acto conforme al contenido del derecho declarado en la sentencia.¹⁷

La eficacia persuasiva, por su lado, deriva de la *auctoritas* que confiera a la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional su condición de máximo órgano jurisdiccional en materia de interpretación de la Constitución y, en particular, en lo relativo a garantías constitucionales o derechos fundamentales.¹⁸

La confluencia de estos dos mecanismos produce en la práctica una tendencia al seguimiento, por todas las autoridades del Estado, de la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional,¹⁹ a pesar de que en el ordenamiento jurídico salvadoreño no hay disposición constitucional o legal expresa que establezca la vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional, y donde la misma Sala se ha encargado de señalar el efecto vinculante de su labor interpretativa²⁰ o “nomotético de las sentencias [...] o el valor objetivo de la jurisprudencia constitucional”.²¹

¹⁷ Ejemplo de la eficacia correctora del amparo es la sentencia definitiva pronunciada en el amparo 139-2001, el 19-04-2002, en la que la Sala de lo Constitucional, en la parte del efecto restitutorio de la sentencia, ordenó “invalidar la resolución dictada por la Cámara [...], debiendo entonces la Cámara mencionada emitir la resolución correspondiente, partiendo de las consideraciones realizadas en esta sentencia, para efectos de no menoscabar los derechos constitucionales de propiedad y seguridad jurídica del impetrante”. Sobre el tema véase Carrasco Durán: o. cit., p. 105.

¹⁸ Cf. *ibídem*, p. 105.

¹⁹ Cf. *ibídem*.

²⁰ Sentencia definitiva pronunciada en el amparo 22-A-94 y acumulado, el 05-02-1996. Alguna doctrina califica a la labor interpretativa de la jurisprudencia constitucional como “pedagógica”; véase para tal efecto: Juan Luis Requejo Pagés: “Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n.º 50, 1997, p. 251; otra, en similar sentido, la califica como “educadora” y legitimadora. Cf. Aragón Reyes: o. cit., p. 1824.

²¹ Sentencia definitiva pronunciada en el hábeas corpus 7-Q-96, el 20-09-1996. Sobre el tema véase: Carrasco Durán: o. cit., p. 105.

2. Enumeración

2.1. *Contra ley autoaplicativa*

En primer lugar, encontramos el supuesto en el que a través del amparo se impugna una ley y otras disposiciones de carácter general, impersonal y abstracto, cuando se trate de normas autoaplicativas.

La jurisprudencia constitucional ha aceptado expresamente la procedencia del amparo contra ley, el cual ha sido considerado como un instrumento de naturaleza procesal a través del cual se atacan todas aquellas disposiciones legales —entendida esta expresión en su acepción material— emanadas de cualquier órgano con potestades normativas, que infrinjan derechos o categorías consagrados en la normativa constitucional.²²

En ese sentido, el amparo contra ley es un mecanismo que controla no sólo la actividad del órgano que por excelencia es titular de la potestad normativa, sino también de otros a los que la misma Constitución se las atribuye; tal es el caso del Consejo de Ministros (artículo 167, ordinal 1.º), el Presidente de la República (artículo 168, ordinal 14.º), la Corte de Cuentas de la República (artículo 195, atribución 6.º) y los Concejos Municipales (artículo 204, ordinal 1.º), entre otros.

Y es que es fundamental que la actividad de los órganos con potestades normativas no quede excluida del control constitucional, pues resultaría irrazonable aceptar que los gobernados quedaran a merced de éstos, al no brindárseles un medio jurídico para impugnar las disposiciones que emitan, cuando éstas violen flagrantemente sus derechos o categorías jurídicas reconocidas en la Constitución; ello basado en la premisa de que los órganos con potestades normativas no pueden dictar leyes a su arbitrio, sino que su actuación debe ceñirse, en todo caso, a la Constitución.²³

En el caso concreto del amparo contra ley autoaplicativa, el control recae sobre un tipo de norma particular, ya que ésta se caracteriza por ser directamente operativa, en el sentido de que no precisa de ningún acto posterior de ejecución o aplicación, sino

²² Cf. sentencia definitiva pronunciada en el amparo 1263-2002, el 07-01-2004. En igual sentido, entre otras, las sentencias definitivas proveídas en los amparos 78-2003 y 509-2004, el 30-01-2004 y el 02-12-2005, respectivamente.

²³ Cf. sentencia definitiva pronunciada en el amparo 143-2001, el 28-05-2002. En igual sentido, entre otras, la sentencia definitiva proveída en el amparo 126-2002, el 07-08-2003. Señala Polo Bernal, refiriéndose al amparo contra ley, que el juicio de amparo se estructura como “un medio de defensa para enfrentar al poder público y para obligarlo a que respete tales garantías [las individuales de la persona] y actúe en la órbita de sus atribuciones, como salvaguarda de las libertades del hombre y, por extensión, de los derechos de la persona”. Agrega que el amparo “existe para el hombre, para protegerlo, ayudarlo y defenderlo de los desmanes de las autoridades del Estado”. Efraín Polo Bernal: *El juicio de amparo contra leyes (sus procedimientos y formulario básico)*, México: Porrúa, 1993, p. 3.

que produce desde su sola promulgación efectos jurídicos; y si una ley de esta naturaleza causa un daño e importa un acto lesivo desde su entrada en vigencia, es susceptible de ser impugnada por la vía del amparo.²⁴

Es de resaltar que la producción por este tipo de normas de un daño o un agravio en los derechos o categorías protegidos por el amparo constituye el aspecto determinante para declarar la procedencia de éste, ya que, si se pretendiera el mero control abstracto de las normas o, en otros términos, sobre el ejercicio de la potestad normativa del Estado, se estaría “colocando al Poder respectivo, íntegramente, bajo la férula del Judicial”,²⁵ desnaturalizando así el proceso de amparo.

Cabe señalar que los efectos que produce la sentencia estimatoria en este tipo de amparo se reducen al caso concreto, es decir, que “la no aplicación de la norma”²⁶ ordenada en la sentencia no es extensible a los casos de otras personas que hayan sido perjudicadas en sus derechos o categorías a consecuencia de los efectos de la norma. Se trata de un pronunciamiento que tiene un ámbito subjetivo reducido, limitado a las partes del proceso de amparo, lo cual lo diferencia sustancialmente de la inconstitucionalidad, en la que los efectos de la sentencia se extienden a terceros que no han intervenido, son *erga omnes*.²⁷

En virtud de eso, toda persona que se encuentre en un supuesto similar y que pretenda obtener la no aplicación de la norma inconstitucional deberá promover el correspondiente proceso de amparo, con la ventaja de que el precedente jurisprudencial, además de vincular a la misma Sala de lo Constitucional, puede servirle para obtener la inmediata suspensión del acto reclamado —que en este caso se traduce en la no aplicación de la norma durante la tramitación del proceso— e incluso la supresión del plazo probatorio.

Nos encontramos en presencia de una situación inacabada, ya que, si bien es cierto que la introducción de esta modalidad de amparo en el ordenamiento jurídico

²⁴ Cf. sentencia definitiva pronunciada en el amparo 330-2000, el 23-09-2002. En igual sentido, entre otras, las sentencias definitivas proveídas en los amparos 134-2002 y 710-2002, ambas el 09-09-2003. El “juicio de amparo contra leyes, al igual que todo amparo, es una instancia constitucional, de tipo procesal que, en el caso, eleva el particular afectado por la ley [...] ante los organismos encargados del control de constitucionalidad de las leyes [...], por estimarlos lesivos de una garantía individual o social”. Polo Bernal: o. cit., p. 2. Sobre el tema, véase Ignacio Burgoa: *El juicio de amparo*, México: Porrúa, 1978, p. 223; y, Juan Manuel Goig Martínez: *Configuración constitucional del amparo en Venezuela*, tesis doctoral, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1992, p. 162.

²⁵ Burgoa: o. cit., p. 222.

²⁶ Sentencia definitiva pronunciada en el amparo 427-99, el 04-09-2000.

²⁷ Al respecto, Polo Bernal afirma que “el fin del amparo contra ley es restituir al quejoso contra el atentado cometido, sin decretar nada en lo general, sino sólo respecto del caso denunciado”. Polo Bernal: o. cit., p. 2. En análogo sentido: Goig Martínez: o. cit., p. 153. Destaca Burgoa, que los efectos de la sentencia en este caso constituyen manifestación del denominado principio de relatividad de la cosa juzgada, ya que, si fueran *erga omnes*, invadiría la esfera de competencia constitucional de la legislación y produciría el desequilibrio de los poderes constitucionales. Cf. Burgoa: o. cit., p. 220.

salvadoreño ha traído muchas ventajas, se vuelve necesario idear un mecanismo a través del cual el pronunciamiento de una sentencia estimatoria, en un caso de esta naturaleza, conlleve el inicio de un proceso de inconstitucionalidad.

2.2. *Contra actos jurisdiccionales de juzgados y tribunales*

En segundo lugar, hallamos el amparo por medio del cual se atacan actos jurisdiccionales de tribunales o jueces que vulneren los derechos consagrados en la normativa constitucional, cuando tales vulneraciones sean imputables de modo inmediato y directo a una acción u omisión de la autoridad judicial.

La Constitución en su artículo 172 inciso 1.º, instituye que el órgano judicial se encuentra integrado por los juzgados y tribunales que la misma Constitución y las leyes establezcan, y que sólo a éstos corresponde la potestad de “juzgar y ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley”. En otros términos, establece el denominado principio de exclusividad de la jurisdicción.

Dicha potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado —llamada *potestad jurisdiccional*— es ejercida por los juzgados y tribunales a través del proceso jurisdiccional, el cual no es más que un medio para la realización del denominado *derecho a la protección jurisdiccional*, reconocido en el artículo 2 de la Constitución.

Ahora bien, puede suceder que en la tramitación del proceso jurisdiccional los juzgados y tribunales no cumplan a cabalidad su cometido; es decir que, no obstante estar instituido el proceso como un instrumento para la realización del derecho a la protección, éste se convierta en un mecanismo a través del cual se vulneren derechos o categorías jurídicas protegibles por el amparo, ya sea por medio de una acción o por una omisión de la autoridad judicial correspondiente. Implica, por así decirlo, que “el autor del desafuero es precisamente quien debía ampararnos”.²⁸

Nos encontramos pues ante acciones u omisiones de naturaleza judicial, es decir que emanan del órgano al que la misma Constitución atribuye el monopolio de la potestad jurisdiccional. Lo anterior conlleva una delimitación subjetiva tajante, ya que implica la exclusión de una serie de actos provenientes: en primer lugar, de los otros órganos del Estado; en segundo lugar, de particulares; y, en tercer lugar, de cualquier autoridad y otras entidades o personas encargadas de solucionar conflictos y litigios, que no forman parte del órgano judicial pero que actúan con arreglo a criterios jurídicos o de equidad.²⁹

²⁸ Aurelio Guaita Martorell: “El recurso de amparo contra tribunales”, en *Revista de Derecho Político*, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, n.º 13, invierno 1982-1983, p. 67.

²⁹ Cf. Joaquín García Murcia: “Comentario al artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid: Tribunal Constitucional y Boletín Oficial del Estado, 2001, p. 704.

Quedan excluidas, en consecuencia, acciones u omisiones de los tribunales de mediación y arbitraje, que en el caso salvadoreño no se encuentran integrados en el órgano judicial, las cuales en algunas ocasiones pueden constituir el fundamento fáctico de la pretensión de amparo, pero bajo otro rubro.

De igual manera, quedan excluidas las acciones u omisiones de otras autoridades y tribunales que actúan y deciden según criterios jurisdiccionales; tal es el caso de la Fiscalía General de la República (artículo 193 de la Constitución), la Corte de Cuentas de la República (artículo 196 de la Constitución), el Tribunal Supremo Electoral (artículo 208 de la Constitución) y los tribunales militares (artículo 216 de la Constitución), entre otros.

Cuando la lesión al derecho o categoría jurídica protegible por el amparo es consecuencia de una acción de la autoridad judicial, estamos refiriéndonos a una conducta positiva de ésta, concretamente a la emisión de una resolución judicial, la cual constituye el medio por excelencia a través del cual el juez declara su voluntad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y es precisamente con su pronunciamiento “como el juez ejercita la potestad de que está investido”.³⁰

Puede suceder también que la lesión al derecho o categoría jurídica protegible por el amparo provenga de una omisión, es decir, de una conducta negativa, de una abstención de la autoridad judicial correspondiente. Se trata del caso en el que la autoridad judicial se encuentra vinculada por una obligación de obrar o realizar una prestación determinada, y cuyo incumplimiento impide el libre ejercicio de un derecho o categoría protegible por el amparo.³¹

Es de señalar que la violación al derecho o categoría protegible por el amparo, ya sea a causa de una acción o de una omisión de la autoridad demandada, puede mostrar una fisonomía muy variada. En primer lugar, puede ser consecuencia del desconocimiento de una norma —como sucedió en el amparo 34-R-94, en el que se alegó el desconocimiento de la autoridad judicial demandada respecto de la prohibición de doble juzgamiento—; en segundo lugar, por interpretación errónea de una norma, tal como sucedió en el amparo 30-S-96; en tercer lugar, por la aplicación de una norma inconstitucional —supuesto que posteriormente será analizado—; y, en cuarto lugar, por una simple actuación material, es decir, con carencia total de competencia o inobservancia completa del procedimiento correspondiente.

En dichas hipótesis, una vez agotados los recursos ordinarios, en los supuestos en que es posible hacerlo, el agraviado podrá incoar la pretensión de amparo.

³⁰ Enrico Tulio Liebman: *Manual de derecho procesal civil*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980, p. 179.

³¹ Cf. Vicente Gimeno Sendra y José Garberí Llobregat: *Los procesos de amparo (ordinario, constitucional e internacional)*, Madrid: Colex, 1994, pp. 160-161.

2.3. *Contra acciones u omisiones de cualquier otra autoridad*

En tercer lugar, encontramos el amparo a través del que se impugnan las acciones u omisiones de cualquier otra autoridad o entidad pública.

Hemos señalado ya la procedencia del amparo contra actos normativos —de cualquier autoridad o funcionario titular de esta potestad— y actos jurisdiccionales de los juzgados y tribunales, entre otros. Nos queda por mencionar un grupo amplio de acciones u omisiones que también son controlables a través del amparo: concretamente, los actos jurídicos y las vías de hecho. Unos y otras son susceptibles de ser producidos por cualquier autoridad o funcionario del Estado, y ello es lo que motiva que el análisis se realice en atención a su naturaleza y sus particularidades, y no en consideración a la autoridad o funcionario de los que emanan, tal como se ha hecho en los otros casos.

Cuando hablamos de actos jurídicos, nos referimos a “actos que producen efectos jurídicos por sí mismos y no a simples manifestaciones de deseo o voluntad política o administrativa sin eficacia jurídica, tales como las declaraciones políticas o la exposición de programas o intenciones sin valor jurídico propio”.³² Se trata de una expresión amplia que incorpora no sólo a los actos administrativos, sino también a los denominados actos políticos.³³

Encontramos en la jurisprudencia constitucional una gran variedad de actos jurídicos impugnados a través del amparo, entre los que cabe mencionar: actos administrativos³⁴ —amparos 1180-2002 y 150-2005—, actos presuntos —amparos 157-98 y 159-98— y actos tácitos o implícitos —amparo 224-98.

A diferencia de los casos anteriores, no encontramos en la jurisprudencia de amparo ninguna resolución que estudie en detalle lo relativo a los denominados *actos políticos*;³⁵ no así en la emanada de la misma Sala de lo Constitucional al conocer del proceso de inconstitucionalidad. Dicha jurisprudencia, a pesar de no encontrarse referida

³² Miguel Sánchez Morón: “Comentario al artículo 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid: Tribunal Constitucional y Boletín Oficial del Estado, 2001, p. 683.

³³ Sobre la amplitud de la expresión *acto jurídico*, véase Fernando Garrido Falla: “Artículo 161”, en *Comentarios a la Constitución*, Madrid: Civitas, 1985, p. 2359; Gimeno Sendra y Garberí Llobregat: o. cit., p. 161; y Pablo García Manzano: “Las vías judiciales previas al recurso de amparo constitucional”, en *El Tribunal Constitucional*, Madrid: Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, vol. II, p. 1153.

³⁴ Sobre la definición y el tratamiento de los actos administrativos en la jurisprudencia constitucional, véanse las sentencias definitivas pronunciadas en los amparos 427-200 y 421-2002, el 11-12-2001 y el 27-11-2003, respectivamente.

³⁵ Sobre los actos de naturaleza política en general, véase Eduardo García de Enterría: y Tomás Ramón Fernández: *Curso de derecho administrativo*, Madrid: Civitas, 1999, vol I, pp. 563- 568; Luis María Cazorla Prieto: *Temas de derecho administrativo*, Madrid: Escuela de Inspección Financiera y Tributaria, 1983, pp. 244-245.

al control de los actos políticos a través del amparo, sí se pronuncia en lo concerniente a la genérica posibilidad de revisar la constitucionalidad de éstos, lo cual la hace aplicable al amparo en cuanto mecanismo de control.

Es innegable que la construcción de esta línea jurisprudencial ha presentado algunas dificultades, ya que la misma Sala de lo Constitucional, al resolver los procesos de inconstitucionalidad 14-87 y 11-93, expresamente había negado la posibilidad de que los actos políticos fueran susceptibles de ser controlados en vía judicial, pues sostenía que existen límites a dicho control de constitucionalidad, “y que tales límites se basan en que el ejercicio del poder, por parte de cada órgano estatal, se proyecta en un conjunto de competencias o potestades que son privativas de cada entidad; atribución que realiza mediante criterios estrictamente políticos, en cuyo ámbito no puede penetrar la revisión judicial”.

Finalmente, señaló que “el Tribunal encargado del control de constitucionalidad [...] no podía conocer de las cuestiones puramente políticas, ya que tal situación excedería con demasía la órbita de competencia que le está delimitada por la Constitución, e invadiría el campo propio de los otros órganos del Estado”.³⁶

Sin embargo, al pronunciar sentencia en el proceso de inconstitucionalidad 24-97 acumulado 21-98, como asunto previo relacionó la jurisprudencia existente, la cual le impedía conocer sobre el asunto planteado, y procedió a analizar sus fundamentos jurídicos a efecto de determinar si se adaptaban a las nuevas exigencias de lo que debe ser un auténtico régimen de vigilancia de la superioridad de la Constitución, con relación a disposiciones jurídicas y actos estatales. En ese sentido, la sentencia apuntó que, si algún sector del ordenamiento jurídico en vigor o de la actividad estatal no puede ser enjuiciado constitucionalmente, no se tipifica en el país un régimen completo de control de constitucionalidad.

En conclusión, señaló que era necesario apartarse de la jurisprudencia sostenida con anterioridad, ya que de lo contrario se estarían creando zonas exentas de control de constitucionalidad; pero que el Tribunal no se encontraba habilitado para revisar “la conveniencia y oportunidad en que los poderes políticos ejercen las atribuciones que de modo privativo les corresponden; sino que su función se limita a realizar el examen de compatibilidad con la Ley Suprema, con lo cual está actuando dentro de los límites

³⁶ Tomado de la sentencia definitiva pronunciada en la inconstitucionalidad 24-97 ac. 21-98, el 26-09-2000. Sobre las cuestiones políticas no justiciables, sus orígenes y evolución; véase Héctor Fix Zamudio: “La justicia constitucional y la judicialización de la política”, en *Constitución y constitucionalismo hoy*, Caracas: Fundación Manuel García Pelayo, 2000, pp. 560-565; y Ricardo Haro: “El control jurisdiccional de las ‘cuestiones políticas’. Nuevas perspectivas”, en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, pp. 403-419. Con relación a las críticas formuladas al “guardián de la Constitución” como producto de la ampliación de sus competencias y la importancia política de sus sentencias, son interesantes los comentarios realizados por De Vega García: o. cit., pp. 114-116.

de su competencia, sin violentar el principio de separación e independencia de órganos”.³⁷

Dicha jurisprudencia, tal como se dijo, es aplicable al amparo en cuanto mecanismo de control de constitucionalidad de los actos; y en ese sentido, si un acto de naturaleza política le ocasiona un agravio constitucionalmente relevante a una persona, ésta se encuentra habilitada para impugnarlo a través del amparo.

Además de eso, del contenido de algunas disposiciones de la Constitución se puede desprender la procedencia del amparo contra actos de la naturaleza apuntada, concretamente de los artículos 235 y 247. Así, el artículo 235 establece la necesaria sujeción a la Constitución de los actos de todo funcionario civil y militar, sin establecer excepción alguna, y el 247, al regular lo relativo al amparo, lo configura como un instrumento para impugnar los actos que violen los derechos constitucionales de la persona, sin exclusión alguna, lo cual es reiterado por los artículos 3 y 12 de la Ley de Procedimientos Constitucionales.

Establecer excepciones como las efectuadas por las sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas en los procesos 14-87 acumulado 11-93 conlleva la creación de una zona exenta del control de constitucionalidad no prevista en la misma Constitución, lo cual posibilitaría la violación de los derechos o categorías protegidos por el amparo, so pretexto de que el acto que la inflige es de naturaleza política.

Por otro lado, también se ha aceptado —amparo 765-99— la procedencia del amparo contra las vías de hecho o actuación de hecho, a aquella que carece de un acto previo que, aunque viciado, le sirva de soporte;³⁸ es decir, comprende los casos de “inexistencia o irregularidad sustancial del acto de cobertura”.³⁹ Pero además incluye los supuestos en los que a partir de un determinado acto se pretenden efectos ejecutorios de éste, absolutamente al margen de los límites que el acto marca;⁴⁰ se trata por tanto de una “irregularidad o exceso en la propia actividad de ejecución en sí misma considerada”.⁴¹

También es procedente el amparo contra actuaciones de hecho de los juzgados y tribunales en los supuestos de ejecución de sentencias, de conformidad con el artículo 441⁴² del Código de Procedimientos Civiles. En dicho caso, si el juez o tribunal al que

³⁷ Sentencia definitiva pronunciada en la inconstitucionalidad 24-97 ac. 21-98, el 26-09-2000.

³⁸ Cf. José Almagro Nosete: *Justicia Constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 308.

³⁹ García de Enterría y Fernández: o. cit., p. 793. En análogo sentido, Xavier Pibernat Domenech: “Los pronunciamientos contenidos en las sentencias de otorgamiento de amparo constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n.º 29, 1990, pp. 166-167.

⁴⁰ Cf. Almagro Nosete: o. cit., p. 308.

⁴¹ García de Enterría y Fernández: o. cit., p. 793.

⁴² Artículo 441: “Las sentencias serán ejecutadas por los Jueces que conocieron o debieron conocer en primera instancia”.

corresponde la ejecución de la sentencia vulnera un derecho o categoría protegible por el amparo, a consecuencia de un exceso en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, el agraviado puede promover amparo a efecto de atacar el acto lesivo.

2.4. *Contra ley heteroaplicativa*

El amparo contra ley heteroaplicativa no se encuentra expresamente previsto en la Ley de Procedimientos Constitucionales, pero ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado de incorporarlo.

Este amparo procede contra aquellos actos de aplicación de una disposición general que, siendo lesiva de derechos o categorías consagrados en la normativa constitucional, requiere necesariamente —para que la ley pueda efectivizarse— de un acto de aplicación posterior, por parte de alguna autoridad, para producir sus consecuencias jurídicas.⁴³ Por eso mismo, a través de este tipo de amparo es susceptible controlar la actividad de todos los órganos, autoridades o funcionarios del Estado o particulares, según el caso, que posean la potestad de aplicar normas jurídicas. Es por dicha razón que no es dable enmarcar el amparo contra ley heteroaplicativa en la categoría de amparo contra actos judiciales o administrativos.

Es de recalcar que, para que una ley heteroaplicativa pueda ser impugnada a través del amparo, es menester que se realice un acto de aplicación de ésta, pues de lo contrario habría ausencia de agravio, requisito indispensable para la procedencia del amparo.⁴⁴ Y es que en este caso, tal como señala la Sala de lo Constitucional:

[...] sólo por el uso de una sinécdoque es que resulta lógica y gramaticalmente correcto hablar de amparo contra ley, pues el acto reclamado no es la ley en sí considerada, como regla que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas abstractas e impersonales, sino por un acto concreto de autoridad que afecta la esfera jurídica particular, determinada mediante aplicación individual del precepto legal.⁴⁵

En efecto, el amparo contra leyes:

[...] no es más que un medio de desaplicación de un precepto reputado como inconstitucional [...] pues, al limitarse a hacer una declaración particular (la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley de modo general y obligatoria es objeto del

⁴³ Cf. improcedencia pronunciada en el amparo 456-2000, el 04-01-2001. En igual sentido, entre otras, las sentencias definitivas pronunciadas en los amparos 190-2001 y 740-2001, el 17-05-2002 y 25-11-2002, respectivamente. El “juicio de amparo contra leyes, al igual que todo amparo, es una instancia constitucional, de tipo procesal que, en el caso, eleva el particular afectado por [...] el acto de su aplicación [de una ley] ante los organismos encargados del control de constitucionalidad de las leyes y de los actos de las autoridades estatales, por estimarlos lesivos de una garantía individual o social”. Polo Bernal: o. cit., p. 2.

⁴⁴ Sobre el amparo contra ley heteroaplicativa, véase Burgoa: o. cit., p. 223.

⁴⁵ Improcedencias dictadas en los amparos 196-2000 y 601-2001, el 13-09-2000 y 14-11-2001, respectivamente.

proceso de inconstitucionalidad), ordena la desaplicación en los casos de leyes heteroaplicativas.⁴⁶

En este tipo de amparo, al igual que en el incoado contra ley autoaplicativa, los efectos de la sentencia se reducen al caso concreto, es decir, tiene un ámbito subjetivo restringido, que no trasciende a las partes que intervienen en el proceso. Por dicha razón, cada persona que se considere afectada por el acto de aplicación de la norma debe promover el amparo correspondiente a efecto de lograr que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban, con la ventaja de que en virtud del precedente jurisprudencial puede obtener la inmediata suspensión del acto reclamado —que en este caso va dirigida a evitar que el acto que se dictó a consecuencia de la aplicación de la ley despliegue sus efectos lesivos— y la omisión del plazo probatorio.

La anterior situación, tal como se dijo respecto al amparo contra ley autoaplicativa, nos lleva a calificar la cuestión como inacabada, ya que se vuelve necesario idear un mecanismo a través del cual el pronunciamiento de una sentencia estimatoria, en un caso de esta naturaleza, conlleve el inicio de un proceso de inconstitucionalidad, tal como sucede en otros países.⁴⁷

2.5. *Contra actos de particulares*

Finalmente, encontramos el amparo contra particulares. Este supuesto de procedencia del amparo no se halla previsto en la Ley de Procedimientos Constitucionales, pero igualmente ha sido la jurisprudencia constitucional la que se ha encargado de declarar su procedencia.

El amparo contra particulares surge con el objeto de actualizar el sistema de protección de derechos, concretamente para que se encuentre acorde con la realidad surgida a consecuencia del fenómeno de la socialización,⁴⁸ que se caracteriza por la producción de relaciones mucho más complejas, que trascienden del ámbito individual al grupal, alterando con ello también la naturaleza de los conflictos internos, los cuales no sólo afectan al individuo aisladamente considerado.⁴⁹

⁴⁶ Sobreseimiento proveído en los amparos 388-99 ac. al 377-99, el 04-09-2000 y la improcedencia dictada en el amparo 196-2000, el 13-09-2000.

⁴⁷ Artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español.

⁴⁸ Sobre las transformaciones derivadas del fenómeno de la socialización, véase José Acosta Estévez: *Tutela procesal de los consumidores*, Barcelona: Bosch, 1995, p. 39; y Pablo Gutiérrez de Caviedes e Hidalgo de Caviedes: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Navarra: Aranzadi, 1999, p. 66.

⁴⁹ Sobre la crisis de la concepción constitucional clásica, y en especial la del principio de la generalidad de la ley; el reconocimiento de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, y la autonomía de la voluntad, véase Pedro De Vega García: “En torno al problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, en *Estudios de derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Madrid: Tecnos, 1997, vol. I, pp. 334-336.

Actualmente, pues, nos encontramos ante una nueva realidad, en la que no “importa que el individuo sea libre en el Estado si después no es libre en la sociedad. No importa que el Estado sea constitucional si la sociedad subyacente es despótica. No importa que el individuo sea libre políticamente si después no es libre socialmente”.⁵⁰ Y es que en esta nueva realidad ya no sólo el Estado se encuentra en una posición predominante sobre la persona, sino que “junto o frente del Estado aparecen los grandes centros de poder privado —las organizaciones monopolistas u oligopolistas, los partidos políticos, los grupos financieros o empresariales, etc.— que también pueden incidir negativamente sobre los derechos fundamentales de las personas”,⁵¹ o “incluso puede ser más frecuente la violación por estos últimos”.⁵²

La incorporación del amparo contra particulares pretende, como se dijo, responder a las transformaciones que han operado dentro de la sociedad, en la que los actuales mecanismos de protección de los derechos resultan insuficientes, pues éstos, en virtud de su inspiración individualista liberal, se encuentran diseñados para tutelar los derechos de la persona únicamente frente a los ataques provenientes del Estado, y no de esos nuevos centros privados de poder.⁵³ Se vuelve indispensable, pues, “imponer su vigencia [de los derechos] en las relaciones privadas, especialmente frente a determinadas formas de poder social organizado”.⁵⁴

⁵⁰ Norberto Bobbio: “Libertá fondamentali e formazioni sociali. Introduzione storica”, en *Politica del Diritto*, n.º 4, año IV, 1975, p. 453, citado por Cascajo Castro y Gimeno Sendra: o. cit., p. 71.

⁵¹ Joan Oliver Araujo: *El recurso de amparo*, Palma de Mallorca: Colección Estado y Derecho 2, 1986, pp. 253-254. En similar sentido Mauro Cappelletti: “¿Renegar a Montesquieu?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n.º 17, 1986, p. 12.

⁵² Gregorio Peces Barba: “El Tribunal Constitucional”, en *Tribunal Constitucional*, Madrid: Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, vol. III, p. 2083. Al respecto, Solchaga ha sostenido que la afectación a los derechos por los centros de poder privados se produce en cuanto éstos “participan hoy de modo efectivo del poder político, sin que tengan fácil encaje en la estructura del Estado democrático”. Jesús Solchaga Loitegui: “La legitimación en el recurso de amparo”, en *El Tribunal Constitucional*, Madrid: Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, vol. III, p. 2603.

⁵³ Peces Barba califica como una “posición no moderna que considere que las violaciones de los derechos fundamentales proceden solo o principalmente del poder. Esta era la posición liberal”. Peces Barba: o. cit., p. 2083.

⁵⁴ Ignacio Gutiérrez Gutiérrez: *Introducción al libro de Konrad Hesse “Derecho constitucional y derecho privado”*, Madrid: Civitas, 1995, pp. 11-12. Al respecto De Vega señala: “[...] procediendo con una elemental coherencia, la protección de los derechos fundamentales y la actuación de su sistema de garantías, no deberá reducirse a contemplar hipotéticas violaciones de los mismos precedentes sólo de la acción de los poderes públicos, sino que tendrá que contemplar también las posibles lesiones derivadas de la acción de los particulares que, operando desde posiciones de privilegio, y configurándose como auténticos poderes privados emulan en ocasiones con ventaja al propio poder público en su capacidad erosiva y destructora de la libertad”. De Vega García: “En torno al problema...”, o. cit., p. 336.

Es de señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina contiene algunos pronunciamientos de mucha importancia en lo relativo a la protección de los derechos fundamentales frente a particulares. Concretamente, a través de la resolución del caso *Samuel Kot S. R. L.*, desveló:

[Además] de los individuos humanos y del Estado hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, las asociaciones profesionales, las grandes empresas que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico. A menudo sus fuerzas se oponen a las del Estado y no es discutible que estos entes colectivos representan, junto con el proceso material de la sociedad, una fuente de amenaza contra el individuo y sus derechos esenciales.⁵⁵

Esta postura de la Corte Suprema de Justicia argentina en su momento fue duramente criticada, incluso dentro de ella, donde un grupo minoritario de magistrados formuló una postura negativa —o tesis negativa— en la que señaló:

[Las] garantías constitucionales son los derechos públicos subjetivos que el hombre tiene frente al Estado [...] y que el texto constitucional se ocuparía exclusivamente de la defensa del particular contra la autoridad pública; o sea que jurídicamente hablando, pues, todo derecho del hombre muestra una configuración que podría llamarse bifronte; uno de sus lados mira hacia el Estado y presenta al derecho revestido de la calidad de garantía constitucional; el otro lado, en cambio, mira hacia los terceros particulares y, desde él, el derecho es específicamente privado. Para el primer supuesto, existiría [...] el amparo; para el segundo, el acto ilícito se hallaría sujeto a las previsiones de las leyes ordinarias.⁵⁶

En el caso salvadoreño, la Constitución dispone en su artículo 247:

Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la presente Constitución.

Se trata por tanto de una disposición que delimita, entre otros aspectos, el bien litigioso, pero no los sujetos de quienes pueden provenir los actos que lo afecten; nos encontramos, en ese sentido, ante una previsión constitucional abierta.

Ahora bien, no puede pasar inadvertido el hecho de que, en el momento en que se promulgó la Constitución salvadoreña de 1983, no se emitió una nueva Ley de Procedimientos Constitucionales, sino que continuó vigente la misma de 1960 con

⁵⁵ Cita tomada de José Luis García Ruiz: *El recurso de amparo en el derecho español*, Madrid: Editora Nacional, 1980, pp. 97-98.

⁵⁶ Néstor Pedro Sagiúes: *Ley de amparo. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, Buenos Aires: Astrea, 1979, pp. 422-423. Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que suscribieron esta tesis negativa agregaron, que “si se admitiera el amparo contra acto de particulares, ese recurso no constituiría ya un medio defensivo implícito deducido de la Constitución, sino “una acción sumarisísima *creada* por los jueces”, hecho que provocaría una “absoluta inseguridad jurídica”, de consecuencias “indudablemente rigurosísimas”. *Ibidem*, p. 423.

algunas reformas. Esta ley, en su artículo 12, restringía los sujetos de quienes podían provenir los acciones u omisiones lesivas a los derechos que otorga la Constitución:

[...] cualquier autoridad, funcionario del Estado o de sus órganos descentralizados y de las sentencias definitivas pronunciadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo.

A pesar de dicha circunstancia, el Constituyente de 1983 no se decantó por la fórmula restringida contenida en la Ley de Procedimientos Constitucionales, sino que optó por una amplia, al igual que la contenida en las Constituciones de 1950 y 1962, que comprende perfectamente los supuestos tradicionales —en los que la lesión a los derechos o categorías proviene de autoridades, tal como lo prevé la ley—, pero que no excluye la posibilidad de que la violación al bien litigioso emane de otros sujetos distintos, en este caso de los particulares, o —como lo declaró la Corte Suprema de la Nación Argentina al resolver al caso *Kot*— que del contenido de la Constitución no puede deducirse que la protección de los derechos humanos en ella reconocidos esté circunscrita a los ataques provenientes solamente de la autoridad.⁵⁷

No consta en ningún documento que ésta haya sido la intención del constituyente, pero, si hubiera sido la de configurar el amparo como un mecanismo para impugnar únicamente las acciones u omisiones de cualquier autoridad, se habría decantado por una formulación que lo excluyera, tal como lo hace la contenida en la Ley de Procedimientos Constitucionales o en las Constituciones anteriores a la de 1950.⁵⁸

La jurisprudencia constitucional, consecuente con la letra del artículo 12 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, durante mucho tiempo se limitó a reiterar el contenido de ésta en lo relativo a los sujetos de los que podía emanar el acto reclamado; es decir, que el amparo era procedente únicamente contra actos de autoridad y no contra particulares.⁵⁹

Sin embargo, la Sala de lo Constitucional admitió algunas demandas de amparo en las que los actos reclamados emanaban de particulares, lo cual significó un primer paso en la modificación de la línea jurisprudencial restrictiva que el Tribunal había construido en consonancia con la Ley de Procedimientos Constitucionales. Fue un primer paso, ya que el auto de admisión correspondiente no contiene ningún tipo de referencia al cambio que se estaba operando en lo relativo a los supuestos de procedencia del amparo.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 424.

⁵⁸ Véanse los artículos 37, 57, 37 de las Constituciones de 1886, 1939 y 1945. Es de aclarar, que cuando la Constitución incorpora a los particulares, se está refiriendo al amparo que tenía por objeto proteger la libertad personal, no al resto de supuestos.

⁵⁹ Así, por ejemplo, en la jurisprudencia constitucional de 1992, la Sala de lo Constitucional declaró que “sólo tiene facultades de conocer de actos violatorios [...] realizados por una autoridad actuando como tal, es decir, que sean actos de autoridad tanto formal como materialmente”. José Ernesto Criollo y Jorge Antonio Giammattei: *Justicia Constitucional*, San Salvador: Publicaciones Especiales de la Corte Suprema de Justicia, n.º 15, 1993, p. 705.

Un segundo paso lo constituye una sentencia definitiva desestimatoria, a través de la que se resuelve una de las demandas incoadas. Dicha sentencia, pese a que declara que no ha lugar al amparo solicitado, permite apreciar con claridad el abandono de la perspectiva restrictiva —consecuente con la ley— y la adopción de una amplia, afincada en el artículo 247 de la Constitución. Ello como producto del reconocimiento expreso de la procedencia del amparo contra particulares, en cuanto instrumento dirigido a “potenciar la eficacia directa de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución”.⁶⁰

Y es que no podía ser de otra manera, ya que en la vigente Constitución de 1983 encontramos una serie de derechos fundamentales —protegibles por el amparo de conformidad con la propia Constitución— “que han sido concebidos no frente a la acción hipotética del Estado, sino de los particulares”,⁶¹ como sucede, por ejemplo, con el derecho a una información veraz (artículo 6), que vincula a cualquier medio de difusión y no sólo a los de titularidad pública; los derechos sindicales (artículo 47) y el derecho de huelga (artículo 48), que, en virtud de que son derechos cuya titularidad corresponde en principio a trabajadores privados, son oponibles frente a sujetos económicos privados; el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 2, inciso 2.º), derechos que son susceptibles de ser atacados principalmente por los particulares;⁶² y, finalmente, derechos muy singulares, como la libertad de cátedra (artículo 60, inciso 4.º) y el derecho de las personas naturales y jurídicas a establecer centros privados de enseñanza (artículo 54), cuyas lesiones sólo pueden producirse en relaciones entre particulares, ya que, si el profesor puede exponer libremente su pensamiento, de conformidad al artículo 60, inciso 4.º, es evidente que el ejercicio de dicho derecho podrá afectar a quien, en virtud del artículo 54, crea un centro de enseñanza y aspira a establecer su propio ideario.⁶³

No analizaremos el contenido de la sentencia antes relacionada, pero sí dejaremos sentados los aspectos básicos sobre los cuales la jurisprudencia constitucional ha ido construyendo la figura del amparo contra particulares.

En primer lugar, la Sala de lo Constitucional ha puesto de manifiesto la insuficiencia de su anterior construcción jurisprudencial, la cual se fundaba en principios de corte liberal, en virtud de los cuales “los actos vulneradores de la esfera jurídico-constitucional de los gobernados únicamente podían emanar de autoridades públicas legalmente constituidas, v. g., concejos municipales, jueces, ministros, alcaldes, magistrados, entre otros”.⁶⁴

⁶⁰ Interlocutoria pronunciada en el amparo 301-2000, el 24-01-2001.

⁶¹ De Vega García: “En torno al problema...”, o. cit., p. 339.

⁶² Cf. *ibídem*, p. 339.

⁶³ *Ibídem*, pp. 339-340.

⁶⁴ Improcedencia pronunciada en el amparo 258-2000, el 22-06-2000. En igual sentido, la sentencia definitiva proveída en el amparo 14-2001, el 19-03-2003.

En segundo lugar, ha señalado la necesidad de que dicho criterio sea modificado como producto de esta nueva realidad en la que nos encontramos, la cual se caracteriza por el surgimiento de otras situaciones, pues concretamente se “advirtió que existen casos en que algunos particulares se encuentran en una relación de supra a subordinación respecto de otro particular, y por ende, producían actos limitativos de derechos constitucionales, como si se tratase de acto de autoridad formales”.⁶⁵

Y, en tercer lugar, que en el acto contra el que se reclama deben concurrir una serie de características que la jurisprudencia misma ha “perfilado y matizado [...], de manera abstracta y en forma de ‘*numerus apertus*’, [...] para ser considerado como un acto revisable vía amparo constitucional”.⁶⁶ Entre ellas cabe mencionar: (a) que el particular que emitió el acto se encuentre en una situación de supra a subordinación material respecto del gobernado o de poder; (b) que el asunto planteado trascienda al ámbito constitucional, es decir, que no se trate de una simple inconformidad con el contenido del acto; (c) que se haya hecho uso de los recursos que el ordenamiento jurídico prevé frente a actos de esta naturaleza, y que se haya agotado plenamente la vía seleccionada; o bien que dichos mecanismos de protección no existan, o que los existentes resulten insuficientes para garantizar los derechos constitucionales del afectado; y, (d) que la categoría jurídica protegible de carácter constitucional cuya vulneración se invoca sea por su naturaleza exigible u oponible frente al particular demandado.⁶⁷

⁶⁵ Sentencia definitiva proveída en el amparo 118-2002, el 02-03-2004.

⁶⁶ Interlocutoria pronunciada en el amparo 301-2000, el 24-01-2001.

⁶⁷ Cf. improcedencia proveída en el amparo 77-2001, el 21-02-2001. En igual sentido: las improcedencias proveídas en los amparos 77-2001 y 245-2001, el 21-02-2001 y 25-10-2001, respectivamente.

Carlos Rafael Rodríguez-Cerna Rosada (Guatemala) *

Crítica a la iniciativa de reformas a la Ley de Amparo guatemalteca

Este trabajo constituye una crítica a la iniciativa de Ley de Reformas a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la cual fue presentada con fecha 22 de agosto del 2005 por la Corte Suprema de Justicia al Congreso de la República de Guatemala, de conformidad con el acuerdo n.º 31-2005 emitido por la Corte Suprema de Justicia con fecha 10 de agosto de ese mismo año. En él se exponen sucintamente algunas de las más importantes razones por las cuales nuestra opinión es esencialmente disidente de la gran mayoría de las reformas propuestas.

I

La iniciativa en mención se justifica basándose para el efecto en su parte considerativa, así como en la exposición de motivos a ella adjunta.

De la lectura de los propios considerandos de dicha iniciativa, puede extraerse como fundamental lo siguiente:

* Abogado y notario, diplomado en Derecho Constitucional Comparado, con estudios de Maestría en Derecho Constitucional (USAC, 2003-2004) y de Doctorado en Derecho (USAC, 2005-2006). Miembro de la comisión mixta revisora del proyecto Ley de Amparo de 1985. Disertante en la Asamblea Constituyente de 1984 y en la Corte Suprema de Justicia en 1986. Ex asesor legal de ACNUR-Guatemala (1988-2001), CANG-REICAZ (2002), Cámara Civil y Cámara de Amparo de la Corte Suprema de Justicia (2004-2005). Docente en la Escuela de Estudios Judiciales del organismo judicial y catedrático de Jurisdicción Constitucional en la URL. <cararocero@yahoo.es>

- a. que el problema se da en el caso del amparo judicial y es ocasionado porque se pretende que éste constituya una tercera instancia, cuando para ello existen los recursos pertinentes, lo que ha provocado una interposición desmedida, con el fin de retardar los procesos;
- b. que la iniciativa pretende reencauzar los fines del amparo.

En cuanto atañe a la exposición de motivos de la iniciativa, de su lectura podemos extraer lo siguiente:

- a. que según la exposición de motivos la iniciativa pretende mejorar la actual Ley de Amparo;
- b. que el problema que pretende solucionarse es el relativo a la amplitud con que la institución está actualmente regulada;
- c. que los inconvenientes se producen en la administración de justicia;
- d. que existe un *abuso* del amparo en materia judicial;
- e. que se cuenta con estadísticas que demuestran ese abuso en cuanto al amparo judicial.

A continuación los argumentos que contradicen la exactitud de las afirmaciones con las cuales se pretende justificar la iniciativa que se promueve, y por ello sirven para demostrar la inconsecuencia de tales afirmaciones.

1. Tanto la exposición de motivos como también los considerandos de la iniciativa claramente evidencian que el problema, según se dice, ha surgido en el caso del amparo judicial. Sin embargo, la iniciativa presentada *no afectará solamente los casos en que el amparo se presenta en lo judicial*, sino que afectará al amparo como institución en general, lo cual, en todo caso, no tiene argumentación alguna que lo respalde. Ello constituye un error a todas luces inaceptable, pues en todo caso la normativa propuesta debía circunscribirse únicamente al amparo judicial, si es allí donde supuestamente existe un problema.
2. La iniciativa se justifica por el hecho de que se afirma la existencia de un abuso en cuanto a la interposición del amparo en materia judicial, y alude a unas supuestas estadísticas que así lo demuestran. Se dice también que el abuso se da por la pretensión de que el amparo constituya una instancia revisora de las decisiones judiciales, es decir, una tercera instancia.

Decir que se ha abusado del amparo judicial es una afirmación radical que constituye una *vox populi* en el foro guatemalteco en estos días, y que sienta la base para promover la reforma. Por nuestra parte, no podemos negarla, pero también *encontramos que no existen bases sólidas jurídico-científicas que la respalden. No*

creemos que existan, porque jamás se han implementado controles estadísticos serios y consistentes que permitan arribar de manera contundente a semejante conclusión. Si bien es cierto se habla de que existen estadísticas que las respaldan, cabe hacer los siguientes cuestionamientos: ¿Dónde están dichas estadísticas? ¿Qué parámetros de medición fueron implementados para llevarlas a cabo? ¿Quién definió dichos parámetros y tomando en cuenta qué criterios? ¿Qué instituciones responsables tuvieron a su cargo la labor de efectuarlas y evaluar los resultados, y qué sectores fueron tomados en cuenta para tal propósito? ¿Cuántos años y qué tribunales e instituciones abarcan dichas supuestas estadísticas?

Nos parece curioso que se afirme la existencia de estadísticas que muy pocos conocen, para justificar una iniciativa que pretende manosear la más preciosa joya jurídica con que cuenta el derecho constitucional guatemalteco. Máxime cuando vemos que ni la Corte Suprema de Justicia ni tampoco la Corte de Constitucionalidad, hasta la fecha, jamás han cumplido con sus obligaciones legales en cuanto atañe a la recopilación de la jurisprudencia (en materia de casación la primera) y de la doctrina legal (en materia constitucional la segunda), pese a que tales funciones les corresponden por mandato legal, lo que ha incidido grandemente en la falta de una adecuada evolución y desarrollo técnico, tanto del recurso de casación como de los asuntos constitucionales, lo que lógicamente también repercute en el problema que se pretende ahora solucionar con el manoseo poco ponderado y prudente de dicha ley.

Algo similar cabe indicar sobre el aspecto, ya aludido, de que se ha pretendido que en materia judicial el amparo constituya una tercera instancia. A ese respecto debe recordarse que la línea divisoria entre la justicia ordinaria y la justicia constitucional no siempre es tan claramente perceptible. No puede olvidarse que en la justicia ordinaria (contralor de la legalidad) los jueces aplican las leyes ordinarias, pero éstas, así como los jueces mismos, están obligadas a respetar la supremacía de la Constitución, que está en la cúspide del sistema jurídico guatemalteco. Es por ello que *las leyes ordinarias no son más que el desarrollo de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.*

Así lo reconocen los más versados autores de la materia desde tiempo inveterado. El mismo Kelsen tenía también clara la vinculación de los conceptos cuando en su ensayo titulado “La garantía jurisdiccional de la Constitución” decía:¹

Quando la Constitución impone expresamente el principio de la legalidad de la ejecución (*Vollziehung*) en general y del reglamento en especial, esta legalidad significa al mismo tiempo —de manera indirecta— constitucionalidad y viceversa [...] el límite entre actos *sin ley* y, por tanto, inmediatamente inconstitucionales y los actos ilegales, afectados de una inconstitucionalidad simplemente mediata, no es perfectamente nítido.

¹ Hans Kelsen: “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, en *Revista del Colegio de Abogados de Guatemala*, n.º 9, enero-junio 1979, p. 86.

También para perfilar el involucramiento y la vinculación de los conceptos (la materia ordinaria y la materia constitucional) vale la pena citar las palabras del maestro mexicano Felipe Tena Ramírez:²

[El principio de la legalidad] fluye desde la cúspide de la Constitución, que está en el vértice de la pirámide jurídica, [...] impregnándolo todo de seguridad jurídica, que no es otra cosa sino constitucionalidad” [...].

También resulta aquí oportuna la cita de lo dicho por Genaro R. Carrió en su obra *Recurso de amparo y técnica judicial*, en la que indica:³

[...] bajo este supuesto tiene sentido afirmar que todo acto de un tercero que viole las prescripciones legales que definen mi derecho de propiedad, no sólo es *ilegal*, sino también *inconstitucional*, tomada esta palabra en sentido lato [...] una calificación no excluye la otra. *Un acto puede ser calificado, a la vez, de ilegal e inconstitucional, si la conducta en cuestión, definida como transgresión por una ley, es repugnante a algún precepto de la Constitución* [...]. Mediante un único acto de conducta se pueden violar dos normas de jerarquía “escalonada”. Quien transgrede las prescripciones del decreto reglamentario de una ley, viola al mismo tiempo el decreto y la ley [...]. La Constitución consagra el derecho de propiedad, que declara inviolable, la libertad religiosa, la de prensa, etc. Pero no define el contenido de esos derechos. La definición del contenido de los mismos compete a las leyes, en las que la Constitución ha delegado tal atribución (arts. 14 y 28) y, por supuesto, a los jueces. Reglamentar una libertad constitucional es determinar su contenido. El acto de un funcionario o de un particular, que viola la libertad constitucional, así reglamentada, puede ser a la vez calificado de ilegal e inconstitucional [...] *Todo el orden jurídico, en suma, coadyuva a definir y a tutelar el ámbito de los derechos y libertades constitucionales*. La Constitución —norma incompleta— es el fundamento de validez de ese orden, y delega en las instancias inferiores —la legislación, la administración, *la jurisdicción— la tarea ineludible de acotamiento y protección de esas libertades*, que la primera sólo enuncia de modo muy general [...].

Es por lo antes expuesto que decimos nosotros al respecto:⁴

[...] la línea divisoria entre el control de la constitucionalidad y el de la legalidad que una y otra (las altas cortes) tienen asignados no siempre es tan fácilmente identificable, especialmente por esa necesidad existente en nuestro actual sistema de justicia constitucional, necesidad que dicho sea de paso consideramos acertada y loable intentar hacer efectiva, relativa a que, por vía de amparo se intente, como sucedió en México, [...] traducir la exigencia del “debido proceso legal” contenida en la Constitución de los Estados Unidos de América y en la tradición anglosajona [...], pero también contenida en la Constitución Política de la República de Guatemala. Es decir, por esa necesidad de que, como era la opinión del jurista mexicano Rabasa, debía dejarse a los tribunales superiores (ordinarios, es decir Corte Supre-

² Felipe Tena Ramírez: *Derecho constitucional mexicano*, México: Porrúa, 1963, p. 9.

³ Genaro R. Carrió: *Recurso de amparo y técnica judicial*, 2.^a ed. aum., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987, pp. 141-144.

⁴ Carlos Rafael Rodríguez-Cerna Rosada: *El amparo guatemalteco y las verdaderas reformas que clama su justicia constitucional*, Guatemala: Orión, 2005, p. 151.

ma de Justicia) [...] la última palabra en todos los negocios de su competencia (control de legalidad) naturalmente *sin excluir la posibilidad de que si la última sentencia dictada suscitaba una verdadera cuestión constitucional, pudiese en ese caso ser combatida por medio del juicio constitucional (control de constitucionalidad)*.⁵

Vemos pues, cómo la cuestión no es tan simple como se pretende, por lo que su solución no puede darse a través de simples fórmulas matemáticas mágicas, *como se intenta hacerlo en la iniciativa comentada, a través de la imposición de barreras que dificulten al ciudadano la defensa de sus derechos constitucionales*. Como analizaremos más adelante, norma por norma, la iniciativa en su parte toral pretende convalidar por vía legislativa lo que ya es inconstitucional, ilegal e irresponsablemente —ya que el archivo de un expediente no completamente fenecido es causa de responsabilidad según el actual artículo 77, inciso e, de la Ley de Amparo guatemalteca— ha venido realizando la Corte de Constitucionalidad, utilizando la ficción jurídica de un auto de suspensión, evitando deliberadamente hablar de rechazo *in limine* por la limitante de lo preceptuado en el inciso a del mismo artículo recién citado.

Semejante fórmula matemática, rígida y categórica, pretende constituirse, al ser incluida en el texto de iniciativa de ley propuesto, en una barrera infranqueable para la posibilidad de que el ciudadano común pueda defenderse de las arbitrariedades y abusos que en el ejercicio del poder público las autoridades puedan cometer en su contra, e impedir de ese modo que dichos asuntos se sometan al análisis de fondo de la justicia constitucional, lo cual resulta desde todo punto de vista inaceptable, como analizaremos en detalle a continuación.

II

En cuanto a la reforma contenida en el artículo 1 de la iniciativa propuesta, la exposición de motivos la explica diciendo al respecto:

El artículo 8.º conserva su texto original el cual viene desde la constitución, pero se le adicionan cinco supuestos o causas de inadmisibilidad de la petición de amparo. Esto no contraviene lo relativo al trámite inmediato que se debe dar a los requerimientos de amparo, ya que, compagina con la modificación que se hace al artículo 33, como se verá más adelante. Los supuestos de inadmisibilidad, son los presupuestos procesales, como se les conoce en la doctrina, que son requisitos procesales indispensables que no se pueden dejar de cumplir en las peticiones de amparo, generalmente, insubsanables, que le impiden al tribunal entrar a conocer el fondo de la violación de derechos fundamentales denunciada.

Si tales requisitos le impiden al tribunal conocer el fondo de la cuestión planteada, riñe contra el principio de economía procesal recorrer todo el trámite del proceso, para declarar, en sentencia, tal imposibilidad. Por ello, la Corte de Constitucionalidad, ha sentado doctrina legal en el sentido que, la concurrencia de tales

⁵ Las cursivas han sido agregadas.

presupuestos procesales, es motivo para resolver la suspensión definitiva del proceso de amparo.

El defecto ya expresado —en cuanto a que la adición de cinco supuestos o causas de inadmisibilidad de la petición de amparo no está circunscrita al *amparo en materia judicial*, sino que se hace general, pero en la exposición de motivos se argumentó que el problema que se pretendía solucionar se refería única y exclusivamente al amparo judicial— entraña un error inexcusable de la iniciativa presentada, al incluir otros casos de amparo distintos de los judiciales, que no han sido motivo de problema alguno. En otro orden de ideas, incluir dichas causas de inadmisión implica, a nuestro modo de ver, *retroceder veinte años en la evolución del derecho constitucional guatemalteco, regresando a un sistema superado*. Decimos lo anterior pues participamos de la opinión de que, desde el plano general, quizá una de las más importantes novedades implementadas en la Ley de Amparo actualmente vigente la constituyó el haber desechado el sistema anterior, en el que los casos de procedencia del amparo eran contemplados detalladamente con base en un sistema *numerus cluusus*, lo que le daba a la Corte Suprema de Justicia una facultad cuasilegislativa para ampliar dicha enumeración, la que por cierto dicha Corte jamás utilizó. Fue por ello que en la propia exposición de motivos de la actual Ley de Amparo, se expresó lo siguiente:⁶

Esta forma cerrada de casos de procedencia permitió en múltiples ocasiones desestimar a la presentación (*in limine*) muchos amparos a todos los niveles de jerarquía de la administración de justicia. La situación era aún más complicada con el hecho de que la ley traía un capítulo específico que señalaba casos de improcedencia en el Amparo que recibió el mayor número de críticas. En el anteproyecto se elimina la improcedencia y se contempla la procedencia dentro de una nueva concepción; se establece una norma general dentro de la cual cabe todo caso que contenga materia de amparo (*numerus apertus*). [...] *Esto da margen al Tribunal de Amparo para resolver e ir sentando jurisprudencia con respecto a la procedencia sin dejar de amparar, so pretexto de ajustarse a un criterio estrictamente jurídico ante la interposición de la acción.*⁷

Otra de las novedades implementadas con la actual Ley de Amparo (decreto n.º 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente) es a nuestro juicio el tema del *amparo en materia judicial y administrativa*. Antes de la entrada en vigencia de la actual ley, fue tradicional primeramente que el amparo en esa materia no procedía, y luego, con el decreto n.º 8 derogado, contra las disposiciones de la Constitución de 1965, sí se incluyó, aunque como excepción a los casos de improcedencia (véase el artículo 61, penúltimo párrafo, del decreto ANC).

⁶ *Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y Exposición de Motivos*, Guatemala: Edición de la Corte de Constitucionalidad, 1994, p. 57.

⁷ Las cursivas han sido agregadas.

Consideramos también de gran importancia el hecho de que en la actual Ley de Amparo se mantuvo la norma que ya existía en el decreto n.º 8 citado (anterior Ley de Amparo guatemalteca), relativa a la responsabilidad que implica la negativa de admisión de un recurso de amparo. Es nuestro criterio favorable a la existencia de dicha norma, y nos inclinamos por que ella se mantenga incólume.

En ese orden de ideas, pretender actualmente adicionar al artículo 8 las añadidas causas de inadmisión supone, como primer punto, que, dada la amplitud e inmejorable generosidad con que fue elaborada por el constituyente la estipulación contenida en el artículo 265 de la Constitución Política de la República, ello significa que *cualquier restricción a dicha amplitud necesariamente entrañaría la modificación de la citada norma constitucional*. Es por ello que el artículo 10 de la Ley de Amparo actualmente vigente contempla, en armonía con la norma constitucional citada, sólo una enumeración meramente enunciativa y de ninguna manera *numerus clausus*.

Pero entremos concretamente al análisis de las causas de inadmisión que se proponen en el artículo 1 de la iniciativa presentada. Ellas son:

a. Cuando la demanda se presenta fuera de los plazos determinados en el artículo 20 de esta Ley, salvo los casos legales de excepción contemplados en la misma.

b. Cuando dentro del plazo fijado no se hubieren subsanado las omisiones de requisitos de presentación, a que se refiere el artículo 22 de esta ley.

c. Cuando en materia judicial o administrativa, se evidencie que en el proceso subyacente al amparo, el solicitante de éste no agotó aquellos recursos y procedimientos ordinarios o extraordinarios idóneos, por cuyo medio se pudo haber reparado la situación jurídica afectada conforme al principio jurídico del debido proceso, salvo aquellos casos de excepción establecidos en esta ley, o determinados en doctrina legal emanada de la Corte de Constitucionalidad.

d. Cuando el amparo se promueva contra resoluciones dictadas en un proceso de Amparo.

e. Cuando el tribunal advierta que notoriamente no concurre legitimación activa o pasiva en los sujetos del proceso de amparo.

No obstante nuestra objeción general a la totalidad de la iniciativa ya argumentada, concretamente en cuanto a este artículo objetamos muy especialmente el contenido de los incisos *c* y *e*. En lo relativo al inciso *c*, cabe indicar que éste atañe al tema del presupuesto procesal de la definitividad. Respecto de dicho presupuesto, resulta impropio pretender encasillarlo en fórmulas matemáticas rígidas y categóricas, pues cada caso tiene sus circunstancias específicas, y fue por ello que sabiamente el constituyente dejó que fuera el Tribunal Constitucional el que, a través de la doctrina legal, fuera sentando los criterios jurídicos con relación al tema. Prueba de ello es que existen ya varios antecedentes en los que la propia Corte Suprema de Justicia ha dictado autos de suspensión de los procesos de amparo basándose en este presupuesto de definitividad, pero al conocer en apelación de dichos casos el Tribunal Constitucional le ha enmendado la plana diciendo que, en el caso en estudio, es mejor que el tema relativo al presupuesto procesal se dirima en sentencia. Es por ello que a ese

respecto compartimos la opinión del jurista Abel Houssay en su obra *Amparo judicial*, quien señala lo siguiente:⁸

Sin una reserva que, expresa o implícitamente, emane de los preceptos constitucionales y que imponga una inteligencia restringida del recurso de amparo, la interpretación amplia es la que mejor consulta los grandes objetivos de la ley suprema y las genuinas finalidades de aquellas garantías. Lo que primordialmente tienen en vista el hábeas corpus y el recurso de amparo, no es el origen de la restricción ilegítima a cualquiera de los derechos fundamentales de la persona humana, sino estos derechos en sí mismos, a fin de que sean salvaguardados. Dichas garantías no atienden unilateralmente a los agresores, para señalar distinciones entre ellos, sino a los agredidos, para restablecer sus derechos esenciales. La Constitución está dirigida irrevocablemente a asegurar a todos los habitantes “los beneficios de la libertad”, y este propósito, que se halla en la raíz de nuestra vida como nación, se debilita o se corrompe cuando se introducen distinciones que, directa o indirectamente, se traducen en obstáculos o postergaciones para la efectiva plenitud de los derechos.

También resulta ilustrativo sobre este punto lo que decía el ilustre jurista Linares Quintana:⁹

En definitiva, en materia de interpretación constitucional rechazamos toda pretensión de pureza metodológica que imponga al intérprete el uso exclusivo y absoluto de un método determinado, a la manera de las fórmulas matemáticas o las recetas medicinales. El intérprete ha de tener amplia libertad para escoger y utilizar los diversos procedimientos metodológicos que conoce la técnica constitucional. El éxito fincará, entonces, no en la aplicación rigurosa de tal o cual método —que sus respectivos sostenedores pueden considerar como una verdadera panacea de la hermenéutica— sino en el logro del resultado que la interpretación se propone: desentrañar el verdadero y correcto sentido de la norma constitucional en el momento de ser interpretada congruente con los grandes propósitos o fines de la Constitución, el primero y el más importante de los cuales es la garantía de la libertad y la dignidad humana, así como los ideales de justicia, igualdad, armonía y bienestar general, como también las exigencias de la vida social; en breves palabras: que haga posible el cumplimiento integral de sus fines esenciales por parte del individuo y del Estado.

Por tales razones, nuestra opinión es que el inciso *h* del citado artículo 10 de la Ley de Amparo (LAEPC) guatemalteca actualmente vigente, que alude al tema de los asuntos de los órdenes judicial y administrativo, en la forma que está redactado ha dejado abierto el tema, para que en última instancia sean los tribunales de amparo, *especialmente la Corte de Constitucionalidad*, los que tengan la última palabra en cuanto a la procedencia o improcedencia de la acción intentada, con o sin agotamiento de dichos recursos. De esa manera queda mejor garantizado el efectivo goce y su defensa de los derechos constitucionales de los ciudadanos, por lo que nos inclinamos

⁸ Abel Houssay: *Amparo judicial*, Buenos Aires: Depalma, 1961, p. 29.

⁹ Segundo V. Linares Quintana: *La Constitución interpretada*, Buenos Aires: Depalma, 1960, p. 9.

por que debe evitarse a toda costa poner obstáculos que hagan nugatorio el acceso a la justicia constitucional, en cuanto a la interposición de acciones de amparo se refiere.

Según nuestra experiencia en el ejercicio de la abogacía, hemos visto que en la práctica algunas veces, pese a que existen recursos y procedimientos judiciales o administrativos al alcance del ciudadano, aquéllos resultan insuficientes para garantizar *adecuadamente* el goce de los derechos que la Constitución y las leyes de la República consagran, o sencillamente son violentados o inobservados por las propias autoridades llamadas a respetarlos y a ceñirse a ellos.

A guisa de ejemplo, un caso práctico, en el que el interponente de la acción de amparo fue una persona de nombre Rafael Antonio Lanzas Alvarado.¹⁰ El asunto se promovió *con conocimiento de causa sin el agotamiento de los recursos que la ley concede*, habiendo sido desestimada la acción en primera instancia por la Corte Suprema de Justicia constituida en tribunal de amparo, y ello no obstante la acción intentada fue finalmente acogida en sentencia de segunda instancia por el Tribunal Constitucional, con un criterio a nuestro parecer acertado. El anterior ejemplo nos ilustra sobre el punto que queremos enfatizar, en cuanto a que no es correcto, ni adecuado, ni recomendable, estipular normas que permitan que a través de un simple análisis superficial y somero *prima facie* pueda el tribunal de amparo decidir que, por el no agotamiento de recursos judiciales o administrativos a disposición del agraviado, la acción de amparo así interpuesta deba rechazarse, inadmitirse, desestimarse o como quiera decirse, *in limine litis*.

También está el famoso antecedente argentino del caso *Kot*, al resolver el cual la Corte Suprema de Justicia argentina efectuó las siguientes importantes consideraciones:¹¹

La magnitud del agravio y su carácter irreparable son, así, patentes. [...] Que, como surge de las consideraciones que anteceden, se hallan reunidas en este caso las condiciones necesarias para la procedencia del recurso de amparo deducido. Los hechos de la causa revelan de modo indudable que existe una restricción ilegítima de los derechos constitucionales invocados por el recurrente: desde luego, el de propiedad; también, y sobre todo, el de la libertad de trabajo, pues lo ocupado por los obreros no es un inmueble baldío o improductivo, sino una fábrica en funcionamiento y mediante la cual el propietario ejerce su actividad económica de fabricante. En estas condiciones, no es juicioso pretender que el afectado reclame la devolución de su propiedad por los procedimientos ordinarios: si cada vez que, a raíz de un conflicto, muchas personas ocupan materialmente una fábrica,

¹⁰ Sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia constituida en Tribunal del Amparo, con fecha 20 de noviembre de 1990, dentro del amparo interpuesto por Rafael Antonio Lanzas Alvarado en contra del Ministro de Trabajo y Previsión Social. Sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad el 30 de mayo de 1991, dentro del expediente de apelación de amparo identificado en sus registros con el número 376-90, publicada en la *Gaceta Jurisprudencial* n.º 20.

¹¹ Houssay: o. cit., p. 32.

un instituto privado de enseñanza o cualquier otro establecimiento, los propietarios no tuvieran más recurso, para defender sus derechos constitucionales, que deducir un interdicto posesorio o de despojo, con múltiples citaciones a estar a derecho para todos y cada uno de los ocupantes, con la facultad de éstos de designar sus propios abogados, de contestar traslados y vistas, de ofrecer y producir pruebas, etc., cualquiera comprende a qué quedaría reducida la protección de los derechos que habrían concedido las leyes y de qué modo habría quedado subvertido el orden jurídico del país. En situaciones como las mencionadas, que es también la de estos autos, la protección judicial de los derechos constitucionales no tolera ni consiente semejantes dilaciones.¹²

También puede citarse el caso que se vive hoy en día en Guatemala de manera similar, con el problema de los delitos cometidos por bandas del crimen organizado en materia de propiedad inmueble, por medio de falsificaciones en el Registro de la Propiedad, casos en los que los tribunales constitucionales han sentado criterios que, no obstante la existencia de procedimientos ordinarios para ventilar estos asuntos, han dado cabida a la tutela constitucional en resguardo del derecho de propiedad. Y así debe seguir siendo, sobre la base de un análisis ponderado y prudente de los tribunales constitucionales, pero manteniendo la normativa incólume, principalmente en cuanto a la responsabilidad que engendra para los tribunales constitucionales la negativa de admisión de una acción de amparo y el archivo de un expediente que no está completamente fenecido.

En síntesis, la iniciativa en cuanto a este aspecto se refiere es, a nuestro modo de ver, un retroceso; es una regresión hacia el sistema anteriormente imperante, mediante el cual existía un *numerus clausus* de casos de improcedencia —o, como se pretende ahora, de habilitación para un rechazo *in limine* disfrazado de inadmisión—, lo cual, producto de un profundo análisis de muchos años efectuado en el foro guatemalteco, fue descartado atinadamente por el constituyente al momento de la redacción de nuestra actual Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

En cuanto al inciso *e* del artículo 1 de la iniciativa, que entraña el tema relativo al llamado *presupuesto procesal de la legimitación de los sujetos activo y pasivo del amparo*, nuestro criterio es que no debemos olvidar la circunstancia relativa a que el amparo es un proceso constitucional, carente de formalismos de cualquier naturaleza, totalmente antitécnico, que debe ser fácil, rápido y eficaz. Es por ello que en la ley se estipuló la posibilidad de la promoción de la acción de amparo en forma verbal, y también se estipuló en el artículo 22 de la Ley de Amparo actualmente vigente la posibilidad de que el tribunal fijara término al interponente para subsanar errores en que se hubiere incurrido en su planteamiento. En ese orden de ideas, las resoluciones emitidas por la Corte de Constitucionalidad que han venido observándose sobre la base de la aplicación de un simple *stare decicis* —pues no podemos hablar de doctrina legal, ya que ésta no ha sido debidamente compilada, organizada y sistematizada,

¹² Las cursivas han sido agregadas.

para poder denominarla como tal—, relativas a los llamados *presupuestos procesales incumplidos*, distan mucho de ser una buena forma de resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción, pues dicha tendencia más pareciera perfilar el proceder propio de un tribunal de casación y no de un tribunal constitucional.

A guisa de ejemplo citamos un caso en el que el Tribunal Constitucional guatemalteco (Corte de Constitucionalidad), declaró *sin lugar* un amparo,¹³ el cual ya había sido declarado *con lugar* por el tribunal de amparo de primera instancia.¹⁴ El tribunal de primera instancia había declarado la procedencia del amparo promovido, por haber encontrado que varios de los argumentos de conculcación constitucional esgrimidos por la interponente habían quedado probados en autos. Debe mencionarse que existió ya desde ese fallo de primera instancia un criterio formalista, el cual quedó plasmado en el voto razonado por el magistrado presidente de dicho tribunal. Resultó luego que la Corte de Constitucionalidad, al conocer del caso en apelación, basó su resolución revocando el fallo de primera instancia, con el trillado presupuesto de falta de legitimación pasiva en la autoridad impugnada.

En nuestra opinión, semejante doctrina sentada por el Tribunal Constitucional guatemalteco es nefasta, pues más pareciera la doctrina de un tribunal de casación, apegada a formalismos, que propiamente la doctrina de un tribunal que conoce de justicia constitucional, que se supone debería estar orientada hacia una interpretación amplia, que es la que mejor consulta los grandes objetivos de la ley suprema y las genuinas finalidades de las garantías fundamentales que tiene como objeto tutelar. ¿Cómo es posible que un amparo que fue declarado con lugar en primera instancia por el más alto tribunal de justicia ordinaria del país, como lo es la Honorable Corte Suprema de Justicia constituida en tribunal de amparo, por haber encontrado ésta la existencia de varias conculcaciones constitucionales cometidas en contra de la interponente, y por haber encontrado la existencia de abusos de poder cometidos por autoridad recurrida en el caso sometido a su conocimiento, resulte siendo revocado después por la Honorable Corte de Constitucionalidad basándose en formalismos y tecnicismos procesales, y, peor aún, que el caso resulte considerado incluso como notoriamente improcedente? ¿Por qué razones los elementos fácticos del amparo no pueden ser sustituidos por el propio Tribunal?

A nuestro juicio nada obsta para que así sea, pues el amparo es un juicio eminentemente antitécnico y antiformalista, y prueba de ello es que la ley autoriza que pueda incluso promoverse verbalmente ante el tribunal, y éste está facultado para fijar térmi-

¹³ Sentencia dictada dentro del expediente n.º 72-97, con fecha 7 de abril de 1997, en el expediente de apelación de sentencia, dentro del amparo promovido ante la Corte Suprema de Justicia por Ars Noble, S. A.

¹⁴ Sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia constituida en Tribunal de Amparo el 24 de diciembre de 1996, dentro del expediente n.º 15-96, relativo al recurso de amparo interpuesto por Ars Noble, S. A., contra el Fiscal General de la Nación.

no o plazo al interponente para que subsane errores y también para que complete omisiones en que hubiese podido incurrir en el planteamiento de la acción, como también está facultado para decretar el diligenciamiento de pruebas de manera inquisitiva. *Es nuestra opinión que la justicia constitucional debe tener como única y exclusiva finalidad la de preocuparse por proteger a la persona contra las arbitrariedades, los abusos o excesos de poder que en su perjuicio pueda cometer la autoridad, y cuando en un proceso de amparo se ha probado la existencia de un agravio, como sucedió en el caso recién aludido, la justicia constitucional no debe denegarse apoyada en tecnicismos procesales de ninguna índole, tales como argumentaciones relativas a la mala identificación de la autoridad recurrida o del acto o resolución que causa el agravio.* Máxime que, en el caso que se menciona como ejemplo, existieron razones de peso, convenientemente explicadas por el interponente del recurso, para promoverlo en contra del fiscal general de la Nación, y que atañen a la ambivalencia de ciertas normas contenidas en la Ley Orgánica del Ministerio Público guatemalteco, como consta en detalle el texto del memorial de interposición del recurso de amparo de mérito, así como porque el propio fiscal general, al apersonarse en el amparo como autoridad recurrida, jamás objetó el tema relativo a la legitimación pasiva, y se limitó a defender los abusos cometidos por sus subalternos.

En consecuencia, oportuno consideramos en este punto traer a colación *un caso en el que un tribunal constitucional guatemalteco sí ejerció justicia constitucional en el sentido que aquí se sugiere, pro tutela de los derechos fundamentales, con un criterio amplio, antitécnico y antiformalista, como a nuestro juicio debe ser.* En dicho caso el tribunal, no obstante haber considerado la existencia de defectos en la identificación de la autoridad recurrida —según su criterio—, optó por la protección del recurrente. Citamos textualmente la sentencia respectiva, pues es así como consideramos debe hacerse la justicia constitucional en materia de amparo, y no como aconteció en el caso aludido con antelación. En la sentencia dictada en esa oportunidad por el Tribunal de Amparo,¹⁵ éste, *haciendo gala de una profunda sensibilidad constitucional, al resolver en uno de sus considerandos dijo:*

ESTIMACIÓN DEL TRIBUNAL [...] La ley específica de la materia, en el Artículo 9o. establece que podrá solicitarse amparo contra el Poder Público, incluyendo entidades descentralizadas o autónomas, las sostenidas con fondos del Estado, creadas por ley o concesión o las que actúen por delegación de los órganos del Estado, en virtud de contrato, concesión o conforme a otro régimen semejante, de donde se desprende que en el presente caso, *el amparo debió solicitarse en contra del órgano causante del supuesto agravio, o sea la Sala Primera de la Corte de*

¹⁵ Sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia constituida en Tribunal de Amparo el 8 de marzo de 1993, en el recurso de amparo interpuesto por Esteban Gerendas Urban en contra de los magistrados de la Sala Primera de la Corte de Apelaciones, en la que aparece como tercero interesado Fernando Montenegro Sierra.

Apelaciones y no contra los Magistrados que la integren ya que en el caso de que el órgano tenga que dictar una nueva resolución sobre el mismo asunto o ejecutar lo ordenado por un Tribunal superior pueden ser diferentes las personas físicas que lo integren en esa oportunidad. *No obstante ello, dada la interpretación extensiva de dicha ley, a efecto de procurar la adecuada protección de los derechos humanos y el funcionamiento eficaz de las garantías constitucionales, el amparo se analiza teniendo como autoridad recurrida la Sala en referencia y no los Magistrados que la integraban el momento de dictar la resolución impugnada.*¹⁶

Valga agregar en este punto que el amparo recién aludido fue declarado con lugar. Lo importante es que, para el tribunal de amparo, en aras de una adecuada protección de los altos intereses constitucionales que le fueron encomendados, no constituyó obstáculo para resolver el caso planteado el hecho de que, según su tesis, el interponente hubiese identificado mal a la autoridad recurrida, pues aun así, encontrando que existían violaciones constitucionales susceptibles de ser suspendidas por esa vía, entró a conocer del fondo del tema sometido a su jurisdicción, y no se escudó en formalismos procesales para denegar la justicia constitucional en dicho caso.

Es por las razones que anteceden que nos permitimos opinar en contra de la inclusión, a manera de fórmula matemática ineludible e infranqueable, del inciso *e* del artículo 1 aquí comentado de la citada iniciativa de ley.

En cuanto atañe al artículo 2 de la misma iniciativa, cabe cuestionarse: ¿Creen honestamente los autores de dicha propuesta que el quitarle quince preciosos días al ciudadano común en el plazo con que actualmente cuenta para defenderse de las vulneraciones a sus derechos fundamentales y los abusos de poder que en su contra se hayan producido contribuirá en algo a desentorpecer la justicia ordinaria o la justicia constitucional, cualquiera sea la que se pretenda expeditar con semejante medida? Dicha propuesta se justifica en la exposición de motivos diciendo:

Se contempla la reforma del artículo 20, únicamente en cuanto a cambiar el plazo genérico de treinta días para interponer el amparo, por el de quince días. La razón está en que, la petición de amparo, es sencilla, no requiere de muchos formalismos o tecnicismos, en comparación con la interposición del recurso extraordinario de casación que sí es técnico y de variados requisitos que le dan un buen grado de dificultad. Sin embargo, el plazo para interponer casación es de quince días. De ahí que, el plazo de quince días, sea suficiente para promover la petición de amparo.

Resulta verdaderamente inconcebible semejante afirmación, que al propio tiempo pareciera evidenciar un total desconocimiento de elementales aspectos dejados de lado. En primer lugar, baste recordar que, en el caso del recurso de casación, los quince días a que se alude resultan ser más, porque no se incluyen los días inhábiles; en cambio, en el caso del amparo se trata de treinta días corridos, en los que se incluyen, en perjuicio del interesado, todos los días y horas, sin que la norma que así lo

¹⁶ Las cursivas han sido agregadas.

establezca haya sido concebida para restringir y limitar al ciudadano, sino más bien para todo lo contrario, es decir, para permitirle su acceso a la justicia constitucional en cualquier tiempo y lugar. Aunado a lo anterior, para cualquier abogado litigante resulta evidente que la preparación de la casación se logra con mucho más que el plazo de quince días aludido, dado que el abogado responsable de la primera y la segunda instancia tiene a su alcance la posibilidad de acrecentar dicho plazo con la simple interposición de la aclaración y o la ampliación, lo que generalmente se hace. Por el contrario, el ciudadano que pretende defenderse de una arbitrariedad por la vía del amparo, en muchas ocasiones no tiene forma de prolongar o estirar el plazo para la interposición de la acción, por lo que resulta altamente insensible en cuanto a la defensa de los derechos fundamentales pretender reducir el plazo para la interposición de la acción, so pretexto de hacerla más rápida y expedita, lo que todos sabemos no se logrará de esa manera, sino cuando los jueces cumplan a cabalidad con los plazos que para la tramitación de los procesos —especialmente los constitucionales— establecen las leyes.

En igual sentido resulta antitécnica la reforma propuesta en el artículo 3, por medio de la cual se pretende adicionar el contenido del artículo 29 de la actual Ley de Amparo. La reforma propuesta se justifica en la citada exposición de motivos diciendo:

El artículo 29 se reforma en el sentido de explicitar que, si no se otorga amparo provisional, el proceso subyacente (administrativo o judicial) debe proseguir su trámite hasta que se encuentre en estado de resolver y el incumplimiento, implica responsabilidad de la autoridad impugnada.

Con esto se trata de frenar la práctica inveterada de que, interpuesto un amparo, aún cuando no se otorgue provisionalmente, provoca la paralización del expediente, cuando este último resultado únicamente se debe generar por el otorgamiento del amparo provisional. Para este efecto, se prevé, que se deben hacer las comunicaciones respectivas a la autoridad impugnada.

En otras palabras, los argumentos de la exposición de motivos recién transcritos implican ni más ni menos que, dado que la mayoría de los jueces, en abierta contrariedad con lo que claramente dispone la actual Ley de Amparo guatemalteca, han caído en la inveterada e ilegal práctica de suspender los procesos judiciales no obstante no se haya otorgado en ellos ningún amparo provisional, por la simple interposición de alguna acción de amparo en contra de alguna resolución dictada en el proceso judicial de que se trate, para corregir semejante ilegalidad cometida por los jueces se hace necesario modificar lo que es perfectamente claro en la ley, a fin de insistir y enfatizar en que ello es ilegal. Nos parece desacertado pretender que haya que modificar una ley que es clara para que en Guatemala se obligue a los funcionarios públicos a acatarla, y además pensamos que tal propósito nunca se logrará de esa manera. Creemos que el cumplimiento y la obediencia de la ley solamente serán viables cuando la ley se aplique por igual a gobernantes y gobernados; cuando, en el caso de los funcionarios públicos y la manera en que éstos deben ejercitar el poder que les ha sido constitucionalmente conferido, la ley sea rigurosamente aplicada, y deducidas las responsabilida-

des consecuentes en caso de incumplimiento. Todo lo demás resulta redundante retórica y nada más.

Por si lo anterior fuese insuficiente, cabe agregar que la iniciativa propuesta *incluye peligrosamente un nuevo concepto, que es el relativo a que “el expediente se encuentre en estado de resolver”*, caso para el cual sí se pretende modificar el sistema, permitiendo que los tribunales de justicia ordinaria paralicen expedientes *ad perpetum* mientras la justicia constitucional no llegue a sentencia definitiva de segunda instancia, lo que, al ritmo que va hoy en día dicha justicia constitucional, bien puede durar dos o tres años por cada amparo que se tramite relativo a un asunto judicial o administrativo. *Lo anterior, como puede fácilmente detectarse, lejos de resultar beneficioso a la justicia ordinaria, redundará en un mucho más grande (pero legalmente justificado) retardo en la administración de la justicia ordinaria.*

Ello, tomando en consideración que el argumento toral para justificar la iniciativa aquí comentada es la existencia de un *abuso del amparo judicial* con la interposición de acciones dilatorias e improcedentes, resulta totalmente inaceptable, pues, si en realidad se trata de amparos a todas luces dilatorios, frívolos e improcedentes, de ninguna manera se justifica que se retarde su resolución, ni mucho menos que, cuando en un proceso judicial de la justicia ordinaria (civil, mercantil, de familia, penal o lo que sea) se haya promovido un amparo judicial, si el proceso en el que se planteó se encuentra ya en estado de resolver, éste deba esperar la decisión de la justicia constitucional por largos períodos, como quedó apuntado. *Vemos, pues, los graves peligros que semejante propuesta puede engendrar.*

A continuación se alude al artículo 5 de la iniciativa. Por medio de ésta, según se explica en su exposición de motivos:

Se elimina así, la apertura a prueba con la sola petición de una de las partes, lo que provocaba períodos de prueba innecesarios y proposición de medios de prueba; impertinentes y no idóneos con relación a los hechos sujetos a prueba. Esto coadyuvará a la celeridad del proceso de amparo.

Esta afirmación entraña un craso y evidente desconocimiento de la historia de la institución en Guatemala, además de constituir una clara regresión a una etapa ya superada totalmente. Debe recordarse que, antes de la emisión de la actual Ley de Amparo, este punto fue bastamente discutido, en cuanto a que los tribunales de justicia recibían múltiples casos en los que el tribunal de amparo primeramente relevaba de la aportación de la prueba por estimarla innecesaria, para luego, al dictar sentencia, justificar la denegatoria del amparo solicitado con base en el argumento de falta de prueba. Para evitar dicha práctica de los tribunales de amparo fue que el constituyente decidió que, cuando el amparista o cualquier otra de las partes así lo pidiera, el proceso debía obligadamente abrirse a prueba.

Pero esto no es todo. Resulta una aberración jurídica pretender incluir, *en el mismísimo proceso constitucional de amparo, que es el que sirve para la defensa de los derechos fundamentales*, una norma que restrinja el derecho a probar, y

con ello la garantía de audiencia, que es parte del derecho fundamental de defensa consagrado y reconocido en el artículo 12 de la Constitución Política de la República. Al respecto conviene recordar lo dicho por el célebre jurista mexicano Ignacio Burgoa en su obra *El juicio de amparo*, en la que, al referirse al derecho a probar, que considera parte de las formalidades esenciales de la justicia, indica que cualquier ordenamiento adjetivo que consigne dichas dos oportunidades, *la de defensa y la probatoria, las erige en formalidades esenciales; y si sólo consigna una de ellas, ostentará indiscutiblemente “vicio de inconstitucionalidad, al auspiciar una privación sin establecer la concurrencia necesaria de ambas ocasiones indispensables para la debida culminación de la función multicitada”*.¹⁷

Continúa Burgoa:

En las diferentes leyes adjetivas, la oportunidad de defensa se traduce en distintas formas procesales, tales como las notificaciones, el emplazamiento, el término para contestar o para oponerse a las pretensiones de privación o al pretendido acto privativo, etc., y, consiguientemente, la contravención a cualquiera de ellas, significa simultáneamente la violación a la formalidad procesal respectiva, esto es, a la garantía de audiencia a través de dicha garantía específica de seguridad jurídica.

Por lo que atañe a la oportunidad probatoria, ésta también se manifiesta en [...] diferentes elementos del procedimiento, tales como la audiencia o la dilación probatorias, así como en todas las reglas que conciernen al ofrecimiento, rendición o desahogo y valoración de probanzas.

La inobservancia de alguna de las exigencias procesales en que ambas formalidades se ostentan, está considerada [...] como privación de defensa en perjuicio del quejoso (gobernado), tomándose el concepto de ‘defensa’ en su sentido lato, o sea, como comprensivo de la facultad de oposición (defensa en sentido estricto) y de la probatoria.¹⁸

Así pues, no alcanzamos a comprender cómo se pretende introducir semejante discrecionalidad del juzgador en un tema de suyo tan sensible como lo es el derecho a probar, máxime que la pretensión de restricción es para ser introducida en el proceso que sirve precisamente para la defensa constitucional, entre otros derechos fundamentales, del derecho a un debido proceso, que incluye, como ya se dijo, el derecho a probar.

Para concluir, debe agregarse que semejante reforma se fundamenta en la equivocada creencia de que en los procesos judiciales todo es prueba documental, por lo que en los amparos judiciales la prueba resulta ser innecesaria. Nada más alejado de la realidad. Las pruebas sirven para que el juzgador pueda arribar a conclusiones contundentes. Cuantas más pruebas se tengan sobre un mismo hecho, más contundente será la convicción que éstas puedan provocar en el ánimo del juzgador. Amén

¹⁷ Ignacio Burgoa: *El juicio de amparo*, 3.^a ed., México: Porrúa, 1950, pp. 888-889. Las cursivas han sido añadidas.

¹⁸ *Ibíd.*

de lo anterior, *la distinción de lo que es una cuestión de hecho o de derecho* no siempre es tan fácilmente perceptible, como bien lo indica el jurista alemán Karl Larenz, quien al referirse a esta distinción afirma:¹⁹

Sólo a primera vista parece no ser problemática la distinción. De hecho es, en alta media, discutible si, y de qué modo, puede realizarse. La dificultad consiste, por tanto, en que la pregunta de si algo ha sucedido efectivamente sólo puede ser planteada con pleno sentido si el “algo” sobre el que se pregunta es determinado de algún modo. Puede ser determinado sólo con términos que o pertenecen al lenguaje general o pertenecen ya al lenguaje legal. En el último caso confluye, al menos así aparece, algo de enjuiciamiento jurídico y en el planteamiento de la “cuestión de hecho”. [...] En algunos casos, ciertamente, la cuestión de hecho y la cuestión de Derecho están tan próximas entre sí que su separación no es posible llevarla a efecto en la práctica. Tal es el caso, en primer lugar, cuando un hecho no puede ser descrito, en absoluto, de otro modo que con aquellos términos que contienen ya una valoración jurídica.

En ese orden de pensamiento resulta oportuno esperar que el caso del amparo judicial, que se interpone contra una decisión judicial emitida en la jurisdicción ordinaria por los tribunales de justicia, sea precisamente uno de los que más dificultad ofrecen para la diferenciación entre la cuestión de hecho y la de derecho, ya que las decisiones judiciales de la justicia ordinaria contienen siempre una valoración jurídica del juez.

En lo relativo a las reformas propuestas en los artículos 6 y 9 de la iniciativa —el primero relacionado con facultar a los tribunales de primera instancia de amparo para enmendar el procedimiento y el segundo relacionado con modificar lo relativo al recurso de queja—, cabe indicar que, en la iniciativa de mérito, la normativa propuesta en tales artículos parece no haber tomado en consideración que no fue casualidad ni olvido que el constituyente omitiera estipular lo relativo a la posibilidad de enmienda de procedimiento en la tramitación de la primera instancia de los procesos de amparo; al contrario, la voluntad del constituyente era precisamente evitar que en esa primera instancia pudiese darse la posibilidad de promover enmiendas del procedimiento, con los consiguientes retardos de la tramitación de los procesos de amparo, y fue por ello que de manera expresa la Asamblea Constituyente estipuló el instituto procesal del recurso de queja, que fue la vía procesal escogida por el constituyente, en el sistema actualmente vigente, para hacer posible que cualquier interesado pudiera proceder a solicitar —en el caso de haberse cometido, en la tramitación o en la ejecución del amparo, incumplimiento de lo previsto en la ley (en lo cual encajan perfectamente los errores cometidos por el juzgador que vulneren los derechos sustanciales de las partes)— que la Corte de Constitucionalidad enmiende el entuerto. De tal manera, pues,

¹⁹ Karl Larenz; *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona: Ariel, 1994, pp. 303-307.

la normativa propuesta, al permitir la posibilidad de la enmienda al procedimiento en primera instancia, lejos de contribuir a la celeridad del juicio de amparo, en la práctica constituirá una eficaz herramienta para entorpecer prematuramente los procesos de amparo y convertirlos en juicios interminables, desnaturalizando con ello la esencia propia de dicho proceso constitucional. Por si no fuese suficiente, la posibilidad plasmada en la iniciativa aquí comentada, de que el auto que resuelva la enmienda del procedimiento, así como el auto de inadmisión del proceso regulado en el artículo 1 ya comentado, sean apelables ante la Corte de Constitucionalidad, *lejos de descargar de trabajo a dicho tribunal, lo van a recargar prematuramente con una gran cuota de labores adicionales que hoy en día no tiene a su cargo.*

Ahora bien, lo poco bueno de dicha iniciativa es lo relativo a establecer un plazo para hacer uso del recurso de queja, pues su ausencia produce falta de certeza jurídica y entraña un lamentable *lapsus calami* del constituyente.

En cuanto a la reforma del artículo 77 contenida en el artículo 10 de la iniciativa propuesta, resulta asombroso de qué manera se pretende cambiar el espíritu del constituyente, que se mostró intolerante ante el incumplimiento de las obligaciones que constitucionalmente tienen asignadas los tribunales de amparo. Al contrario, en la reforma propuesta se pretende aprobar una estipulación que tiene el firme propósito de permitir que las autoridades judiciales incumplan impunemente dichas obligaciones. Es por ello que resulta a todas luces inaudito que se proponga invertir la presunción legal plasmada en la ley por la Asamblea Nacional Constituyente al establecer que el retardo en la tramitación de los procesos de amparo se presume malicioso, salvo prueba en contrario. Verdaderamente no se comprende cómo una institución como la Corte Suprema de Justicia se ha atrevido a promover semejante iniciativa.

Aunque existen otros aspectos específicos de la iniciativa propuesta que tampoco comparto, los omitiré en aras de la brevedad. No resta sino agregar que la iniciativa propuesta, impulsada bajo fuertes presiones de la Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia, así como de algunos sectores de la sociedad civil y la comunidad internacional —las cuales persisten a la presente fecha—, de ninguna manera ha sido elaborada teniendo en mente los sagrados intereses de los habitantes de nuestra República, sino más bien con miras a dotar a las autoridades encargadas de administrar la justicia constitucional de instrumentos que les sirvan para imponer obstáculos y cortapisas a la efectiva defensa de los derechos fundamentales de la persona. De esa manera, una vez más, se pretende hacer uso de ese nefasto prurito por reformar las leyes para solucionar problemas de los hombres, en este caso, de los jueces encargados de la justicia constitucional. Lamentablemente, en este caso no se trata de cualquier ley, sino de la más preciada joya del derecho constitucional guatemalteco. Así pues, *parece que se trata de resolver un problema de aparente conflicto entre el ejercicio de la libertad y el interés del Gobierno.* Al respecto cabe en este punto mencionar lo indicado por el tratadista Segundo V. Linares Quintana, quien, dentro de las reglas de la hermenéutica constitucional a las que

ha arribado la doctrina y la jurisprudencia, menciona que se encuentra como primera regla la siguiente:²⁰

En la interpretación constitucional debe siempre prevalecer el contenido teleológico o finalista de la Constitución, que si es instrumento de gobierno, también y principalmente es restricción de poderes en amparo de la libertad individual. *La finalidad suprema y última de la norma constitucional es la protección y la garantía de la libertad y la dignidad del hombre.* [...] en caso de aparente conflicto entre la libertad y el interés del gobierno, aquélla debe prevalecer siempre sobre este último, porque no se concibe que la acción estatal manifestada a través de los cauces constitucionales pueda resultar incompatible con la libertad, que es el fin último del Estado.

Pero resulta que, con la iniciativa propuesta, se pretende, una vez más, culpar a la ley por lo que en realidad es un problema ocasionado por la falta de vocación democrática de los funcionarios; de ello hablaba Francisco Cumplido, ministro de Justicia chileno:²¹

[Hemos hablado de las reformas institucionales] pero, ¿qué lugar tiene el problema de la cultura política, no sólo en la sociedad sino en el comportamiento de los actores? El comportamiento de los políticos, por ejemplo, el de los diputados, es un aprendizaje, pero muchas veces las democracias parece ser que se suicidan, no sólo por el mal diseño institucional, sino por los comportamientos de sus miembros. En el fondo hay una vocación de morir. ¿De qué manera se puede salvar la vocación democrática?

Bibliografía

- BURGOA, Ignacio: *El juicio de amparo*, 3.^a ed., México: Porrúa, 1950.
- CARRÍO, Genaro R.: *Recurso de amparo y técnica judicial*, 2.^a ed. aum., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987.
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario: *Derechos políticos. Sufragio y democracia*, Guatemala, Colección Cuadernos de Derechos Humanos n.º 2-90, 1990.
- HOUSSAY, Abel: *Amparo judicial*, Buenos Aires: Depalma, 1961.
- KELSEN, Hans: “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, en *Revista del Colegio de Abogados de Guatemala*, n.º 9, enero-junio 1979 (tomado del *Anuario Jurídico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974).
- LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona: Ariel, 1994.
- LINARES QUINTANA, Segundo V.: *La Constitución interpretada*, Buenos Aires: Depalma, 1960.
- RODRÍGUEZ-CERNA ROSADA, Carlos Rafael: *El amparo guatemalteco y las verdaderas reformas que clama su justicia constitucional*, Guatemala: Orión, 2005.
- TENA RAMÍREZ, Felipe: *Derecho constitucional mexicano*, México: Porrúa, 1963.

²⁰ Linares Quintana: o. cit., p. 11.

²¹ Jorge Mario García Laguardia: *Derechos políticos. Sufragio y democracia*, Guatemala, Colección Cuadernos de Derechos Humanos n.º 2-90, 1990, p. 9.

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

Instrucciones para la presentación de los artículos

1. Los artículos deberán estar escritos en español o portugués. En caso contrario, se deberá acordar oportunamente con la Redacción del **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano** la posibilidad de una traducción.
2. Todos los trabajos serán puestos a consideración de la Redacción del **Anuario**, que determinará qué material será publicado. La decisión se comunicará oportunamente a cada autor.
3. El material enviado deberá ser original e inédito. Si luego de publicado en el **Anuario** se desea reproducirlo en otro medio, deberá dejarse constancia del lugar y la fecha de su publicación original.
4. Los artículos serán enviados en formato electrónico (archivo de Word o compatible) por correo electrónico a **ius@kasuy.org**, o bien en disquete a **Plaza Cagancha 1358, of. 804, 11100 Montevideo**, dirigidos a **Gisela Elsner**.
5. La extensión de los trabajos, en principio, no superará los 70 000 caracteres (25 páginas del **Anuario**). La Redacción considerará las situaciones excepcionales.
6. La página 1 deberá contener la siguiente información:
 - Nombre del autor.
 - Título del artículo.
 - Un resumen del artículo (alrededor de 100 palabras).
 - Referencia curricular de hasta 30 palabras, que será presentada en nota a pie de página mediante un asterisco (*) junto al nombre del autor.
 - Dirección electrónica del autor, que se publicará.
 - Los eventuales agradecimientos, aclaraciones o comentarios sobre el origen del texto se incluirán en nota a pie de página mediante dos asteriscos (***) junto al título del artículo.
7. Para los subtítulos se empleará la numeración decimal (1, 1.1...).
8. Se ruega no utilizar la numeración automática de títulos y apartados, así como tampoco referencias cruzadas, que los programas de diagramación o maquetación no reconocen.

9. El texto puede contener cuadros, pero los gráficos y diagramas se presentarán en archivos separados (de imagen o de planilla electrónica). En el texto se indicará dónde deben insertarse.

10. Las **citas bibliográficas** podrán incluirse en notas al pie o bien utilizar el sistema autor-año (o de Harvard) con las referencias en una bibliografía al final. Deberán contener los siguientes elementos:

- **Libros:** Nombre y apellido del autor; título del libro (en cursiva); ciudad, editorial y año de publicación (si la edición consultada no es la primera, conviene indicarlo); página(s) de donde se tomó la cita.

EJEMPLO:

Thomas Hobbes: *Leviatán*, Madrid: Alianza Universidad, 1993 (1651).

- **Artículos o capítulos de libros:** Nombre y apellido del autor; título del artículo o capítulo (entre comillas); nombre y apellido del editor o compilador, si corresponde; título del libro (en cursiva); ciudad, editorial y año de publicación.

EJEMPLO:

Douglas Durán Chavarría: “Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad”, en Mauricio González Oviedo y Carlos Tiffer Sotomayor (comps.): *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, San José: Unicef, 2000.

- **Artículos de publicaciones periódicas:** Nombre y apellido del autor; título del artículo; nombre de la revista o periódico; número; institución editora y/o ciudad (si resultan necesarios para identificar la publicación), fecha.

EJEMPLO:

Patricia Laurenzo Copello: “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 34, Madrid, 1999.

- **Recursos de Internet:** Nombre y apellido del autor (si el texto está firmado); si se trata de una parte de una obra mayor, nombre de la parte (entre comillas); nombre del sitio web o de la obra (en cursiva); dirección electrónica (entre comillas angulares o signos de mayor y menor); fecha de consulta.

EJEMPLO:

Ariel Dulitzky: “La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell”, en *Equipo Nizkor. Derechos humanos en América Latina*, <<http://www.derechos.org/koaga/vii/dulitzky/html>> (18.2.2004).

- En las **bibliografías** se utilizarán los mismos datos, anteponiendo el apellido al nombre del autor.

EJEMPLO:

DULITZKY, Ariel: “La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell”, en *Equipo Nizkor. Derechos humanos en América Latina*, <<http://www.derechos.org/koaga/vii/dulitzky/html>> (18.2.2004).

DURÁN CHAVARRÍA, Douglas: “Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad”, en Mauricio González Oviedo y Carlos Tiffer Sotomayor (comps.): *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, San José: Unicef, 2000.

HOBBS, Thomas: *Leviatán*, Madrid: Alianza Universidad, 1993 (1651).

LAURENZO COPELLO, Patricia: “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 34, Madrid, 1999.

- Cuando la publicación citada tenga más de tres autores, se usará el nombre del que figure en primer lugar, seguido de la expresión *et al.* o *y otros*. Se desaconseja la fórmula *Autores varios* por cuanto no ayuda a localizar la obra, propósito de las referencias bibliográficas.

