

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
2005

ANUARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL
LATINOAMERICANO
2005

Tomo I



© 2005 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V.

Año 11

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.
Tiergartenstrasse 35
D-10785 Berlin
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

Jan Woischnik

Asistentes de Redacción

Rosario Navarro
Manfred Steffen

Correctora

María Cristina Dutto

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

Depósito legal 335.091 - Comisión del Papel
Edición amparada al Decreto 218/96

ISSN 1510-4974

Impreso en Uruguay – *Printed in Uruguay*

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

Índice

TOMO I

Prefacio	9
I. Derecho constitucional	
Concepto de Constitución <i>Marco Gerardo Monroy Cabra (Colombia)</i>	13
Estado constitucional de Derecho, nuevo paradigma jurídico <i>José Luis Cea Egaña (Chile)</i>	43
Algunas reflexiones sobre la influencia de la constitución española de 1978 en el constitucionalismo latinoamericano (en conmemoración del 25º aniversario: 1978-2003) <i>Ricardo Haro (Argentina)</i>	57
Valores superiores concurrentes en las cartas políticas de Chile y España	87
Estado de derecho, política y democracia en la sociedad globalizada <i>Valentín Paniagua Corazao (Perú)</i>	109
La reforma constitucional en el Paraguay <i>Luis Lezcano Claude (Paraguay)</i>	123
Los caminos de la reforma constitucional en el Perú <i>Enrique Bernales Ballesteros (Perú)</i>	157

Facultades presidenciales para la reforma de la administración en Colombia. La reforma permanente <i>Augusto Hernández Becerra (Colombia)</i>	175
Los pueblos indígenas y las comunidades campesinas en el sistema constitucional boliviano. Pasado, presente y perspectivas al futuro <i>José Antonio Rivera S. (Bolivia)</i>	195
La interpretación jurídica en el caso de las demandas de inconstitucionalidad planteadas ante el Tribunal Constitucional del Ecuador contra el Acuerdo de la Base Aérea de Manta <i>César Montaño Galarza (Ecuador)</i>	215
Notas sobre la Historia constitucional de Chile: génesis y evolución entre 1810 y 1970 <i>Fernando Muñoz León (Chile)</i>	245

II. Derecho procesal constitucional

Apuntes sobre derecho procesal constitucional boliviano <i>René Baldívieso Guzmán (Bolivia)</i>	275
Los procesos y procedimientos constitucionales ante la jurisdicción constitucional en Venezuela <i>Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)</i>	301
El nuevo Código Procesal Constitucional peruano <i>Francisco José Eguiguren Praeli (Perú)</i>	331
El nuevo Código Procesal Constitucional del Perú: una visión introspectiva <i>Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen (Perú)</i>	353
El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano <i>César Landa (Perú)</i>	361
Lineamientos para el estudio, análisis y enseñanza del derecho procesal constitucional <i>Luis Alberto Huerta Guerrero (Perú)</i>	385
Instrucciones para la presentación de los artículos	415

TOMO II**III. Derechos y garantías individuales**

El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez <i>Camino Vidal Fueyo (España)</i>	427
Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e información comparativa <i>Humberto Nogueira Alcalá (Chile)</i>	449
El hábeas data en la Constitución de Bolivia <i>Pedro Gareca Perales (Bolivia)</i>	473
Constitución y acciones positivas. El sistema de cuotas de participación política para mujeres en Ecuador <i>Luz Entrena Vázquez (España)</i>	501

IV. Derechos humanos regionales e internacionales

El derecho humano a la paz <i>Héctor Gros Espiell (Uruguay)</i>	517
Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano <i>Víctor Bazán (Argentina)</i>	547
Los derechos humanos en el derecho interno y en los tratados internacionales. Su protección por la jurisdicción constitucional guatemalteca <i>Carmen María Gutiérrez de Colmenares (Guatemala)</i>	585
Los derechos del imputado y la víctima en los tratados internacionales de derechos humanos y su conflicto en el seno del proceso penal <i>Marcelo Augusto Madina (Argentina)</i>	615
El control jurisdiccional de la ejecución de la sanción en el proceso de naturaleza penal juvenil <i>Susana Falca (Uruguay)</i>	627

V. Derecho internacional público

¿Hacia un derecho internacional global en los albores del siglo XXI?	
<i>Juan José Martín Arribas (España)</i>	637
Soberanía, constituciones y comunidades.	
Algunos otros aportes a un enfoque europeo	
<i>Heber Arbuet-Vignali (Uruguay)</i>	673
Inmunidades en derecho (penal) nacional e internacional	
<i>Kai Ambos (Alemania)</i>	691

VI. Derecho de la integración

Razón e historia en el derecho de la integración: los casos de la Unión Europea y el Mercosur	
<i>Miguel Ángel Ciuro Caldani (Argentina)</i>	719
Sistema jurisdiccional andino y europeo	
<i>Rodrigo Javier Garrón Bozo (Bolivia)</i>	739
El derecho comunitario: concepto, naturaleza y caracteres	
<i>Orlando Guerrero Mayorga (Nicaragua)</i>	759
La cooperación entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur	
<i>Ricardo Vigil Toledo (Ecuador)</i>	779
Los órganos del Mercosur: hacia la conformación de un Parlamento común	
<i>Ruben Correa Freitas (Uruguay)</i>	809
La Orden Europea de Detención y Entrega ante la delincuencia organizada. ¿Un nuevo enfoque del Estado de derecho?	
<i>Esther Gómez Campelo (España)</i>	817
Instrucciones para la presentación de los artículos	837

Prefacio

Toda Constitución, aun por ejemplo aquélla de las monarquías absolutas, reglamenta el alcance y la distribución de las funciones públicas. En toda Constitución se plantea, además, la necesidad de determinar la última instancia de decisión. Toda Constitución debe resolver el problema que supone el proceso de formación de las leyes. Ninguna Constitución puede sustraerse a la necesidad de delimitar los intereses individuales frente al interés público, cualquiera sea la decisión que se tome. Sobre todo, ninguna Constitución —y en este punto interviene un imperativo externo— puede rehuir el problema que supone delimitar la propia soberanía frente a la de otros poderes públicos, de igual rango, que integran la comunidad internacional de Estados. Hasta aquí los conceptos del prestigioso constitucionalista alemán Karl Doebring.

Siguiendo con el pensamiento de Hans Kelsen podríamos agregar que, si bien toda Constitución posee una singularidad especial devenida de razones históricas, sistemáticas y también ideológicas, ninguna Constitución puede sustraerse al imperativo de las circunstancias, en parte paralelas. En última instancia, todas deben solucionar las mismas cuestiones, aun cuando cada una aporte su propia respuesta.

Es probable que la gran aceptación del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* que publica el Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer en todo el continente derive en alguna medida de esta circunstancia. En efecto: el *Anuario* aborda cuestiones de tipo fundamental que revisten importancia para todos los países de la región —aun cuando obviamente lo hace atendiendo siempre a las particularidades nacionales—. De este modo, nuestros lectores de todo el continente tienen la posibilidad de conocer el pensamiento de sus colegas de los otros países.

En ese sentido me complace presentarles la undécima edición del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Los elogiosos conceptos que en toda la región han merecido las ediciones anteriores seguramente son también fruto de esta

trayectoria de once años en los que el *Anuario* se ha venido publicando sin interrupción. En la presente edición están representados nuevamente autores de casi todos los países de América Latina. Como en anteriores ocasiones haremos llegar el *Anuario* a los tribunales, facultades de derecho, parlamentos y todas las demás instituciones interesadas en toda la región.

Al cabo de una década de publicación, el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* aparece este año con un nuevo diseño, que, no obstante, recoge y traduce los elementos característicos de la publicación original. Espero que esta novedad tenga la aprobación de nuestros lectores.

Dr. iur. Jan Woischnik
Montevideo, enero de 2005

I. Derecho constitucional

- *Marco Gerardo Monroy Cabra (Colombia)*
Concepto de Constitución
- *José Luis Cea Egaña (Chile)*
Estado constitucional de derecho, nuevo paradigma jurídico
- *Ricardo Haro (Argentina)*
Algunas reflexiones sobre la influencia de la Constitución española de 1978 en el constitucionalismo latinoamericano
(en conmemoración del 25º aniversario: 1978-2003)
- *Lautaro Ríos Álvarez (Chile)*
Valores superiores concurrentes en las Cartas políticas de Chile y España
- *Valentín Paniagua Corazao (Perú)*
Estado de derecho, política y democracia en la sociedad globalizada
- *Luis Lezcano Claude (Paraguay)*
La reforma constitucional en el Paraguay
- *Enrique Bernales Ballesteros (Perú)*
Los caminos de la reforma constitucional en el Perú
- *Augusto Hernández Becerra (Colombia)*
Facultades presidenciales para la reforma de la administración en Colombia. La reforma permanente

- *José Antonio Rivera S. (Bolivia)*
Los pueblos indígenas y las comunidades campesinas en el sistema constitucional boliviano. Pasado, presente y perspectivas hacia el futuro
- *César Montaño Galarza (Ecuador)*
La interpretación jurídica en el caso de las demandas de inconstitucionalidad planteadas ante el Tribunal Constitucional del Ecuador contra el Acuerdo de la Base Aérea de Manta
- *Fernando Muñoz León (Chile)*
Notas sobre la Historia constitucional de Chile: génesis y evolución entre 1810 y 1970

Marco Gerardo Monroy Cabra (Colombia)*

Concepto de Constitución

1. Introducción

El concepto de constitución escrita es relativamente reciente y data del siglo XVIII, en que aparecen documentos para regir la organización política de la sociedad. Sin embargo, el término *constitución* referido a la política es antiquísimo; la reflexión sobre la organización política se halla en la Antigüedad clásica, en la Edad Media y en la Modernidad.

Por esta razón, desde el punto de vista de la evolución de las ideas políticas es posible hablar, en términos generales y sin la precisión que hoy tiene el concepto de constitución, de una constitución antigua, una constitución medieval y una constitución moderna.

Debido a lo anterior se abordará primero la evolución histórica desde el punto de vista de las ideas políticas, para luego precisar el concepto de constitución desde los distintos puntos de vista.

Igualmente, se analizará la Constitución entendida como norma jurídica, las distintas clases de constituciones, y la Constitución como principal fuente material y formal de todo el ordenamiento jurídico.

De otra parte, se hace una síntesis de las teorías modernas sobre la Constitución. Por último, se deducirán algunas conclusiones sobre el trabajo realizado.

* Ex presidente y magistrado de la Corte Constitucional. Ex presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Profesor emérito del Colegio Mayor del Rosario. Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. mgmonroy@cable.net.co.

2. La constitución en Grecia y en Roma

2.1. Concepto de Constitución en Grecia

Desde el punto de vista histórico, como lo expresa Enrique Álvarez Conde:¹ “Normalmente suele atribuirse a los hebreos el primer concepto de Constitución, en el sentido de existir una norma suprema a los gobernantes y gobernados que, a su vez, actuaba como límite a la acción de aquéllos. Esta norma suprema se identificaba con la ley divina, conteniendo una fuerte carga ética o moral, cuya actualización era realizada a través de los profetas”. En la época griega predomina la idea de una Constitución en sentido material. En esta época la forma de gobierno no supone concepto de soberanía ni de Estado, sino simplemente, como lo advierte Mauricio Fioravanti,² se hace referencia a “un sistema de organización y de control de los diversos componentes de la sociedad históricamente dada, construido para dar eficacia a las acciones colectivas y para consentir, así, un pacífico reconocimiento de la común pertenencia política”.

Este autor expresa que la forma griega y especialmente la ateniense era la forma democrática. Cita a Clístenes primero, y su reforma constitucional de 508-507, y luego a Pericles, de 460 a 430, y expresa que la forma democrática significaba primacía absoluta de la asamblea de todos los ciudadanos atenienses para la asunción de las decisiones de relevancia colectiva; derecho de palabra concedido a todo ciudadano sin discriminación, atribución por suerte de los cargos públicos y las magistraturas, alternación de los gobernantes, obligación de éstos de rendir cuentas (binomio *demokratía-isonomía* o *democracia-igualdad*).

Un siglo después Platón y Aristóteles hablan de *politeía*, que los modernos han traducido en el sentido de constitución.³

Expresa Rolando Tamayo y Salmorán:⁴ “Bajo el nombre de politeia los antiguos conocían una colección de tratados de Aristóteles que exponían las instituciones políticas de un gran número de poleis griegas o bárbaras. Numerosos de esos fragmentos fueron publicados por Newman bajo el título *Aristoteli rerum publicarum reliquiae*, en 1827. Con el nombre de ‘La constitución de Atenas’ se conoce un trabajo en que Aristóteles analiza la forma y estructura del gobierno y administración de Atenas”.

¹ Enrique Álvarez Conde: *Curso de derecho constitucional*, vol. 1, Tecnos, Madrid, 3^a ed., 1999, p. 145.

² Mauricio Fioravanti: *Constitución*, Trotta, Madrid, 2001, p. 17.

³ J. Bordes: *Politeia dans la pensée grecque jusqu'à Aristote*, París, 1982.

⁴ Rolando Tamayo y Salmorán: *Introducción al estudio de la Constitución*, 1^a ed. corregida, Fontamara, México DF, 1998, p. 24.

Por su parte, Remedio Sánchez Ferriz⁵ dice: “En conclusión, podemos con Pascerin definir la polis como un Estado ciudadano cerrado en su particularismo y concebido como suprema expresión del bien colectivo, es decir, como un hecho asociativo; con palabras modernas, cabría decir que la polis es, a su vez, un Estado y una Iglesia. Con el tiempo, la oposición entre las diversas ciudades, sus rivalidades y luchas, darán lugar a un nuevo tipo de organización (la Hegemonía), que, no obstante, es compatible con las ideas que se acaban de subrayar respecto de la polis”.

La constitución para Aristóteles no es un mero arreglo de funciones, sino también gobierno o administración de la ciudad, y se asocia con la legislación.

Aristóteles distinguía entre *politeía*, *nomos* y *psefisma* (constitución, ley y decreto).

La *politeía* aparece como un elemento configurador de la polis, significando la ordenación del Estado, la organización de sus diferentes magistraturas. En el tercer libro de la *Política* de Aristóteles se utiliza *politeia* como forma de la unión política y en este sentido se puede traducir por constitución.⁶

Según Fioravanti⁷ la constitución mixta era la conciliación entre la democracia, y la forma regia y aristocrática. Para Aristóteles, todas las formas de gobierno eran potencialmente justas y legítimas: la monarquía, la aristocracia o gobierno de los pocos y la democracia o gobierno del pueblo.

Lo que no puede aceptarse es la degeneración de estas formas: las del rey que se convierte en tirano; las de la nobleza que se convierte en oligarquía o gobierno de los ricos; las del pueblo, en el seno del régimen democrático.⁸ Aristóteles se refiere a la virtud, la ciudadanía activa, la *politeia* o justo equilibrio entre la oligarquía y la democracia para obtener la constitución ideal.

Aristóteles utiliza el término *constitución* para referirse a las distintas formas de gobierno, y analiza el poder político.

2.2. *La Constitución en Roma*

Observa Remedio Sánchez Ferris⁹ que “La ciudad romana tiene en su origen caracteres muy similares a los de la polis griega (grupo social reducido, unidad religiosa y participación ciudadana) que, a diferencia del griego, el romano tiene conciencia de la existencia de una *res publica* diversa de los intereses privados y la proyecta sobre la distinción entre un derecho ‘público’ y un derecho ‘privado’”.

⁵ Remedio Sánchez Freís: *Introducción al Estado constitucional*, Ariel Derecho, Barcelona, 1993, p. 33.

⁶ Aristóteles: *Política*, III 3, 1276b, pp. 1-16.

⁷ Mauricio Fioravanti: o. cit., p. 22.

⁸ Aristóteles: *Política* III, 7, 1279^a 22-42, 1279b1-11.

⁹ Sánchez Freís: o. cit., p. 33.

Cicerón en sus grandes obras políticas, *De republica* y *De legibus*, habla de conciliación y concordia entre la forma oligárquica y los excesos populares.

La definición ciceroniana habla de *res publica* como *res* que es del pueblo; pero con la condición que no sea considerado “pueblo toda multitud de individuos agregados de cualquier manera, sino sólo aquella que está reunida sobre la base de un consenso sobre el derecho y de una comunidad de intereses”.¹⁰

La *res publica* no puede tener un origen unilateral y violento, sino pacífico y consensuado.

En Roma el nombre de *constitutio* indica el acto legislativo en general o su resultado: *constituere iura*. En el Digesto 1.4.1 se establece que *constitutio* es lo que el emperador ordena (*principi placuit*) y que tenía fuerza (vigor) de una ley (lex). Posteriormente, evolucionó hacia el “estatuto de una *civitas*”.

Roma es una *res publica*, con lo cual se señala la estructura específica de la *civitas* romana.

Expresa Enrique Álvarez Conde¹¹ que “La aportación del mundo romano, a través del concepto de ‘rem publicam constituere’, no significa un elemento de ruptura con la tradición helénica. Así pues, el Estado se entenderá como algo preexistente al pueblo y la Constitución como uno de los elementos de aquél, siendo considerada como el instrumento eficaz para organizar la comunidad política. Como pusiera de relieve Polibio, la Constitución de un pueblo debe considerarse como la primera causa del éxito o fracaso de toda acción”.

3. La constitución en la Edad Media

Si bien la concepción del poder divino de los reyes hace que algunos consideren que en la Edad Media no existió la concepción de constitución, puede hablarse sin embargo del concepto de Ley Fundamental, que puede ser considerado como el antecedente de la Constitución.

El Medioevo perdura diez siglos (siglo V al siglo XV). Si bien no existe una forma típica de ejercicio del poder, como lo anota Fioravanti, “Existen rey, príncipes y señores, laicos y eclesiásticos, que derivan sus poderes de manera más o menos segura y lineal de los poderes orientados en sentido universalista, y que, a su vez, de manera más o menos clara, tienden a considerar el objeto de su dominio como un territorio más o menos unificado, o como un simple conjunto de tierras unidas por relaciones de carácter feudal. Existe, finalmente, sobre todo a partir del siglo XI, el extraordinario fenómeno de la constitución de los ordenamientos de las ciudades, que se dictan de formas de gobiernos también en gran medida participativas”.¹²

¹⁰ Cicerón: *De re publica*, I, XLV.

¹¹ Álvarez Conde: o. cit., p. 146.

¹² Fioravanti, o. cit., p. 34.

Según este autor, la primera característica general de la constitución medieval es la intrínseca limitación de los poderes públicos.

Según Rolando Tamayo y Salmorán,¹³ “Constitución en el medioevo va a adquirir progresivamente el significado de ‘legislación’; pero de una legislación que fundamenta y explica las relaciones de poder de los individuos en la comunidad política (ciudades y reinos). Durante la Edad Media, a mi juicio, surge un nuevo concepto de ‘constitución’. La Iglesia tomó el término *constitutio* del derecho romano y lo aplicó a las reglamentaciones eclesiásticas válidas para toda iglesia o para alguna provincia eclesiástica particular. De la Iglesia o, posiblemente, de las obras del derecho romano mismas o de ambas —lo cual parece más probable—, el término ‘constitución’ volvió a ponerse en uso en la Edad Media para aplicarse a las disposiciones legislativas del poder temporal”.

En España el término *constitución* se usó en la guerra de conquista del territorio español contra los moros, para designar las cartas, fueros, etc. otorgados por los monarcas a regiones, ciudades y villas.

En la Edad Media se usó el término *constitución* para referirse a la legislación del príncipe. Como España, Francia e Inglaterra fueron reinos de ciudades, el término *constitución* se utiliza como instrumento de carácter legislativo por medio del cual se daban franquicias o privilegios a los individuos de una comunidad política —burgos, villas o ciudades—. Las constituciones se entendieron como pacto y por éste se define el estado jurídico de una colectividad, de un territorio, de una ciudad.

En Inglaterra, *constitution* también se refiere a franquicias y privilegios de ciertos estamentos como la Iglesia. Igualmente, las constituciones se consideran como leyes fundamentales del reino.

El profesor Enrique Álvarez Conde,¹⁴ después de hablar del concepto de Ley Fundamental en la Edad Media, agrega: “El contenido de la Ley Fundamental, que en un principio estaba integrado por las reglas de sucesión monárquicas, por la necesidad de convocar a los diferentes estamentos y por la imposibilidad de enajenar el patrimonio real, fue posteriormente identificándose con la idea de limitación del poder, que cristalizará en las teorías del *ius resistendi*. Es la idea del pacto entre el Rex y el Regnum, que dará lugar al llamado constitucionalismo sinalagmático (García Pelayo). Bajo estas ideas habría que mencionar las cartas medioevales —que eran concesiones por parte del soberano a determinados estamentos y corporaciones, los Fueros, las Bulas, los Estatutos, etc.”.

En el siglo XI aparecen los mercaderes, las ciudades dotadas de regímenes políticos; se hace una relectura del derecho romano de Justiniano y florecen centros de educación y de estudio, de la filosofía, la teología.

¹³ Rolando Tamayo y Salmorán: *Introducción al estudio de la Constitución*, Fontamara, México DF, 1998, p. 52.

¹⁴ Álvarez Conde: o. cit., p. 146.

La doctrina, especialmente santo Tomás de Aquino, sostuvo la supremacía de la comunidad política con un principio de autoridad encarnado en el príncipe.

La limitación de los poderes del rey se pone de presente en la Carta Magna de 1215, un contrato suscrito por el rey y todos los ricos, laicos y eclesiásticos, que tenía por objeto el conjunto de los derechos que por tradición correspondían al clero, a los vasallos del soberano, a todos los hombres libres, a los mercaderes y a la comunidad de la ciudad de Londres. Se trataba de limitar algunas prerrogativas del rey, como el condicionamiento de la imposición de tributos, o de cargas de distintos género, a su aprobación por parte de los obispos, de los condes y de los barones mayores.

En el siglo XIII aparecen el Parlamento inglés, los Estados generales en Francia, las Cortes en la península ibérica, los Landtage —las asambleas territoriales— en Alemania. Asimismo, surge el fenómeno de los Municipios (*Comuni*) formados por una progresiva agregación de familias de origen señorial, y después por otros estamentos de origen popular, por las corporaciones de las artes y de los oficios, así como por los mercaderes.

La constitución mixta medieval se dirige a limitar los poderes públicos.

4. La constitución en la Edad Moderna

La noción moderna de constitución como *la Constitución*, según Rolando Tamayo y Salmorán,¹⁵ “aparece como resultado de ciertos acontecimientos, de los cuales algunos de los más importantes son: a) aparición de los conceptos de comunidad y Estado; b) la protección jurídica de los pactos y el nacimiento de los civil rights; c) la aparición de las Cartas de las colonias inglesas de Norteamérica; y d) el auge de la doctrina moderna del derecho natural”.

Según Jellinek,¹⁶ los orígenes de la Constitución moderna son los siguientes:

Bajo el influjo de la doctrina aristotélica encuéntrase ya la concepción del dominium politicum, o sea de la autoridad limitada por la Constitución, como opuesta al dominium regale. En el siglo XVI aparece por vez primera el concepto de ley fundamental, lex fundamentalis.

La lex fundamentalis tiene una fuerza superior a las demás leyes. El propio rey está obligado respecto de ella y no la puede modificar por sí solo. En la época de Enrique IV, declaró en Francia Loyseau que las “*lois fondamentales de l’État*” constituyen una limitación estricta del poder del rey. En Inglaterra, Jacobo I es quien habla por vez primera de fundamental laws, la cual considera como derecho divino. En la época de su hijo desempeña el concepto de ley fundamental un gran papel, en las luchas parlamentarias. El conde de Strafford fue acusado y juzgado porque quiso cambiar las leyes fundamentales de la monarquía. En el Derecho Público alemán se conoce el concepto de la ley fundamental desde la paz de Westfalia.

¹⁵ Tamayo y Salmorán: o. cit., p. 62.

¹⁶ Georg Jellinek: *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1970, p. 383.

Agrega este autor que la concepción de ley fundamental va unida a la antigua del contrato constitucional entre el rey y el país, “especialmente en Inglaterra, donde la concepción medieval de las relaciones contractuales entre rex y regnum ha permanecido muy viva a causa de las innumerables confirmaciones de los derechos y libertades por la corona”.¹⁷

Luego explica:

Mediante la transmisión de la doctrina calvinista de las comunidades eclesiásticas al Estado, y de la aplicación de la doctrina bíblica de la alianza entre Dios y su pueblo, nace entre los puritanos independientes la concepción de que la comunidad cristiana, así como el Estado, descansan sobre su covenant, sobre su contrato social, que necesita ser llevado a cabo con unanimidad por todos los miembros de la comunidad.¹⁸

Esta concepción fue llevada a efecto por los colonos americanos que acordaron un contrato para la colonia en virtud del cual fundaron una comunidad, instituyeron una autoridad y expresaron obediencia a ella.

Hay que poner de presente que fue la doctrina del derecho natural la primera que investigó el problema de las leyes fundamentales.

El concepto moderno de constitución está vinculado a las doctrinas de la soberanía. Hay que citar la obra de Bodino (1529-1596), autor de *Los seis libros de la República*, publicados por primera vez en París en 1576.

En síntesis, Bodino¹⁹ dice que el rey no es soberano porque sea titular de múltiples y vastos poderes, sino porque esos poderes están dotados de un carácter particular que es el de la soberanía. Para que tal carácter esté presente es necesario que el poder del soberano sea perpetuo y absoluto. Es decir, el rey puede hacer la ley, modificarla, derogarla, pero no puede prescindir de ella. La ley es un límite al poder real, pero no le sirve de fundamento porque éste radica en la soberanía divina.

El absolutismo parte de que el poder es perpetuo, en el sentido de originario.

Bodino enumera los poderes que no pueden ser compartidos y que constituyen el núcleo duro de la soberanía: el poder de dar y anular leyes, el poder de declarar la guerra y de firmar la paz, el poder de decidir en última instancia sobre las controversias existentes entre los súbditos, el poder de nombrar a los magistrados, y el poder de imponer tributos.

De estas características derivan dos límites que según Fioravanti,²⁰ a quien hemos seguido en la exposición histórico-filosófica, son los siguientes:

El primero viene unido a la distinción entre rey y Corona, con la consecuente imposibilidad de cambiar las leyes que regulan la sucesión al trono y de alienar los bienes que forman parte de la hacienda pública.

¹⁷ Ibídem, p. 384.

¹⁸ Ibídem, p. 385.

¹⁹ J. Bodino: *I sei Libri dello stato*, ed. de M. Isnaroli Parente y D. Quaglioni, Torino, 1964-1967, I, caps. 8 y 9.

²⁰ Fioravanti: o. cit., p.74.

El segundo, aún más importante, viene unido a la existencia de un derecho profundamente radicado en las cosas y en los bienes, que regula la pertenencia de éstos a los súbditos tomados individualmente, a las familias, a las comunidades rurales y urbanas. Este “derecho de los particulares”, como podemos decir usando un lenguaje de tiempos más recientes, no está a disposición del soberano, no puede ser libremente alterado por su voluntad discrecional.

Bodino sostiene que el régimen político puede asumir tres formas: la monárquica, la aristocrática y la democrática, pero prefiere la soberanía monárquica. La fórmula que prefiere es la del régimen monárquico provisto de un gobierno “mixto y temperado” capaz de valorar los componentes populares y aristocráticos.

Thomas Hobbes en su *Leviatán*, publicado en 1651, expresa que existe una única ley fundamental, que exige preservar la integridad de los poderes soberanos. En esta obra Hobbes²¹ dice: “[...] ley fundamental es en todo Estado aquella que, si se anula, el Estado se derrumba y disuelve por completo, lo mismo que un edificio cuyos cimientos son destruidos. Por tanto, una ley fundamental es aquella en virtud de la cual los súbditos están obligados a mantener todo poder dado al soberano, ya sea éste monarca o una asamblea soberana, sin el cual el Estado no puede subsistir. Tal es el poder de hacer la guerra y la paz, el de judicatura, el de elección de oficiales y el de procurar todo lo que sea necesario para el bien público”.

La doctrina popular del contrato social es acogida por Hobbes y sobre ella funda su teoría de la doctrina del Estado. La ley fundamental se identifica con el contrato sobre el cual se funda el Estado, así como con las consecuencias que se desprenden inmediatamente de él. En el contrato social va implícita la cláusula de someterse a aquel principio que designe la mayoría.

Hobbes afirma que los individuos absolutamente iguales en el estado de naturaleza deciden, para evitar los conflictos, salir de esa precaria condición e instituir un poder soberano común a través de la autorización y la representación.

En 1762 fue publicado el *Contrato social* de Juan Jacobo Rousseau (1712-1778),²² que atribuía el poder soberano directamente al pueblo.

Pero ni Hobbes ni Rousseau previeron la división del poder soberano ni la posibilidad de oponer a esos poderes una norma fundamental.

El iusnaturalismo racionalista (Locke, Rousseau, Althusius...) concibió la Constitución como la expresión del pacto social entendido como acuerdo general de sus miembros, lo que conllevó la distinción entre pacto social y acto constitucional. Mediante el pacto social la sociedad civil se convierte en sociedad estatal. Mediante el acto constitucional se realiza la organización de esa sociedad estatal.

La solución equilibrada y moderada de gobierno la dio John Locke (1632-1704) con sus *Dos tratados sobre el gobierno*, publicados en 1690. El resumen de su pensa-

²¹ Thomas Hobbes: *Leviatán*, edición de Carlos Mellizo, Madrid, 1989, cap. 29.

²² J. J. Rousseau: *El contrato social*, edición de María José Villaverde, Madrid, 1999.

miento lo hace Fioravanti,²³ quien dice que Locke parte del estado de naturaleza pero que: “A los hombres les faltaba sin embargo lo que Locke llamaba una *standing rule*, una regla fija y consolidada, capaz de asegurar en el tiempo la *property* ya adquirida en el estado de naturaleza. Por esto, los hombres deciden salir del estado de naturaleza e instituir la sociedad política. En ella esos hombres veían esencialmente un instrumento de perfeccionamiento de la condición ya existente, que permitía poner al servicio de la misma *property*, de sus derechos, algunas instituciones políticas que como tales nunca habrían podido establecerse en el estado de naturaleza: un legislador y una ley capaz de representar la ‘medida común’ en la determinación de la sinrazón y de la razón en las controversias entre los individuos, un juez ‘cierto e imparcial’ con el que siempre se pueda contar para la aplicación de la ley, y un poder ulterior, el ejecutivo, que tenga en sí de manera incontestable la fuerza necesaria para hacer cumplir las sentencias”²⁴.

Locke distingue entre el poder absoluto, en que un único sujeto, sea el rey o la asamblea, tiene el poder legislativo y el ejecutivo, y un poder moderado, en que los dos poderes son distintos y pertenecen a sujetos distintos.

Después de Locke y a lo largo del siglo XVIII se va formando la idea de que la constitución era en realidad la Constitución inglesa, que había sabido equilibrar los poderes del Parlamento y de la monarquía, y garantizar los derechos. Se afirmaba que la Constitución inglesa era capaz de impedir toda absolutización del poder y de distinguir y contrapesar los poderes (*checks and balances*).

Estas ideas fueron defendidas y divulgadas por Montesquieu²⁵ (1689-1755).

Expresa Montesquieu que tanto la monarquía como la democracia pueden asumir una configuración despótica. Por tanto, un régimen político moderado es aquél dotado de una constitución capaz de mantener diferenciados y en una posición de equilibrio esos mismos poderes.

Sostiene este ilustre pensador que “el poder frena al poder”, significando que el legislativo puede y debe controlar la ejecución de la ley, pero sin entrometerse en los asuntos que competen al ejecutivo; y este segundo puede oponer su veto a la ley, pero sólo en sentido negativo, y sin que se configure la participación del ejecutivo en la formación de la voluntad legislativa. Afirma que los derechos de los individuos sólo pueden existir dentro de un régimen político moderado, dotado de una constitución semejante a la inglesa. Al respecto expresó: “La libertad política se encuentra en los gobiernos moderados”.

Las revoluciones del siglo XVIII, la norteamericana y después la francesa, aplican un nuevo concepto que es el del poder constituyente, que ejercieron los norte-

²³ Fioravanti, o. cit., pp. 91-92.

²⁴ J. Locke: *Segundo tratado sobre el Gobierno*, edic de Pablo López Álvarez, Madrid, 1999, II, cap. 9, par.124.

²⁵ Montesquieu: *El espíritu de las leyes*, Madrid, 2000, II, 4, y VIII, 2.

americanos para declarar su independencia de la madre patria inglesa y que ejercieron los revolucionarios franceses con la finalidad de destruir las instituciones del antiguo régimen y de generar una nueva forma política.

La concepción de ley fundamental escrita, esto es, de Constitución, alcanza una significación independiente en las colonias americanas de Inglaterra. Como lo expresa Jellinek:²⁶ “Estas colonias, si son de la corona, reciben de los reyes de Inglaterra, y si no (como sucede en Carolina del Norte y Pennsylvania) de sus señores, cartas de libertad, privilegios, en los que se consignan los principios fundamentales de su gobierno y organización administrativa. Muchas de estas cartas sólo contienen la confirmación de la Constitución que se habían dado con anterioridad los propios interesados”.

En el año de 1776 las colonias independientes se transforman en Estados, y en virtud de la plenitud de los poderes que habían alcanzado publican los Constituciones basadas en el principio de la soberanía popular y de la división de poderes, o bien transforman sus Cartas en Constituciones.

En estas Constituciones se encuentra el modelo de las Constituciones europeas incluyendo la Constituyente francesa de 1789-91.

Dichas Constituciones en su mayoría van precedidas de un Bill of Declaration of Rights, y luego hay un plan de gobierno, y disposiciones acerca de los órganos supremos del Estado y sobre sus funciones. Algunos de los principios del Bill del Estado de Virginia formaron parte de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 4 de julio de 1776.

La Constitución norteamericana de 1787 es una constitución democrática, fundada sobre el poder constituyente, dirigida a instituir un gobierno limitado y con contrapesos. La exposición de la Constitución norteamericana se encuentra en las páginas del *Federalist*, escritas y publicadas en 1788 con la finalidad de sostener la causa de la Constitución federal, por obra de Alexander Hamilton (1755-1804) y James Madison (1751-1836).

Los norteamericanos introdujeron el régimen republicano que tiene una opción democrática, porque se expresa a través de una Constitución que se funda en el poder constituyente del pueblo soberano. Se preveía un equilibrio entre los poderes, de forma que se obtuviera un gobierno limitado. Se admitía por Hamilton el poder de los jueces a declarar nulos los actos del legislativo contrarios a la Constitución, que en seguida se desarrolló en el control difuso de constitucionalidad.²⁷

“Una Constitución es algo que precede al gobierno y el gobierno es únicamente una creación de la Constitución. La Constitución de un país no es un acto de su gobierno, sino del pueblo que constituye un gobierno”, decía Thomas Paine en *The Rights of Man*.

²⁶ Jellinek: o. cit., p. 389.

²⁷ J. R. Stoner: Common Law and Liberal Theory. Coke, Hobbes and the Origins of the American Constitutionalism, Lawrence, Kan, 1992, pp. 197 ss.

Los textos constitucionales de las colonias tras la independencia decían: “Ordenamos, declaramos y establecemos la siguiente Declaración de Derechos y Frame of Government [división de poderes], a fin de que sea la Constitución de esta ‘Commonwealth’ [Constitución de Pensylvania] y la Constitución Federal: [...] Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos [...] ordenamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América”.

Surgió así la imagen de la supremacía de la Constitución querida por el pueblo soberano, que ordena y limita los poderes.

Siéyés (1748-1836) sostiene que la Constitución limita los poderes constituidos pero no puede limitar el poder constituyente. Decía en su obra *¿Qué es el Tercer Estado?*: “Es imposible crear un cuerpo para un fin sin darle una organización, sin darle las formas y las leyes adecuadas para hacerle cumplir las funciones a las que se le quiere destinar. Es lo que se denomina la Constitución de este cuerpo. Es evidente que no puede existir sin ella. Lo es también que todo gobierno constituido debe tener una Constitución”.

Por tanto, según Siéyés el poder constituyente reside siempre en el pueblo, en tanto que los otros poderes, como poderes constituidos, derivan su existencia y competencia del poder constituyente.

La primera Carta constitucional aparecida en Europa fue la promulgada en Francia el 3 de septiembre de 1791.

La Constitución de la revolución francesa fue la Constitución del pueblo soberano. Se concebía el poder legislativo como poder constituido, autorizado y limitado por la Constitución. Sin embargo, en esta Constitución el poder legislativo está colocado en tal forma que el ejecutivo le está subordinado completamente. Además, el Parlamento se compone de una sola cámara, y todo elemento que pudiera entorpecer la legislación es rechazado. Queda prohibido a los miembros de la Asamblea General la entrada al Ministerio. El poder constituyente no se atribuye a la asamblea popular, sino exclusivamente al Parlamento.

Según Jellinek:²⁸ El influjo de la Constitución francesa de 1791 fue muy profundo. Ha servido de prototipo a todas las Constituciones que descansan sobre un principio democrático. Así, las Cortes españolas de 1812 y la Constitución de esta fecha, la portuguesa de 1822 y la noruega, aún en vigor, de 1814, fueron creadas tomando aquélla por modelo, y la misma Constitución belga de 1831 está muy influida en muchos puntos, por la misma”.

El artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano decía: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada y la división de poderes determinada, no tiene Constitución”.

Este concepto francés es el de la Constitución referida al poder estatal.

²⁸ Jellinek: o. cit., p. 395.

El movimiento liberal se inicia con la revolución inglesa del siglo XVII. Como lo dice Enrique Álvarez Conde,²⁹ en este proceso revolucionario “asistimos a la primera Constitución escrita en sentido moderno, el Instrument of Government de 1653 (sin olvidar la regerlagsform sueca de 1634), siendo comúnmente aceptada la existencia de un derecho superior al derecho positivo. Así, por un lado, la Carta Magna vino a cumplir la función de una ley natural, función que posteriormente se atribuirá al *common law* en la interpretación que del mismo hizo el juez Coke, con una idea de limitación permanente del poder de la Corona”.

Se empieza con este movimiento a gestar la idea de que la Constitución tiene por finalidad asegurar la libertad del ciudadano frente al poder político a través de principios como el respeto de los derechos individuales y la consagración de la división de poderes.

La idea de la Constitución estatal se encuentra por primera vez en la obra de Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), especialmente en la obra *La Constitución de Alemania*. Hegel decía que Alemania tenía una Constitución jurídica, establecida contractualmente y como tal exigible por las partes ante los tribunales, pero no tenía una Constitución estatal en la que se expresase la existencia de un Estado, de un principio político común dotado de autoridad propia. La Constitución estatal es norma de derecho público que debe prevalecer sobre la Constitución estamental y feudal. La Constitución estatal se afirma sobre la soberanía del Estado y la existencia de un orden fundamental de convivencia civil basado un sólido vínculo entre las fuerzas sociales.

Expresa Fioravanti:³⁰

Las constituciones del siglo XIX no querían ser democráticas y populares, pero tampoco monárquicas como el modelo constitucional prusiano: querían ser simplemente constituciones estatales.

Fue así inevitable, en la cultura constitucional del siglo XIX, que coincidiera la soberanía del Estado con la soberanía del ordenamiento jurídico dado por ese mismo Estado, que con sus reglas anulaba la soberanía política del monarca o del pueblo, transformándola en poderes jurídicamente regulados, insertos en ese mismo ordenamiento. En pocas palabras, esto es el Estado de derecho, que precisamente en los últimos años del siglo asume su forma teórica definitiva, recibida en varios países europeos gracias a la obra de Georg Jellinek (1851-1911), ciertamente el mayor jurista alemán en el cambio de siglo.

Jellinek³¹ dice que la mejor garantía posible para los derechos de los individuos está dada por el Estado de derecho, por el principio del Estado soberano. En el sistema del Estado de derecho los derechos están confiados a la ley del Estado soberano. Expresa que: “La Constitución del Estado comprende los principios jurídicos que

²⁹ Álvarez Conde: o. cit., p. 147.

³⁰ Fioravanti: o. cit., p. 140.

³¹ Jellinek: *Teoría general del Estado*, Granada, 2000, p. 506.

determinan cuáles son los órganos supremos del Estado, el modo de su formación, sus relaciones recíprocas y su esfera de acción y, en fin, la posición fundamental del particular respecto del poder del Estado”.³²

La relación entre Estado y Constitución es tan sólida que no puede existir Estado sin Constitución, pero tampoco Constitución sin Estado. La Constitución existe para organizar y limitar un Estado.

La Constitución alemana de Weimar de 1919 representa el comienzo de las constituciones democráticas del siglo XX. Parte de la base del poder constituyente ejercido por el pueblo alemán. Además, contiene los principios de la inviolabilidad de los derechos fundamentales y el principio de igualdad. Asimismo contiene la separación y el equilibrio entre los poderes, la tutela jurisdiccional de los derechos, el método parlamentario para la asunción de las decisiones políticas.

Para Carl Schmitt (1888-1985) en su *Doctrina de la Constitución*, publicada en 1928,³³ una Constitución es democrática cuando es capaz de representar y hacer vivir, en el plano institucional y político, al sujeto constituyente que le ha dado vida, es decir, al pueblo soberano.

Para Hans Kelsen³⁴ la Constitución democrática es la Constitución que tiende a afirmar el principio del necesario fundamento normativo de todo poder. La Constitución democrática tiende a excluir poderes autocráticos y es esencialmente una Constitución republicana.

Las Constituciones del siglo XX son democráticas, no tienen dueño, y son pluralistas. Además, es necesario poner un límite a la ley que es la Constitución entendida como “principio en el que se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas”.³⁵ Así aparece la institución del control constitucional confiado a los tribunales constitucionales que tienen el poder de declarar inválidas las leyes contrarias a la Constitución. Al respecto dice Kelsen: “Si la esencia de la democracia reside no ya en la omnipotencia de la mayoría, sino en el constante compromiso entre los grupos que la mayoría y la minoría representan en el parlamento, y así en la paz social, la justicia constitucional parece instrumento idóneo para realizar esta idea”.³⁶

Las Constituciones después de la primera guerra mundial se fundamentan en la soberanía popular y no en la soberanía monárquico-constitucional o parlamentaria.

³² G. Jellinek: o. cit, III, p. 508.

³³ C. Schmitt: *Teoría de la Constitución*, ed. de Francisco Ayala, Madrid, 1983.

³⁴ Hans Kelsen: Problemas capitales de la teoría del Estado. Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica, México, 1987.

³⁵ Hans Kelsen: “La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)”, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, 1988, pp. 109-155.

³⁶ Kelsen: “La garantía...”, o. cit. p. 202.

5. La Constitución como norma jurídica

Hay que poner de presente que el concepto liberal y burgués de Constitución es diferente en el proceso revolucionario francés e inglés y el concepto revolucionario norteamericano.

En Norteamérica surgió la idea de una Justicia Constitucional y el control constitucional de las leyes. Por su parte, Europa fue reacia al constitucionalismo norteamericano y continuó manteniendo la supremacía de la ley como expresión popular.

La elaboración científica del concepto del carácter normativo de la Constitución se debe a la dogmática alemana del siglo XIX.

Este diferente enfoque es explicado por Enrique Álvarez Conde³⁷ así: “En Europa, por un lado, los ingleses continuaban haciendo del principio de la soberanía parlamentaria una especie de dogma de fe y, por otro, en el continente, el auge del principio monárquico hacía que el rey fuese el titular del poder constituyente, a veces compartido con el Parlamento, no siendo la Constitución más que una declaración de principios, un programa político. Es decir, mientras en Europa se pensó, casi hasta el período de entreguerras, que esos principios o técnicas eran suficientes para asegurar la libertad del ciudadano frente al poder político, en Estados Unidos, sin renunciar a esa utopía liberal burguesa, se va a añadir un nuevo elemento. La Constitución, desde sus inicios, es una norma jurídica que ocupa la posición de suprema del ordenamiento jurídico”.

Asimismo, es un hecho pacífico en la doctrina que las Constituciones modernas son verdaderas normas jurídicas y no simples documentos políticos.

Lo anterior implica que todos y cada uno de los preceptos constitucionales tienen la condición de norma jurídica.

Rafael Díaz Roca³⁸ diferencia cuatro fases generales en el constitucionalismo que permiten fijar el concepto de constitución.³⁹ Estas fases son las siguientes:

Fase revolucionaria (1776-1799/1814). El autor citado dice que: “Aplicando de un modo directo e inmediato la doctrina política que resulta de la Filosofía de la Ilustración y del Liberalismo (Locke, Montesquieu, Kant, Rousseau, Franklin, Jefferson, Siéyés, Hamilton, Constant, etc.) los revolucionarios, tanto europeos como norteamericanos, conciben la Constitución, desde un punto de vista racional normativo, como el instrumento jurídico-político que especifica y garantiza los derechos individuales, que configura una estructura del poder político en el Estado para la salvaguardia de tales libertades y que asegura, en opinión de los liberales más avanzados que pronto desembocan en las tesis democráticas, que la acción política va a

³⁷ Álvarez Conde: o. cit., p. 148.

³⁸ Rafael Díaz Roca: *Teoría general del derecho*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 131 y ss.

³⁹ Otras clasificaciones más prolíficas se encuentran en Paolo Biscaretti Di Ruffia: *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1972, pp. 285-304.

responder a los dictados de la voluntad soberana de la Nación que encarna el pueblo en su conjunto”.

Monarquía limitada (1799/1814-1848/1868). En un primer momento (1814-1830/1848) la Constitución es una simple codificación formal del sistema político superior, que representa el compromiso del poder monárquico, al que se le sigue atribuyendo el carácter de soberano, en cuanto a la forma de organizar y legitimar el ejercicio de tal poder (Carta Francesa de 1814, Estatuto Real de 1834, etc.). En un segundo momento, la Constitución como norma representa el pacto entre dos principios legitimadores del Poder: el principio monárquico, que controla el Ejecutivo y el principio popular que controla el Legislativo.

Soberanía parlamentaria (1868-1945). En esta etapa sólo queda en pie el Parlamento. La soberanía se predica de la nación. El Parlamento se expresa a través de la Ley que no está sujeta a ninguna otra norma y por ende no está sujeta a limitación. La ley y la Constitución son igualmente emanación de la voluntad general soberana (Carré De Malhberg). La Constitución no es más que un programa. Desaparece el carácter normativo y directamente aplicable de la Constitución y por ende su papel como fuente material y formal del ordenamiento jurídico.

Constitucionalismo democrático (desde 1945). Como lo expresa Rafael Díaz Roca,⁴⁰ en este concepto la Constitución “es, y únicamente puede ser, el instrumento jurídico supremo en el Estado, que no sólo resume o establece su estructura esencial, sino que lo hace de una manera dada”. Esta forma tiene, según este autor, las siguientes determinaciones básicas: a) reconocimiento de libertades de los ciudadanos que son previas y superiores al Estado que surge para garantizarlas; b) el poder político se concibe y construye como una emanación del pueblo al que pertenece de modo indelegable la soberanía; c) de lo anterior se deriva la necesidad del carácter normativo de la Constitución, su superioridad sobre todo el ordenamiento y la necesidad de que el derecho sea aplicado e interpretado conforme a la norma suprema, que puede ser invocada directamente por todos los ciudadanos.

De lo dicho se deduce que no hay preceptos constitucionales carentes de eficacia jurídica. Las normas orgánico-procedimentales, las normas sustantivas, las normas relativas a los derechos fundamentales, las normas que suponen garantías institucionales y las normas que suponen auténticos mandatos al legislador son auténticas fuentes de derecho objetivo e imponen obligaciones.

Hay que agregar que, si bien todos los preceptos constitucionales son normas jurídicas, tienen distinto grado de eficacia. Algunas son normas de aplicación directa y otras de aplicación diferida.

En Colombia es indudable el carácter normativo de la Constitución por cuanto su artículo 4 dice que: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las dispo-

⁴⁰ Díaz Roca: o. cit., p. 133.

siciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

La afirmación de que la Constitución tiene normatividad jurídica tiene consecuencias jurídicas.

La primera es que la violación de la Constitución por la ley conlleva la inconstitucionalidad de ésta.

La segunda consecuencia es que la Constitución como auténtica norma jurídica es directamente aplicable en materia de derechos y libertades.

La tercera consecuencia es la interpretación de todas las normas jurídicas conforme a la Constitución.

La cuarta consecuencia es que como norma suprema vincula a los poderes públicos.

La quinta consecuencia es la derogatoria de todas las normas contrarias a la Constitución y la inconstitucionalidad sobreviniente de las normas anteriores a la Constitución.

La sexta consecuencia es que la Constitución es no sólo norma suprema sino norma delimitadora del sistema de fuentes del derecho.

A lo anterior hay que agregar la dimensión axiológica de la Constitución, que tiene unos principios y valores que permiten la adaptación de la Constitución a las nuevas realidades sociales.

La fuente primera de todo el derecho es, en el Estado constitucional, la Constitución y no la ley.

Eduardo García Enterría⁴¹ dice: “La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe de cumplir en beneficio de la comunidad. En todos esos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos. La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico”. Luego explica que “la Constitución no es sólo una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior”. Como razones da que la Constitución define el sistema de fuentes formales, porque siendo la expresión de una intención fundamental tiene pretensión de permanencia, y porque constituye una “super-legalidad formal” que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento jurídico.

Hay que reconocer que la supremacía normativa de la Constitución es creación del constitucionalismo norteamericano. En efecto, en la sentencia de 1803 en el asunto *Mar-*

⁴¹ Eduardo García Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3^a ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 48.

bury v. Madison, obra del juez Marshall, se concreta que “the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature” en los términos de la famosa sentencia.

En la doctrina y la jurisprudencia se ha impuesto el carácter normativo de la Constitución, la tutela jurisdiccional de los derechos humanos y el control constitucional establecido en la mayoría de las Constituciones modernas.

Por último, la fuerza y el carácter normativo se predicen de toda la Constitución. En efecto, el preámbulo y todos los artículos de la Constitución enuncian efectivas normas jurídicas. La distinción entre parte dogmática y parte orgánica puede ser útil para fines académicos, pero no representa diferencia alguna en relación con el carácter normativo de toda la Constitución. Desde luego, la Constitución puede, si el poder constituyente así lo decide, establecer diferente valor para algunas de sus disposiciones.

6. El concepto de Constitución

6.1. Múltiples acepciones del término constitución

Se ha dicho por la doctrina que se puede utilizar el término *constitución* aunque no exista un régimen constitucional. Se ha abusado del término. K. Loewenstein ha llegado a clasificar las Constituciones en “normativas”, “nominales” y “semánticas” en función del no abuso, o menor o mayor abuso del término *constitución*.

En las “normativas” habría coincidencia entre lo que la Constitución prevé y lo que ocurre en la realidad. En las “nominales” habría una desviación importante. En las “semánticas” la realidad conlleva un remedio de Constitución.⁴²

En la doctrina el concepto de Constitución ha tenido diversos enfoques jurídicos y políticos. Según Ignacio de Otto:⁴³ “La palabra Constitución y con ella la expresión Derecho Constitucional y cualquier otra en que el término aparezca como adjetivo, se encuentra en su origen ostensiblemente cargada de significado político, evoca de inmediato ideas tales como libertad y democracia, garantía de los derechos de los ciudadanos, limitación de poder”.

6.2. La Constitución como la construcción del orden político

La Constitución tiende, como lo dice Javier Pérez Royo, a “posibilitar la construcción jurídica de un orden político”.⁴⁴

⁴² K. Loewenstein: *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1979, p. 56.

⁴³ Ignacio de Otto: *Derecho constitucional*, Ariel Derecho, Madrid, 1999, p. 11.

⁴⁴ Javier Pérez Royo: *Curso de derecho constitucional*, 7^a ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 100.

Por tanto, la Constitución no es sino la formulación jurídica del orden político de la sociedad.

A su vez, el Estado tiene que ser la expresión política única de la sociedad.

La Constitución en la concepción liberal implica la idea de un acto fundacional, en forma escrita, por el cual se garantizan los derechos de las personas y se estructura la organización del poder político. Como lo expresa García Pelayo, la Constitución se presenta “como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos”.⁴⁵

Por tanto, la Constitución escrita ha sido definida por García Pelayo como Constitución racional normativa.⁴⁶ Y agrega: “La Constitución es, pues, un sistema de normas. No representa una suma o resultante de decisiones parciales tomadas según van surgiendo los acontecimientos o presentándose las situaciones, sino que parte de la creencia en la posibilidad de establecer de una sola vez para siempre y de manera general un esquema de organización en el que se encierre la vida toda del Estado y en el que se subsuman todos los casos particulares posibles”.

El profesor Javier Pérez Royo⁴⁷ expresa que la Constitución racional normativa “es el resultado de la combinación de un elemento formal y otro material. Formalmente, tiene que ser un producto de la sociedad, creado por ella misma, y no una norma que se le impone sin su consentimiento. Materialmente, la Constitución tiene que permitir a la sociedad autodirigirse políticamente de manera permanente. La sociedad no solamente debe ser libre en el momento de aprobar la Constitución, sino que debe continuar siéndolo después de manera indefinida”.

De la fuerza normativa de la Constitución se derivan los problemas del poder constituyente, la interpretación de la Constitución, la reforma de la Constitución y el control de constitucionalidad de la ley.

Todos los órganos del Estado son creados y regulados por la Constitución.

La Constitución es expresión del poder constituyente, de la soberanía, y mediante la cual se racionaliza la estructura del Estado (Álvarez Conde).

Expresa Gonzalo Ramírez Cleves⁴⁸ que la Constitución es “la elaboración política-normativa que da base al Estado democrático de derecho que refleja y es producido por un poder constituyente a su vez democrático y superior”. Según este tratadista, hay dos características que son esenciales al concepto de Constitución, esto es, su carácter político y su carácter normativo.

⁴⁵ M. García Pelayo: *Escritos políticos y sociales*, Madrid, 1989, p. 34.

⁴⁶ M. García Pelayo: *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1991, p. 35

⁴⁷ Pérez Royo: o. cit., p. 99.

⁴⁸ Gonzalo Ramírez Cleves: *Los límites a la reforma constitucional y las garantías límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 40.

6.3. Constitución formal y Constitución material

La Constitución material es la realidad social. F. Lasalle⁴⁹ sostuvo que las cuestiones constitucionales no son cuestiones jurídicas sino cuestiones de poder. Decía que la Constitución escrita es una “hoja de papel”. Agregaba que la Constitución verdadera de un país es la relación real de fuerzas que existen en la sociedad. La Constitución escrita, o es expresión de esa relación real de fuerzas, o no sirve para nada.

La Constitución material, en palabras de De Otto,⁵⁰ “alude al conjunto de las normas cuyo objetivo es la organización del Estado, los poderes de sus órganos, las relaciones de éstos entre sí y sus relaciones con los ciudadanos”.

La distinción entre Constitución formal y material se refleja en diferentes posiciones doctrinales que son resumidas así por Álvarez Conde:⁵¹ “L. Von Stein proclamará la idea de que la Constitución debe legitimar el orden social existente. Por su parte, Schmitt mantendrá la teoría decisionista de la Constitución, como acto de voluntad del poder constituyente en cuanto es la decisión política fundamental creadora de un orden nuevo, con la distinción entre Constitución y Leyes Constitucionales. Finalmente Kelsen define la Constitución desde un punto de vista lógico-jurídico como la Norma Hipotética fundamental del ordenamiento jurídico. Por su parte, la doctrina italiana (Mortati hablará de Constitución en *senso materiale*, que debe reflejar la estructura fundamental de una sociedad y por ello la define como la fuerza resultante de la organización de un grupo social que se singulariza de los demás y que logra, triunfando sobre grupos antagónicos y portadores de intereses diversos, hacer valer efectivamente la forma particular de orden por él afirmada. Para este autor, la Constitución material no se subsume en la Constitución formal, sino que permanece sustentándola a lo largo de todo el despliegue de la vida constitucional, con la consecuencia de que el intérprete de la Constitución habrá de tener en cuenta en todo momento este dualismo. Por su parte, Smend fundamentó su teoría de la integración, integrando tanto los elementos fácticos como normativos, la realidad histórico-política y realidad jurídica, y rechazando la teoría decisionista de la Constitución, entendida ésta como la decisión global sobre el tipo y la forma de la unidad política o en cuanto una ley de difícil modificabilidad”.

Hay que advertir que el carácter normativo de la Constitución no puede descuidar las realidades sociales y las funciones que la Constitución debe cumplir en una democracia.

⁴⁹ F. Lasalle: *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona, 1989, p. 45.

⁵⁰ De Otto, cita de Álvarez Conde: o. cit., p. 149.

⁵¹ Álvarez Conde: o. cit., p. 150.

6.4. *Diversos conceptos sobre la Constitución*

Como puede observarse de lo antes expuesto, la Constitución es objeto de un gran debate entre diversas concepciones políticas, diversos modos de concebir el Estado, el derecho y la relación entre ambos, y las teorías modernas sobre el Estado constitucional.

Como lo expresa García Pelayo,⁵² el concepto de constitución es uno de los que ofrecen mayor pluralidad de formulaciones. Esto por dos razones. La primera “porque si la mayoría de conceptos jurídico-políticos son de un modo mediato o inmediato conceptos polémicos, éste, por referirse a la sustancia de la existencia política de un pueblo, está particularmente abocado a convertirse en uno de esos conceptos simbólicos y combativos que halla su ratio no en la voluntad de conocimiento, sino en su adecuación instrumental para la controversia con el adversario”. La segunda por “el hecho de que la constitución forma un nexo entre diversas esferas de la vida humana objetivada, por el que se vinculan sectores de la realidad política, jurídica, sociológica, etc.”.

Por las anteriores razones, la palabra *constitución*, como lo dice el autor citado, no está sola sino acompañada de adjetivos, como constitución política, o constitución real, o constitución formal, o constitución material, o constitución empírica, constitución ideal, constitución en sentido amplio o en sentido restringido.

6.4.1. *Tres grandes conceptos de Constitución*

Siguiendo a García Pelayo,⁵³ se pueden distinguir tres grandes conceptos que son reveladores del proceso histórico de configuración conceptual de la Constitución:

1) Concepto racional normativo, que configura la Constitución como un complejo normativo, establecido de una sola vez, en el que se regulan las funciones del Estado. Éste es el concepto del liberalismo burgués que concibe la Constitución como un conjunto normativo que se establece de una sola vez para regular las funciones fundamentales del Estado y declarar los derechos de los ciudadanos.

El tratadista Germán J. Bidart Campos⁵⁴ dice que el tipo racional normativo tiene estas características: a) define a la Constitución como conjunto de normas, fundamentalmente escritas, y reunidas en un cuerpo codificado; b) piensa y elabora a la Constitución como una planificación racional, o sea, suponiendo que la razón humana es capaz de ordenar constitucionalmente a la comunidad y al Estado; c) profesa la creencia en la fuerza estructurada de la ley, es decir, en que las normas son el princi-

⁵² Manuel García-Pelayo: *Derecho constitucional comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 33.

⁵³ Ibídem, p. 65.

⁵⁴ German J. Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, tomo 1, 3^a reimpr., Buenos Aires, Ediar, 2001, p. 291.

pio ordenador del régimen constitucional y de que tienen en sí mismas, y en su pura fuerza normativa, la eficacia para conseguir que la realidad sea tal como las normas la describen; d) la Constitución es un esquema racional de organización, un plan o programa formulado con pretensión de subsumir toda la dinámica del régimen político en las previsiones normativas.

Este tipo racional normativo tiende a lograr racionalidad, seguridad, estabilidad. Históricamente responde a la época del constitucionalismo moderno o clásico, iniciado a fines del siglo XVIII.

2) Concepto histórico-tradicional, que implica que la Constitución de un pueblo no es producto de la razón, sino el resultado de una transformación histórica. Por tanto, la Constitución no se elabora ni se escribe racionalmente sino que es algo propio de cada régimen. Por ende, cada Estado tiene *su* Constitución, surgida y formada por acontecimientos históricos.

Concepto sociológico, que establece que la Constitución es la forma de ser de un determinado pueblo o sociedad. En este sentido la doctrina habla de realidad constitucional que según Pablo Lucas Verdú consiste “en un conjunto de elementos que se interrelacionan sea colaborando u oponiéndose entre sí, sea complementándose encaminado a formar, sustentar y modular el Estado y la sociedad” y luego agrega que “consiste en un conjunto de factores sociopolíticos que influyen sobre la Constitución condicionándola, manteniéndola, modulándola, transformándola y, a veces, sustituyéndola”.⁵⁵

Expresa García Pelayo⁵⁶ sobre el concepto sociológico: “En todo caso, es característica del concepto sociológico de Constitución entender que la estructura política real de un pueblo no es creación de una normatividad, sino expresión de una infraestructura social, y que si tal normatividad quiere ser vigente ha de ser expresión y sistematización de aquella realidad social subyacente. Pero en cuanto que de hecho se puede dar una normatividad jurídico-constitucional en desacuerdo con la estructura real, esta tendencia lleva implícita la escisión del concepto de constitución en dos partes, al distinguir entre una Constitución real o sociológica y una Constitución jurídico-política, la cual será tanto más vigente y eficaz cuanto más tienda a coincidir con la primera”.

Hay que poner de presente que el tipo historicista y el tipo sociológico ven la Constitución como un producto del medio social, o sea, como Constitución material y no formal.

En todo caso, se ha afirmado que todo Estado tiene Constitución. Lo que es la Constitución es respondido de manera sencilla por Bidart Campos⁵⁷ así: “[...] la cons-

⁵⁵ Pablo Lucas Verdú: *Curso de derecho político*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1984, p. 78.

⁵⁶ García Pelayo: *Derecho constitucional comparado*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1991, p. 54.

⁵⁷ Germán J. Bidart Campos: *Filosofía del derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1969.

titución de un estado es la que real, verdadera y efectivamente lo ordena, lo hace ser y existir tal cual es, lo compone y lo estructura. Con esto, podemos ya comprender que la constitución que todo estado tiene como positiva, se ubica en el orden de la realidad o de las conductas, es una constitución vigente y por ser vigente, es una constitución actual, presente, que se realiza. Esta primera aproximación que emplaza a la constitución en el orden de la realidad, se completa simultáneamente con la afirmación de que la constitución real es captada lógicamente como norma, lo que quiere decir que es también normativa. Tenemos, pues, que la constitución que todo estado tiene y que no puede faltar —porque si faltara el estado no existiría— es una constitución material, captada neutralmente por los terceros como norma, y por los protagonistas como imperativo con forma de deber ser lógico”.

Podemos aceptar la definición de J. J. Solizábal Echavarría⁵⁸ que dice que “La Constitución es el conjunto de normas que fundamentan la legitimidad del poder estatal”. Esta definición adopta la tesis moderna que concibe la Constitución como norma jurídica, que determina los modos de creación del derecho, y constituye el fundamento de validez de todo el resto del ordenamiento jurídico.

6.4.2. *Clases de Constituciones*

El tratadista Zagrebelsky⁵⁹ distingue entre Constituciones de contenido, finalistas y formales, cada una de las cuales exhibe unas determinadas características. Mientras las Constituciones de contenido, cuya mejor expresión escrita sería el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, encierran “un sistema de valores materiales y de concepciones organizativas difusamente aceptado y capaz de constituir el fundamento de la formulación de nuevas reglas de derecho constitucional y su coherente aplicación”, la Constitución finalista se conforma con perfilar los fines de la organización estatal, omitiendo precisar los medios indispensables para su realización y permitiendo, con un menor compromiso, una identificación de un diversificado espectro de fuerzas políticas tan amplio como sea la acumulación de objetivos que respondan a las expectativas de los distintos colectivos, facilitado precisamente por la ausencia de indicaciones. Por último, las Constituciones formales serían las que manifiestan su neutralidad sobre los fines y contenidos como expresión de una falta de acuerdo en el que brilla la voluntad de exclusión y la incapacidad de compatibilizar, ni siquiera en una formulación genérica, los fines del Estado.

⁵⁸ J. J. Solozábal Echavarría: “Constitución”, en *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo 1, Civitas, 2001, p. 21, Manuel Aragón Reyes (coordinador).

⁵⁹ G. Zagrebelsky: “Adeguamenti e cambiamenti della Costituzione”, en *Scritti su le fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Cedam, Papua, 1985, pp. 916 ss. Cita de Miguel Ángel García Herrera en *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho*, 1999, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 57.

German J. Bidart Campos⁶⁰ hace la siguiente clasificación de la Constitución:

- la escrita, formal o codificada, que reúne las normas jurídicas en un cuerpo unitario;
- no escrita o dispersa, que puede ser totalmente no escrita, o parcialmente no escrita y parcialmente escrita en normas dispersas;
- la Constitución formal, que es la codificación normativa;
- la Constitución material, que es la que tiene vigencia real en la dimensión sociológica;
- la Constitución rígida, que es la surgida del poder constituyente formal y no se puede modificar sino mediante procedimientos diferentes de los de la legislación común, o procedimiento especial y agravado;
- la Constitución flexible, que es la que admite su enmienda mediante el mismo mecanismo empleado para la legislación común;
- la Constitución pétrea, cuando además de ser escrita y rígida se declara irreformable; los contenidos pétreos pueden estar expresamente establecidos, o surgir implícitamente, y la irreformabilidad puede ser para algunos contenidos de la Constitución;
- la Constitución es otorgada cuando un órgano estatal la concede o establece unilateralmente;
- la Constitución es pactada cuando se deriva de un acuerdo, compromiso o transacción entre un órgano estatal y la comunidad;
- la Constitución es impuesta cuando se supone emanada del poder constituyente radicado en el pueblo, y surgida de un mecanismo formal en ejercicio del mismo poder.

El profesor Francisco Javier Díaz Revorio⁶¹ habla de Constitución como orden abierto para referirse a dos ideas “1) La Norma fundamental permite con carácter general la defensa de valores contrarios u opuestos a los que la misma considera fundamentales, siempre y cuando dicha defensa se realice con los medios que la propia Norma fundamental prevé o permite; igualmente permite la modificación de dichos valores fundamentales; 2) la Constitución permite, sin necesidad de ser reformada, el desarrollo de muy diversas opciones políticas”. Zagrebelsky⁶² dice que hoy existe contradicción entre derecho constitucional y adhesión unilateral a un proyecto político particular cerrado.

Consideramos que nuestra Constitución es finalista porque enumera los fines y valores dotados de valor normativo. Además, es escrita o codificada, por lo que co-

⁶⁰ German J. Bidart Campos: o. cit., pp. 292-293. James Bryce: *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

⁶¹ Francisco Javier Díaz Revorio: *La Constitución como orden abierto*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

⁶² G. Zagrebelsky: El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, Edit Trotta, Madrid, 1995, pág 16.

rresponde a la categoría de Constitución formal. Asimismo, es del tipo racional-normativo, tiene algunos caracteres del tipo tradicional-historicista, y tiene un techo ideológico compuesto por los principios y valores enunciados en la Constitución y en su preámbulo. Como lo hemos expresado, la Constitución es la norma suprema y por ende constituye el orden jurídico fundamental del Estado.

6.4.3. La Constitución como fuente material y formal del derecho

Ya se ha expresado que la Constitución no sólo es norma suprema sino que es la fuente real y formal de todo el ordenamiento jurídico. Como lo expresa Javier Pérez Royo:⁶³

La Constitución pretende ordenar la génesis del Derecho. Y esto lo suele hacer de dos maneras: regulando, por una parte, ciertas materias de manera directa o determinando, por otra, qué órganos y con qué procedimientos regularán aquellas materias que ella misma no ha regulado. La Constitución es, por lo tanto, y de manera simultánea, fuente del derecho y norma que regula las fuentes del derecho, la producción jurídica.

Este segundo punto es algo que está perfectamente claro y casi no es necesario detenerse en él. Es opinión prácticamente unánime en la doctrina que una de las tareas esenciales, si no la tarea esencial de todo texto constitucional, consiste en disciplinar las formas de producción de las normas jurídicas, precisando tanto los órganos competentes para ello, como las categorías básicas a través de las cuales se manifiesta la voluntad de dichos órganos y las relaciones entre las mismas por razón de jerarquía o de competencia.

Agrega este autor que, además de ser fuente del derecho, la Constitución es norma jurídica que regula las fuentes del derecho.

Advierte que “Hasta la fecha es el instrumento mejor que se conoce de raciona- lización y control del poder. De ahí la importancia de afirmar su fuerza normativa en la mayor medida posible”.⁶⁴

Frente a la identificación entre Ley y Derecho, que era propia de la doctrina tradicional de las fuentes, se ha impuesto en el Estado constitucional democrático la teoría constitucional que busca la confluencia entre Derecho y Constitución. Como lo expresa Francisco Balaguer Callejón:⁶⁵ “La Constitución no puede contener, obviamente, todo el Derecho, pero todo el Derecho del ordenamiento debe tender a la constitucionalidad de sus aspectos formales y materiales. La teoría constitucional no sitúa a la Constitución en lugar de la ley, manteniendo las mismas estructuras. Antes

⁶³ Javier Perez Royo: *Las fuentes del derecho*, Tecnos, Madrid, 2001, 7^a reimp., p. 31.

⁶⁴ Marco Gerardo Monroy Cabra: “La Constitución como fuente de derecho: sistema de fuen- tes”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 2002, Konrad Adenauer, Montevideo, Uruguay, p. 13-39.

⁶⁵ Francisco Balaguer Callejón: *Fuentes del derecho*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 54; María José González Ordovás: *Ineficacia, anomia y fuentes del derecho*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003.

bien, origina un cambio fundamental en la estructura del sistema de fuentes, dentro del cual la Constitución, en cuanto expresión del consenso fundamental de los diversos sectores sociales, sirve de medida para la determinación de la validez del Derecho producido en los distintos ámbitos en que esos sectores ejercitan el poder público. La Constitución es el origen último del Derecho vigente en el ordenamiento, hasta donde el Derecho es Derecho (más allá no existe como tal). Es la fuente conformadora del ordenamiento”.

6.5. Tipos de Constitución en las teorías modernas

Expresa Manuel García Pelayo⁶⁶ que la crisis de legalidad y de los métodos positivistas han producido una tendencia al abandono del concepto racional normativo de la Constitución, y en su lugar se intenta formular una nueva concepción de Constitución acorde con las nuevas situaciones jurídico-constitucionales. Se trata de penetrar en la sustancia de la Constitución.

Se estudia la Constitución como una totalidad en función de la cual se explican las partes componentes.

Las teorías insisten en la realidad social tratando de superar la antinomia entre lo fáctico y lo normativo. Por esto, se advierte el carácter dinámico de la Constitución.

Igualmente, se expresa que la Constitución no sólo tiene carácter normativo sino que es un modo de existencia política.

En este sentido haremos una brevíssima síntesis de las teorías de Smend, Schmitt, Heller, Hauriou, S. Romano, Schindler, Kaufmann y Burdeau, siguiendo la exposición de Manuel García Pelayo.

6.5.1. Rudolf Smend

El pensamiento de Smend se basa en la teoría de la integración; distingue entre integración personal, integración funcional e integración real. La integración personal se refiere al jefe de Estado, que representa la unidad nacional. A la integración social pertenecen todas las especies de formas de vida colectiva de una comunidad. A la integración real se refieren todos aquellos fenómenos que significan participación de los individuos en un contenido de valores estatales o encarnados en el Estado. La Constitución “es el orden jurídico de un Estado”, que se diferencia del resto del orden jurídico por “el carácter político de su objeto” y del resto de las normas jurídicas en que éstas son “la normativización abstracta de una pluralidad infinita de casos”, mientras que la Constitución es “la ley individual de una única realidad vital concreta”.⁶⁷

⁶⁶ García Pelayo: o. cit., p. 79.

⁶⁷ García Pelayo: o. cit., p. 82-83.

6.5.2. *Carl Schmitt*⁶⁸

La teoría de Schmitt se resume en la reducción de la Constitución a unas decisiones fundamentales. La posición decisionista considera que el derecho tiene su raíz en la voluntad, es decisión y no norma.

La Constitución no surge ni se establece por sí misma sino que es producto de una voluntad del poder constituyente.

6.5.3. *Hermann Heller*⁶⁹

La teoría de Heller se caracteriza por la consideración de la Constitución como una totalidad, en la que se reúnen en relación dialéctica lo estático y lo dinámico, la normalidad y la normatividad. Trata de salvar la unidad del concepto de Constitución, pero reconociendo la autonomía de sus partes integrantes.

6.5.4. *M. Hauriou*⁷⁰

Con fundamento en la teoría institucionalista, considera a la Constitución como parte de un orden superior que es el orden constitucional.

Define este orden como “un orden de cosas a la vez formal, objetivo y sistemático, que engendra fuerzas de resistencia contra el poder y contra la libertad”. Distingue entre Estado y sociedad y expresa que “la empresa política del Estado siempre ha tenido por objeto la protección de la sociedad civil”.

6.5.5. *Santi Romano*⁷¹

Santi Romano desarrolla la teoría institucionalista o del ordenamiento jurídico. Dice que una institución es una entidad o cuerpo social con una unidad firme, que tiene una existencia objetiva concreta y una organización y una estructura que absorbe los elementos que forman parte de ella y que es superior y preordenada tanto a los elementos mismos como a sus relaciones. Expresa que “toda institución es un ordenamiento jurídico y todo ordenamiento jurídico es una institución, ya que donde ésta no se halla pueden darse relaciones sociales, pero no relaciones que, como las jurídicas, estén formal, objetiva y establemente ordenadas: *ubi societas ibi ius*, e invirtiendo, *ubi ius ibi societas*”.

⁶⁸ Carl Schmitt: *Teoría de la Constitución*, trad. de F. Ayala, Madrid, 1934, p. 25.

⁶⁹ H. Heller: *Teoría del Estado*, México, 1942, p. 277.

⁷⁰ M. Hauriou: *Principios de derecho público y constitucional*, trad. de C. R. del Castillo, Madrid, 1927, p. 42.

⁷¹ Santi Romano: *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, Milano, 1946. Citado de Manuel García-Pelayo, o. cit., p. 92.

Sostiene que uno de los ordenamientos jurídicos es el Estado, el cual tiene una parte que forma su estructura esencial, que es la Constitución.

6.5.6. *Dietrich Schindler*⁷²

Según Schindler, la Constitución está directamente vinculada al problema de la organización y del ejercicio de la soberanía, entendiendo por tal la afirmación suprema del poder estatal en la vida social. La Constitución es el conjunto de normas jurídicas que se refieren al poder supremo dentro del Estado.

6.5.7. *Erick Kaufmann*⁷³

La tesis de Kaufmann se caracteriza por una desvalorización de la norma jurídico-positiva, pues para él lo único que puede hacer la Constitución es crear el marco y la forma en los que las fuerzas éticas de un pueblo pueden expresarse en un orden legal en el transcurso ordenado de un proceso de formación de esa voluntad.

6.5.8. *Georges Burdeau*⁷⁴

Define la Constitución como “acto determinador de la idea del Derecho, al mismo tiempo que regla de organización en el ejercicio de las funciones estatales”. Agrega que la Constitución es la “regla por la cual el soberano legitima el poder adhiriéndose a la idea del Derecho que representa y que determina, en consecuencia, las condiciones de su ejercicio”.

7. Conclusiones

Del análisis anterior surgen las siguientes conclusiones:

1. Históricamente se presentó una evolución desde la constitución mixta griega y romana, los estatutos y leyes fundamentales de la Edad Media, hasta la Constitución moderna como norma jurídica fundamental del Estado.

2. Históricamente el constitucionalismo nació como movimiento ideológico y político. Como lo expresa Ignacio de Otto:⁷⁵ “La finalidad del movimiento que históricamente se llamó constitucionalismo no era, obviamente, introducir en los ordenamientos una norma denominada Constitución, sino asegurar la garantía de la libertad frente al

⁷² Cita de García-Pelayo: o. cit., p. 93.

⁷³ Cita de García-Pelayo: o. cit., p. 95.

⁷⁴ Georges Burdeau: *Traité de Science Politique*, París, 1949-50, 3 t.

⁷⁵ Ignacio de Otto: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel Derecho, 7^a reimp., Barcelona, p. 12.

poder público. Que una sociedad tenga Constitución, que un Estado sea constitucional, significa, ante todo, que en él la organización de los poderes corresponda a un determinado fin, el aseguramiento y garantía de la libertad de los ciudadanos". Agrega este autor⁷⁶ que la palabra *constitución* se encuentra en su origen "ostensiblemente cargada de significado político; evoca de inmediato ideas tales como libertad y democracia, garantía de los derechos de los ciudadanos, limitación de poder".

3. La Constitución es una norma suprema; los poderes públicos están sometidos a ella y la infracción es antijurídica y es declarada inconstitucional por los tribunales constitucionales. La norma constitucional tiene superioridad sobre la legislación, es fuente de toda creación normativa y de todos los actos de su aplicación.

4. En cuanto al origen del término *constitución*, éste viene desde la antigüedad, pero en el contexto moderno tiene otro sentido. Aceptamos la conclusión de Rolando Tamayo y Salmorán:⁷⁷ "No es seguro si la noción de 'constitución' entendida como 'constitución escrita' fue realmente una construcción hecha por juristas, filósofos, políticos o doctrinarios, como podría haber sido el caso francés, o si fue el resultado de la experiencia jurídica y política, como en el caso de Estados Unidos sugiere; lo cierto es que, en cuanto al significado de 'constitución' concierne, la mayoría de los movimientos políticos subsiguientes actuaron de acuerdo con esa noción. Desde entonces, las constituciones escritas, que crean, definen y limitan el ejercicio del poder gubernamental, han sido la regla general en casi todo el mundo constitucional y 'constitución' generalmente eso designa". Es decir, actualmente se utiliza el término *constitución escrita* para hacer referencia a la organización, el ejercicio y el manejo del poder político.

5. La Constitución es la norma jurídica fundamental y fundamento de todo el ordenamiento jurídico. Como lo ha expresado Luis Sánchez Agetsa,⁷⁸ el carácter fundamental de la Constitución se manifiesta de varias formas. En primer lugar, desde un punto de vista sociológico, la Constitución formula los valores que tienen vigencia para una comunidad y es la expresión consecuente de las fuerzas y los elementos sociales que los representan. En segundo lugar, desde el punto de vista político, la Constitución contiene el mínimo de elementos para que una comunidad política o Estado pueda existir y que le imprimen una forma específica. Desde este punto de vista la Constitución es la esencia del orden. En tercer lugar, desde el punto de vista jurídico, la Constitución es el cimiento o base sobre la cual descansa el resto del ordenamiento. La Constitución es la premisa mayor de la cual derivan las restantes leyes. La Constitución es la fuente de todo el ordenamiento jurídico, establece los órganos de gobierno y el contenido de sus competencias.

6. La Constitución colombiana de 1991 define al Estado como "Estado social de Derecho" organizado en forma de república unitaria, descentralizada,

⁷⁶ Ibídem, p.11

⁷⁷ Tamayo y Salmorán: o. cit., p. 83.

⁷⁸ Luis Sánchez Agetsa: *Principios de teoría política*, 6^a ed., Nacional, Madrid, 1976, p. 374.

con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. Es decir, el Estado colombiano es social, y democrático, participativo y pluralista. La Constitución debe aplicarse y para ello es necesario un control constitucional efectivo. Como lo expresa el tratadista Alberto B. Bianchi:⁷⁹ “De nada sirve una Constitución que no se aplica; incluso, ello acarrea peores males, pues engendra la desconfianza y el desapego hacia las instituciones jurídicas. De modo, pues, que el dilema principal radica en lograr que la supremacía constitucional no sea tan sólo una expresión de deseos. Aquí es donde aparece y se evidencia la necesidad de contar con un sistema efectivo de control de constitucionalidad”.

7. Estamos de acuerdo con Carlo de Cabo Martín⁸⁰ cuando afirma la vinculación de la Constitución al *tiempo*, a la *historia* y a la *realidad* “en un doble sentido: en el de la vinculación a la coyuntura, a los intereses y problemas coyunturales que hacen a la Constitución más dependiente de su tiempo, y que si esta vinculación es, por concurrir determinadas circunstancias históricas, particularmente intensa y hasta patológicamente intensa, pueden acentuar la necesidad de la Reforma en la medida en que se vaya alejando e independizando de aquella coyuntura de origen y en el más amplio y general de la vigencia, de la efectividad de la Constitución”. Por tanto, la reforma es el mecanismo y la garantía de la efectividad constitucional que se realiza, según este autor, “en la medida en que la Constitución despliega sus dos caracteres básicos: la Normatividad y la Supremacía”. Por tanto, la Constitución debe tener conexión con la realidad constitucional y cuando ésta se modifica hay que reformar la Constitución.

8. Coincidimos con el análisis del jurista Antonio E. Pérez Luño⁸¹ en que en las formulaciones constitucionales clásicas del Estado liberal de derecho se trazaba una neta separación entre el Estado y la sociedad civil. Explica que: “La Constitución se presentaba, de este modo, como: a) la garantía normativa de los límites de la actuación del Estado, en beneficio de la libertad de los ciudadanos; b) como el estatuto jurídico de la organización política del Estado”. Frente a este modelo surge el Estado social y democrático de derecho que “ha supuesto la abolición fáctica de la separación entre el Estado y la sociedad civil. De ello se infiere la posibilidad y la exigencia

⁷⁹ Alberto B. Bianchi: *Control de constitucionalidad*, 2^a ed., t. 1, Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 34.

⁸⁰ Carlos de Cabo Martín: *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, Trotta, Madrid, 2003, p. 73.

⁸¹ Antonio E. Pérez Luño: *Los derechos fundamentales*, 7^a ed., Tecnos, 1998, pp. 150-151; Maurizio Fioravanti: *Los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 1996; Luis Prieto Sanchís: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003; Néstor Pedro Sagüés: *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998.

de que el Estado, lejos de inhibirse de las condiciones que informan su estructura económico-social, asuma la responsabilidad de la transformación de dicha estructura en función de los grandes valores constitucionales y, en particular, de la igualdad". Estamos de acuerdo con la conclusión de que la Constitución española de 1978 se inscribe, al igual que la colombiana de 1991, en los parámetros del Estado social y democrático de derecho, "lo que determina que nuestro sistema constitucional sea un sistema abierto a los datos externos que provienen de la estructura económico-social, cuya transformación representa una tarea indeclinable de los poderes públicos".

José Luis Cea Egaña (Chile)*

Estado constitucional de derecho, nuevo paradigma jurídico

1. Introducción

De igual manera que con otros fenómenos jurídicos, la constitucionalización del derecho nos llegó del extranjero, esta vez de Francia, a través de una conferencia inolvidable que pronunció en abril de 1994, durante su primera visita a Chile, el amigo ilustre Louis Joseph Favoreu, recientemente fallecido. En el número monográfico de la *Revista de Derecho de la Universidad Austral* correspondiente al año 2001 puede ser consultada una traducción de ese aporte señero.

Meses después, yo mismo sentí la obligación de contribuir a la clarificación y perfilamiento del tema, enfocándolo desde el ángulo del derecho chileno. Me parece que fue la primera publicación nacional al respecto.¹ Desde entonces supe de otras investigaciones, difundidas como libros, monografías y memorias de licenciado.² Me produjo alegría saberlo, porque era evidente que el interés había prendido y que, tanto de catedráticos afamados como de docentes jóvenes, cabía aguardar avances valiosos en el tema.

* Profesor titular, P. Universidad Católica de Chile, Universidad de Chile. jlcea@puc.cl

¹ Véase “La constitucionalización del derecho”, *Revista de Derecho Público* nº 59 (1996), pp. 50 ss. De relevancia es también Bertrand Mathieu y Michel Verpeaux: *La constitutionalisation des branches du Droit* (París, Económica, 1998).

² Me refiero a los estudios del profesor Ramón Domínguez Aguilera: “La constitucionalización del derecho civil”, incluida en *Veinte años de la Constitución de 1980* (Santiago, Universidad Finis Terrae, 2001), pp. 200 ss.; Hugo Castellón y Laura Rebollo: *Aspectos sobre la constitucionalización del derecho civil* (Concepción, Universidad de Concepción, 1996); Louis Joseph Favoreu: “La constitucionalización del derecho penal”, *XXIII Revista Chilena de Derecho* nº 1 (1998), pp. 112 ss.; Alejandro Guzmán Brito: *El derecho privado constitucional* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001); y Juan Carlos Ferrada Bórquez: *La constitucionalización del derecho chileno* (Santiago, Jurídica de Chile, 2004).

2. Marco de referencia

La persona humana, uno mismo, va evolucionando, aunque en lo que somos hoy se halle la impronta de lo forjado en los años de formación intelectual y moral. Por lo mismo, creo que el cambio es un rasgo inherente al individuo y que en él debe hallarse no un afán de acomodamiento a las circunstancias sino de asimilación a los signos de los tiempos.

Afirmo lo anterior porque he seguido leyendo, escribiendo y discutiendo acerca de la *constitucionalización del derecho*. Está lejos de ser un asunto cerrado, diáfano y sin aristas desconcertantes. Por eso, tampoco puedo hoy conformarme con los enunciados, vacilantes y escuetos, que redacté en 1995. Mucho de lo que expondré a continuación es una revisión de mi postura en el tema, a veces reiterada y en otras reemplazada o contradicha. Me preocupa repensar qué es aquel fenómeno, dónde yacen sus limitaciones y potencialidades, por qué causa reticencias y cuál es su aporte a la democracia y al constitucionalismo de nuestra época.³

Permítaseme, para explicar lo que digo, situar el análisis en un marco histórico y teórico de referencia, con la ayuda del cual espero que seamos capaces de responder las preguntas planteadas, descubrir su significado y el aporte que el nuevo constitucionalismo implica para el derecho chileno.

Tiendo a seguir, al efecto, la filosofía de Thomas Kuhn en su concepción de los paradigmas de las revoluciones científicas.⁴ En términos breves y simplificados, creo que, en lo concerniente a nuestro tema, en los cuatro últimos siglos de la civilización occidental, tanto los europeos como, desde su independencia política, los pueblos latinoamericanos herederos de aquéllos hemos vivido dos grandes paradigmas, o sea, modelos que se imponen para el desarrollo de la ciencia o de la técnica y que significan dejar una época con la esperanza que sea para avanzar, progresando, a otra época mejor.

³ Últimamente han sido publicadas las monografías del autor que cito a continuación: “La transformación del derecho por el nuevo constitucionalismo”, XIV *Revista Societas* nº 8 (2004), pp. 235 ss; y “Estado constitucional de derecho y transformación del ordenamiento jurídico”, *Revista Actualidad Jurídica* nº 10 (2004), pp. 43 ss.

⁴ *The Structure of the Scientific Revolutions* (Chicago, Chicago University Press, 1971), pp. 12 ss. Útil es añadir que, la conceptualización de Kuhn coincide con el sentido de ejemplo o ejemplar que el sustantivo *paradigma* tiene en su acepción natural y obvia. Revísese al respecto Real Academia Española: II *Diccionario de la lengua española* (Madrid, Espasa-Calpe, 2001) p. 1675.

2.1. Estado legislador

El primero de esos paradigmas fue el del Estado, fundado en la doctrina del pacto político-social, con Thomas Hobbes, en mi convicción, como el padre indiscutido de su origen y postulados esenciales.⁵

Efectivamente, aquella estructura política se caracterizaba por una serie de rasgos capitales, muchos de los cuales no se explican o se dan por sabidos y aceptados sin evaluarlos. Útil es reseñar algunos de tales rasgos para captar el calado del cambio que va dejando el neoconstitucionalismo.⁶

Por ejemplo, me refiero a que el Estado nació como depositario único de la dominación humana en general y no sólo política; que ejerciendo ese poder o soberanía incontrarrestable asumió la capacidad, exclusiva y excluyente, de hacer y nunca recibir la ley, como lo quiso Jean Bodin;⁷ que tal especie o categoría de norma jurídica se hallaba identificada con la justicia, porque, como afirmó Hobbes,⁸ antes del Estado y de la ley no se conocía la diferencia entre lo justo y lo injusto; en fin, que en el pacto social enajenamos todos los derechos para que el Estado, a través de la dominación legal, nos garantizara la igualdad y libertad en el ejercicio, cierto o seguro, de ellos.

Desprédense varias consecuencias de tales premisas. Efectivamente, las primeras constituciones europeas y de nuestra América fueron, en realidad, nada más que instrumentos de gobierno; los jueces se limitaban al rol que les fijó Montesquieu,⁹ es decir, conformarse como seres inanimados que modulaban las palabras de la ley; el control de los gobernantes quedaba radicado en las asambleas parlamentarias; el legislador establecía la casación para que los tribunales supremos custodiaran la interpretación y aplicación, tasada o segura, de los mandatos legislativos; y los ciudadanos carecían de garantías, sobre todo para ejercerlas en contra del legislador y de los funcionarios administrativos.

Pues bien, mientras el pacto social, la soberanía y la ley tuvieron forma y sustancia democráticas, el paradigma abrió el surco a progresos ostensibles en el gobierno racional de las comunidades políticas. Por desgracia, a raíz de múltiples hechos históricamente establecidos, ocurrió el vaciamiento de la democracia representativa

⁵ Consultese *De Cive o El Ciudadano* (1642) (Madrid, Alianza Editorial, 1994) y *El Leviatán* (1650) (Madrid, Sarpe, 1999). Cf. Norberto Bobbio: "Hobbes y el iusnaturalismo", en sus *Estudios de historia de la filosofía. De Hobbes a Gramsci* (Madrid, Debate, 1991), pp. 151 ss.

⁶ Véase, en general, Miguel Carbonell (ed.): *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid, Trotta, 2003).

⁷ (1578) *Los seis libros de la República* (Madrid, Aguilar, 1963). Consultese Jean-Jacques Chevallier: *Los grandes textos políticos desde Maquiavelo a nuestros días* (Madrid, Aguilar, 1965), pp. 45 ss.; y Dmitri Georges Lavroff: *Les grandes étapes de la pensée politique* (París, Dalloz, 1999), pp. 226 ss.

⁸ *De Cive*: o. cit., pp. 196-197.

⁹ (1748) *El espíritu de las leyes* (Méjico DF, Porrúa, 1971).

y de la ley, ésta como producto de los órganos gobernativos. Y llenando el lugar de ambas se elevó la soberanía al punto de erigirse en concepto matriz del Estado, de la democracia y del sistema jurídico.

Desde entonces, sobrevinieron décadas, o al menos largos años, de dictaduras y totalitarismos, siempre vanamente apuntalados en la legalidad formal resultante de esa concepción legiferante y positivista del Estado y del derecho. Todos eran, se ha dicho sin que pueda ser rebatido, Estados de derecho desde tan reducido y pobre punto de vista. Las tragedias se multiplicaron, fueron resonantes por su oprobio, pero muchos callaron las causas y secuelas, ostensibles en el siglo XX, que en ellas tuvo la construcción sólo estatalista del ordenamiento normativo.

Aunque incomparablemente menos traumática, al amparo del antiguo paradigma se instauró también la estatización del régimen económico y del sistema social, con la expansión del empresariado público y la sumisión de los grupos intermedios a la burocracia administrativa.

En idéntica línea de raciocinio sitúo la delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, hasta el extremo de la deslegalización de asuntos importantes para la comunidad nacional. A través de leyes medidas, como las llamó Karl Schmitt,¹⁰ ¿qué seguridad jurídica o certeza legítima cabía, seriamente, esperar del ordenamiento jurídico?

Por eso, pienso que no descubre, entiende ni asimila los signos de los tiempos jurídicos quien sigue anclado a la visión del Estado, de la soberanía y de la ley que he descrito. Gustavo Zagrebelsky, hoy presidente de la Corte Constitucional de Italia, ha acuñado la expresión *pulverización* para denominar la situación en que se halla el cúmulo de supuestos, enseñados aún en ciertas Facultades de Derecho, seguidos a menudo en la judicatura y la abogacía, que habían convertido a la ley, y sobremanera a los códigos, en una construcción intocable, inobjetable, quasi divina en su perfección.¹¹

Para confirmar lo escrito basta rememorar a otro contractualista de fuste, Jean Jacques Rousseau, quien, en el epítome del entusiasmo con que caracterizó a esa elaboración racionalista, llegó a calificarla de expresión de la voluntad general, por ende siempre democrática, y con cualidades de infalible, absoluta, indelegable e inalienable.¹² El ciudadano y los grupos quedaban así entregados a la voluntad de los órganos públicos, superlativamente del legislador. Se aguardaba de la heterotutela todo cuanto se rechazaba de la autotutela como modelo jurídico.

¹⁰ *Legalidad y legitimidad* (Madrid, Aguilar, 1971), pp. 106 ss.

¹¹ Véase *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Madrid, Trotta, 2003).

¹² (1754) *El contrato social* (Buenos Aires, Aguilar, 1965), pp. 64 ss.

2.2. *Estado constitucional de derecho*

Prescindiendo de otros elementos dignos de comentario,¹³ permítaseme avanzar al segundo de los paradigmas que deseo bosquejar para comprender el fenómeno que analizo. Me refiero a la irrupción de la dignidad de la persona y de los derechos inalienables que fluyen de ella. La densidad del cambio que involucra el nuevo paradigma puede ser sintetizada afirmando que, si por siglos se padeció la impronta del legalismo formal, en los últimos decenios se ha ido imponiendo el paradigma del Estado constitucional de derecho. Imperativo es observar que este nuevo parámetro de legitimidad no se limita a rectificar el paradigma precedente, porque humaniza la letra, hasta entonces inerte, del ordenamiento jurídico, llenándola de valores y principios de los cuales no puede prescindir el intérprete que obra de buena fe.

En nuestra época, llamada *posmodernidad*,¹⁴ se ha planteado, como lugar común, la crisis del Estado, de la soberanía y de la ley con el carácter de rasgos matrices del proceso que vivimos. Éste es el momento propicio para declarar mi coincidencia con esa aseveración, adhesión que no significa, sin embargo, propugnar la supresión de tal forma política, ni de la soberanía, como tampoco de la legislación en cuanto instrumento de configuración de la convivencia legítima.

Pues bien, ¿cuáles son las características matrices del nuevo paradigma?

Consciente de que estamos aún en curso de alumbramiento, sobre todo en Chile, que tardíamente se incorporó al proceso, pienso que entre esas características se halla, en primer lugar, la revalorización de la persona humana, de su dignidad y derechos inalienables.

Agrego que de esa premisa capital fluye la nueva legitimidad que debe singularizar al derecho en la democracia, esto es, el ejercicio del gobierno con sujeción a la Constitución, cuya parte dogmática, abarcando las garantías jurisdiccionales, es anterior y superior al instrumento de gobierno.

Característica del nuevo paradigma es también la supremacía, sustantiva y formal, del Código Político, secuela de lo cual es la fuerza normativa, propia y directa, de los valores, principios y normas incluidos en su texto y en el bloque de constitucionalidad.¹⁵ Por consiguiente, ya no se requiere la intermediación, previa ni ulterior, de la ley para que las disposiciones constitucionales pasen del libro a la vida. La Constitución, evocando a Herman Heller, vive hoy porque es vivida, en el sentido que se aplica, realmente y en los más variados asuntos de la convivencia, sometiéndose a ella los gobernantes igual que los gobernados.¹⁶

¹³ Véase mi *Transformación del derecho por el constitucionalismo* (Tribunal Constitucional de Chile, 2004). Un panorama, nítido y completo de este complejo asunto se halla en Luis Prieto Sanchís: *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (Madrid, Trotta, 2003), pp. 21 ss.

¹⁴ Consultese Klaus Von Beyme: *Teoría política de la postmodernidad* (Madrid, Alianza, 1997).

¹⁵ Louis Joseph Favoreu y Francisco Rubio Llorente: *El bloque de constitucionalidad* (Madrid, Civitas, 1996).

¹⁶ *Teoría del Estado* (Méjico DF., Fondo de Cultura Económica, 1967), pp. 243 ss.

Me detengo, con énfasis, en la subordinación de la ley a la Constitución, de manera que la primera vale sólo en la medida en que respeta a la segunda, y de ésta es núcleo esencial, lo repito, su parte dogmática. Con palabras elocuentes, Herbert Krügger¹⁷ lo plantea en la aseveración siguiente: si por siglos el ejercicio de los derechos fundamentales fue posible en la medida en que lo permitía la ley, o la ley vale en la medida en que respeta los derechos esenciales.

Pero esa supremacía exige control para que sea efectiva. Por ende, sin suprimir ni disminuir la vigilancia del Parlamento, se enriquece el régimen de frenos y contrapesos con la revisión que ha de ser hecha, especialmente, por los tribunales constitucionales. Esta es una magistratura diferente de la judicatura ordinaria; máxima o sin superior en su misión de guardián del Código Político, y resueltamente configurada por el poder constituyente para proteger los derechos fundamentales, v. gr., de las minorías ante actuaciones o amenazas de las mayorías.¹⁸

Por supuesto, el garantismo resulta ser clave en el paradigma que describo. Así es, pues poco o nada vale, en los hechos, lo asegurado por la Constitución si la persona y los grupos carecen de acceso, fácil y expedito, a las acciones y recursos, deducibles ante tribunales independientes e imparciales, que les permitan prevenir o rectificar los atentados en contra de la dignidad humana y del ejercicio legítimo de los derechos que tal cualidad única lleva consigo.¹⁹

En fin, es rasgo esencial del nuevo paradigma el rol protagónico, activo o dinámico, de todos los jueces en el despliegue de las potencialidades humanistas de la Constitución. Aunque orientados e impulsados por la jurisprudencia irradiante del Tribunal encargado de defender a la Carta Fundamental, los jueces, sin excepción, tienen que pensar y decidir con tal mentalidad garantista, encuadrándose, como es obvio, en los parámetros configurados por las sentencias de esa magistratura.²⁰

3. Constitucionalización del nuevo paradigma

Riccardo Guastini define la constitucionalización del ordenamiento jurídico en los términos siguientes: “Un proceso de transformación de ese ordena-

¹⁷ Citado por Otto Bachof: *Jueces y Constitución* (Madrid, Civitas, 1994), p. 43.

¹⁸ Louis Joseph Favoreu: “Los Tribunales Constitucionales”, en Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica* (Madrid, Dykinson, 1997), pp. 103 ss. Véase también Carlos Santiago Nino: *La Constitución de la democracia deliberativa* (Barcelona, Gedisa, 1997), pp. 258 ss. Recuérdese, además, que Hans Kelsen se percató de esta finalidad en 1928, de modo que hoy posible leer tan premonitoria advertencia en sus *Escritos sobre la democracia y el socialismo* (Madrid, Debate, 1988), pp. 152 ss.

¹⁹ Véase Luigi Ferrajoli: *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Madrid, Trotta, 1999).

²⁰ Véase Rainer Wahl y Joachim Wieland: “La jurisdicción constitucional como bien escaso. El acceso al *Bunderverfassungsgericht*”, XVII *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 51 (1997), pp. 15 ss.

miento, al término del cual éste resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales".²¹

Tal constitucionalización se halla también acertadamente descrita por el profesor Juan Carlos Ferrada en las frases siguientes:

[...] a partir de una afirmación rotunda de la supremacía de la Constitución sobre todas las normas del ordenamiento jurídico, derivada del nuevo carácter normativo de ésta [...], se establece una reconstrucción de todo el sistema jurídico, en el que los derechos fundamentales, especialmente, se transforman en el eje central del sistema [...] , irradiando sus efectos sobre todas las demás normas e instituciones jurídicas.²²

A raíz del gobierno militar, es claro que a ese proceso nos incorporamos casi con dos décadas de atraso, pero hemos avanzado rápido en la consecución de los objetivos.

Creo, sin embargo, necesario puntualizar que la constitucionalización del derecho es uno de los efectos o resultados, con certeza de los más importantes, del nuevo paradigma que vivimos. Pero tal constitucionalización no es sinónimo de aquel paradigma, pues tampoco lo abarca plenamente o en la variada gama de asuntos que comprende.

Rectamente entendido, el Estado constitucional de derecho equivale a una reformulación, desde sus bases hasta sus objetivos más elevados y determinantes, de lo que es el derecho en su naturaleza y génesis, en su interpretación y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica, el rol del Estado en el ordenamiento jurídico, las conexiones con la sociedad civil en democracia, la interpenetración del orden jurídico interno con el internacional y otros vectores de semejante importancia. En pocas palabras, el nuevo paradigma implica una nueva legitimidad sustantiva y procesal, que no coincide sólo con la legitimidad legal o racional que elaboró Max Weber.²³

De ese nuevo paradigma es elemento esencial la mayor independencia del derecho con respecto al Estado, a la ley y a la soberanía. Ésta es la única manera de hacer prevalecer la justicia, postulado que debe regir en el orden normativo interno y también, no cabe duda, en el ámbito internacional. Así entendido, el Estado constitucional de derecho supone la aproximación máxima a que se ha llegado en la materialización del ideal jurídico de la civilización occidental, esto es, el gobierno por medio del derecho y que se impone a la voluntad de quienes tienen el poder. He aquí el fascinante proceso de la institucionalización del mando en la sociedad política.²⁴

Bien se razona, entonces, cuando se asume tan densa trama y se dispone el jurista a compartir sus consecuencias. Perseverar en el paradigma estatalista, como

²¹ "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico. El caso italiano", en Miguel Carbonell (ed.): *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid, Trotta, 2003), p. 49.

²² *La constitucionalización del derecho chileno*, o. cit., p. 7.

²³ Véase I *Economía y sociedad* (México DF, Fondo de Cultura Económica, 1967), pp. 60, 145 y 433.

²⁴ Georges Burdeau: IV *Tratado de ciencia política* (México DF, UNAM, 1975), pp. 240 ss.

lo hace todavía más de un jurisconsulto distinguido,²⁵ equivale, por ende y sin más, a continuar insistiendo en concepciones casi por completo superadas, ojalá que irreversiblemente por el costo enorme que la humanidad sufrió bajo tal designio, incluyendo la destrucción de la democracia o el sufrimiento para recuperarla.

4. Investigación abierta

He llegado a plantearme diversas inquietudes. Permítaseme resumir algunas sugerencias al respecto, las que entrego con el ánimo de incentivar estudios rigurosos adicionales en el tema de esta exposición.

4.1. *Constitución de valores*

Así llama Antonio Baldassarre a la Carta Fundamental típica de nuestra época.²⁶ Ella, que corresponde a los grandes Códigos Políticos de Italia, Alemania, Francia, España y a los que siguen su huella, no puede ser entendida, interpretada ni aplicada valiéndose de los cánones hermenéuticos que la dogmática de la ley estructuró como claves en la codificación del derecho positivo. Por el contrario, es en la argumentación, persuasiva por los motivos que invoca, ponderada en el análisis balanceado de ellos y acuciosa en su justificación que, como escribe Alfonso García Figueroa,²⁷ profesor en la Universidad de Castilla-La Mancha, se halla el método característico de la interpretación constitucional contemporánea.

Con base en tal argumentación la ciencia del derecho ha sido remozada y se desenvuelve un nuevo raciocinio jurídico. En éste, el intérprete de la Constitución se halla más libre para desplegar la búsqueda de armonía entre los derechos fundamentales en conflicto, conjugándolos con sujeción a la finalidad presente en todo valor, principio o precepto jurídico de índole fundamental. De la teorización lógico-formal se avanza a la argumentación razonable y práctica, infundiéndo vida al ordenamiento normativo.

²⁵ Revísese Eduardo García de Enterría: “El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (Madrid, 2003), nº 33, pp. 138 ss. Cf. la profunda y trascendental discusión epistolar ocurrida entre García de Enterría, de una parte, y Pablo Lucas Verdú, de otra, a propósito del tema enunciado en el t. IV del *Curso de derecho político*, del segundo de los autores nombrados (Madrid, Tecnos, 1984), pp. 97 ss. En la doctrina chilena puede revisarse José Antonio Ramírez Arrayás: *Disposiciones de principio constitucional y actividad social y económica del Estado* (Santiago, Universidad Central de Chile, 1993), pp. 17 ss.

²⁶ “Parlamento y justicia constitucional”, en Francesc Pau i Vall (coord.): *Parlamento y justicia constitucional* (Pamplona, Aranzadi, 1997), pp. 183 ss.

²⁷ “La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo”, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, o. cit., pp. 264 ss. En semejante sentido consultar Luis Prieto Sanchís: “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en la obra colectiva recién citada, pp. 142 ss.

No se trata de eliminar de la hermenéutica constitucional las reglas que, como la exégesis, la subsunción y la resolución de antinomias, siguen siendo útiles en la interpretación de la legislación. Tampoco puede prescindirse de la lógica, los anales fidedignos y la comparación. Sí, en cambio, la misión del jurista constitucional supone reconocer y obedecer a cuanto fluye de los valores, principios y normas articulados en la Carta Fundamental. Razonando en la línea de la argumentación práctica ya descrita, ese jurista tiene que juzgar lo que es exclusivo de cada caso, de acuerdo con lo que debe ser según la Constitución y que ésta exige respetar.²⁸

En la más de dos veces milenaria y hermosa teoría de la argumentación, originada en la *Retórica* de Aristóteles y explicada y defendida en la década de 1960 por Theodor Viehweg, Joseph Esser, Stephen Toulmin y Chaim Perelman, encontramos, por ende, la clave de la tarea que la Constitución exige cumplir por el juez constitucional. En esa argumentación queda incluida la ponderación o razonabilidad, con prioridad a las reglas hermenéuticas típicas de la codificación y en reemplazo de la subsunción positivista.²⁹ Repito: no se trata de eliminar ni olvidar las reglas clásicas de la interpretación jurídica, pero sí de comprender que ellas son insuficientes o inadecuadas, sin más, para la hermenéutica constitucional contemporánea.³⁰

4.2 Derecho irradiante y derecho irradiado

En el Estado constitucional de derecho, el constitucionalismo humanista se extiende horizontal y verticalmente, penetrando en las más variadas disciplinas del ordenamiento jurídico, debiendo impregnar todas las actuaciones estatales y, no cabe duda, también las conductas de los particulares sin excepción. Éste es el fenómeno de irradiación o efecto reflejo que surge de la constitucionalización del derecho.

A la jurisprudencia alemana se debe el hallazgo descrito, pleno de posibilidades promisorias.³¹ Debe, sin embargo, cuidarse de no caer en la hegemonía del constitucionalismo, con perjuicio para las demás especialidades normativas. Robert Alexy, profesor de la Universidad de Kiel, merece ser citado donde advierte que:³²

²⁸ Armando S. Andruet (h): *Teoría general de la argumentación forense* (Córdoba, Alveroni, 2003), pp. 39 ss.

²⁹ Consultese Juan Cianciardo: *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad* (Buenos Aires, Abaco, 2004).

³⁰ Véase Fernando Quintana Bravo: "Discurso político, argumentación jurídica y justificación", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* nº 9 (1991), pp. 143 ss.

³¹ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal, dictada el 15 de enero de 1958, reproducida en Jürgen Schwabe (comp.): *Cincuenta años de jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán* (Montevideo, Fundación Konrad Adenauer y Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003) p. 132.

³² *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997), pp. 512, 516, 519, 520.

Los principios objetivos supremos son flexibles y de general aplicación, aunque imprecisos [...]. Influyen en la interpretación del Derecho privado, sobre todo en la concreción de las cláusulas generales y, en casos especiales, como justificación para apartarse del texto de la ley. Pero las normas del Derecho privado siguen aplicándose [...]. El juez debe examinar el Derecho privado para determinar si está influido por el Derecho Constitucional y desprender las consecuencias [...]. No se olvide que la autonomía de la voluntad privada es también objeto de garantías constitucionales.

Pero la precaución hecha para no incurrir en aquella hegemonía tampoco admite desconocer los cambios que ha experimentado el derecho por virtud del constitucionalismo humanista. Me identifico con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, cuando sentencia lo que leo enseguida:

Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado. Sin embargo, en las disposiciones de la Constitución sobre tales derechos se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del Derecho.³³

Resumo mi tesis en el punto declarando que el sistema jurídico, en su totalidad, tiene ahora que ser concebido, interpretado y aplicado desde la Constitución y con subordinación al *ethos* o espíritu humanista que fluye de ella. Este proceso avanza pero lentamente y, a raíz de ello, subsisten numerosas disposiciones, en códigos, leyes y reglamentos, que son inconciliables con el nuevo constitucionalismo.

4.3. Derecho constitucional procesal

En esta nueva disciplina³⁴ estimo apremiante preocuparse de la sentencia constitucional, desde múltiples puntos de vista pero, con urgencia, en punto al efecto de irradiación u horizontal que lleva consigo.

En realidad, tales sentencias son de alcance necesariamente *erga omnes*, rasgo que obliga a evaluar la aplicación, al ámbito de los derechos esenciales, de la concepción clásica plasmada en el artículo 3 del Código Civil. De éste, recuérdese, es característica medular la relatividad del casuismo decidido por fallos de la judicatura común.³⁵

¿Cuán lejos o cercanos al precedente nos hallamos, entonces, con el efecto de irradiación de tales sentencias? ¿No es cierto, acaso, que el neoconstitucionalismo expresa una aproximación ostensible del constitucionalismo continental europeo y latinoamericano al homónimo norteamericano?³⁶ ¿Responde nuestra inaplicabilidad

³³ Id. nota 31.

³⁴ Consultese Domingo García Belaunde: *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional* (Lima, Jurídica Grijley, 2003). Del mismo autor, *Derecho procesal constitucional* (Bogotá, Ternis, 2001); y Juan Colombo Campbell: “Funciones del derecho procesal constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2002), pp. 137 ss., como asimismo, *Derecho procesal constitucional* (Santiago, Tribunal Constitucional de Chile, 2004), pp. 7 ss.

³⁵ Reiner Grote: “El desarrollo dinámico de la preceptiva constitucional por el juez constitucional en Alemania”, II *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2004), pp. 139 ss.

por inconstitucionalidad de preceptos legales al viejo paradigma pro legalista? ¿Es presagio alentador, en cambio, de la entronización del nuevo paradigma la reforma, aún en el Senado después de cuatro años, que lleva consigo la derogación de la ley una vez que el Tribunal Constitucional la declare, en tres sentencias, sustantiva o formalmente insostenible ante el Código Político?³⁷

Mas, como he dicho, la sentencia constitucional justifica investigaciones adicionales. Una de ellas estriba en que tal pronunciamiento no es más, ni principalmente, la obra de un legislador negativo, como la tipificó Hans Kelsen.³⁸ Antes y por el contrario, la defensa de la Constitución se realiza de diversas maneras y no sólo para eliminar preceptos, sean legales o reglamentarios, a raíz de resultar inconciliables con el Código Político.³⁹

4.4. Deferencia razonada

Pertinente es subrayar, en la prosecución de tal orden de ideas, la deferencia razonada, la autocontención o la prudencia que debe demostrar el Tribunal Constitucional ante la competencia ejercida por los demás órganos fundamentales en el Estado democrático.⁴⁰

Por consiguiente, sólo cuando el análisis del caso lleva, inexorablemente, a una conclusión reprobatoria de la ley o del acto administrativo controlado, entonces procede que sea declarado el vicio que culmina en la nulidad de los preceptos respectivos. Pero el Tribunal tiene que razonar sobre la base, para mí opuesta a la desarrollada por Ronald Dworkin, de que nunca un caso es idéntico a otro y que, por lo mismo, tampoco existen las respuestas universales y únicas, excluyentes y exclusivas.⁴¹

³⁶ Suscita optimismo y satisfacción constatar que la filosofía de John Locke en sus *Dos tratados del gobierno civil* (1690) (Buenos Aires, Aguilar, 1963), pp. 153 ss., tan influyente en el constitucionalismo norteamericano, ha comenzado a reemplazar la doctrina de Hobbes, Rousseau y Hegel entre otros.

³⁷ Revíse la serie de monografías sobre la competencia del Tribunal Constitucional y la correspondiente a la Corte Suprema, publicada en IV *Ius et Praxis* nº 1 (1998), pp. 279 ss. Véase también Gastón Gómez Bernales: *La jurisdicción constitucional. Funcionamiento de la acción o recurso de inaplicabilidad* (Universidad Diego Portales, Informe de Investigación nº 19 del Centro de Investigaciones Jurídicas, 2004).

³⁸ “La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)”, o. cit., pp. 130 ss.

³⁹ Helmut Simon: “La jurisdicción constitucional”, en Ernest Benda et al.: *Manual de derecho constitucional* (Madrid, Marcial Pons, 1996), pp. 834 ss.; y Horst Schömbohn: “La Corte Constitucional Federal y la protección jurídica que otorga el sistema judicial”, *Ius et Praxis* nº 1 (1998), pp. 11 ss.

⁴⁰ Véase Patricio Zapata Larraín: *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Biblioteca Americana de la Universidad Andrés Bello, 2002), pp. 69 ss.

⁴¹ *Los derechos en serio* (Barcelona, Ariel, 1989), pp. 209 ss.

Aquí cabe también destacar las sentencias interpretativas, llamadas *manipulativas* por la doctrina italiana,⁴² porque respetan el espíritu de la decisión normativa del autor de la disposición controlada, pero sujetándolo al *telos* de la Constitución, de modo que no puede ser entendido con un significado distinto.⁴³

4.5. *Realce de la magistratura*

Cabe reforzar el rol de los jueces en el nuevo paradigma, doblegando los recelos que, con frecuencia, se levantan en contra de un hipotético activismo judicial. El argumento resulta ser, invariablemente, el mismo: la injerencia judicial en la realización de los valores y principios del constitucionalismo humanista conlleva niveles inaceptables de incertidumbre o inseguridad jurídica. Sin embargo, quedó demostrado ya en este ensayo que el paradigma del Estado legislador jamás generó ni consolidó, en la realidad, cotas apreciables de certeza legítima. No es tampoco, entonces, reconoczcámoslo, tal certeza el bien jurídico ganado por el formulismo legalista.

Planteo, en consecuencia, ayudar a la magistratura persuadiéndola de su rol en el Estado constitucional de derecho y capacitándola en la argumentación, ponderada y razonada, de cada asunto o gestión que involucre la promoción y defensa de los derechos esenciales. Más todavía: resulta menester demostrarle que el derecho puede adentrarse más en la consecución del ideal de un sistema normativo coherente cuando los valores y principios constitucionales se irradián hacia todos los confines del régimen preceptivo.

En la sociedad pluralista de nuestro tiempo, en la cual la postura posmoderna aboga por la manifestación libre de todos los sentimientos, actitudes y opciones de vida de las minorías, es en el plexo de valores aludido, superiores y objetivos, que se halla la mejor y mayor posibilidad de unidad o el consenso requeridos para preservar la integridad del sistema. En los jueces, superlativamente los magistrados constitucionales, recae, con carácter preponderante, la difícil misión de forjar la cohesión social en el ambiente de tolerancia y respeto referido.

⁴² El *Diccionario de la lengua española* preparado por la Real Academia Española (Madrid, Espasa-Calpe, 2001), en su t. II, p. 1438, define el verbo *manipular* en su cuarta acepción, que es la aquí más pertinente, en los términos siguientes: “Intervenir con medios hábiles y a veces arteros en la política, en la sociedad, en el mercado, etc., con frecuencia para servir los intereses propios o ajenos”. Obviamente, tal acepción resulta inconciliable con el espíritu de legitimidad que singulariza a las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Por eso y en suma, cabe desestimar, para el objetivo explicado y en nuestro idioma, tan inadecuada expresión.

⁴³ Interesante es destacar que el Tribunal Constitucional de Chile ha dictado, recientemente, varias sentencias interpretativas con el objeto explicado. Por ejemplo, así sucede con el considerando 77º de la sentencia rol n° 410; el considerando 17º de la sentencia rol n° 417; y el considerando 17º de la sentencia rol n° 420.

El cambio es de gran envergadura y a las Facultades de Derecho incumbe darle impulso y canalización. Entre otros beneficios, ese esfuerzo redundará en el incremento de la seguridad jurídica.

4.6. *Renovación de la ley*

Idénticamente importante es puntualizar la actitud con que debe obrar el legislador de frente a la constitucionalización del derecho. En él, sus órganos de control internos están llamados a ser los primeros vigilantes de la supremacía, precaviendo que proyectos o iniciativas inconstitucionales puedan prosperar, o confiándose en que el Tribunal Constitucional sea quien las suprima, como legislador negativo.

Más allá del respeto de la supremacía surge, sin embargo, la necesidad de revisar la naturaleza y funciones de la ley en la democracia contemporánea. Tal especie de norma jurídica sigue y continuará siendo indispensable para implementar los grandes parámetros constitucionales. A dicha conclusión evidente se agrega otra, cuyo significado me parece más problemático. Me refiero a que en la democracia actual la ley debe servir a la sociedad civil, a la persona y al Estado, no únicamente a este último, en la concreción de los derechos sociales o de la segunda generación.

El principio de subsidiariedad, entonces, ha de ser paralelamente implementado y promovido con el principio de solidaridad social. Pero esto último no se impone desde arriba, autoritariamente, sino que fluye desde abajo y también en dimensión horizontal, merced a la educación en valores y a la práctica social del altruismo. La ley tiene, por ende, que abrir y fomentar los cauces y medios que permitan el fortalecimiento de la sociedad civil, su autonomía y compromiso con la solidaridad. Esto es hacer democracia efectiva y prevenir la recaída en el paternalismo estatal, casi siempre populista.⁴⁴

4.7. *Democracia continua*

Realzo un mérito, pocas veces mencionado, de la constitucionalización del derecho. Me refiero a que, en dicho proceso, ha sido decisiva la judicatura constitucional, la cual, impulsándolo, ha fortalecido la democracia.

Dominique Rousseau se percató de eso y denominó al fenómeno como *la democracia continua*,⁴⁵ es decir, que aumenta la participación de la ciudadanía en el con-

⁴⁴ Revíseese Alexis de Tocqueville: (1835) *La democracia en América* (Méjico DF., Fondo de Cultura Económica, 1963), pp. 58, 78-79.

⁴⁵ *La justicia constitucional en Europa* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002), p. 107.

trol diario de nuestros representantes y que lo hace a través del derecho, esto es, pacíficamente.

Acudiendo a consideraciones sustantivas, se culmina así en lo que la sentencia siempre debe ser, o sea, que las partes y la comunidad, sin excepción, la hacen suya por ser irrebatible la legitimidad tanto del proceso que lleva a ella como del contenido de lo decidido.⁴⁶ Alcanzar tan elevado y noble objetivo es también corroborar cuanto hemos realizado de la argumentación, razonable y convincente, en la interpretación constitucional. Esto es forjar, fallo tras fallo, en especial los de naturaleza constitucional, el valor de la seguridad jurídica, concretamente y no sobre la base de supuestos incumplidos.

4.8. Universalización del constitucionalismo

Termino manifestando mi esperanza en el futuro del nuevo paradigma que he descrito. Efectivamente, se advierte la convergencia entre el constitucionalismo europeo y el anglosajón, por sobre la aproximación de ambos, aunque acercándose más el primero al segundo. Nosotros, reitero, ojalá aprovechemos el beneficio de esa integración.

De la convergencia aludida son secuelas alentadoras una visión más práctica del constitucionalismo; la dogmática reelaborada con base en esa dimensión concreta y funcional del derecho; y la conciencia creciente en torno a un derecho que no es iusnaturalismo a secas ni positivismo formalista puro.⁴⁷ Así es, porque esas visiones opuestas van siendo reemplazadas por un valor en que todos los juristas hallan espacio para el entendimiento, quiero decir, el marco trazado por la dignidad y los derechos humanos, cuyo reconocimiento, protección y estímulo nos permite convivir en la democracia, pero enriquecida en su configuración según el nuevo constitucionalismo.

⁴⁶ Véase Paul Ricoeur: *Lo justo* (Santiago, Jurídica de Chile, 1997), pp. 161 ss.

⁴⁷ Carlos José Errázuriz Mackenna: "Hans Kelsen, una crítica al derecho natural", *Revista Humanitas* nº 34 (2004), pp. 217 ss.

Ricardo Haro (Argentina)*

Algunas reflexiones sobre la influencia de la Constitución española de 1978 en el constitucionalismo latinoamericano (en conmemoración del 25º aniversario: 1978-2003)**

1. Sumaria aproximación a la Constitución española de 1978

1. Nos parece oportuno preceder estas reflexiones relativas a la influencia de la Constitución española de 1978 sobre el constitucionalismo latinoamericano, echando una breve mirada tanto sobre el proceso que la antecedió, como en cuanto a las creencias y el diseño de sociedad y de Estado que se conformó en el constitucionalismo español de 1978, no porque torpemente considere que no son conocidos, sino porque lo creo útil a manera de proemio y para lograr cierta rotundidad y comprensión en estas reflexiones sobre la mencionada influencia.

1.1. Los acontecimientos históricos que precedieron al proceso constituyente

2. Para ser auténticamente serios, en esta breve mirada debemos recurrir al pensamiento de constitucionalistas españoles que con su conocimiento nos ilustrarán.

No parece dudoso que la caída del régimen franquista que gobernó en España desde 1936 hasta 1975 estuvo motivada, junto con el desgaste propio de todo régimen.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales y profesor emérito de la Universidad Nacional de Córdoba. Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Autor de varios libros y numerosas publicaciones. Académico de número y vicepresidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y correspondiente de las Academias Nacionales de Ciencias y de Ciencias Morales y Políticas de Argentina, y de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. rharo@arnet.com.ar

** Una primera versión de este trabajo se publicó en Francisco Fernández Segado (coord.): *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo latinoamericano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

men autoritario y al ocaso de la vida de su carismático líder y férreo conductor Francisco Franco Bahamonde, por múltiples y variadas causas que se fueron desencadenando en los últimos tiempos a través de un proceso de acentuada transformación económico-social en la realidad española.

3. Antonio Torres del Moral señala como exponentes más elocuentes del cambio producido, los siguientes: a) el crecimiento económico; b) los movimientos migratorios internos, con una masiva inmigración urbana; c) la progresiva comunicación con el exterior a través de la emigración y del turismo; d) la creciente solidez y secularización de una nueva clase media; e) la alfabetización general y el incremento del estudiantado universitario; f) el desplazamiento de la inicial dureza policiaca del franquismo hacia una relativa tolerancia; g) el aprovechamiento de dicha tolerancia por los medios de comunicación social, salvo los estatales; h) el rebrote del nacionalismo en el País Vasco y en Cataluña.

Las actitudes aperturistas de sectores del régimen franquista no surtieron el efecto pensado. Una dictadura con ciertos tintes feudales como aquélla —continúa Torres del Moral— no podía intentar edificar las bases de una moderna sociedad de consumo sin agrietarse. De ahí que dicha legislación se quedara siempre a mitad de camino. De ahí también que los diversos proyectos de regulación de unas asociaciones políticas controladas se quedaran en el intento. Se sucedieron los estados de excepción y las crisis del gobierno. Cada paso hacia una cierta liberalización era prontamente seguido de una nueva fase de represión.

La capacidad del sistema político para dar respuesta a los conflictos sociales era muy escasa. En 1975 el régimen franquista era sólo una apariencia de sí mismo. El entonces presidente de Gobierno, Carlos Arias, declaró enfáticamente que el régimen no estaba en almoneda. Lo estaba. Un mes más tarde moría el caudillo.¹

1.2. *Las etapas de la transición*

4. Proclamado rey don Juan Carlos I, comienza un prolongado y complejo proceso de transición del régimen autoritario hacia el democrático, en el que los hermanos españoles, con lucidez de criterio, amplitud de posiciones ideológicas y sensata apreciación de la crítica y concreta realidad política que les tocaba asumir, fueron encontrando soluciones de consenso para superar, en cada recodo del camino, los innumerables obstáculos que suponía el ascenso hacia las cumbres de la constitucionalidad democrática y social.

¹ Antonio Torres del Moral: *Principios del derecho constitucional español*, 4^a ed., Facultad Derecho de la Universidad Complutense Madrid, 1998.

5. En la opinión de Javier Pérez Royo, el proceso constituyente español, entre la muerte del general Franco en noviembre de 1975 y la publicación de la Constitución española en diciembre de 1978, es un proceso histórico complejo que se descompone en dos operaciones claramente diferenciadas: una primera, en la que se procede a la “voladura controlada” del régimen político resultante de la Guerra Civil, y otra segunda, en la que la sociedad española protagoniza un proceso constituyente relativamente convencional. Aunque ambas forman parte de un mismo proceso histórico, se trata de dos operaciones de naturaleza completamente distinta, que tienen que ser analizadas, por tanto, de forma separada.²

6. La Constitución de 1978 surge como resultado de un proceso de evolución o reforma política —en el pensamiento de López Guerra y otros destacados constitucionistas— que permitió pasar de un sistema autoritario a uno constitucional en forma pacífica, y, desde el punto de vista jurídico, sin que se produjera una ruptura o solución de continuidad en la validez del ordenamiento. Contrariamente a otras ocasiones en la historia de España, la introducción de un régimen constitucional no se hizo mediante una ruptura jurídica en el ordenamiento anterior. En el proceso de elaboración de la Constitución de 1978, por el contrario, aun partiéndose de valores y principios radicalmente distintos de los que inspiraban el régimen político precedente, se siguieron las normas establecidas por éste para regular el cambio constitucional.³

7. En similar sentido se ha pronunciado Pablo Lucas Murillo de la Cueva al afirmar que “en definitiva, pues, unos factores de fondo, estructurales, junto a otros de coyuntura, más el acierto de los protagonistas principales hicieron posible que, respetando la legalidad se cambiase la legitimidad. Esto es lo decisivo y, al mismo tiempo, lo singular. Al contrario, si en vísperas del 20 de noviembre de 1975 se preguntase a los españoles por su futuro político, creo que la mayoría hubiéramos formulado presagios más bien sombríos”⁴.

8. Podríamos esquematizar como principales eslabones de este proceso: 1) la aprobación de la Ley de Reforma Política por las Cortes franquistas y su ratificación por referendo popular del 15 de diciembre de 1976; 2) las consiguientes elecciones para la integración de ambas cámaras, del 15 de junio de 1977; 3) los Pactos de la Moncloa, que definían capitales temas que hacen tanto a cuestiones de libertades civiles y políticas, como económico-sociales; 4) el proceso constituyente propiamente dicho, que se inicia en julio de 1977 con el nombramiento de la comisión redactora del proyecto de Constitución. Luego del prolongado proceso consensual, éste logra

² Javier Pérez Royo: *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

³ Luis López Guerra, Eduardo Espín, Joaquín García Morillo, Pablo Pérez Tremps, Miguel Satrustegui, en *Derecho constitucional*, t. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994.

⁴ Pablo Lucas Murillo de la Cueva: “El proceso constituyente y la Constitución de 1978”, en *Estudios jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Córdoba, 1991.

su aprobación, tanto por la votación favorable en el Congreso y el Senado del texto proyectado por la comisión mixta el 31 de octubre de 1978, como por la del referendo popular del 6 de diciembre. De esta forma, el 27 de diciembre de 1978, S. M. el rey don Juan Carlos I sancionó ante el Congreso y el Senado, reunidos en sesión conjunta, la Constitución española.

Las elecciones del 15 de junio de 1977, a criterio de Francisco Fernández Segado, que reseñamos, iban a propiciar unas Cortes con dos formaciones políticas muy destacadas, la UCD y el PSOE, que se convertía en la principal fuerza de oposición parlamentaria; y aunque el sistema parlamentario pudiera parecer próximo al bipartidismo, quedaba muy alejado de este modelo. En ese peculiar modelo parlamentario de partidos, en el que había que destacar la presencia de las formaciones nacionalistas, el pacto constituyente tenía que ser multilateral y necesariamente difícil, pues habían de integrarse modelos de convivencia muy diferentes, ya no sólo en atención a sus premisas ideológicas, sino incluso dentro de posiciones ideológicas similares.

1.3. *El consenso de la sociedad española y nuestro fervoroso elogio*

9. Sin embargo —continúa Fernández Segado—, el sentimiento, compartido por la inmensa mayoría de las fuerzas políticas, de la necesidad de lograr lo que el presidente de la Comisión Constitucional del Congreso, Emilio Attard, llamó una “Constitución hospitalaria con todos”, que no dejase en la cuneta a ningún grupo, iba a conducir a un acuerdo responsable y pacificador y en definitiva a un texto integrador en su dimensión de norma básica, como bien dice Peces Barba.

Para Fernández Segado, el enorme, el inestimable capital político de la Norma Suprema es su carácter integrador, su indiscutible virtualidad centrípeta, con la que se ha venido a superar en fin el carácter centrífugo de la gran mayoría, por no decir de todas las “constituciones de partidos” de la historia constitucional del país. Y todo ello es el resultado del *consenso*, esto es, como dice Peces-Barba, de un acuerdo en lo fundamental, de un pacto para la paz y para la convivencia, con profundas raíces éticas y culturales, que pretende superar una tradición de enfrentamiento y buscar la coincidencia en lo fundamental.⁵

10. Por nuestra parte deseamos poner de resalto que, a pesar de falencias inevitables en un proceso tan atípico y complejo de transición como el español, existe un principio democrático que se advierte en la categórica participación mayoritaria del pueblo y de las fuerzas políticas, lo cual le otorgó una indiscutible legitimidad que ha respaldado su permanente respeto y vigencia en la sociedad española.

Ello es así, a poco que se advierta que después de casi cuatro décadas de régimen autoritario y de la continuidad de las cortes franquistas, se debía actuar con

⁵ Francisco Fernández Segado: *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.

prudente firmeza para lograr concretar la transición al Estado social y democrático de derecho, transición que, en nuestra humilde opinión, se manifiesta en dos acontecimientos institucionales decisivos y concatenados: primeramente se realizó la democratización de las Cortes Generales y, a partir de esta legitimidad, se pudo encarar la democratización del poder constituyente, en cuyo ejercicio se sancionó la Constitución de 1978.

Esta Constitución marca un hito fundamental en el proceso constitucional europeo, que se inició en la segunda posguerra mundial con las Constituciones de Francia de 1946, Italia de 1947 y la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949. Ello implica indudablemente que todo ese variado y rico constitucionalismo de las tres décadas siguientes fue amplia y profundamente examinado por los constituyentes españoles de 1978, a fin de adoptar aquellos principios, derechos, garantías y organización institucional, en todo lo que considerasen adaptable a la realidad española y a la Constitución que la iba a regir.

En ella se trató de implantar los principios de *limitación y control del poder*, no sólo mediante los derechos y garantías, sino además, por un sistema institucional de órganos de gobierno con competencias equilibradamente distribuidas y, finalmente, por un decisivo control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad, que continuaba consolidándose desde el proyecto de Hans Kelsen y su constitucionalización en la Constitución de Austria de 1920.

11. Al cumplirse los diez primeros años de su vigencia, Gregorio Peces-Barba, quien fue presidente del Congreso y operador fundamental del proceso constituyente, pudo decir:

Hoy, a los diez años, la imagen de la Constitución es la del consenso, la de un acuerdo responsable que ha pacificado en esa dimensión de norma básica, nuestra convivencia. No ha sido fácil, pro esa dificultad se olvida y sólo queda el resultado positivo que ha acabado, creo, con nuestros demonios históricos familiares, con esos obstáculos que, como la cuestión regional, la cuestión religiosa o educativa, o de la forma de estado, hacían naufragar los proyectos anteriores.⁶

2. Modo de abordar el análisis comparativo de textos

12. Sin duda, en este trabajo *no se pretende realizar en manera alguna un estudio exhaustivo* de todas las disposiciones en las que pudiera advertirse alguna influencia, sino que, por el contrario, debemos circunscribirnos exclusivamente a la finalidad que se nos trazó al solicitarnos la colaboración, y que no es otra que la de realizar un *estudio panorámico* de las líneas rectoras de la influencia que la Constitución española de 1978 ha tenido sobre los posteriores textos latinoamericanos en

⁶ Gregorio Peces-Barba Martínez: *La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

los temas más destacados, pues los estudios particulares de éstos han quedado para los informes de los constitucionalistas de los diversos países.

Centraremos primeramente el análisis comparativo de los textos constitucionales más relevantes; para mayor claridad de nuestra exposición, en cada tema *reseñaremos* primeramente la norma constitucional española y, a continuación, las pertinentes normas latinoamericanas de las Constituciones que hemos podido consultar, por orden alfabético, en las que se advierte en alguna medida la influencia de aquélla.

13. Las influencias que señalaremos *no son las únicas*, sino las más destacadas, a la vez que es preciso tener en cuenta que algunas influencias aparecen como *inmediatas y manifiestas*, y otras como *mediatas y veladas*, pero en una misma inspiración y sentido. Para ello hemos analizado las siguientes textos constitucionales posteriores a 1978, consultando estudios o comentarios de constitucionalistas de cada país, para la mayor seriedad y autenticidad de nuestra exposición: 1) Argentina, de 1994; 2) Bolivia, de 1994; 3) Brasil, de 1988; 4) Colombia, de 1991; 5) Costa Rica, de 1993; 6) Chile, de 1980; 7) Ecuador, de 1995 y 1998; 8) El Salvador, de 1983 y reformas de 1991-92; 9) Guatemala, de 1985; 10) México, en varias ocasiones reformada; 11) Nicaragua, de 1995; 12) Paraguay, de 1992; 13) Perú, de 1979 y 1993; 14) Uruguay, de 1997.

Por último, en la parte final de nuestro estudio pondremos a consideración las *conclusiones generales* que deducimos del panorama latinoamericano que hemos analizado de un modo más particularizado.

3. Principios, derechos, deberes y garantías

3.1. Sistema de valores

1. La *Constitución española* (en adelante, CE) en su artículo 1 propugna “como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

2. La *Constituição de Brasil* (en adelante, CBR), en su Preámbulo declara: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em assembléia nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”. Y en su artículo 1 proclama: “A República Federativa do Brasil [...] tem como fundamentos: I. a soberanía; II. a cidadania; III. a dignidade da pessoa humana; IV. os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V. o pluralismo político.”⁷

⁷ José Afonso Da Silva: “Influência, coincidência e divergência constitucionais: Spanha-Brasil”, en Francisco Fernández Segado (coord.): *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

3. La *Constitución de Colombia* (en adelante, CCO) en el artículo 1º proclama, en su parte pertinente, que Colombia es una república “democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

4. La *Constitución de El Salvador* (en adelante, CES) consigna en su artículo 1 los valores de “justicia, seguridad jurídica y bien común”; si bien no coincidente en todos los valores, es una novedad en el constitucionalismo salvadoreño, en la que se advierte la influencia de la CE.

3.2. *La dignidad de la persona humana*

1. La CE, en su artículo 10, declara: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las 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”.

2. La CCO en su artículo 5 prescribe que “El estado reconoce sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona [...].”

3. La CES en su artículo 1 establece: “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado”.⁸

4. La *Constitución de Guatemala* (en adelante, CG) protege la dignidad humana ya desde la afirmación del Preámbulo, como en sus artículos 1 y 2, que reseñadamente declaran que “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia [...] Es deber del estado garantizarle[s] a los habitantes la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”. En el artículo 46 expresa “[...] que los tratados y convenciones sobre derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

5. La *Constitución Paraguaya* (en adelante, CPA) en su Preámbulo proclama “reconociendo la dignidad humana” y en su artículo 1º declara que “adoptá para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana”.

⁸ Salvador Enrique Anaya Barraza: “Influencia de la Constitución española en el sistema constitucional salvadoreño”, en Francisco Fernández Segado (coord.): *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

3.3. *El principio de soberanía popular*

1. La CE en su artículo 1.2, siguiendo un principio de añeo origin en las ideas políticas, dispone: “La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”.

2. La CCO en su artículo 3 declara que la soberanía reside exclusivamente en el pueblo del cual emana el poder público.

3. La CN, artículo 2, declara: “La soberanía nacional reside en el pueblo, fuente de todo poder y forjador de su destino [...]”.⁹

3.4. *Las nacionalidades y etnias*

1. La CE en su artículo 2 prescribe: “La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”.

2. La CCO reconoce y protege, en su artículo 7, la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.

3. La CG dedica la sección tercera, en sus artículos 66, 67, 68, 69 y 70, a las comunidades indígenas, reconociendo la diversidad de grupos étnicos.¹⁰

4. La CN, en el artículo 8, reconoce que Nicaragua es multiétnica, y regula en los capítulos II y VI de los títulos IX y IV el régimen de autonomía para los pueblos indígenas y las comunidades étnicas de la costa atlántica.

3.5. *La igualdad*

1. La CE en su artículo 14 prescribe: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Y en el artículo 149.1 señala: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1º La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales [...]”.

⁹ Iván Escobar Fornos: “La Constitución española de 1978 y su influencia en el constitucionalismo nicaragüense”, en Francisco Fernández Segado (coord.): *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

¹⁰ Jorge M. García Laguardia: “La Constitución española de 1978 y la Constitución guatemalteca de 1985. Transiciones e influencias”, en Francisco Fernández Segado (coord.): *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

2. La CCO dispone en el artículo 13: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, [...] gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados”.¹¹

3. La CG manifiesta este principio liminar en su artículo 4º al señalar: “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. [...] Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí”.

4. La CPA en su artículo 46 expresa: “Todos los habitantes de la república son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones [...]”, y en el artículo 48 señala: “El Estado promoverá las condiciones y creará los mecanismos adecuados para que la igualdad sea real y efectiva [...]”.

3.6. Libertad ideológica, religiosa y de culto

1. La CE en su artículo 16 garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto, sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley, y declara que ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tomarán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

2. La CCO en su artículo 18 garantiza la libertad de conciencia y el artículo 19 la libertad de cultos y establece que “todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley”

3. La CG en su artículo 36 declara que “el ejercicio de todas las religiones es libre [...] sin más límite que el orden público [...]”.

4. La CPA en su artículo 24 reconoce “la libertad religiosa, la de culto y la ideológica, sin más limitaciones que las establecidas en esta Constitución y la ley. Ninguna confesión tendrá carácter oficial. Las relaciones del Estado con la Iglesia Católica se basan en la independencia, cooperación y autonomía. Se garantiza la independencia y la autonomía de las iglesias y confesiones religiosas [...] Nadie puede ser molestado, indagado u obligado a declarar, por causa de sus creencias o de su ideología”.¹²

¹¹ Eduardo Cifuentes Muñoz: “Reflexiones sobre la influencia de la Constitución española de 1978 en la Constitución colombiana de 1991”, en Francisco Fernández Segado (coord.): *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

¹² Jorge Seall Sasiaín, cuyas referencias a la Constitución paraguaya de 1992 han sido en gran medida extraídas de un trabajo inédito en el que expresa: “Sin lugar a equívocos y con objetividad, se

3.7. Derecho a la residencia y libre circulación

1. La CE reconoce en el artículo 19: “Los españoles [...] tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional”.
2. La CCO en su artículo 24 dispone: “Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia”.
3. La CES, artículo 5, inciso 1º, otorga este derecho a toda persona, no sólo a los nacionales.
4. La CG, en su artículo 26, admite ampliamente este derecho a toda persona.

3.8. Libertad de asociación y sindicación

1. La CE prescribe en el artículo 22.5 que “se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar”, y en el artículo 28, que “todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas e Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar [...] Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato [...]”.
2. La CCO reconoce estos derechos en los artículos 38 y 39.
3. La CES en su artículo 7, de manera más amplia pero inspirada por aquélla, prohíbe los grupos armados políticos, religiosos o gremiales.
4. La CG reconoce el derecho de asociación en el artículo 34.
5. La CPA en su artículo 42 reitera textualmente la prohibición del artículo 22.5 de la CE, y en el artículo 96 declara: “Todos los trabajadores públicos y privados tienen derecho a organizarse en sindicatos sin necesidad de autorización previa. Quedan exceptuados de este derecho los miembros de las Fuerzas Armadas y de las Policiales [...] Nadie puede ser obligado a pertenecer a un sindicato”.

3.9. Educación y libertad de enseñanza

1. La CE en su artículo 27 reconoce a todos el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, y con una programación por los poderes públicos con participación efectiva de todos los sectores afectados.

puede afirmar que la Constitución Española de 1978 fue el modelo —si no el paradigma— constitucional europeo más tenido en cuenta por los constituyentes de la Constitución Paraguaya de 1992., en especial, por los integrantes de la Comisión redactora, [...] es plausible afirmar que tanto los constituyentes como buena parte de la clase política paraguaya, tuvieron sus ojos puestos en la ‘Transición Española’ más que en ninguna otra”.

2. La *Constitución argentina* (en adelante, CA),¹³ en su artículo 75 inciso 19, en lo que aquí nos interesa, declara asimismo que las leyes de organización y de base de la educación deben asegurar la participación de la familia y de la sociedad, la promoción de los valores democráticos.

3. La CBR, en el artículo 205, prescribe: “A educação, direito de todos e dever do estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadanía e sua qualificação para o trabalho”. En el artículo 206, II, proclama: “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”.

3.10. Derechos a libertad de expresión y de información

1. La CE consagra estas libertades en los artículos 20.1.2. y 4: “a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción [...] d) A comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

2. La CCO en su artículo 2º garantiza “a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación [...] No habrá censura”.

3. La CG en su artículo 35 desarrolla con amplitud casi reglamentaria principios coincidentes con la CE, a partir de reconocer: “Es libre la emisión del pensamiento por cualesquiera medios de difusión sin censura ni licencia previa [...] Quien en uso de esta libertad faltare el respeto a la vida privada o a la moral, será responsable conforme a la ley [...]”.

4. En la CN se advierte la influencia en los artículos 66, 67, 68 y otros.

5. En la CPA el artículo 26 garantiza “la libre expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento y de la opinión, sin censura previa, sin más limitaciones que la dispuesta por esta Constitución. Toda persona tiene derecho a generar, procesar o difundir información, como igualmente a la utilización de cualquier instrumento lícito y apto para tales fines”. Y en el artículo 28 “se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime”.

¹³ Es imprescindible tener presente que el texto de 1853-60 fue objeto de una importante reforma en 1994, a cuyas nuevas disposiciones nos referiremos en las normas que citemos.

3.11. *La intimidad y el honor*

1. La CE en su artículo 18.1 determina: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.
2. La CBR en el artículo 5.X dispone: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.
3. La CCO prescribe en su artículo 15: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el estado debe respetarlos y hacerlos respetar [...]”, y en el artículo 21 garantiza “el derecho a la honra”.
4. En la CES, los términos del artículo 2 inciso 2º son idénticos a los de la CE.
5. La CN en su artículo 26 garantiza la vida privada “de las personas y la de su familia, [...] y el respeto a su honra y reputación”.
6. La CPA en su artículo 33 establece: “La intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada son inviolables [...] Se garantiza el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas”.

3.12. *Derechos sociales*

1. La CE reconoce derechos y establece políticas, en sus artículos 39.1 (protección social, económica y jurídica de la familia), 39.2 (protección integral de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera sea su estado civil), 39.4 (protección de la niñez), 41 (derecho a la seguridad social), 43.1 (derecho a la protección de la salud), 45.1 (derecho a disfrutar del medio ambiente), 47 (derecho a una vivienda digna y adecuada), 49 (derecho al tratamiento y rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos), 48 (para la participación de la juventud en los diversos aspectos del desarrollo) y 50 (protección de los ciudadanos de la tercera edad).

2. La CA incorporó en la reforma de 1994, en el artículo 75 inciso 23, la promoción de medidas de acción positiva que otorguen plena protección a los niños, a las madres, a las mujeres, a los ancianos y a las personas discapacitadas.

3. La CBR en su artículo 226 establece: “A familia, base da sociedade, tem especial proteção do Estado [...]”; artículo 227 inciso 6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

4. La CCO ampara a la familia en sus artículos 5 y 42, declarando, entre varios aspectos, que los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes; el artículo 43 declara la igualdad de derechos y oportunidades de la mujer y el hombre, como también a la maternidad; el artículo 44 proclama los derechos de los niños; el artículo 45, de los adolescentes; el artículo 46 se refiere a la protección y la asistencia a las personas de la tercera edad; el artículo 47, a los disminuidos físicos,

sensoriales y psíquicos; el artículo 48, a la seguridad social; el artículo 49, a la salud, y el artículo 51, a la vivienda

5. La CG recepta dichos derechos, respectivamente en los artículos 100 (seguridad social), 93-96 (salud), 51 (menores y ancianos), 52 (maternidad), 53 (minusválidos) y 105 (vivienda).

6. La CN recepta las cinco primeras disposiciones, respectivamente, en los artículos 61, 59, 60, 64 y 62.

3.13. *Protección al consumidor y usuario*

1. La CE reconoce en su artículo 51.1: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2 [...] y promoverán su información y educación [...] fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca”.

2. La CA en su artículo 42, si bien ampliando el desarrollo de la temática, recoge sustancialmente la normación española, tanto respecto de los derechos de los consumidores y usuarios, como de los deberes de las autoridades y de la legislación.

3. La CCO en su artículo 78 establece la regulación legal del control de calidad de bienes y servicios, la información a suministrarse y la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios.

4. La CG en el artículo 119 inciso *i* proclama la defensa de los consumidores y usuarios, preservando la calidad de los productos para garantizar la salud, seguridad y legítimos intereses económicos.

5. En la CN se advierte básicamente similar disposición en su artículo 105.

3.14. *Medio ambiente*

1. La CE determina en su artículo 45: “1. Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

2. La CA en su artículo 41, si bien ampliando a otros aspectos, establece en términos similares el mismo derecho a un ambiente sano, los deberes protectores de las autoridades y las obligaciones de recomponer que generará el daño ambiental.

3. La CG en su artículo 64 se refiere a la “conservación, protección y mejoramiento del patrimonio natural de la Nación [...] Una ley garantizará su protección y la de la fauna y la flora que en ellos exista”. Y el artículo 97 se refiere al medio ambiente y al equilibrio ecológico.

4. La *Constitución uruguaya* (en adelante, CU), reformada en 1997, prescribe en el artículo 47: “La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores”.¹⁴

3.15. Protección al patrimonio histórico, cultural y artístico

1. La CE en su artículo 46 proclama que los poderes públicos “garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España [...]”.

2. La CA en su artículo 41 prescribe “la preservación del patrimonio natural y cultural”, y en el artículo 75 inciso 19 faculta al Congreso a “dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, [...] el patrimonio artístico [...]”.

3. La CCO protege las riquezas culturales y naturales de la Nación (artículo 8) y en el artículo 72 prescribe la protección del Estado del patrimonio cultural, el arqueológico y otros bienes culturales.

4. La CG se refiere en su artículo 60 a la “protección del patrimonio cultural de la Nación, integrado por los bienes y valores paleontológicos, arqueológicos, históricos y artísticos del país [...]”, disposición complementada por los artículos 61 y 62.

5. La CN en su artículo 128 amplía estas acciones a lo arqueológico y lingüístico.

3.16. Aclaración imprescindible

Con respecto a los derechos y libertades precedentes que hemos analizado desde la *dignidad de la persona humana*, es preciso señalar que en la *Constitución de Bolivia* (en adelante, CBO) se han incorporado los llamados *derechos de tercera y cuarta generación*, como al libre desarrollo de la personalidad, al nombre, a la intimidad y privacidad personal y familiar, a la imagen, honra y reputación, a un medio ambiente sano, al acceso a la información pública, etc.

Por otra parte, el artículo 6-V declara que “los derechos fundamentales y garantías de la persona se interpretarán y aplicarán conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados, convenciones y convenios internacionales ratificados por Bolivia en esta materia”, redacción similar a la del artículo 10.2 de la Constitución de España.

¹⁴ Eduardo G. Esteva Galicchio: “Influencia de la Constitución española de 1978 en el derecho constitucional de Uruguay”, en Francisco Fernández Segado (coord.): *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

3.17. *Progreso, desarrollo, productividad*

1. La CE, en sus artículos 40 y 38, señala que los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una política de pleno empleo y la defensa de la productividad.

2. La CA, en su artículo 75 inciso 19, ordena al Congreso proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo.

3. La CG en su artículo 118 expresa que el régimen económico y social se funda en la justicia social y la obligación del Estado de orientar la economía nacional para incrementar la riqueza y tratar de lograr el pleno empleo.

3.18. *Participación política*

1. La CE, en su artículo 23.1, dispone que “Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes [...].”

2. La CCO establece las formas de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía en su artículo 103.

3. La CPA en su artículo 117 prescribe: “Los ciudadanos, sin distinción de sexo, tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes [...].”

3.19. *Iniciativa popular de las leyes*

1. El artículo 87.3 de la CE declara que una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley, que fija en no menos de quinientas mil firmas acreditadas, y niega su procedencia en materias propias de ley orgánica, tributaria o de carácter internacional, así como en la prerrogativa de gracia.

2. La CA en el artículo 39 recepta la iniciativa popular, salvo para la reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.

3. La CCO la consagra en los artículos 103 y 106 y deja a la ley la reglamentación. Es oportuno señalar que asimismo, en el artículo 103, la Constitución consagra el plebiscito, la revocatoria y el cabildo abierto.

4. La CG, en su artículo 277 inciso d, concede el derecho de iniciativa popular pero exclusivamente para la reforma constitucional y con el respaldo de por lo menos cinco mil ciudadanos empadronados

5. La CN en el artículo 140.4, se inspira en la CE al establecer la iniciativa popular, si bien ampliando la prohibición específicamente a la amnistía, el indulto, reformas de la Constitución y ley de presupuesto, y la ley orgánica nicaragüense de 1997 se inspiró en la respectiva española de 1984.

6. La CPA recepta la iniciativa popular concisamente en el artículo 123.

3.20. *El referéndum o consulta popular*

1. La CE, en su artículo 92.1. y 3, dispone: “Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos, dejando a una ley orgánica la regulación de las condiciones, procedimiento y distintas modalidades de referéndum previstos en la Constitución”.

2. La CA prescribe la consulta popular vinculante, para aprobar proyectos de leyes y a iniciativa de la Cámara de Diputados. También prevé la consulta popular no vinculante, que podrán convocar el Presidente o el Congreso, dentro de sus respectivas competencias.

3. La CCO lo consagra en el artículo 103, junto con la consulta popular; asimismo, en los artículos 104 y 105, prevé el plebiscito, la revocatoria y el cabildo abierto.

4. La CG lo adopta siguiendo en gran medida la misma redacción que la CE, si bien deja la convocatoria en el Tribunal Supremo Electoral a iniciativa del Presidente o del Congreso de la República.

5. La CN, en sus artículos 2 y 173 inciso 1, inspirados en la norma española, consagra el plebiscito y el referéndum.

6. La CPA lo recepta escuetamente en el artículo 121.

3.21. *Partidos políticos*

1. La CE en su artículo 6 preceptúa: “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”.

2. La CA se manifiesta en el artículo 38 en términos similares a la CE.

3. La CES ha recibido esta influencia en lo dispuesto por el artículo 85 inciso 2º, no obstante que el último señala diferencias.

4. La CPA en sus artículos 124 y 125 contiene, más ampliamente, similares conceptos sustanciales.

3.22. *Defensor del Pueblo*

1. La CE en su artículo 54 dispone: “Una ley orgánica regulará la institución del defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar las actividades de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales”.

2. La CA se ha inspirado en la CE, pero en su artículo 86 le ha dado un amplio desarrollo, tanto a su designación y remoción por el Congreso y su duración de cinco

años en el cargo, como en cuanto a su plena autonomía funcional, sus atribuciones de tutela y de control frente a la Administración, su legitimación procesal, etc.¹⁵

3. La CCO en su artículo 281 dispone que el Defensor del Pueblo forma parte del Ministerio Público y ejerce sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación, y será elegido por la Cámara de Representantes por cuatro años de terna elaborada por el presidente de la República. Según el artículo 282, velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, fijándole sus funciones en éste como en los artículos 283 y 284.

4. La CEC ha receptado la Defensoría del Pueblo que ya venía de la Constitución de 1995 y de la reglamentación legal de 1998. Entre sus principales atribuciones, tiene un rol importante patrocinando en los recursos de hábeas corpus y en las acciones de amparo, e interviniendo en las demandas de inconstitucionalidad dictaminando previamente. Es elegido por el Congreso con mayoría de dos tercios por un período de cinco años y puede ser reelegido una sola vez.

5. La CG en el artículo 274 establece el Procurador de los Derechos Humanos, comisionado del Congreso para la defensa de los derechos humanos que la Constitución garantiza. Tendrá facultades de supervisar la Administración, ejercerá su cargo por cinco años y rendirá informe anual al pleno del Congreso. En el artículo 275 se regulan sus atribuciones en tiempos normales y durante el régimen de excepción.

6. La CPA realiza un muy amplio desarrollo de la institución y declara en el artículo 276: “El Defensor del Pueblo es un comisionado parlamentario cuyas funciones son la defensa de los derechos humanos, la canalización de reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios [...].” Luego el artículo 277 se refiere a su autonomía, nombramiento y remoción; el artículo 278 establece los requisitos, las incompatibilidades y las inmunidades, y finalmente el artículo 279 fija sus deberes y atribuciones.

4. La justicia constitucional

Este trascendental tema es uno de aquellos en los que mejor se advierte la notable e iluminadora influencia de la CE, ya sea en el establecimiento de la justicia constitucional en varios países latinoamericanos, como en su instrumentación mediante la creación de los Tribunales o Cortes Constitucionales o de las Salas Constitucionales en las Cortes Supremas. A título de ejemplo podemos señalar, entre otros, los casos de las CBO en 1994, CCO en 1991, CCH de 1980, CES en 1982, CG en 1985, CN en 1995, CPA en 1992, CPE de 1979 y fundamentalmente de 1993, y CEC de 1998.

¹⁵ Néstor Pedro Sagüés: “Influencia de la Constitución española en la reforma constitucional argentina de 1994”, en Francisco Fernández Segado (coord.): *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

1. La CE en su artículo 159.1. y 3 establece que el Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el rey, a propuesta de 4 por el Congreso y 4 por el Senado por mayoría de 3/5 de sus miembros; 2 por el Gobierno y 2 por el Consejo General del P. J., quienes serán designados por un período de 9 años y se renovarán por terceras partes cada tres. Según el artículo 160, al presidente lo designa de entre sus miembros el rey, por tres años y a propuesta del pleno.

En su artículo 161.1 y 2 fija la casuística competencial del Tribunal, ya sea por los recursos de inconstitucionalidad, de amparo, en los conflictos de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas o de los de éstas entre sí, y de las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

2. La CBO expresa que el Tribunal Constitucional de Bolivia fue creado en las reformas institucionales de 1994, tomando como referencia al Tribunal Constitucional español, cuya ley orgánica nº 2/1979, del 3 de octubre, fue consultada junto con la de otros tribunales de América.¹⁶

3. La CCH de 1980 establece que hay dos órganos de control: la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, que ejerce un control esencialmente preventivo. Éste está integrado por siete magistrados elegidos, respectivamente: uno por el presidente de la República; uno por el Senado por la mayoría absoluta de los senadores en ejercicio; tres por la Corte Suprema por mayoría absoluta; dos nombrados por el Consejo de Seguridad Nacional. La duración del mandato es de ocho años, renovables parcialmente cada cuatro años, pudiendo ser reelegibles inmediatamente. En lo relativo a su competencia, el Tribunal Constitucional chileno tiene similares o disímiles atribuciones; verbigracia, entre las primeras, las competencias en materia de control de constitucionalidad normativo, de tratados internacionales y de normas con fuerza de ley; entre las segundas, las competencias en materia de organización institucional y en materia sancionatoria de conductas antidemocráticas; mientras que, por el contrario, el Tribunal chileno no tiene potestad en materia de contienda de competencias.¹⁷

4. La CCO, en el capítulo de la jurisdicción constitucional, desde el artículo 239 hasta el 245, establece que la Corte Constitucional tendrá un número impar de miembros que determine la ley, los que “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 [...] no podrán ser reelegidos”. Por el artículo 241, a la Corte “se le confía la guarda de la

¹⁶ Pablo Dermizaky Peredo: “La Constitución española de 1978”, en Francisco Fernández Segado (coord.): *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

¹⁷ Humberto Nogueira Alcalá: “Los Tribunales Constitucionales de Chile y España en perspectiva comparativa”, en Francisco Fernández Segado (coord.): *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin cumplirá las siguientes funciones [...]”, las que se fijan en los once incisos siguientes.

5. La CEC establece el Tribunal Constitucional ya desde la Constitución de 1945 (bajo la denominación de Tribunal de Garantías Constitucionales), artículos 276 y 277, entre otros, si bien con diferencias que trasuntan las múltiples fuentes europeas consultadas y, de otro lado, la convivencia de un sistema concentrado con uno difuso en el control de constitucionalidad. No se advierte la influencia española en la constitución del Tribunal, aunque sí en cuanto a: a) la competencia del Tribunal Constitucional (amparos, conflictos de competencias asignadas por la Constitución, ordenanzas municipales y de los consejos provinciales, tratados internacionales); b) la legitimación de los órganos del Estado (cualquiera de los poderes para plantear la inconstitucionalidad, salvo excepción de ciudadano con dictamen a favor del Defensor del Pueblo o demanda de por lo menos mil ciudadanos).¹⁸

6. La CES, en la reforma de 1991-92, adoptó igual período y sistema de renovación, como asimismo una mayoría calificada en la Asamblea Legislativa para la designación y destitución de los miembros, y la elección con base en una lista presentada por el Consejo Nacional de la Judicatura. De otro lado, en cuanto al Defensor del Pueblo, se observa influencia del artículo 54 de la CE con el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos de la reforma de 1991-92.

7. La CN crea dos Salas en la Corte Suprema para conocer en las materias constitucional y contencioso-administrativa, inspirándose en la Constitución española de 1978, lo mismo que en las leyes ordinarias que las desarrollan.

8. La CPA ha establecido en su artículo 258 una Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia y en el artículo 260 fija los deberes y atribuciones de ésta. La CG, manteniendo el sistema mixto de control de constitucionalidad por sistema difuso y concentrado (artículos 266 y 267), dispone, reseñadamente, en su artículo 268, que la Corte Constitucional es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional; actúa con independencia de los demás órganos del Estado. El artículo 269 prescribe que la Corte se integra con cinco magistrados titulares y sus respectivos suplentes, designados, cada uno, por el pleno de la Corte Suprema de Justicia, por el pleno del Congreso, por el Presidente de la República, por la Universidad de San Carlos de Guatemala y por la Asamblea del Colegio de Abogados. El artículo 270 se refiere a los requisitos de los magistrados; el artículo 271, a la Presidencia de la Corte, y el 272 incisos a-j, a las funciones de la Corte Constitucional.

¹⁸ Hernán Salgado Pesantes: “Influencia de la Constitución española en el Ecuador”, en Francisco Fernández Segado (coord.): *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

9. La CPE, ya en su versión de 1979, en el artículo 296 creó el Tribunal de Garantías Constitucionales como órgano de control de la Constitución, con influencias pero también discrepancias tanto procesales como competenciales con el Tribunal Constitucional español. Luego la Constitución de 1993, en su artículo 201, estableció el Tribunal Constitucional, ampliando y modificando las competencias del anterior; integrado por siete magistrados elegidos por cinco años por el Congreso con el voto de 2/3 del número legal de miembros y sin reelección inmediata. En el artículo 202 establece la competencia; en el artículo 203, la legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad, y en el artículo 204, los efectos de la sentencia.¹⁹

5. Consejo General del Poder Judicial

1. La CE en su artículo 122 dispone: “El Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo. La ley orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario. 2. [...] estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos [...] entre abogados y otros juristas todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión”.

2. Según el artículo 114 de la CA, el Consejo de la Magistratura tiene distinta integración; en cuanto a la amplitud de sus atribuciones se asemeja a la CE.

3. La CCO establece en su artículo 254 el Consejo Superior de la Judicatura con dos Salas, la Administrativa y la Jurisdiccional Disciplinaria, con integraciones distintas a las de la CE, si bien el artículo 256 reconoce sustancialmente y salvo excepción (dirimir conflictos de competencia) similares atribuciones a las de la CE, y en el artículo 257, las funciones que cumplirá.

4. La CPA, en sus artículos 262, 263 y 264, otorga al Consejo distinta composición y atribuciones. No obstante lo señalado, no parece dudosamente afirmar que en ambos casos la CE tuvo decisiva influencia institucional.

¹⁹ Francisco José Eguiguren Praeli: “La jurisdicción en el Perú, sus particularidades y la influencia de la Constitución española de 1978”, en Francisco Fernández Segado (coord.): *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

6. Poder Legislativo

6.1. *Las comisiones legislativas*

1. La CE en su artículo 75 dispone: “1. Las Cámaras funcionarán en pleno y por Comisiones. 2. Las Cámaras podrán delegar en las Comisiones Legislativas Permanentes la aprobación de proyectos o proposiciones de ley. El Pleno podrá, no obstante, recabar en cualquier momento el debate y votación de cualquier proyecto o proposición de ley que haya sido objeto de esta delegación. 3. Quedan exceptuados de lo dispuesto en el apartado anterior la reforma constitucional, las cuestiones internacionales, las leyes orgánicas y de bases y los Presupuestos Generales del Estado”.

2. La CA se ha referido a este mismo tema en el artículo 79 en términos básicamente similares a los de la CE en su artículo 75.2, con la salvedad de que cada cámara, luego de aprobar un proyecto de ley en general, con mayoría absoluta del total de sus miembros, sólo delega en sus comisiones la aprobación en particular del proyecto con igual mayoría. La cámara podrá, con igual mayoría, revocar la delegación efectuada y retomar el trámite ordinario.

3. De la CCR se realizó una reforma parcial en el año 1993, por la cual se modificó el texto del artículo 124. En el procedimiento de la formación y sanción de las leyes, se establecieron las comisiones legislativas con potestad legislativa plena, procedimiento que reconoce antecedentes tanto en la Constitución de Italia de 1947 como en la de España de 1978.

El segundo párrafo del artículo 124 de la Constitución de Costa Rica, establece reseñadamente, que la Asamblea Legislativa puede delegar en comisiones permanentes el *conocimiento y la aprobación de proyectos de ley*. No obstante, la Asamblea podrá avocar, en cualquier momento, el debate o la votación de los proyectos que hubieren sido objeto de delegación. No procede la delegación en materia electoral, para la creación o modificación de impuestos, para la convocatoria de una Asamblea Constituyente, para la reforma parcial de la Constitución, etc. Corresponde a la Asamblea nombrar las comisiones permanentes con potestad legislativa plena, con composición proporcional al número de diputados que la componen, y la delegación se aprobará por mayoría de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea, y la avocación con mayoría absoluta de los presentes.²⁰

²⁰ Rubén Hernández Valle: “Las comisiones legislativas plenas”, en Francisco Fernández Segado (coord.): *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

6.2. *Interpelación y censura*

1. La CE, en su artículo 111.1, dispone: “El Gobierno y cada uno de sus miembros están sometidos a las interpelaciones y preguntas que se formulen en las Cámaras [...].” El artículo 113.1 expresa: “El Congreso de los Diputados puede exigir la responsabilidad política del Gobierno mediante la adopción por mayoría absoluta de la moción de censura”, y continúa señalando los pasos procedimentales a seguir.

2. La CA ha creado en el artículo 100 la figura del Jefe de Gabinete de Ministros como funcionario en la órbita del Presidente de la Nación, prescribiendo en el artículo 101 que dicho funcionario “puede ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras”. Aquí la decisión es vinculante.

3. La CCO, en su artículo 135.8 y 9, regula la moción de censura respecto de los ministros por no concurrir sin excusa aceptada a la citación de una Cámara o por asuntos relacionados con funciones propias del cargo, quienes, en caso de ser aprobada la moción por el pleno del Congreso, con audiencia de los ministros respectivos, quedarán separados de su cargo. Es decir que es vinculante.

4. La CPA, manteniendo el sistema “presidencialista”, prevé en su artículo 193 que cada Cámara podrá citar e interpelar individualmente a los ministros y a otros altos funcionarios de la Administración Pública, y el artículo 194 dispone que si el citado no concurriese a la cámara respectiva, o ella considerara insatisfactorias sus declaraciones, ambas cámaras podrán emitir un voto de censura contra él y recomendar su remoción del cargo al Presidente de la República o al superior jerárquico [...]. Como se advierte, el voto de censura aquí no es vinculante.

7. Poder Ejecutivo

1. La CE en su artículo 86 prescribe: “1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al derecho electoral general. 2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, [...] en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación”, para su convalidación o derogación mediante procedimiento especial y sumario, pudiendo las Cortes en dicho plazo tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.

2. La CA se ha inspirado en la CE —si bien con algunas diferencias de denominación, materias, plazos y tratamiento por las Cámaras— al establecer en su nuevo artículo 99 inciso 3: “Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran impos-

sible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá [el presidente de la Nación] dictar decretos por razones de necesidad y urgencia [...] El Jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente”, la que elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada cámara para su expreso e inmediato tratamiento por éstas. Se deja a una ley especial la regulación del trámite.

3. La CCO autoriza en el artículo 212 al Gobierno en estado de guerra exterior a dictar decretos legislativos que podrán ser reformados o derogados con mayoría calificada. Asimismo, en el artículo 213 se otorga similar facultad en caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, con asunción plena de atribuciones por el Congreso dentro de los tres días de la declaración o prórroga del estado de commoción.

8. Estado social y democrático de derecho

1. La CE dispone en su artículo 1: “1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

2. La CPA en su artículo 1º expresa que la República del Paraguay “se constituye en Estado social de derecho, [...] adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista”. Asimismo en su Preámbulo proclama la “democracia pluralista”, en el artículo 25 garantiza “el pluralismo ideológico” y en el artículo 27, el pluralismo informativo.

3. La CBR en su artículo 1 proclama: “A República Federativa do Brasil [...] constitui-em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I. a soberanía; II. a cidadania; III. a dignidade da pessoa humana; IV. os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V. o pluralismo político”.

4. La CCO en su artículo 1 declara que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales [...]”.

5. La CG, según García Laguardia, ha superado el régimen de exclusión reconociendo el pluralismo político y la vida partidaria, facilitando la inscripción de nuevos partidos y eliminando las prohibiciones ideológicas.

6. La CN, en su artículo 130, establece por primera vez el Estado social de derecho.

9. Reflexiones que nos sugiere el precedente análisis

Varias son las reflexiones que, a manera de conclusiones, nos ha sugerido el examen comparativo de las normas de las Constituciones española y latinoamericanas consultadas.

1. Para entender y valorar en su justa medida *la importancia de la Constitución española*, es preciso recordar que ella llega desde la Europa parlamentaria a influir en un constitucionalismo latinoamericano que había emergido bajo la vigorosa influencia del constitucionalismo estadounidense de fines del siglo XVIII, con sus trascendentales principios, tales como el del *federalismo* como forma de Estado, en varios países; en la casi unanimidad, del *presidencialismo* como forma de gobierno, y el *control judicial difuso* de los actos estatales como garantía sustancial del Estado de derecho.

2. A ello debe agregarse la causalidad producida por la circunstancia de que, frente a la no adecuación del texto formal norteamericano, se advierte:

- a) Por una parte, que las nuevas exigencias de los cambios que el proceso de evolución de la humanidad demandaba, y que los renovados rumbos del constitucionalismo de la sociedad industrial y *posindustrial* —en la expresión de Daniel Bell— con desarrollos especialmente a partir del siglo XX y hasta la actualidad, reclamaban imperiosamente una *actualización en el ámbito de los principios, derechos, deberes y garantías constitucionales*.
- b) Por otra parte, se observaba la imperiosa necesidad de procurar un *control judicial de constitucionalidad* más eficiente y especializado mediante la adopción compartida o exclusiva del *sistema concentrado*, a partir especialmente de la segunda posguerra mundial.

Estas, entre otras circunstancias, impulsaron a varios países latinoamericanos a reformar sus constituciones volviendo sus miras hacia el constitucionalismo europeo y, en las dos últimas décadas, de manera particular a la Constitución española de 1978.

3. Igualmente, y como circunstancias coadyuvantes a esta influencia, debe atenderse a la similitud de *procesos de transición* que debió afrontar España, como asimismo, como lo debieron asumir la generalidad de los países latinoamericanos, de estados de guerrilla, dictatoriales o autoritarios, a la mayor vigencia posible de regímenes democráticos. Y en esta trascendental problemática, evidentemente la transición española fue modélica.

En todos estos procesos fue indispensable ejercer la madurez que exigía la búsqueda de los consensos entre las fuerzas políticas y sociales, para lograr llegar a la meta de la *constitucionalización social y democrática de derecho*, superando las hartas difíciles circunstancias provocadas por las fracturas y los sentimientos contradictorios de la sociedad; por la desarticulación de las fuerzas políticas y de los grupos dirigentes en general, con sus recíprocas desconfianzas; y, además, muchas veces, por las mutuas y categóricas descalificaciones que acentuaban el conflicto social.

4. Como en el proceso constitucional español, en los procesos latinoamericanos —y de ello podemos dar acabada muestra los argentinos— tales lamentables circunstancias tuvieron sus positivos efectos, ya que felizmente convencieron a la sociedad y a los operadores institucionales de la ineludible necesidad de llegar a una Constitución fruto de una actitud madura y razonable, en la *búsqueda afanosa de los consensos* que fuese posible alcanzar en el plano del ejercicio del poder constituyente formal, dejando la *solución de los disensos* para un nivel inferior de mayor flexibilidad para los acuerdos, es decir, para el ejercicio de la función legislativa ordinaria, mediante la sanción de las leyes orgánicas o de contenido material constitucional.

5. Del estudio de los textos constitucionales latinoamericanos posteriores a 1978, que en su gran mayoría hemos tenido a la vista, aparece con meridiana claridad que la influencia de la Constitución española no siempre ha sido de similar intensidad. *En mayor o en menor medida se pone de manifiesto* en numerosas Constituciones, como es el caso (por orden alfabético) de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Paraguay y Perú, pero también hay algunas en las que esa influencia ha sido *mínima o casi nula*, como puede verse en los casos de Brasil, Chile, México y Uruguay.

9.1. En cuanto a los valores superiores y a los derechos, deberes y garantías

6. Bien sabemos —como lo hemos señalado en anterior oportunidad— que toda Constitución implica, más allá de su texto formal y positivo, un sistema de *creencias políticas*, de valores, sentimientos y convicciones, de esas *ideas fuerza que con vigor demiúrgico vivifican y hacen realidad la representación jurídico-política* que la sociedad considera *valiosa* para su más plena realización en el cumplimiento de sus altos objetivos.

Es evidente que *este sistema de creencias se enraíza en un sistema de valores* que constituyen el meollo y la razón de ser de cada norma jurídica, pues, como bien señaló Von Ihering, todo derecho es una valor jurídicamente protegido. Esos valores integran el *plexo axiológico*, como manifestaciones del valor supremo de la *dignidad de la persona humana*, persona que es el sujeto, el fundamento y el objeto de toda sociedad, Estado y derecho, los cuales, como todas las manifestaciones de la cultura, deben estar a su servicio porque en ella encuentran su fin y su *razón de ser*.²¹

7. Es el *techo ideológico* para Pablo Lucas Verdú, para quien “la ideología política es un conjunto de ideas, convicciones, prejuicios e incluso sentimientos, sobre los fundamentos, la organización, el ejercicio y los objetivos del poder político en la sociedad”, ideología en la cual se distingue el *sector estructural e institucional*,

²¹ Ricardo Haro: “El control de constitucionalidad y el rol paradigmático de las Cortes y Tribunales Constitucionales”, en la *Revista de Derecho Constitucional y Administrativo*, Juris, Rosario (Argentina), 2000.

el modo de organizar el poder político, y el *sector estrictamente ideológico*, referido a las ideas, convicciones, prejuicios y sentimientos.²²

8. Gregorio Peces-Barba ha sostenido que la referencia a los *valores superiores* en la Constitución española no se encuentra en ningún otro texto constitucional. Éstos constituyen los caracteres esencialmente inseparables del tipo de régimen político instituido, considerados en su inescindible correlación, pues son la positivización de los contenidos éticos o de justicia que el poder pretende realizar a través del derecho. Esos valores superiores son la meta del Estado y del derecho que pretende el constituyente de 1978; los cuatro faros que guían, explican e interpretan la voluntad del legislador, y un punto de partida de todo el resto del ordenamiento jurídico.²³

9. Pero consideramos de suma importancia expresar que, *en todos los temas que abordamos* en esta reseña, la influencia española en el constitucionalismo latinoamericano examinado se da de muy diversos modos. *En algunas normas ello se manifiesta formalmente de manera casi textual; en otras, similares sustancialmente en sus contenidos; y en otras, finalmente, sólo como inspiradoras.*

Dado el análisis comparativo pormenorizado que hemos desarrollado en los párrafos 3 a 8, realizaremos ahora *sólo un señalamiento* de los temas en que hemos advertido en mayor o menor medida la influencia de la Constitución española.

- a) En cuanto a los *valores superiores*, es cierta la originalidad señalada por Peces-Barba, pues notamos que han sido claramente inspiradores de las Constituciones de Brasil, de Colombia y de El Salvador. Más allá de la ausencia de identidad en su expresión literal, conservan el sentido profundo de ser valores esenciales a la dignidad de la persona humana, y con mayores desarrollos.
- b) En lo referido a la *dignidad de la persona humana*, se nota cierta influencia inspiradora en los textos de las declaraciones de las Constituciones de Colombia, El Salvador, Guatemala y Paraguay, como no podría ser de otra forma, dado que el hombre es el *eje y centro* de la vida social y política, y sustento de los diversos valores superiores reconocidos por dichas Constituciones.
- c) De este reconocimiento de la dignidad humana se deducen naturalmente todos los demás principios, *declaraciones, derechos, deberes y garantías* que les son ínsitos, y en los que percibimos, en mayor o menor medida, influencia en las Constituciones señaladas en el análisis de los párrafos 3 a 8. Podemos recordar las cuestiones de la *soberanía popular*, las *nacionalidades* y las *etnias*, que en España afincan fundamentalmente en las autonomías de las nacionalidades y en las Constituciones de Colombia y Guatemala están referidas a las comunidades indígenas; la *igualdad*, indudable en su

²² Pablo Lucas Verdú: *Principios de ciencia política*, 3^a ed., Tecnos, Madrid.

²³ Gregorio Peces-Barba Martínez: *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986

concepción humana y superadora de las nacionalidades, en todo el constitucionalismo latinoamericano, aquí sólo representado por las Constituciones de Colombia, Guatemala y Paraguay; la *libertad ideológica, religiosa y de culto* en las Constituciones de Paraguay, Colombia y Guatemala; la *libertad de asociación y sindicación*, en las Cartas de Paraguay, Colombia, el Salvador y Guatemala; la *educación y libertad de enseñanza*, en las Constituciones de Argentina y Brasil; la *libertad de expresión y de información*, en las Constituciones de Colombia, Guatemala, Nicaragua y Paraguay; la *intimidad y el honor*, con mayor desarrollo en las Constituciones de Brasil, Colombia, El Salvador, Nicaragua y Paraguay; los *derechos sociales*, en las Constituciones de Argentina, Brasil, Colombia, Guatemala y Nicaragua; los *derechos del consumidor y del usuario*, en las Constituciones de Argentina, Colombia, Guatemala y Nicaragua; los *derechos al medio ambiente*, en las Cartas de Argentina, Guatemala y Uruguay; la *protección del patrimonio histórico, cultural y artístico*, en las Constituciones de Argentina, Colombia, Guatemala y Nicaragua; las *políticas para el progreso, el desarrollo y la productividad*, en las Constituciones de Argentina y Guatemala; la *participación política*, en las Constituciones de Colombia y Paraguay; la *iniciativa popular*, en las Cartas de Argentina, Colombia, Nicaragua y Paraguay; el *referéndum o consulta popular*, en las Constituciones de Argentina, Colombia, Guatemala, Nicaragua y Paraguay; los *partidos políticos*, en las Constituciones de Argentina, El Salvador y Paraguay; el *Defensor del Pueblo*, en las Constituciones de Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala y Paraguay.

9.2. En cuanto a la justicia constitucional

10. Este trascendental tema es uno de aquellos en los que más se advierte la notable e iluminadora influencia de la CE en varios países latinoamericanos, ya sea en el afianzamiento de la justicia constitucional como manifestación de una jurisdicción constitucional distinta de la jurisdicción ordinaria, así como, además, en su instrumentación mediante la creación de los Tribunales o Cortes Constitucionales o de las Salas Constitucionales en las Cortes Supremas.

Sabido es que, desde sus orígenes constitucionales, los países latinoamericanos establecieron el sistema difuso de control de constitucionalidad de los actos estatales, siguiendo el modelo norteamericano con base en el artículo III, sección 2, de la Constitución de 1787, y de las normas legales como la Judiciary Act de 1789, pero con su vertebrado desarrollo doctrinario a partir de las ideas preconizadas por Hamilton en *El Federalista* y del ejundioso voto del juez Marshall en el célebre caso *Marbury v. Madison* de 1803.

11. Con el pasar de los años, sin embargo, en muchos países se fueron incorporando de manera progresiva, conjuntamente con el sistema difuso, órganos o tribu-

nales que ejercían un *control concentrado*, de todo lo cual se observa en la actualidad que *una gran mayoría de los países latinoamericanos ha adoptado un sistema mixto o dual o paralelo de control difuso y de control concentrado*, este último investido en los distintos tribunales fijados por las Constituciones de cada país —que hemos analizado *supra* en el parágrafo 4 (Justicia constitucional) en lo referido a Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Paraguay y Perú, como asimismo los casos de Guatemala y Costa Rica.

La influencia española se advierte, con sus diversos matices, tanto en la naturaleza ya sea de la Corte Constitucional, o de una Sala de la Corte Suprema, o de un Tribunal Constitucional, como en su integración y en los procedimientos para designar a los magistrados, y además, en las atribuciones o competencias que se les asignan para ejercer ese *control concentrado de constitucionalidad* sobre los actos estatales.

9.3. En cuanto al Consejo General del Poder Judicial

12. En esta institución, de capital importancia para la real y efectiva independencia del Poder Judicial y de sus magistrados, hemos podido observar igualmente influencia del Consejo General del Poder Judicial español en los órganos similares creados por las Constituciones de Argentina (Consejo de la Magistratura), de Colombia (Consejo Superior de la Judicatura) y de Paraguay (Consejo de la Magistratura).

Esa influencia se advierte fundamentalmente en el sentido institucional y en sus atribuciones para la designación y ascensos de los magistrados, así como para la administración y disciplina en el Poder Judicial. No obstante ello, se notan diferencias en la conformación y mecanismos para designar a sus miembros, como asimismo respecto a otras atribuciones y a su modo de ejercicio.

9.4. En cuanto al Poder Legislativo

a. Las comisiones legislativas

13. Con el claro objetivo de agilizar el trámite legislativo sin menoscabo de su entidad jurídica, y siguiendo el rumbo del derecho parlamentario comparado, lo dispuesto por la Constitución española ha sido adoptado por diversas constituciones latinoamericanas, entre las que cabe destacar las de Argentina y de Costa Rica, las cuales, con las lógicas particularidades, han previsto la posibilidad, con mayoría calificada, de otorgar la potestad legislativa en cabeza de las comisiones del Congreso o de la Asamblea Legislativa, respectivamente.

Hacemos nuestra para ambos casos la conclusión del constitucionalista costarricense Rubén Hernández Valle: “Del pequeño análisis realizado tanto del ordenamiento parlamentario costarricense como español, se llega a la conclusión de que tienen hondas similitudes y algunas pequeñas diferencias, las cuales se explican, en

nuestro concepto, no sólo en el hecho de que ambos países tienen formas de gobierno diferentes, sino también por sus diversas praxis parlamentarias”.

b. Interpelación y censura

14. Aquí también se ha acompañado a la normatividad y la experiencia constitucional comparada, en los tránsitos de un *presidencialismo fuerte* hacia formas *semiparlamentarias* que lo mitiguen. De allí estas innovaciones de los *votos de censura* y las consiguientes remociones de los ministros del gabinete presidencial por parte del órgano legislativo. No obstante en la forma parlamentaria procede la remoción del gobierno y en la presidencialista la remoción sólo de ministros, la Constitución española evidentemente ha influido en las Constituciones de Argentina, Colombia y Paraguay.

9.5. En cuanto al Poder Ejecutivo

15. Las competencias de ejercer funciones legislativas por el Presidente de la República en circunstancias excepcionales, prescritas, entre otras, por las Constituciones de Argentina y Colombia bajo la respectiva denominación de decretos de necesidad y urgencia y de decretos legislativos, ponen de manifiesto, a la mera comparación de las normas de las tres constituciones, que el pensamiento del constituyente español al establecer los decretos-leyes ha inspirado evidentemente ambos textos latinoamericanos, por sus grandes similitudes y pequeñas diferencias.

Claro está que la gravedad institucional de esta competencia es mucho más severa en un régimen presidencialista que en uno parlamentario, en el cual existe una mayor relación y un mayor control entre Gobierno y Parlamento.

9.6. En cuanto al Estado social y democrático de derecho

16. Parece obvio que las tendencias contemporáneas en el derecho constitucional conllevan la necesidad de afirmar, como características fundamentales de la organización política estatal, las de proclamar y asegurar tres principios básicos que reclama la conciencia política de los pueblos: el *democrático*, el *social* y el *jurídico*.

Por ello, la fórmula que proclama la Constitución española en el sentido que España se constituye en un “Estado Social y Democrático de Derecho” ha influido notablemente en las fórmulas de la Constitución paraguaya, que nos habla de un “Estado Social de Derecho [que] adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista”, o la de la brasileña, que alude a un “Estado Democrático de Direito”, o las de Colombia y Nicaragua, que incluyen la fórmula de un “Estado Social de Derecho”.

10. A manera de síntesis colofonaria

Haciendo una síntesis de síntesis desde nuestro personal punto de vista, podemos concluir brevemente expresando que, en líneas generales, se advierte una marcada influencia de la Constitución española de 1978 en las Constituciones latinoamericanas que hemos podido analizar, tanto en lo relativo a los *valores, derechos, deberes y garantías*, como así también en todo lo referente a los órganos, competencias y funcionamiento de la *justicia constitucional*.

Sin ser tan abarcadora, se manifiesta asimismo esa influencia española: a) en el ámbito del Poder Legislativo, en la *sanción de leyes por las comisiones* del Parlamento y en las interpelaciones y *mociones de censura respecto de ministros* del gobierno; b) en el ámbito del Poder Ejecutivo, fortaleciéndolo por la constitucionalización de lo que podemos llamar básicamente *decretos legislativos*, y procurando atenuarlo por la posibilidad de la *remoción de los ministros* por mociones de censura del Parlamento; c) finalmente, en la proclamación por una vigorosa y efectiva vigencia de un *Estado social y democrático de derecho*.

Lautaro Ríos Álvarez (Chile)*

Valores superiores concurrentes en las Cartas políticas de Chile y España

1. Introducción

Desde comienzos del siglo pasado una ola renovadora viene arrasando —lenta pero inexorablemente— el legalismo positivista instalado desde el siglo XIX en todos los códigos, el que con talante imperativo pretendió sustituir a las demás fuentes del derecho.

No se trata de una nueva ola, sino de la afortunada recuperación de dos importantes pilares del universo jurídico que habían quedado sepultados bajo la avalancha legalista. Nos referimos a los valores y a los principios.

El estudio de los valores o axiología (del griego *axios*, ‘justo’ o ‘valioso’) fue rescatado primeramente por la filosofía, y desde allí impregnó la doctrina jurídica.¹ Éstos fueron recogidos luego por la jurisprudencia y por algunos instrumentos internacionales como la Carta de San Francisco (1945), para ingresar finalmente a las Constituciones Políticas modernas.

Los principios jurídicos o principios generales del derecho fueron reivindicados como fuentes de éste en la reforma de los códigos civiles de Italia, de Alemania, de Francia y de España y encontraron también su justo lugar en el Estatuto de la

* Profesor titular de Teoría Política y Derecho Constitucional, Universidad de Valparaíso (Chile). Magister en Derecho Administrativo por la Universidad de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor extraordinario de la Universidad Santo Tomás de Aquino de Tucumán (Argentina). Vicepresidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Miembro correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Consejero del Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Abogado integrante del Excmo. Tribunal Constitucional chileno. <estudiorios@entelchile.net>

¹ Surgieron dos corrientes: Los *subjetivistas* (el valor como fenómeno psíquico de estimación del sujeto) y los *objetivistas* (el valor como realidad distinta y objetiva: el cielo axiológico). Entre los primeros, militan Meinong, Ehrenfels, Müller-Freinfels y Henke. Entre los segundos, Rickert, Max Scheler, Ortega y Gasset, Recasens Siches y Hartman.

Corte Internacional de Justicia,² terminando su itinerario ascendente en las Cartas Políticas de última generación.

Con su consagración por algunas Constituciones, estos entes ideales y abstractos, dotados de vigor intelectual y adhesión emocional, pero desprovistos de carga normativa, han llegado a poseer una tremenda fuerza vinculante sin perder su carácter orientador, interpretativo e integrador del respectivo ordenamiento jurídico. Este fenómeno se advierte con evidencia en las Cartas Políticas de España (1978) y de Chile (1980). La primera, tanto en su Preámbulo como en su Título Preliminar, declara solemnemente los valores que propugna y los principios que sustenta (artículos 1 y 9). La segunda, en las Bases de la Institucionalidad (capítulo I)—aunque sin denominarlos expresamente—, consagra, con exactitud y rigor, las fórmulas jurídicas que los contienen.

El propósito de este trabajo es demostrar cómo dos países tan alejados en la geografía como son Chile y España, pero tan unidos como están por las raíces de una misma cultura, exhiben —al modo de dos almas gemelas— la impronta de unos valores idénticos.³

Añade una nota de asombro advertir la distinta cuna en que nacen ambas Constituciones: la de España, en plena recuperación de una democracia largamente esperada, en que la reconciliación de las personas y de las ideologías es la nota distintiva; la de Chile, en el cenit de una dictadura oprobiosa que discrimina y excluye a sus adversarios y que —no obstante— no puede renegar de su identidad histórica ni desconocer su legado valórico.

Comenzaremos por intentar un concepto de los valores, para describir luego, en sendos capítulos, cuáles son aquéllos primordiales que inspiran a las Cartas Políticas de Chile y de España.

2. Idea de los valores⁴

Nos hallamos de cara a una expresión polisémica cuya significación ha dado origen a ardorosas controversias. No es éste el lugar ni disponemos del espacio nece-

² El artículo 38.1 del Estatuto dice: “La Corte, cuya función es decidir *conforme al derecho internacional* las controversias que les sean sometidas, deberá aplicar: [...] c) Los *principios generales del derecho* reconocidos por las naciones civilizadas”.

³ Nuestra intención original fue hacer una confrontación tanto de los valores como de los principios comunes a las Constituciones de Chile y de España. La rigurosa limitación del espacio asignado frustró el examen de estos últimos.

⁴ Véase José Ortega y Gasset: *Obras completas*, Alianza, Madrid, 1997, t. VI: “Introducción a una Estimativa”, pp. 315 y ss. Luis Recasens Siches: *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1981, pp. 10 y ss. y 275 y ss. Pablo Lucas Verdú: *Estimativa y política constitucionales*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1984. Jorge I. Hübner: *Manual de filosofía del derecho*, Jurídica de Chile, Santiago, 1954. Antonio Hernández Gil: “Sistema de valores

sario para dar cuenta de ellas. Por ello utilizaremos la definición más adecuada al tema que nos ocupa, entre las que contiene el léxico oficial: “Cualidad que poseen algunas realidades, consideradas bienes, por lo cual son estimables. Los valores tienen polaridad en cuanto son positivos o negativos y jerarquía en cuanto son superiores o inferiores” (Diccionario de la Real Academia Española).

A la definición anterior añadiremos algunas denotaciones que distinguen a los valores.

Los valores son cualidades abstractas y objetivadas de ciertos bienes apetecibles y —por lo mismo— carecen de entidad independiente en el mundo real; la belleza, la justicia, la bondad, no tienen existencia *per se*; pero la tienen en su mundo propio, al igual que el número, la velocidad o el triángulo. No puede concebirse que una entidad, como el valor, *valga* si no empezamos por reconocer su *existencia*. Por otra parte, ésta no depende de su grado de concreción porque se trata de entes ideales; así, la igualdad en los tiempos de la Revolución Francesa. Son universales, al menos, dentro del universo cultural que los genera y estima. También lo son en el sentido de totalidad —de perspectiva global— con que impregnán el ordenamiento jurídico.⁵ A diferencia de los principios, algunos les niegan aptitud normogénica porque no estarían concebidos ni estructurados para ese fin; no obstante, los valores —que poseen *polaridad*: a cada valor se opone un antivalor— son el imán que orienta la finalidad de las normas. Sin embargo, cuando están positivados —como en España y en Chile— ingresan al campo de las normas, con el rango y la fuerza vinculante de éstas.^{6,7}

en la Constitución”, en *La Constitución de la monarquía parlamentaria*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, y *El cambio político y la Constitución*, Planeta, Barcelona, 1982. Gregorio Pece-Barba: *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986. Joaquín Ruiz-Giménez: “Derechos fundamentales de la persona (artículo 10)”, en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, 1997, t. II, pp. 37-89. Francisco Rubio Llorente: “Constitución: valores, principios y derechos”, en *Valores de una sociedad plural*, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, Madrid, 1999, pp. 135-148, y *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel Derecho, Barcelona, 1995. Luciano Parejo: “Constitución y valores del ordenamiento”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*, t. I, pp. 29-133. Antonio Pérez Luño: *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984. Luis Prieto Sanchis: “Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional”, en *Revista Poder Judicial*, nº 11, junio de 1984. Ángel Garrorena Morales: *El Estado español como Estado social democrático de derecho*, Tecnos, Madrid, 1984. Francisco Fernández Segado: *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992. Jaime Brufau: *Teoría fundamental del derecho*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 76. José L. Cea Egaña: *Tratado de la Constitución de 1980*, Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pp. 40-42. Ángel Llamas C.: *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, BOE, Madrid, 1993.

⁵ Véase Pece-Barba, o. cit., pp. 40-41.

⁶ La infracción de un valor positivado autoriza el recurso de inconstitucionalidad conforme al artículo 39.2 de la LOC del TCE. Véase STCE 116/1987, FJ 6º.

⁷ El TCCh ha dicho: “Que [...] se infiere con nitidez que el ordenamiento institucional estructurado por la Constitución de 1980 descansa sobre ciertos principios y valores básicos” (STCCh 20-X-1988, rol 280).

También se les atribuye una triple dimensión “*fundamentadora* [...] del conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, así como del ordenamiento jurídico en su conjunto”; “*orientadora* [...] del orden jurídico político hacia unas metas o fines predeterminados” y crítica, en cuanto a su “idoneidad para servir de criterio o parámetro de valoración para justipreciar hechos o conductas”.⁸ Podemos añadir a éstas su dimensión *integradora* del ordenamiento.

En lo tocante a su jerarquía, es preciso distinguir entre los valores superiores, esto es, los más estimables y fundamentales en una sociedad y en un momento histórico determinados, y los valores ordinarios, comunes —o “normales”, como los cataloga Peces-Barba, que son aquellos que no poseen igual grado de estimación y fundamentalidad.

Podría articularse una larga lista de caracteres de los valores. Sin embargo, uno descuelga entre todos: su alta *tonalidad afectiva*. Los valores inspiran y exaltan los momentos más nobles y decisivos en la historia de una nación. Presiden en España la instauración del Estado social y democrático de derecho. Iluminan la Declaración de la Independencia (1776) y luego el Preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos de 1787;⁹ se graban a sangre y fuego en el lema de la Revolución Francesa (1789);¹⁰ subyacen en el Bill of Rights (1689) y en la legendaria Carta Magna británica (1215); y —con mucha anterioridad— aparecen formulados en los escritos políticos de Catón,¹¹ Polibio¹² y Cicerón,¹³ en Roma; y en el pensamiento de Pericles¹⁴ y las obras de Platón¹⁵ y Aristóteles,¹⁶ en la cultura griega, por mencionar sólo algunos precedentes conocidos.

Ortega —allá por 1923—, intentando explicar “¿Qué son los valores?”, decía que “Se trata de una de las más fértiles conquistas que el siglo XX ha hecho y, a la par, de uno de los rasgos fisiognómicos que mejor definen el perfil de la época actual”.¹⁷ Contribuyeron a resaltar —por contraste— esta apreciación premonitoria tres acontecimientos que ensombrecieron la historia del siglo XX: las dos Grandes Guerras, con todos sus horrores y su menosprecio de la condición humana, los totalitarismos de todo signo que la subyugaron y la globalización, que puso en evidencia tres

⁸ Véase Pérez Luño: o. cit., pp. 287 y ss.

⁹ Este formula como propósitos “establecer la justicia”, “fomentar el *bienestar general*” y “asegurar los beneficios de la *libertad*”.

¹⁰ El lema original fue *Libertad e Igualdad*. El valor *Fraternidad* fue agregado posteriormente.

¹¹ Véase *Originis* y su valoración de la *fides* como base de las relaciones políticas.

¹² Véase *Historias*, L. VI, 3-10 y 11-13, donde perfila el gobierno y el estado romano.

¹³ Véase en *De República* y *De Legibus*, la base ética del poder.

¹⁴ Véase su “Oración fúnebre a los héroes”, en Tucídides: *Historia de la Guerra del Peloponeso*, I. II, 35-46.

¹⁵ Véanse *La República*, *Las Leyes* y *El Político*.

¹⁶ Véanse *Ética a Nicómaco* y *Política*.

¹⁷ Ortega y Gasset: o. cit., vol. 6, p. 315.

mundos profundamente desiguales: el de los países industrializados de alta tecnología, el de los países en vías de desarrollo y el de la humanidad sumergida y miserable. La conciencia moral de la humanidad ha rescatado de este naufragio de la cultura occidental el valor de la dignidad humana como ancla salvadora de los valores y de todos los derechos fundamentales.

Gracias a los valores vale la pena vivir. La vida adquiere el valor de los valores con que se vive. Y, también por ellos, vale la pena morir. Se muere por *fidelidad* a una convicción, como Sócrates, como Tomás Moro y como mueren los mártires; se puede morir por *honor*, como sucumben los héroes; se puede morir por *abnegación*, como una madre por salvar la vida de su hijo; muchos han muerto por conquistar la *libertad*, desde Espartaco, en Roma, hasta los pueblos oprimidos de todas las épocas que han jugado la vida para obtenerla. Se puede morir por *amor*, como murió Cristo por redimir a la humanidad.

Siendo así que la Constitución española (CE) declara expresamente los valores superiores en que funda su ordenamiento jurídico, que esos valores son también la base y la finalidad del establecido en Chile a partir de su Constitución, y contando con firmes argumentos para sostener que a ellos debe agregarse, en lugar preeminente, la dignidad de la persona humana, analizaremos a continuación este valor, así como la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político —en ese mismo orden— en ambas Constituciones.

3. La dignidad de la persona¹⁸

La esencia del ser humano, en su racionalidad, en su libre albedrío, en su rica sensibilidad, en su fragilidad frente al universo y en su vocación por dominarlo y, en fin, en su carácter respetable y su condición irrepetible, radica en su dignidad.

¹⁸ Véase Miguel de Unamuno: *La dignidad humana*, Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1949. Jesús González Pérez: “La dignidad de la persona”, discurso de incorporación a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1986. También nuestros “La dignidad de la persona en el ordenamiento jurídico español”, en XV Jornadas Chilenas de Derecho Público, Edeval, 1985, y “La dignidad de la persona”, discurso inaugural de las XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público, Edeval, 1994, t. I. Véase también Max Scheller: *El puesto del hombre en el Cosmos*, Losada, Buenos Aires, 1938, pp. 54-55. Pablo Lucas Verdú: o. cit. Alejandro Silva Bascuñan: “El Estado al servicio de la persona humana”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, n° 57-58, 1995. Eduardo Soto Kloss: “La dignidad de la persona, fundamento de los derechos humanos”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, n° 41-42, 1987. Joaquín García Huidobro: “El hombre y su dignidad”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, n° 50, 1991. Humberto Nogueira Alcalá: “La dignidad de la persona, derechos esenciales e igualdad”, *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 3, n° 2 (1997).

Tal vez por eso “la dignidad y el valor de la persona humana” se proclaman en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, en el Preámbulo y el artículo 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en numerosos instrumentos internacionales y Constituciones Políticas, a partir del artículo 1º de la Ley Fundamental alemana de 1949.

3.1. La dignidad de la persona en la Carta Fundamental española

La CE la declara, en su artículo 10.1, fundamento del orden político y de la paz social, en conexión con otros elementos, como sigue: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

El maestro Lucas Verdú atribuye, a la dignidad de la persona “carácter preconstituyente”, le asigna “superioridad” sobre los demás valores positivados en el artículo 1.1 de la CE y llega a adjudicarle —por su dimensión y su fuerte carga axiológica— el carácter de *supravalor*, capaz de conferir a la CE un sello “iuspersonalista”.¹⁹

Ha dicho el Tribunal Constitucional español (TCE): “Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida [...] se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 como germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes” (sentencia del Tribunal Constitucional español [STCE] 53/1985, fundamento jurídico [FJ] 3º).

En relación con el valor absoluto e igualitario de la dignidad —que lo distingue del honor o la honra—, el TCE ha declarado: “Proyectada sobre los derechos individuales, la regla del artículo 10.1. CE implica que, en cuanto ‘valor espiritual y moral inherente a la persona (STCE 53/1985, FJ 8º)’ la dignidad ha de permanecer inalterada, cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre —también, qué duda cabe, durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad [...]— constituyendo, en consecuencia, un mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar [...]” (STCE 120/1990, FJ 4º).²⁰

3.2. La dignidad de la persona en el Código Político chileno

Ella aparece en el encabezamiento del artículo 1º, que contiene un breve compendio de filosofía política, en un texto similar al de la Declaración Universal. Dice así: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

¹⁹ Lucas Verdú: o. cit., pp. 107-112 y 122-123. En contrario, Peces-Barba: o. cit., pp. 85-86.

²⁰ Estas sentencias del TCE y varias otras relativas a la DP, en Francisco Rubio Llorente: *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, Madrid, pp. 71-74.

Más adelante, el mismo precepto establece la relación persona-Estado del siguiente modo: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

De esta manera, la Constitución chilena (CCh) realiza un giro copernicano en esta relación. El “individuo” deja de ser el “súbdito”, el “gobernado” o el “sujeto imperado” del constitucionalismo clásico. El tradicional Estado omnipotente pasa a ponerse *al servicio de la persona* y, mediante la búsqueda del bien común, asume el deber de proporcionarle los medios necesarios para su mayor realización que sea posible, tanto en el plano espiritual como en el orden material. Pero esta función promotora del bien común no puede realizarse al arbitrio del gobierno de turno o al estilo de los estados totalitarios, sino con pleno respeto a los derechos humanos y a sus garantías establecidos en la Carta.

De este modo, los derechos fundamentales pasan a ser *instrumentos de la realización personal y social de la persona*, en virtud de su dignidad.

El Tribunal Constitucional chileno (TCCCh) —haciendo suyo un párrafo del Informe de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución— ha dicho: “El primer precepto de este capítulo contiene el principio fundamental de que ‘los hombres nacen libres e iguales en dignidad’. Hemos querido consagrar esta norma no sólo inspirados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sino especialmente en la tradición libertaria de Chile, respetuosa de la persona humana como ser dotado de inteligencia y voluntad libre por su Creador. El respeto a la dignidad y libertad del hombre es, pues, el principio fundamental que inspira la nueva Constitución” (STC-Ch, 21-XII-87, rol nº 46 - 1987, FJ 17º).

En ambas Constituciones —la española y la chilena— la dignidad de la persona es considerada no sólo la clave de bóveda de la arquitectura jurídico-política de ambos países sino también su orientación y su medida, así como el núcleo generador de todos los derechos humanos.

4. La libertad²¹

En su luminoso ensayo sobre *La libertad*, Patterson se formula las siguientes preguntas: “¿Cuándo, cómo y por qué se construyó por primera vez la libertad como un *valor social*? ¿Cómo y por qué, después que se la inventó, surgió como el *valor*

²¹ Véanse significados de *libertad* en el *Diccionario de política* de Bobbio y Mateucci, Siglo XXI, Madrid, 1983, t. II, y Alfonso Ruiz Miguel: “Sobre los conceptos de libertad”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 2, Madrid, 1983.

supremo, distinto de tantos otros valores? ¿Por qué esta emergencia a la supremacía cultural acontenció sólo en Occidente y permaneció confinada en esta civilización durante tantos siglos? Finalmente, ¿qué fuerzas, después que consiguiera esa preeminencia le mantuvieron el estatus de valor central de la civilización occidental en el curso de la historia?”.²²

Queda claro que, en cada una de estas interrogantes, subyace implícita una afirmación substancial. Pero, además, resulta reveladora la anécdota que Patterson relata, a propósito de la pregunta que dejamos destacada. Cuando en el siglo XIX Japón se abrió a Occidente, los traductores no pudieron encontrar un término, en japonés, equivalente a *libertad*. Lo más aproximado que hallaron fue la palabra *jiyu*, que significaba ‘licencia’ o ‘permiso’.

Entendemos la libertad —en sentido genérico— como la facultad del ser humano para pensar, expresarse, obrar y decidir entre dos o más alternativas, o, de no hacerlo, siempre que actúe dentro del derecho y respetando la libertad ajena.

Isaiah Berlin, más brevemente, la define como “el ámbito en que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros”.²³

La libertad —en toda su riqueza conceptual, en su tremenda potencia emotiva y en su prodigioso abanico expansivo— ha sido y sigue siendo el valor primario distintivo de la cultura occidental a partir de sus tres grandes fuentes: hebrea, helénica y romana. ¡Qué no hicieron estos pueblos por conquistar, defender y recuperar su libertad!

Por eso, tempranamente, la libertad inspira —en España— el Código Catalán (Usatges) de 1064 y la Carta Magna de León de 1188; la Carta de Aragón, los Fueros de Navarra y el Código de las Siete Partidas del Rey Sabio, Alfonso X de Castilla, por citar sólo los orígenes más conocidos del derecho español.

Es la libertad la que motiva la gesta de la Independencia de Chile y de todos los países americanos. Y es por la tradición libertaria del pueblo chileno —que proviene de dos fuentes: el legado español y el espíritu araucano— que, aun bajo la tuición de una dictadura, la CCh no pudo desestimar ese valor histórico. Es más, sus partidarios la bautizaron, en sus inicios, como la *Constitución de la Libertad*.

4.1. La libertad en el Código Político español

La libertad aparece en el Preámbulo de la CE como una aspiración de la nación española y en su artículo 1.1 como el primero de los valores superiores que propugna el Estado social y democrático de derecho en el que España se constituye.

Este estado social y democrático de derecho que exalta la dignidad de la persona como el primer fundamento del orden político y de la paz social (artículo 10.1) define, de este modo, las dos vertientes —la personal y la social— de la libertad.

²² Orlando Patterson: *La libertad*, Andrés Bello, Santiago, 1993.

²³ Cit. por Peces-Barba: o. cit., p. 132.

En su dimensión personal, la CE consagra, entre otras, la libertad ideológica, religiosa y de culto, y sus garantías (artículo 16); la libertad física de la persona y su seguridad, así como las garantías de la privación de la libertad (artículo 17). El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1), el derecho a la intimidad; el secreto de las comunicaciones privadas y la inviolabilidad del domicilio (artículo 18) quedan comprendidas —a nuestro modesto juicio— en la faceta personal del valor libertad, así como el derecho a elegir residencia y a desplazarse libremente dentro y fuera de España (artículo 19).

En su vertiente social, la CE contempla la libertad de expresión y el derecho a la libre comunicación de las ideas y opiniones; a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica; la libertad de cátedra y el derecho a recibir libremente información veraz, y sus límites y garantías (artículo 20). La libertad de enseñanza y el derecho a la educación (artículo 27), el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (artículo 35) están amparados en la vertiente social del valor libertad, así como el derecho de reunión (artículo 21), el de asociación (artículo 22), el derecho a sindicarse libremente (artículo 28), el derecho de petición (artículo 29), la libertad de empresa (artículo 38) y, especialmente, el derecho a participar libremente en los asuntos públicos (artículo 23 y 48).

Resulta tarea imposible definir los límites de un valor tan esencialmente expansivo como la libertad. De allí que el TC haya establecido que “[...] *el principio general de libertad que la Constitución consagra* (artículo 1.1.) *autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas [...]*”. (STCE 83/1984, FJ 3º).

4.2. La Libertad en la Constitución chilena

La primera línea de la CCh declara que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (artículo 1º).

Esta idea general de libertad se desarrolla luego en el capítulo III, que trata “de los derechos y deberes constitucionales”, donde se articula —en la vertiente personal del valor libertad— el respeto y la protección de la vida privada y la honra de la persona y de su familia (artículo 19 nº 4), la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (artículo 19 nº 5), la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos (artículo 19 nº 6), el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual (residencia y libertad ambulatoria), así como las garantías de esta libertad y de su legítima privación (19 nº 7).

En su vertiente social el valor libertad se expresa en el derecho a la educación (19 nº 10), en la libertad de enseñanza (19 nº 11), en la libertad de expresión por cualquier medio de comunicación (19 nº 12), en los derechos de reunión (19 nº 13) y de asociación (19 nº 15), en el derecho de petición (19 nº 14), en la libertad de emprender y desarrollar cualquier actividad económica (19 nº 21) y, en fin, en la libertad para adquirir toda clase de bienes (19 nº 23).

El TCCh ha declarado que “el ordenamiento institucional [...] descansa sobre ciertos principios y valores básicos, entre los cuales cabe señalar los siguientes: la libertad del hombre, que los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores y superiores al Estado y a la Constitución” y “[q]ue estos preceptos (arts. 1º, 4º, 5º, y 19º) no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados [...].” (STCCh, rol 46, 21-XII-87, FJ 19º y 21º).

5. La igualdad

Con razón ha señalado Torres del Moral que “la igualdad es un concepto relacional, una simple ecuación entre dos cosas o magnitudes que se comparan y que pueden ser o no valiosas”. Añade: “Hace falta saber *en qué* o *de qué* hay o no igualdad. Por ejemplo: en derechos, en bienes, en oportunidades, en participación. Lo valioso está en lo que se compara, no en la comparación que es, como digo, simple ecuación, concepto matemático, ente de razón”.²⁴

Cabe preguntarse, entonces, ¿por qué la igualdad fue una de las consignas de la Revolución Francesa y permanece en el Preámbulo y en el primer artículo de su Constitución; por qué es un valor superior del ordenamiento jurídico español y un valor básico de la institucionalidad chilena; por qué encabeza la Declaración Universal de Derechos Humanos y constituye la base de todos los pactos internacionales sobre tales derechos; y —en fin— por qué simboliza una aspiración común de la humanidad?

Nadie lucha por una ecuación. Sin duda todo lo anterior es así porque la igualdad viene referida a la condición esencial del ser humano o en su vida de relación. De allí que la Constitución Política chilena (CPCh) declare que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (artículo 1º).

5.1. La igualdad en la Constitución española

Destaca Peces-Barba que la igualdad, en la CE, es inseparable del valor libertad. Dice: “Se ha optado por un modelo de valores superiores cuyo contenido es la libertad y la igualdad, y su comunicación es imprescindible. La libertad no se puede entender sin la igualdad, y tampoco la igualdad sin la libertad. Una libertad de imposible contenido igualitario no tiene sitio en nuestro sistema de valores, ni tampoco una igualdad que necesite prescindir de la libertad para alcanzarse”.²⁵

²⁴ Antonio Torres del Moral: *Principios de derecho constitucional español*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, t.1, pp. 50-51.

²⁵ Peces-Barba: o. cit., p. 149.

Fernández Segado coincide, además, en que “El valor igualdad presenta [...] una doble dimensión, formal y material. Junto a la añeja visión de la igualdad ante la ley y de la no discriminación (igualdad formal) contemplada por el artículo 14 de nuestra Lex Superior, nos encontramos con la vertiente material del principio, regulada por el artículo 9.2, que exige de los poderes públicos una tarea de promoción de las condiciones necesarias para que la igualdad (y la libertad) del individuo y de los grupos en que se integra sea real y efectiva, tarea que, llegado el caso, exige la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de este principio”.²⁶

La CE establece esta doble dimensión de la igualdad en los artículos 1.1 y 9.2, y la desarrolla mediante la igualdad ante la ley, consagrada para los españoles en el artículo 14,²⁷ el igual acceso a las funciones y cargos públicos (artículo 23.2), el igual derecho de todas las personas a obtener la tutela judicial de sus derechos e intereses (artículo 24.1), la igualdad tributaria (artículo 31.1), la igualdad jurídica del hombre y la mujer para contraer matrimonio (artículo 32.1) y para ejercer sus derechos laborales sin discriminaciones del sexo (artículo 35), la igualdad de los hijos ante la ley (39.2) y, en fin, la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran en el ejercicio de todos sus derechos (artículo 9.2).

El TCE, en relación con el artículo 9.2, ha dicho que éste “puede actuar como un principio matizador de la igualdad formal consagrada en el artículo 14 de la CE, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material” (STCE 98/1985, FJ 9º). También ha sostenido: “Debe admitirse como constitucional el trato distinto que recaiga sobre supuestos de hecho que fueran desiguales en su propia naturaleza, cuando su función contribuya al restablecimiento de la igualdad real a través de un diferente régimen jurídico, impuesto precisamente para hacer posible el principio de igualdad” (STCE 14/1983 FJ 3º).

5.2. La igualdad en la Constitución chilena

Adelantamos ya que la CCh, en su primera oración dispositiva, declara que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (artículo 1º inciso 1º).

El mismo precepto pone a cargo del Estado el deber de “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional” (artículo 1º inciso 5º).

En la CCh el valor igualdad se manifiesta mediante tres fórmulas operativas, a saber: la afirmación de la igualdad en determinados atributos de las personas, como son su dignidad y sus derechos esenciales; la prohibición de discriminar, que consti-

²⁶ Fernández Segado: o. cit., p. 92. En igual sentido, véase la STCE 86/1985, FJ 3º y 98/1985, FJ 9º.

²⁷ La CE, en este punto, discrimina a los extranjeros, contrariando el artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 2.2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos.

tuye una forma negativa de asegurar la igualdad; y el “deber de los órganos del Estado [de] respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (artículo 5º inciso 2º).

Entre las manifestaciones positivas de este valor, “[l]a Constitución asegura a *todas las personas*”: “la igualdad ante la ley” (artículo 19 nº 2),²⁸ “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos” (tutela judicial: 19 nº 3), “la admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes” (19 nº 17), la igual repartición de los tributos y demás cargas públicas (19 nº 20) y —en materia electoral— la “plena igualdad entre los independientes y los miembros de partidos políticos” (artículo 18). “El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo” (artículo 19 nº 9).

La fórmula negativa de la igualdad se expresa —en general— en el mandato que dice que “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias” (19 nº 2). Respecto de la libertad de trabajo, “[s]e prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad e idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos” (19 nº 16); en materia tributaria, la CCh dispone: “En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos” (19 nº 20). La igualdad entre los particulares y el Estado en materia económica participa de ambas fórmulas: en sentido positivo, las actividades empresariales que desarrolle el Estado o sus organismos “estarán sujetas a la legislación común aplicable a los particulares” (19 nº 21); y, en sentido negativo, la Constitución establece “[l]a no disminución arbitraria en el trato que deben dar al Estado y sus organismos en materia económica” (19 nº 22).

Por último, entre las acciones de fomento destinadas a promover la igualdad de oportunidades, “[e]s deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas” (19 nº 9). “La educación básica (8 años lectivos) es obligatoria, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ella de toda la población. Correspondrá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles, etc.” (19 nº 10). Y, en materia de seguridad social, “[l]a acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes” (19 nº 18).

El TCCh ha sostenido que “la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. [...] La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable

²⁸ Los derechos constitucionales, inclusive la igualdad ante la ley, se aseguran a todas las personas, incluidos los extranjeros.

entre quienes no se encuentren en la misma condición. [...] Es decir, ‘la igualdad ante la ley presupone que se trate en forma igual a quienes son efectivamente iguales, y sólo a ellos y en forma desigual a quienes no lo sean’. Ahora, si se hacen diferencias, pues la igualdad no es absoluta, es necesario que ellas no sean arbitrarias [...] ‘La razonabilidad es el cartabón o estándar de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad’” (STCCh 31-VII-1995, rol 219, FJ 17º).²⁹

6. La justicia como valor

La vocación por la Justicia está en la raíz de la naturaleza humana y, por ello, se manifiesta en la historia y en la cultura de todos los pueblos, como una aspiración valiosa, desde los albores de la humanidad.³⁰ Desde luego, la encontramos como un valor claramente perfilado en las culturas hebrea, helénica y romana, fuentes nutritivas de la nuestra.

Cuando al rey Salomón se le aparece en sueños Jehová y le dice “Pide lo que quisieras que yo te dé”, el Rey Sabio —en lugar de pedir más poder, más gloria, más fortuna o larga vida— responde: “*Da Señor, a tu siervo un corazón prudente para juzgar a tu pueblo y poder discernir entre lo bueno y lo malo*” (I Reyes: 3.9). Lo que Salomón pide a Jehová es criterio para hacer justicia.

Las ciudades-estado griegas contaron con las primeras Constituciones conocidas —descritas por Aristóteles— y con notables legisladores como el prudente Licurgo (siglo IX a. C.), el severo Dracón (siglo VII a. C.) y el sabio Solón (siglo VI a. C.). Platón, en *La República*, concibió un Estado ideal en que las tres clases estructurales de la sociedad —productores, guerreros y gobernantes— debían cumplir cabalmente sus respectivas funciones. “Hacer bien nuestra tarea —decía Platón— eso es justicia [...] Consideraremos al estado como justo cuando las tres clases de constituyentes naturales que contiene ejecuten, cada una, la tarea que le es propia siendo, respectivamente, moderados, valientes y sabios” (*La República*: 4, 433-435). Aristóteles, como se sabe, sistematizó los diferentes tipos de justicia con una nomenclatura que se utiliza aún hoy en día.

A los romanos —por boca de Ulpiano— debemos una definición que perdura hasta el presente: “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*” (“Justicia es la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo”). Dice von Ihering en *El espíritu del derecho romano*: “Así como el pueblo de Dios colocaban en el más alto rango a sus profetas, y la Grecia a sus filósofos, sus artistas y sus poetas, Roma rendía los mayores honores a los ciudadanos que hacían bien a la patria

²⁹ En igual sentido, véase la STCCh de 8-IV-1985, rol 28 y STCCh de 5-IV-1988, rol 53, FJ 72º.

³⁰ Véase nuestro: “La vocación por la Justicia”, en *Revista de Ciencias Sociales* nº 43, 1998, Edeval, Universidad de Valparaíso.

o que habían acrecido el esplendor del derecho con sus acciones [...] los jurisconsultos no han gozado en ningún pueblo de popularidad, influencia y estimación más grande que en Roma”.

“*Nos ad iustitiam esse natos*” (‘Hemos nacido para la justicia’) es un aforismo que se atribuye a Papiniano. Difícil resulta encontrar, en otra cultura, semejante identificación del espíritu de un pueblo con su vocación por la justicia.

Conforme a esa antigua tradición de noble cuño, la justicia es un valor atesorado en las Cartas Políticas de España y de Chile.

6.1. *El valor justicia en la CE*

Dice el Prof. Lucas Verdú que el ordenamiento constitucional español “es un *ordenamiento inspirado en la justicia* concebida como valor (artículo 1.1) y como principio inspirador: ‘La Nación española, deseando establecer la justicia [...] proclama su voluntad de: Garantizar la convivencia democrática [...] conforme a un orden económico y social *justo*’ (Preámbulo). Justicia que ‘emana del Pueblo y se administra en nombre del rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial [...]’ (artículo 117)”.³¹

De este breve enunciado puede colegirse que la Justicia no es sólo una aspiración de la nación española, sino también un mandato de las Cortes Generales para que —como representantes del pueblo español (artículo 66)— den contenido a esta aspiración valórica mediante el ejercicio de la potestad legislativa, especialmente en cuanto concierne a establecer un orden económico y social justo.

La justicia es un valor integrado al universo jurídico y al resto de los valores. Por lo tanto, impregna el contenido y el ejercicio de los derechos fundamentales, precisamente, como la medida y el límite de su ejercicio legítimo. Así se desprende —por lo demás— de los artículos 18.4, 20.4 y 22.2. Especial relevancia adquiere, en esta materia, el derecho de las personas a la tutela judicial efectiva y al juez natural (artículo 24).

También la justicia es una función del Estado que —no obstante emanar del pueblo— se administra en nombre del rey por los jueces y magistrados que integran el Poder Judicial y que son independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley (artículo 117).

Especial referencia merece la Justicia Constitucional, función cuyo ejercicio la CE concentra en el Tribunal Constitucional, supremo guardián e intérprete de la Ley Fundamental, cuyas atribuciones esenciales consisten en velar por la constitucionalidad de las leyes y normas con fuerza de ley, conocer del recurso de amparo por violación de ciertos

³¹ Véase Lucas Verdú : o. cit., pp. 79-80. Véase también: Peñalosa-Barba: o. cit., pp. 117 y ss. y 141 y ss. Luis Sánchez Agesta: *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Nacional, Madrid, 1984, pp. 101 y ss., y Fernández Segado: o. cit., p. 92.

derechos y libertades consagrados en la CE, resolver los conflictos de competencia entre el Estado y la Comunidades Autónomas o los de éstas entre sí y conocer de las demás materias que le atribuyan la CE o las leyes orgánicas (artículos 159 y 161).

Ha dicho este mismo alto Tribunal: “[En tanto] el principio de seguridad, que consagra el artículo 9.3 de la CE [...] lleva a maximizar la intangibilidad de la cosa juzgada y a mantener la ejecutoriedad de las sentencias firmes [...] el principio de justicia (artículo 1.1.) y, por extensión, el de la fuerza vinculante de los derechos fundamentales (artículo 53.1.), lleva a extremar la preocupación por la justicia del caso concreto y a declarar la invalidez de todos los actos de los poderes públicos que los desconozcan, o que sean resultado de un procedimiento [...] en el curso del cual hayan sido ignorados” (STCE 63/1982, FJ 3º).³²

6.2. La justicia como valor en la Carta Política chilena

Ha dicho con fuerza —y con audacia— Rubio Llorente, refiriéndose a la CE: “Los valores que la Constitución incorpora son los que resultan de su contenido normativo, no de las proclamaciones puramente retóricas que en ella se contienen”.³³

Esta afirmación rotunda calza perfectamente a la CCh, la que carece de Preámbulo y de declaraciones retóricas.³⁴

El valor justicia viene a ser un requerimiento necesario de la *dignidad* de la persona, así como lo son la libertad y la igualdad que de ella se predica (artículo 1º). No podría concebirse la dignidad humana desprovista de la justicia, la libertad y la igualdad que le son consustanciales.

La justicia, por otra parte, es también un requerimiento del bien común que la Carta señala como finalidad promocional del Estado. En efecto, para que el bien común pueda lograrse en una república democrática (artículo 4º), debe realizarse bajo el imperio de la justicia. Ésta subyace en la fuente y en el ejercicio de los derechos fundamentales que la CCh reconoce y garantiza, y en los órganos del Estado creados por la Constitución para asegurar su vigencia y su imperio en los distintos planos de la vida social y política, como ocurre con los tribunales ordinarios de justicia o Poder Judicial (capítulo VI), con el Tribunal Constitucional (capítulo VII) y con la justicia electoral (capítulo VIII).

En lo que concierne a los derechos constitucionales y sus garantías, la CCh protege su *ejercicio legítimo*,³⁵ es decir, su ejercicio justo, conforme a derecho. Se

³² Cit. por Rubio Llorente: o. cit., p. 5.

³³ Ídem: “Constitución: valores...”, o. cit., p. 138.

³⁴ El Preámbulo de la Constitución chilena redactado por la Comisión de Estudio fue descartado por el Consejo de Estado, superior instancia consultiva del gobierno militar, y suprimido por éste al ejercer la potestad constituyente.

³⁵ El artículo 20 concede una acción informal y sumaria de *protección* al que “por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el *legítimo ejercicio* [...]” de numerosos derechos y garantías determinados.

fundan en la justicia todos los derechos reconocidos en el capítulo III, que describimos en el párrafo 6.2, a propósito de la igualdad. Si la justicia distributiva no fuera igualitaria, no sería justicia. Especial relieve adquiere, en esta materia, la tutela judicial en el ejercicio de los derechos (19 n° 3) y sus importantes garantías, tales como el derecho a defensa jurídica, al juez natural, al debido proceso justo y racional, la irretroactividad de la ley penal y la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad de este tipo. Con respecto al contenido de los derechos, así como la Carta señala sus límites y sus limitaciones, así también —de manera similar a la CE— asegura y protege la esencia de cada derecho al establecer que “los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, *no podrán afectar los derechos en su esencia*, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio” (artículo 19 n° 26).

Al respecto, el TCCh ha dicho: “[...] debemos entender que un derecho es afectado en su ‘esencia’ cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible, y que se ‘impide su libre ejercicio’ en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entrabán más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica” (S.T.C. Ch. 24-II-1987, Rol 43, FJ 21º).³⁶

No parece necesario explicar la íntima trabazón que existe entre el valor *justicia* y el ejercicio de la función jurisdiccional por los tribunales ordinarios que, por algo, se denominan *tribunales de justicia*.³⁷

Por lo que toca a la justicia constitucional, ella se imparte, en Chile, por los tribunales ordinarios de justicia (juzgados unipersonales de primera instancia, cortes de apelaciones —similares a las audiencias territoriales españolas— y Corte Suprema) y por el Tribunal Constitucional. Aquéllos conocen de determinadas acciones instauradas por la Constitución que protegen la nacionalidad chilena (artículo 12) y ciertos derechos fundamentales, entre las que destacan la acción indemnizatoria de daños sufridos por error o arbitrariedad judicial (artículo 19 n° 7, letra *i*), el reclamo de ilegalidad del acto expropiatorio (19 n° 24, inciso 3º), las acciones de protección (artículo 20) y de amparo (artículo 21) y la acción indemnizatoria para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades (artículo 38 inciso 2º), entre otros. La acción de protección de la nacionalidad y el recurso de inaplicabilidad de un precepto legal contrario a la Constitución (artículo 80) —con solo efecto *inter partes* y en el caso *sub-lite*— se entablan directamente ante la Corte Suprema.

³⁶ En igual sentido, STCCh 14-XI-1994, rol 200.

³⁷ El artículo 73 de la Constitución chilena establece la función jurisdiccional, sus titulares y *el imperio* de sus decisiones. Su último párrafo prescribe: “La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, *ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar*”.

El TCCh —a semejanza de su par español— como supremo guardián de la Carta tiene a su cargo el control preventivo de constitucionalidad de todas las normas con rango de ley, de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso y de los decretos supremos o resoluciones del Presidente de la República cuando la Contraloría los haya representado por inconstitucionales y el Presidente requiera su pronunciamiento, o cuando éste —en ejercicio de su potestad reglamentaria— invada el campo de reserva legal o dicte un decreto inconstitucional (artículo 82 nºs 1°, 2°, 3°, 5°, 6° y 12°).

Entre las diversas atribuciones del TCCh destaca una que tiene precedente y sólo encuentra parangón en la Constitución alemana: puede declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones, movimientos o partidos que atenten contra 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 (artículos 82 nº 7 y 19 nº 15 incisos 6, 7 y 8). Como esta materia incide en los límites del pluralismo político, la trataremos en el capítulo siguiente.

Por último, la justicia electoral —constituida por los tribunales electorales regionales y el supremo Tribunal Calificador de Elecciones— tiene por objeto esencial ejercer el control jurisdiccional de los procesos electorales y plebiscitarios, velando por su autenticidad democrática, debiendo resolver las reclamaciones a que dieren lugar y proclamar a los que resulten electos (capítulo VIII CCh).

7. El pluralismo político

Algunos —como Sánchez Agesta— piensan que el pluralismo es “la mejor definición del tipo de sistemas políticos establecidos en Europa occidental desde la Edad Media hasta el siglo XX”. Creen verlo expresado en la tolerancia religiosa y la representación estamental en los Estados Generales franceses, las Cortes españolas o el Parlamento británico, en cuanto recogían la participación de diferentes estratos de la sociedad.³⁸

Otros —como Peces-Barba— discrepan de semejante apreciación y sitúan este valor en el “pluralismo democrático”, uno de cuyos modelos —el norteamericano— fue descrito por Alexis de Tocqueville en su célebre obra *La democracia en América*. Sostiene Peces-Barba: “El origen liberal democrático del pluralismo político se manifiesta como expresión de una concepción relativista, que acepta la existencia de diversos puntos de vista sobre la realidad, y que incluso proclama la necesidad de esos diversos puntos de vista para que sea posible la vida social”.³⁹

³⁸ Sánchez Agesta: o. cit., p. 106.

³⁹ Peces-Barba: o. cit., pp. 163-165.

Si bien es cierto que, en la filosofía política, los neotomistas —con Jacques Maritain a la cabeza— comienzan a difundir el pluralismo político en la primera mitad del siglo XX,⁴⁰ éste recién aparece formulado por vez primera en la Carta Política de la República portuguesa de 1976, cuyo artículo 2º la instituye como un “Estado democrático” basado —entre otros fundamentos— “en el pluralismo de expresión y de organización política democráticas”, al término de la larga dictadura de Oliveira Salazar.

La voz *pluralismo* tiene fe de nacimiento reciente en el léxico oficial. En la XX edición (1984) del *Diccionario de la lengua española* aparece por vez primera con el siguiente significado: “Sistema por el cual se acepta o reconoce la pluralidad de doctrinas o métodos en materia política, económica, etc.”.

El pluralismo es una cualidad propia de los estados democráticos y resulta incompatible con la adhesión del Estado a una religión oficial, con la existencia forzosa de un partido político único, con posiciones dogmáticas excluyentes y, en fin, con cualquier discriminación por motivos de raza, sexo, estirpe o condición económica o social. El pluralismo admite un amplio abanico de especificaciones; así, se habla de pluralismo ideológico, religioso, político, cultural, lingüístico, racial, etc., según sea el tipo de pluralidad al que se refiera y adopte la sociedad.

7.1. *El pluralismo político en España*

Curiosamente —pese a hallarse cualificado en la CE como un valor superior de su ordenamiento—, buen número de autores consultados no atribuyen al pluralismo político la misma categoría que a los demás valores.

Sánchez Agesta dice que —a diferencia de otros valores superiores— “constituye propiamente una novedad”.⁴¹ Lucas Verdú le atribuye claramente un “carácter subalterno” respecto de los otros valores superiores. Dice: “Se da *una relación de complementariedad* entre los cuatro valores mencionados, de suerte que no cabe decir que uno cualquiera de ellos es superior a los otros, excepto la *subalterneidad* del pluralismo”.⁴²

Hernández Gil piensa así: “Frente a la justicia, que es valor por excelencia, el pluralismo político tiene, a mi juicio, un significado más bien estructural que valorativo. Lo que quiere decirse al invocarle es que las distintas ideologías convergen en el

⁴⁰ En Chile el movimiento social cristiano se hace eco de este requerimiento de la democracia a partir de los años cuarenta. Sus líderes intelectuales son —entre muchos otros— Eduardo Frei Montalva, Eduardo Cruz Coke, Radomiro Tomic y Jaime Castillo Velasco. Su medio de difusión, la Revista *Política y Espíritu*.

⁴¹ Sánchez Agesta: o. cit., p. 106. Este autor agrega una nota destacable: “la extraordinaria paradoja” de que el pluralismo político se haya incorporado al texto de la Constitución a propuesta del grupo parlamentario comunista.

⁴² Lucas Verdú: o. cit., p. 115.

reconocimiento de unos valores esenciales. Ese reconocimiento no es un valor. Tiene, sin embargo, un valor; es la perspectiva abierta, no monolítica, desde la que se contemplan los valores”.⁴³

Rubio Llorente, por su parte, ha dicho: “Tres de los conceptos que el Estado ‘propugna’ o el constituyente le ordena propugnar como valores superiores del ordenamiento son conceptos abstractos, formales, a los que a lo largo de la historia y en el presente se han atribuido y se atribuyen los más diversos contenidos. El cuarto, *que no denota en rigor un valor* sino una realidad valiosa, [...]”.⁴⁴ Añade —en una nota— que la colocación del pluralismo político en la cúspide del ordenamiento jurídico “no tiene fácil explicación”.⁴⁵

En dolorosa discrepancia con la opinión de tan respetables iuspublicistas, creo que el pluralismo político no sólo no es un valor subalterno sino que, como *valor superior* —así declarado desde la puerta de ingreso a la Constitución— no admite “subalterneidad” respecto de ninguno de los que lo acompañan. Tal vez esté situado al final —alguno tenía que estarlo— por ser el más moderno, el valor de más reciente acuñación en la cultura cívica española. Pero, así como ninguno de los otros podría estar ausente en la Constitución —a riesgo de cojera del ordenamiento—, asimismo puede decirse que, gracias a este valor, la CE pudo generarse tal y como es; de tal modo que el pluralismo no es sólo un valor superior hondamente sentido, sino también la matriz donde se gestó el credo político español.

García Pelayo advirtió que hay palabras que adquieren relieve y significación en determinados momentos de la historia. El pluralismo es una de ellas. Compartimos la opinión de Peces-Barba cuando sostiene: “La formulación destacada del pluralismo político como valor superior se debe fundamentalmente a la experiencia de la dictadura, con la prohibición del pluralismo, y del derecho de asociación y con la persecución de las personas por el solo hecho de pertenecer a un partido político”.^{46, 47}

Es precepto clave de este valor el artículo 6º, que dice: “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”.

Pero la CE no sólo asegura el pluralismo político. El pluralismo de las nacionidades y regiones que integran España, y su “derecho a la autonomía” está reconocido en su artículo 2º. El pluralismo lingüístico se protege en los artículos 3º y 20.3,

⁴³ Hernández Gil: o.cit., p. 112.

⁴⁴ Rubio Llorente: “Constitución: Valores...”, cit., p. 139 (destacado nuestro)

⁴⁵ Ibídem.

⁴⁶ Peces-Barba: o. cit., p. 108.

⁴⁷ Algunos españoles conservan el recuerdo interno de una dictadura que duró casi cuarenta años. Los chilenos conocimos la traumática experiencia externa: el exilio español. Pablo Neruda, nuestro poeta universal, asiló en la Embajada de Chile a cientos de españoles que llegaron a Valparaíso en el vapor *Winipeg*. Muchos de ellos quedaron desarraigados para siempre de su patria.

disposición —esta última— que también asegura el pluralismo social. El derecho de asociación y el pluralismo asociativo se garantizan en los artículos 7º, 9.2 (“igualdad del individuo y de los grupos en que se integra”), 22 y 28. El pluralismo ideológico y religioso se establece en los artículos 16 y 20.1. El pluralismo educativo —finalmente— se desprende del artículo 27.

Ha dicho el TCE que “la inclusión del pluralismo como un valor jurídico fundamental (artículo 1.1.) y la consagración constitucional de los partidos políticos como expresión de tal pluralismo [...] (artículo 6º) dotan de relevancia jurídica (y no sólo política) a la adscripción política de los representantes y que, en consecuencia, su adscripción no puede ser ignorada, ni por las normas infraconstitucionales que regulan la estructura interna del órgano en el que tales representantes se integran, ni por el órgano mismo, en las decisiones que adopte en el ejercicio de su facultad de autoorganización” (STCE, 32/1985, FJ 2º).⁴⁸

7.2. *El pluralismo político en la Constitución de Chile*

Este valor no es propio ni congruente con la Constitución dictada por el régimen militar en 1980. Aquella, desde luego, no era una Constitución ideológicamente neutra; por el contrario, respiraba nacionalismo, antimarxismo, antiestatismo y desconfianza en los partidos políticos⁴⁹ y en las asociaciones gremiales.⁵⁰ El artículo 8º de la Constitución original —felizmente suprimido— castigaba el acto de “propagar doctrinas” de claro sesgo marxista; esto es, reprimía la simple difusión de ideas políticas y la sancionaba con una verdadera “muerte civil” que duraba diez años, sin posibilidad de rehabilitación anticipada y bajo el riesgo de duplicar el plazo de la sanción en caso de reincidencia. Lo más abominable de esta disposición es que sancionaba —con efecto retroactivo— a “las personas que incurran o hayan incurrido” en las contravenciones señaladas.⁵¹

⁴⁸ Cit. por Francisco Rubio Llorente: *Derechos fundamentales...*, o. cit., p. 5.

⁴⁹ El Prof. José Luis Cea Egaña ha dicho: “La Carta Fundamental dedica a tales organizaciones normas restrictivas, con sentido de recelo (*El sistema constitucional de Chile*, Universidad Austral de Chile, 1999, p. 246).

⁵⁰ En su “Declaración de Principios” (11-III-1974) el gobierno militar se calificaba como “nacionalista” y expresaba que “[...] no teme ni vacila en declararse antimarxista”. A pocos días del golpe, el régimen militar (8-X-73) dictó el decreto ley n° 77 que prohibió y declaró *asociaciones ilícitas* a los partidos Comunista y Socialista y a todos los que integraron la Unidad Popular (coalición política que apoyó a Salvador Allende) y confiscó sus bienes, junto con declarar y castigar como delito la organización, promoción o inducción a tales asociaciones. El 11-X-1973 dictó el decreto-ley n° 78 por el cual declaró en receso a todos los partidos no incluidos en el anterior, incluso aquellos que apoyaron el golpe de Estado. El decreto supremo 1921-74 de Interior prohibió a estos últimos intervenir en las directivas de los gremios, sindicatos, colegios profesionales, organismos estudiantiles y todo tipo de organizaciones comunitarias (artículo 3º). Estos, por otra parte, ya habían sido intervenidos por el régimen militar.

⁵¹ Véase nuestro “Disposiciones constitucionales obstaculizadoras de la normalidad democrática”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, nº 183 (1988). También: Luis Maira: *La Constitución de 1980 y la ruptura democrática*, Emisión, Santiago, 1988.

Tres factores históricos exaltaron el pluralismo político al plano de los valores fundamentales.

El primero de ellos es que éste estuvo presente en la vida política chilena desde que ella adquirió vigor —a fines de los años treinta— con la consolidación de los partidos y la formación de grandes corrientes políticas.⁵² En 1961 se celebró en Chile la III Conferencia Mundial de la Democracia Cristiana (DC), que ganaría el gobierno tres años después. Entre las conclusiones —con la concurrencia de 28 países— figura la siguiente: “*La teoría pluralista sostenida por la Democracia Cristiana afirma que los hombres de diferentes concepciones religiosas, filosóficas o políticas, pueden ponerse de acuerdo sobre objetivos prácticos que cada uno justificará para sí, de acuerdo a su propia filosofía. La diferencia doctrinaria no es la que se pondrá en primera línea, sino ese objetivo común a la sociedad y válido para la ciudadanía en general*”.⁵³

El segundo factor fue el generalizado repudio que en el mundo jurídico democrático suscitó el artículo 8º de la Carta original de 1980 y la persecución ideológica que se practicó durante el régimen militar. Este factor nos hermana con España (véase la nota 46).

Con todo, el factor detonante fue la derrota espectacular que sufrió el general Pinochet en el “plebiscito presidencial” de 1988, con cuya esperada victoria pretendía prolongar su gobierno de diecisiete años por ocho años más. Esta derrota —así como la certeza de que las facultades exorbitantes otorgadas al Presidente en la Carta original iban a ser ejercidas ahora por un seguro opositor a su régimen— forzaron al gobierno militar, antes de entregar el poder, a transar con los partidos políticos una Ley de Reforma Constitucional —la nº 18.825 de 17-VIII-1989— que introdujo *cinuenta y cuatro enmiendas* al texto original y, entre ellas, derogó el artículo 8º y entronizó el pluralismo político.

El texto que introdujo este valor dice así: “La Constitución Política garantiza el pluralismo político”.

Y, a continuación —en virtud de la idea de que no puede otorgarse a los enemigos de la democracia los instrumentos para destruirla⁵⁴— la Carta declara: “Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Correspondrá al Tribunal Constitucional declarar esta incons-

⁵² La excepción fue la Ley de Defensa de la Democracia (1947) —excluyente del Partido Comunista—, finalmente derogada (1958).

⁵³ Véase Alejandro Silva Bascuñán: *Tratado de derecho constitucional*, Jurídica de Chile, 1963, tomo I, pp. 487-88.

⁵⁴ Este mismo principio anima al artículo 21.1 de la Constitución alemana.

titucionalidad” (artículo 19 nº 15, inciso 6º). Los incisos siguientes establecen las sanciones que se aplicarán a los partícipes en las conductas descriptas.

De esta manera se garantiza a los posibles transgresores de los límites así formulados del pluralismo político un proceso justo y racional ante un tribunal del supremo rango del TCCh, al cual se le atribuye la importante misión de velar por la supremacía de la Constitución en resguardo del régimen democrático que ésta configura.⁵⁵

Como dicen los profesores Verdugo y Pfeffer, la Carta garantiza “la diversidad, la variedad, el libre juego de las fuerzas antagónicas que existen en la sociedad. Reconoce que todos tienen derecho a exponer sus ideas, publicarlas, difundirlas, informarse, asociarse, en suma, ejercer todas las facultades que el ordenamiento jurídico les confiere para influir en la orientación y conducción del Estado, pero con una restricción: mantener el sistema democrático del gobierno. El bien jurídico —añaden— [...] que el constituyente procura preservar es el ‘régimen democrático y constitucional’”⁵⁶.

* * *

Al conmemorar, con este modesto aporte, un cuarto de siglo de vigencia de la Constitución española, quiero terminar afirmando que los valores que hemos descrito y todos aquellos que son consustanciales al grado de desarrollo de la cultura occidental —tales como la solidaridad, el honor, el amor a la verdad— no han sido tan larga y prolíjamente elaborados para adornar escudos ni para transarlos como productos del mercado. Están allí para creer en ellos, para cultivarlos, para luchar por ellos y con ellos en cada uno de los momentos de crisis que viven nuestras patrias o que sacuden a la humanidad.

Y —como decíamos al comenzar— entre todos los valores descuellta la dignidad humana, centro de gravedad del derecho constitucional de esta nueva era —la del siglo XXI— que pretende sepultar el arbitrio de la fuerza sobre la razón, la subyugación del hombre por el Estado y de las naciones más débiles por las más poderosas.

Y aunque la vida es el bien más apreciable porque es la condición necesaria para el goce de los demás bienes, lo cierto es que la vida —tanto de las personas como de las naciones— no vale la pena vivirla si no se la vive con dignidad.

⁵⁵ Tan importante es este resguardo, que la Carta otorga acción pública para requerir la intervención del T.C. y faculta a éste para apreciar en conciencia los hechos (artículos 19, nº 15, incisos 6º al 8º, y 82, nº 7, incisos 2º, 13º y 14º).

⁵⁶ Mario Verdugo M., Emillio Pfeffer U. y Humberto Nogueira A.: *Derecho constitucional*, Jurídica de Chile, Santiago, 1994, t. I, pp. 272-275.

Valentín Paniagua Corazao (Perú)*

Estado de derecho, política y democracia en la sociedad globalizada

1. Introducción

Hacia 1850, Lorenz von Stein pronosticaba que había terminado la época de las revoluciones y de las reformas políticas para comenzar la de las revoluciones y de las reformas sociales. Hace escasamente tres decenios, Manuel García Pelayo¹ examinando *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, no obstante reconocer la amenaza que significaba el nacimiento de la sociedad trasnacional, no dudaba que el Estado-nación no perdería del todo su capacidad de estructurar la sociedad. La globalización y la trasnacionalización de la economía han dado al traste con esas previsiones.

Las revoluciones del conocimiento, de las comunicaciones y de la información, así como las trasformaciones producidas en todos los aspectos de la vida humana y social en la denominada posmodernidad² han afectado la concepción y estructura de la política, del Estado³ y de la democracia. Esa crisis (provocada por la trasnaciona-

* Catedrático de Derecho Constitucional y profesor investigador en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex presidente del Congreso (2000-2001) y presidente de la República (2000-2001). Entre sus trabajos más importantes se encuentran: *Los orígenes del Gobierno representativo en el Perú. Las elecciones (1809-1826)*; *Relaciones Ejecutivo-Legislativo*; *La justiciabilidad de los actos político-jurisdiccionales del Congreso*; *Sistema electoral y elección del Congreso en el Perú*. <vapac@amauta.rcp.net.pe>

¹ Manuel García Pelayo: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977, pp. 14 y 138-139.

² La posmodernidad se caracteriza, entre otros, por los siguientes elementos: a) preeminencia del individualismo frente a las cuestiones sociales; b) disminución del papel de lo público frente a lo privado; c) sumisión al poder del dinero sin limitaciones éticas; d) preeminencia de la mercancía frente a cualquier otra consideración; e) disminución progresiva de la participación política de los ciudadanos, y f) sustitución de la cultura por la moda.

³ “El Estado de derecho —apunta Diego Valadés— consiste en la sujeción de la actividad estatal a la constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca,

lización de la economía y la ideología de la economía de mercado) ha erosionado las bases de sustento del Estado mismo y ha afectado, por cierto, las relaciones del Estado con la nación, la sociedad y los ciudadanos. Todos esos hechos han impuesto los siguientes retos ineludibles al Estado de derecho, a la política, y a la democracia:

1.1. Los retos impuestos al Estado

- a) Asegurar la subsistencia del Estado-nación y la de su capacidad para articular soberanamente el interés general de la sociedad nacional, para mantener su autonomía frente a los intereses privados que operan en el mercado y en el contexto de la sociedad globalizada.
- b) Asegurar la existencia y vigencia tanto de un sistema institucional como de procedimientos de formulación, decisión, ejecución, fiscalización y rendición de cuentas que garanticen, respectivamente, una genuina representación de la sociedad y su participación, a través de los partidos políticos y, en lo que corresponda, de las instituciones de la sociedad civil.
- c) Promover la creación de ciudadanías integrales e inclusivas mediante políticas de desarrollo económico, social, cultural, etc.

1.2. Retos impuestos a la democracia

- a) Asegurar los derechos, los valores y los procedimientos democráticos contra las autocracias y militarismos plebiscitarios, populistas o los sistemas corporativos y contra los poderes fácticos nacionales, internacionales y transnacionales.
- b) Garantizar que las instituciones, políticas, mecanismos y procedimientos del sistema democrático sean instrumentos eficaces, funcionales y coherentes con las políticas de creación de ciudadanías integrales.
- c) Asegurar el robustecimiento de los partidos como órganos de representación e intermediación política frente a la creciente corporativización del tejido social.

que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder; el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en términos perjudiciales, y la observancia de los derechos individuales, sociales, culturales y políticos". Diego Valadés: *Los problemas constitucionales del Estado de derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, pp. 7-8. Elías Díaz en su conocido ensayo *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1986, octava edición, señala los caracteres generales del Estado de derecho: a) imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general; b) división de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial; c) control judicial y legalidad de los órganos de la administración; d) respeto y garantía jurídico-formal y efectiva realización material de derechos y libertades fundamentales, etc. Ibídem, pp. 31-42.

1.3. *Retos impuestos a la política*

- a) Asegurar la preeminencia del interés general, sin desmedro de los intereses y derechos legítimos de la persona humana, procesar las demandas de hombres y grupos, preservar el espacio público de la política y garantizar la convivencia pacífica de todos desde una visión de futuro, colectiva y consensualmente compartida frente al Estado-nación y a la sociedad trasnacional.
- b) Articular la acción de los órganos del Estado y la de las instituciones de la sociedad civil sobre la base de consensos mínimos destinados a garantizar la gobernabilidad política, la inserción en el mundo globalizado, el desarrollo sustentable y la creación de ciudadanías integrales e inclusivas.
- c) Promover una activa y dinámica participación ciudadana en el diseño, la ejecución fiscalización y rendición de cuenta de las políticas por parte de los órganos y agentes del Estado y de los usuarios y consumidores de servicios públicos.

Examinaremos aquí solamente los retos impuestos al Estado y la democracia aludiendo, en cada caso, a los que conciernen a la política, que no analizaremos en detalle.

2. Los retos impuestos al Estado

2.1. *La subsistencia del Estado-nación y su capacidad de articular soberanamente los intereses de la sociedad trasnacional*

La globalización —según Alberto Antonio Spota— no es sólo la trasnacionalización de la economía. Es “la forma de dominación política más poderosa que el hombre ha conocido desde que existe historia escrita”. Es el resultado de la investigación pura aplicada “a ámbitos del quehacer y de las necesidades humanas” que permite, precisamente, el control de ciertas franjas de dominación en el cosmos, el átomo y la genética, áreas en las que el hombre no había ejercido poder hasta ahora. Quienes controlan o administran esas franjas de dominación no sólo están en condiciones de superar todo tipo de fronteras políticas y sociales sino que desafían, incluso, las limitaciones éticas tradicionales y las estructuras fundamentales del Estado de derecho. Superan, en otras palabras, no sólo “las antiguas soberanías políticas y territoriales sino todas las formas de convivencia”.⁴ Lo cierto es que los Estados de derecho no tienen estructuras políticas ni jurídicas para controlar esas franjas de poder globalizado ni para

⁴ Alberto Antonio Spota: “Globalización y gobernabilidad en el Estado de derecho. ¿Hay posibilidad de controlar los efectos de la globalización?”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 5, Madrid, 2001, pp. 343 y 345-351.

garantizar los derechos humanos de sus ciudadanos frente a quienes los ejercen, desde luego, sin control, o con controles unilateralmente impuestos.

Estamos asistiendo —como lo comprueba Fernando Vallespín— “a una progresiva reorganización del concepto de soberanía del Estado que coincide con una creciente incapacidad por parte del mismo para estructurar su sociedad”.⁵ Hay un proceso de des-estatalización o des-nacionalización del Estado por cuya virtud muy diversos aspectos de la vida social y económica escapan a su control. Se ha afectado así la soberanía del Estado, su capacidad de establecer un orden jurídico propio hacia adentro y el reconocimiento de esa jurisdicción exclusiva hacia afuera, así como su autonomía, es decir, su capacidad de modular y conformar su propia sociedad mediante decisiones dictadas por sus órganos políticos. Si bien la primera dimensión tiene un componente puramente jurídico-formal cuyos elementos siguen intactos (soberanía), la segunda depende de consideraciones fácticas (eficacia del Estado como órgano central de dirección y gobierno de la sociedad), con prescindencia del sistema jurídico o de los tratados internacionales.

La crisis del Estado, en lo interno, deriva en gran parte de la crisis de los sistemas de representación política. Y esas crisis son consecuencia de dos diferentes fenómenos. Unos derivan de los nuevos espacios creados por la internacionalización de las relaciones políticas y la trasnacionalización de la economía. Otros son consecuencia de procesos de redistribución o descentralización territorial del poder, del nacimiento de un nuevo escenario cultural y del surgimiento de lo que algunos han llamado valores “posmaterialistas”, tales como el género, medio ambiente, igualdad racial, derechos humanos, realización personal, paz, etc., que serían la base de un nuevo pacto social distinto del que dio nacimiento al Estado liberal. La pérdida del soporte espacial y geográfico del Estado ha afectado, como es natural, su significado simbólico de representación e identidad cultural vinculada a la nación. Como si ello no fuera suficiente, el surgimiento de reivindicaciones regionalistas y culturales agudizadas por un afán universal de autonomía ha puesto en cuestión la representatividad nacional del Estado.

Esa crisis ha menoscabado también, de un lado, el significado de los órganos constitucionales que encarnan la estructura del poder (congreso, ejecutivo, judicial, etc.) y, de otro, el de las instituciones de representación e intermediación política como los partidos políticos y, en menor proporción, los sindicatos y otras organizaciones de intermediación social con relevancia política. Amagada así por los poderes externos, tanto formales como fácticos, la autoridad del Estado-nación ha sido mellada constantemente por la informalidad y, desde las sombras, por las redes siniestras de la corrupción y del delito.

⁵ Fernando Vallespín: *El futuro de la política*, Taurus, Madrid, 2000, pp. 105-106.

En lo externo, en cambio, el Estado ha sido mellado por una incesante multiplicación de órganos de poder multilateral que limitan su capacidad de decisión dentro de sus propias fronteras. Se enfrenta así a órganos de carácter político financiero, comercial, laboral, cultural, técnico, jurisdiccional (ONU, OEA, FMI, Banco Mundial, BID, OIT, OMC, comisiones y tribunales internacionales, etc.) que ejercen poderes, a veces incontestables, que afectan su soberanía y hasta los derechos y el destino de sus ciudadanos. Joseph Stiglitz ha descrito el fenómeno magistralmente:

La globalización, tal como ha sido defendida, a menudo parece sustituir las antiguas dictaduras de las élites nacionales por las nuevas dictaduras de las finanzas internacionales. A los países de hecho se les avisa que si no respetan determinadas condiciones, los mercados de capitales o el FMI se negarán a prestarles dinero. En esencia son forzados a renunciar a una parte de su soberanía y dejar que los caprichosos mercados de capitales —incluidos los especuladores, cuyo único afán es el corto plazo y no el crecimiento a largo plazo del país ni la mejora de sus condiciones de vida— los “disciplinen” aleccionándolos sobre lo que deben y no deben hacer.⁶

Algunos creen que el avance inexorable de la globalización arrasará con la estructura actual del Estado para retornar o a una situación muy parecida a la del estado de naturaleza hobbesiano o bien a organizaciones supranacionales que puedan ejercer adecuadamente el poder político. En la primera hipótesis, la soberanía del Estado pasaría a los futuros estados supranacionales, “convirtiéndose así en partes o nodos de una red más amplia” (Manuel Castells). En la segunda, “el auge de lo local que está surgiendo al calor de la globalización puede hacer que los estados desaparezcan, siendo sustituidos por otras formas de representación ciudadana que de pie a una integración mundial fundada sobre el Derecho” (G. Jáuregui). No faltan los que creen que el Estado-nación continuará existiendo y, en algunos casos, llegará a hacerse más fuerte desde que ni siquiera los países más poderosos son capaces de ofrecer una respuesta efectiva a ciertos problemas globales como el crimen organizado internacional, los problemas ecológicos, las desigualdades económicas y sociales, etc.⁷

⁶ Joseph Stiglitz: *El malestar de la globalización*, Taurus, Buenos Aires, 2002, p. 342.

⁷ O'Connor en su obra sobre *la crisis fiscal del Estado* menciona las ambigüedades y contradicciones del discurso neoliberal, pues, mientras por un lado, apelando a la racionalidad del mercado, pide disminución de impuestos, supresión de las normas reguladoras del empleo, parálisis estatal en la acción asistencial; por otro, “no renuncia a acudir al Estado en demanda de auxilio para empresas en bancarrota destrozadas por el propio sistema de mercado”.

La contradicción es más evidente, y saltan a la vista, en la contraposición realizada por el neoliberalismo entre el mercado y el Estado, cuando se producen “las disfuncionalidades internas y los conflictos sociales anexos a vida del mercado que ponen en peligro su propia existencia”, pues para poder desenvolverse, el mercado necesita un mínimo de orden social sin el cual no puede funcionar. Pedro de Vega: “Neoliberalismo y Estado”, en *Pensamiento Constitucional*, nº 4, año IV, Lima, 1997, pp. 34-35.

Según Lima Torrado, es obvio que los problemas globales requieren soluciones globales, y a eso aún no hemos llegado.⁸ Hay quienes sostienen que para la propia sobrevivencia del Estado se hace necesario buscar una “reorganización ciudadana” partiendo de las limitaciones de este nuevo Estado. Adam Przeworski se inclina por la creación de un nuevo concepto de democracia, sin estados ni fronteras, que implique un retorno a la responsabilidad individual, a hacer sentir a las personas como partes de la realidad y capaces de modificarla. Persuadir a las personas de que su opinión sigue siendo importante, y que la democracia no se agota necesariamente en el voto político que pueden ejercer cada cierto tiempo aunque tenga cada vez menos valor.⁹

Cualquiera sea la posición, es un hecho que el Estado, privado de su soporte geográfico y espacial, no existe. Jamás podrá ejercitar el poder que le permitió implantar jurídicamente el ideal de libertad —como ha dicho García de Enterría— legalizando el poder y la vida social y estableciendo un ámbito de vida personal sobre la base de la predictibilidad y la certeza de las normas, o sea, de los valores de seguridad jurídica y de certeza del derecho.¹⁰ Ello exige, a juicio de Vallespín, que el Estado sea un mediador eficaz y un catalizador dentro del ámbito de su acción directa a fin de participar apropiadamente en la gobernanza global.

3. Cauces para garantizar un Estado genuinamente representativo

3.1. Estado, representación y crisis de la política

La ideología del mercado que contradice frontalmente la ideología del constitucionalismo¹¹ ha debilitado las instituciones democrático-jurídicas nacidas con el Estado liberal. Más aún: ha erosionado también la relación Estado-sociedad, ya que ha trastornado las tradicionales relaciones de convivencia social. La trasnacionalización de la economía —según Joseph Stiglitz— no sólo conspira contra los valores tradicionales y culturales, sino que socava también la democracia. Es cierto que los países pueden elegir el grado al que desean someterse a los mercados internacionales de capitales. Sin embargo, añade el mismo Stiglitz: “Mientras la globalización sea

⁸ Jesús Lima Torrado: “Globalización y derechos humanos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XVII, Madrid, 2000, p. 61.

⁹ Adam Przeworski: *Sustainable Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995. Citado por Iñigo de Miguel. “¿Hacia el fin del Estado Nación?”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 5/2000, <http://www.uv.es/CEFD/Index_5.html>.

¹⁰ Eduardo García de Enterría: “La democracia y el lugar de la ley”, en *El derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, Civitas, Madrid, 1997, p. 40.

¹¹ El liberalismo considera no sólo necesario sino legítimo y conveniente el libre ejercicio del poder económico en el mercado. El constitucionalismo, por el contrario, es el intento de limitar el ejercicio del poder por el derecho.

presentada del modo en que lo ha sido, representa una privación de derechos civiles y políticos”.

El desplazamiento de la institución estatal por otros grupos de interés tiene un impacto inmediato y directo también sobre la idea de representación democrática. “Las distorsiones en el funcionamiento de los canales de mediación entre sociedad y sistema político —remarca Fernando Vallespín— afectan sobre todo al concepto de la representación [...] por la creciente corporativización de los intereses”.¹² La representación política ha perdido el protagonismo de antaño; no ejerce ya la mediación exclusiva entre sociedad y Estado y ha abierto el camino a otras instituciones de intermediación social. La democracia, en ese contexto, pierde razón de ser, desde que reposa, precisamente, sobre la representación política. El debilitamiento tanto de una como de otra, por fin, afectan el vigor del Estado de derecho que nació, entre otros objetos, para disciplinar las relaciones de la sociedad y el Estado en un clima de libertad.

Las causas de la crisis de representación son, en parte, las mismas que han llevado al Estado-nación al borde del colapso: el debilitamiento y desprestigio de la solidaridad y la cohesión social por la sugestión del individualismo o, como quiere Anthony Giddens, por el ascenso “del nuevo individualismo”.¹³ Las consecuencias inevitables de la impotencia estatal son sin duda las crisis de la política en el estado nacional, de la representación política, es decir de los partidos, y de la democracia como cauces de intermediación, procesamiento y solución de las demandas sociales. Y es que han surgido, en medio de esta situación confusa y convulsa, nuevos actores que, de hecho, sustituyen a los partidos como protagonistas del quehacer político y social. Y así, casi insensiblemente, han sustituido también la política (como quehacer destinado a organizar los intereses generales de la sociedad y, con ello, la convivencia colectiva) por la representación y defensa de intereses específicos bajo una clara pero también muy agresiva mentalidad corporativa sin asumir, naturalmente, las responsabilidades jurídicas y políticas de los partidos. Están entre tales actores: los medios de comunicación, la tecnocracia, la sociedad civil, las ONG, movimientos regionales y las comunidades raciales y culturales, dentro y fuera de los Estados nacionales. Por el carácter circunscrito de sus visiones no han logrado ni podrían contribuir a lograr la integración y cohesión sociales que, en cambio, alcanzaron la política y los partidos políticos a los que, sin embargo, se debilitan si no hieren de muerte con lo que algunos han llamado la vídeopolítica y la política supletoria.

¹² Vallespín: o. cit., p. 174.

¹³ Anthony Giddens: *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, Taurus, Madrid, 1999, p. 46.

3.2. *La función integradora del Estado-nación*

Frente al panorama ya descrito cabe preguntarse: ¿Qué va a ocurrir con el Estado? ¿Va a seguir siendo el agente esencial de la acción política o va a ser sustituido por otro tipo de institución capaz de contrapesar la imparable pujanza de la economía? ¿El Estado-nación continuará siendo el agente esencial en la formación del derecho, o será finalmente suplantado por otro tipo de institución? ¿Cumplirá la enorme responsabilidad de conciliar los intereses privados frente a los intereses corporativizados? ¿Habrá una reformulación del sistema de representación? No hay aún por cierto respuestas satisfactorias, ni en la doctrina ni en la política, frente a tan acuciantes cuestiones. Hallarlas es uno de los retos impuestos a los hombres de derecho.

La democracia representativa se legitimó porque logró transformar la verdad social en verdad política por intermediación, precisamente, de los partidos políticos que, a juicio de algunos como Pedro de Vega, no son los causantes de la destrucción del orden liberal “sino un reflejo de la contradicción y fragmentación, producida previamente en el orden social”. Frente a este panorama hay quienes postulan nuevas fórmulas de representación e intermediación. Unos pocos, apelando al democratismo liberal de origen rousseauiano, preconizan la vuelta a la democracia directa. La receta conduce a la democracia plebiscitaria que sustituye el Estado de partidos por la organización totalitaria del Estado-partido. Hay quienes, como se ha visto, desde las más extremas posiciones del fundamentalismo liberal (Hayek, Nozick, Fukuyama) pretenden construir la legitimidad democrática ya no en el ámbito del Estado, sino en el seno de la sociedad y el mercado.¹⁴

Más allá de cualesquiera extremos, es un hecho que la democracia requiere de algunos elementos insustituibles perfectamente identificables: pueblo, mecanismos de participación popular y decisiones congruentes con el interés general de los gobernados tanto con relación a los gobernantes como a los intereses populares propiamente dichos. Pero, es un hecho también que la democracia requiere de una base material y territorial y política insustituible —cuando menos hasta hoy— que es el Estado-nación. Esa exigencia mínima no riñe, por cierto, con una eventual multiplicación de escenarios democráticos ya dentro del Estado-nación, ya en ámbitos supranacionales o universales, a condición, exclusivamente, que el Estado cumpla la función integradora que le corresponde y sea capaz de generar o suscitar sentimientos o corrientes de identidad y pertenencia ante una múltiple ciudadanía, local, regional, nacional, continental o universal. Tal posibilidad está ligada, sin duda, a los partidos que, como la democracia misma, parecen ser, hasta ahora, los cauces menos malos de intermediación y representación popular.

¹⁴ Pedro de Vega: *En torno a la crisis de las ideas de representación y de legitimidad en la democracia actual*, Universidad Externado de Colombia-Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 1996, pp. 25-28.

4. El problema del Estado-bienestar y de la construcción de ciudadanías reales e inclusivas

La ciudadanía nació en el mundo como una relación de pertenencia a un Estado y de sujeción a un gobierno. Es decir, un estatus formal de derechos y obligaciones de la persona frente a su Estado y a su sociedad en un espacio geográfico y político determinado. Ese concepto, ahora, está parcialmente en crisis. En una primera etapa, bastó para que existiera, el reconocimiento o la protección del Estado y se tradujo luego en la pretensión concreta de prestaciones sociales y estatales frente a Estados más o menos dispuestos a crear condiciones materiales y culturales para su goce. La globalización que ha creado nuevos poderes ha generado, también, nuevos derechos (relaciones de género, comunicaciones, creatividad, espacio ambiental, globalidad mundial, etc.). Paradójicamente, ha reducido, cuando no ha destruido, los espacios territoriales, las instituciones y los instrumentos o mecanismos de goce de esos derechos. Se ha producido así, de un lado, una crisis de la ciudadanía que se traduce en una creciente desprotección de los derechos humanos, en una crisis del estado nacional y en una crisis de representación política que se expresa en la quiebra o debilitamiento de la legitimidad y representatividad del Estado y de la política, como ya se mencionó.

La conversión en ciudadanos del mundo, hecho a que nos vemos sometidos por necesidad y exigencia del mercado, “sólo puede producirse a costa de la renuncia, cada vez más pavorosa, de nuestra condición de ciudadanos en la órbita política del Estado, dentro de la cual el hombre es, ante todo, portador de unos derechos que en todo momento puede hacer valer frente al poder. Desvanecida así la ciudadanía, difícilmente se podrá alegar derechos y esgrimir libertades (que es, a la postre donde radica la esencia de la ciudadanía), ante unos poderes que sigilosamente ocultan su presencia”.¹⁵

4.1. La destrucción del Estado-bienestar

La sociedad de consumo, fruto de la globalización, que ha producido una revolución de expectativas que los Estados no están condiciones de satisfacer, ha desencadenado también la crisis de las relaciones Estado-sociedad y Estado-ciudadano. Esta crisis se ha agudizado en los últimos tiempos. Los partidarios del mercado luchan, desde hace dos centurias, por un Estado mínimo y neutral. Siguiendo esa inspiración el neoliberalismo ha logrado, en la práctica, deslegitimar el Estado-bienestar. Más aún. La ha emprendido contra el Estado mismo en cuanto defensor —dice Pedro

¹⁵ Pedro de Vega: *Mundialización y derecho constitucional: para una palingenesia de la realidad constitucional*. Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1998, p. 14.

de Vega— de la lógica del interés general frente a la lógica de los intereses individuales que operan en el mercado. Las políticas públicas impuestas por los organismos internacionales, en la última década, han significado la reducción cuando no el desmantelamiento del Estado-bienestar, y con él, la de su capacidad de decisión económica y social. Acosado por permanentes demandas de participación, de descentralización y privatización de lo público, el Estado mínimo que ha traído consigo el neoliberalismo sufre la presión incesante de los intereses corporativos. Reclaman la satisfacción de sus demandas y pretenden desplazar al Estado en su papel directivo y conductor de los intereses generales en un claro intento de sustituir la relación histórica de sociedad-Estado por la de sociedad-mercado.

El neoliberalismo —según el mismo Pedro de Vega— redujo los problemas del Estado-bienestar a sus evidentes problemas de escasez de recursos y no de distribución de la riqueza o de equidad. Ha logrado así que la polémica en torno del Estado se centre en el ámbito del crecimiento económico. La ha reducido así a una mera discusión cuantitativa sobre la aceptación o el rechazo de mayores o menores niveles de tributación, de crecimiento, presupuesto, déficit, inflación, desempleo y aumento o reducción de las prestaciones sociales. “Con lo cual, la discusión se convierte en un pretexto para ignorar y silenciar los más graves interrogantes políticos que nos agobian y cuyo planteamiento se pretende eludir”. Entre ellos, los problemas de justicia y equidad.

A pesar o, quién sabe, precisamente porque el neoliberalismo ha centrado su atención en los aspectos materiales, no puede olvidarse que, en los siglos XVIII y XIX, se creía que la libertad —independientemente de las condiciones materiales de vida— era una exigencia de la dignidad humana. Hoy, en cambio, el logro de un estatus económico compatible con la dignidad humana es la condición *sine qua non* para la existencia y vigencia de la libertad. Tal convicción derivada del desarrollo logrado por el hombre riñe, sin duda alguna, con el frío economicismo que caracteriza a las posiciones antiestatistas que persiguen como objetivo básico el desmantelamiento sin más, del Estado-bienestar y que ha provocado, en el mundo de hoy, lo que David Held ha llamado el *desfase moral* y que se expresa en estas cifras, en verdad escalofriantes.

Hay en el mundo 1.200 millones de personas que sobreviven con menos de un dólar diario y el 46% de la población mundial debe contentarse con menos de dos dólares diarios, en tanto que el 20% de la población mundial disfruta del 80% de las rentas que produce la tierra. Frente a este panorama, aparece una sociedad dispendiosa e insensible que gasta en bienes superfluos. Naciones Unidas gasta anualmente 1.250 millones de dólares en viajes de sus funcionarios (sin contar las misiones de paz). Estados Unidos acusa un gasto anual en confitería de 27.000 millones de dólares; en alcohol, 70.000 millones de dólares; en automóviles, más de 550.000 millones de dólares; 4.000 millones de dólares en cosméticos, casi 20.000 millones en joyas y 17.000 millones (en Estados Unidos y Europa) en comidas para mascotas. Sin embar-

go 50.000 personas mueren diariamente en el mundo de desnutrición y pobreza relacionadas con estas causas.¹⁶

5. La democracia

5.1. *El imperio universal de la democracia*

La caída del muro de Berlín y el derrumbe espectacular del comunismo no ha sido, por cierto, el fin de la historia sino el nacimiento de una era de incógnitas e incertidumbres pero también de esperanza. Como ha dicho Sartori —recordando a Ortega y Gasset—, ha cambiado el tema de nuestro tiempo. La legitimación democrática campea victoriosa, después de haber derrotado la legitimación divina o la hereditaria y, luego, al mito marxista-leninista. Se enfrenta ahora sólo a un enemigo: la espada, esto es la fuerza y, por cierto y por encima de todo, a sí misma. Ha llegado la hora de su verdad, es decir, de enfrentar —lo que Bobbio llamó con tanto acierto— sus falsas promesas.

La década que ha pasado prueba que ha logrado prevalecer incluso contra ellas. El mundo desarrollado ofrece el espectáculo de una democracia —que es principalmente un conjunto de reglas procesales—¹⁷ que ha encontrado un camino auspicioso para darle vida a pesar de las transformaciones operadas en la economía, en el Estado y en una sociedad civil cada vez más exigente, autónoma y ansiosa de participación. Sus ideales —la tolerancia, la no violencia, la renovación gradual mediante el libre debate de las ideas y, desde luego, el sueño de la fraternidad universal— se mantienen incólumes y subsisten aun como la promesa de un mundo más humano aunque sólo para quienes han logrado altas cotas de desarrollo. No es ésa, por cierto, la perspectiva de las democracias de la América Latina.

5.2. *Democracia y autocracia*

El sueño democrático está aún turbado por esa guerra de guerrillas desencadenadas por nuestros militarismos cerriles e indóciles, por aventuras de violencia social o terrorista que han socavado los cimientos de nuestros sistemas democráticos y constitucionales cuando no por una violencia estructural que, silenciosamente, niega posibilidades y cauces de participación a nuestros pueblos. La aprobación de la Carta Democrática Interamericana (CDI) —que permite someter a interdicción internacio-

¹⁶ David Held: “La globalización tras el 11 de septiembre”, en *El País*, Madrid, 8 de julio de 2002.

¹⁷ La democracia no es, por cierto, sólo un conjunto de reglas procesales. Responde a ideales. Según Bobbio: el ideal de la tolerancia, de la no violencia. Según Karl Popper: el ideal de la renovación gradual de la sociedad mediante el libre debate de las ideas y el cambio de mentalidad y el ideal de la fraternidad.

nal a los regímenes que niegan el derecho a la democracia o conspiran contra la libertad electoral de nuestros pueblos— ha abierto un resquicio de esperanza frente a la amenaza latente de las autocracias que acechan, de modo permanente, a nuestras democracias.

La CDI es un instrumento necesario pero no suficiente. Es preciso darle vida pero también ampliarla y perfeccionarla. Sin embargo, con ella, no podremos poner fin a su debilidad estructural, ni a su tolerancia frente a la corrupción que tanto lastima los sentimientos éticos de nuestras sociedades. No permitirá institucionalizar el juego político ni robustecer a los partidos políticos, ni despertará de la apatía o de la indiferencia con que nuestras sociedades toleran la conspiración, abierta o encubierta, contra su libertad, por obra, ya de claras tendencias corporativas, o de una peculiar pero inconveniente competencia de los medios de comunicación que pretenden disputar a las organizaciones políticas sus funciones de intermediación y de orientación de la opinión pública continental. Por ello mismo, nuestras democracias carecen de prestigio y credibilidad y, con frecuencia, de legitimación. Son así democracias sin pueblos organizados, y sin alma y sin fe en su propio destino. Democracias que pugnan con sociedades cerradas y herméticas a los cambios sociales. En parte, porque son también muy débiles las identidades nacionales y, por ello mismo, incapaces de definir proyectos sugestivos de vida en común y quehaceres históricos, asumidos por todos, y que asignen a las instituciones y a los hombres tareas y responsabilidades en la construcción de ese futuro común que, como toda obra histórica, es siempre tarea colectiva.

5.3. *Democracia y ciudadanía integral*

Nuestras democracias, apenas electorales, tampoco han sido capaces de crear ciudadanías integrales, en lo político, en lo económico, social, cultural, etc. Se ha olvidado que ese es el más firme soporte del sistema y el pasaporte para la estabilidad, la seguridad y para el crecimiento y el desarrollo exigidos, ahora más que nunca, por la dignidad de la persona humana. Las causas son harto conocidas: una muy débil cultura de la libertad, institucionalidad débil e inconsistente, escasa o nula participación ciudadana, falta de capitalización social y, por fin, de eficacia. Junto a ellas hay también unas causas exógenas que ahora no pueden silenciarse. El éxito de las transiciones europeas después de la Segunda Guerra Mundial se explica por obra del Plan Marshall, del mismo modo que la deuda externa y la globalización explican por qué la América Latina, que era el continente de más rápido desarrollo hasta la década del setenta, se ha rezagado frente a los demás. No deja de ser verdad que nuestras democracias, atenazadas por la demanda social de nuestros trabajadores que hace dos décadas exigían mejores condiciones de trabajo, han sido sustituidas por masas resignadas a exigir solo condiciones mínimas para sobrevivir en medio de la desocupación y el desempleo. Sigue siendo un apotegma indudable que no hay democracia

sin un mínimo soporte económico y social. El bienestar o la posibilidad de lograrlo es, ahora, un requisito de la libertad y de la dignidad humana.

La verdadera ciudadanía no es fruto de la extensión del sufragio, ni de la libertad o pulcritud de la competencia electoral. La ciudadanía exige hoy condiciones mínimas de salud, bienestar, cultura, participación, inclusión. Por carecer de ellas, hay aquí —como hubo en la Europa de los treinta— genuino miedo a la libertad. Por eso mismo, según el certero diagnóstico de Erich Fromm, resultamos lábiles a las aventuras autocráticas que son la evasión y no nos decidimos a enfrentar las verdaderas soluciones. Ellas no pueden ser otras que el enfrentamiento de la nueva realidad resultante del endeudamiento y de la globalización, en lo externo y, en lo interno, de la ausencia de impulsos que den dinamismo y eficacia a nuestras instituciones y sistemas productivos para afirmar nítidamente nuestras personalidades históricas, despejar las desconfianzas recíprocas e inducir en una tarea colosal pero no inalcanzable, a buscar, de una vez para siempre, un régimen de libertad con equidad. Nada de ello puede significar el retorno del “ogro filantrópico”, ni la legitimación del populismo, del clientelismo o de la falsa sensibilidad social que sacrifica el manejo racional de la economía a los dictados y necesidades del éxito inmediato.

5.4. Los límites de la democracia frente al pluralismo y el mercado

La democracia, fundada en la soberanía del pueblo o la nación y bajo el modelo de una sociedad monista, debe probar su capacidad frente a una sociedad pluralista de individuos y grupos ansiosos de ejercer su autonomía colectiva y singular. Asentada y cimentada en una representación política —que, en teoría, no está sujeta a mandato imperativo—, tiene que enfrentar la reivindicación de los intereses de los grupos que pugnan fieramente, de modo abierto o encubierto, para arrastrarla hacia fórmulas corporativas. El poder oligárquico al que pretendía derrotar ha sido sustituido por el enfeudamiento del poder a las clases políticas o a élites. Es su responsabilidad asegurar una libre competencia de todas las élites que se proponen —y no imponen— al voto popular. Nacida como método de legitimación y de control sólo de las decisiones políticas, soporta el reclamo persistente de quienes ansían participar en todas las esferas y ámbitos de la vida social en que se decide su destino. Ideada para gobernar una sociedad de economía familiar, ha tenido que enfrentar los retos de la muy compleja economía de mercado y ahora la mundialización de la economía. Ello la ha obligado a crear un aparato administrativo complejo y altamente tecnificado para enfrentar sus responsabilidades frente a una sociedad que demanda más y más participación. Y así la eliminación del poder invisible y el imperio de la publicidad han exigido la creación de espacios, instituciones y procedimientos de fiscalización y rendición de cuentas a fin de permitir el control de los numerosos y complejos resor tes del poder que, con mayor frecuencia que antes, están ya no en manos de simples ciudadanos sino de expertos de alta sofisticación intelectual. De allí la necesidad de

asegurar una eficaz representación del pueblo que garantice la libertad sin desmedro de la racionalidad.

6. Conclusión

Estado, política y democracia han soportado, hasta ahora, exitosamente el embate de la globalización aunque han sufrido menoscabo en sus respectivas estructuras tradicionales. El riesgo está en que los nuevos desafíos que entraña el vertiginoso desarrollo del mundo actual destruyan, de un lado, los rasgos esenciales del Estado de derecho que persigue la dignificación del hombre, de otro, el compromiso de la democracia con la libertad y la igualdad y, por fin, hasta la inspiración ética que debe alentar siempre a la política. A los hombres de derecho, entre otros, corresponde mantener una atenta y vigilante actitud para preservar los grandes valores que hicieron posible una extraordinaria revolución política sin perder de vista nunca su objetivo final que era y es exaltar al hombre y su dignidad.

La Molina (Lima), septiembre de 2004.

Luis Lezcano Claude (Paraguay)*

La reforma constitucional en el Paraguay

1. Introducción

La Constitución paraguaya en vigor fue sancionada y promulgada el 20 de junio de 1992 por la Convención Nacional Constituyente que la redactó. Desde el 21 de junio de 2002 quedó abierta la posibilidad de proceder a su reforma. En efecto, el artículo 289, 1^{er} párrafo, de la Constitución, dispone que “la reforma de esta Constitución sólo procederá luego de diez años de su promulgación”. De acuerdo con nuestro ordenamiento constitucional, se denomina *reforma* a una modificación de la Ley Fundamental que puede abarcar eventualmente todos sus artículos.

Para la reforma constitucional es necesario, en primer lugar, que se la solicite en la forma prevista en la Ley Suprema (ejercicio del derecho de iniciativa). Al respecto se establece que “podrán solicitar la reforma el veinticinco por ciento de los legisladores de cualquiera de las Cámaras del Congreso, el Presidente de la República o treinta mil electores, en petición firmada” (artículo 289, 2º párrafo, CN).

El paso siguiente es el de la “declaración de la necesidad de la reforma”. Esto corresponde a las Cámaras del Congreso. La decisión debe ser adoptada por cada una de las Cámaras, por separado y por mayoría absoluta de dos tercios de sus miembros. Se requiere, pues, 30 votos, por lo menos, en la Cámara de Senadores; más 54 votos, por lo menos, en la Cámara de Diputados para declarar la necesidad de la reforma constitucional (artículo 189, 3^{er} párrafo, CN). El tratamiento del tema puede iniciarse indistintamente en cualquiera de las cámaras, según dónde haya surgido o se haya presentado la solicitud respectiva.

El tercer paso en esta fase previa es el “llamado a elección de convencionales constituyentes”. En caso de que las Cámaras legislativas adopten una decisión posi-

* Ex ministro de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, integrante de la Sala Constitucional. Ex convencional constituyente en la Convención Nacional Constituyente de 1991-92. Profesor de la Universidad Nacional y la Universidad Católica, de Asunción. <luislezclaude@hotmail.com>

tiva en cuanto a la reforma constitucional, deben comunicarla al Tribunal Superior de Justicia Electoral. Este órgano debe llamar a elección de convencionales constituyentes dentro del plazo de 180 días contados a partir de recibida la comunicación respectiva. Los comicios que se convoquen no deben coincidir con ningún otro (artículo 189, 4º párrafo, CN). Previamente, deben realizarse las elecciones internas pertinentes en los partidos y movimientos políticos.

La reforma de la Constitución es facultad exclusiva de la Convención Nacional Constituyente. El número de sus miembros no puede ser superior al total de los integrantes del Congreso (artículo 189, 5º párrafo, CN), es decir, en la actualidad no puede exceder de 125.

Éste es el procedimiento, descripto sucintamente, que debe seguirse para la reforma constitucional.

En la actualidad se ha comenzado a hablar de la posibilidad de llevarla a cabo. Sin embargo, voceros de ciertos sectores políticos la plantean con una visión oportunista y limitada que sólo considera ventajas coyunturales para los sectores que representan. En efecto, se ha hablado de un canje entre la admisión de la reelección del presidente de la República —deseada por el oficialismo— por la modificación de la mayoría requerida para la elección de dicho funcionario y la eventual realización de una segunda votación o balotaje si fuere necesario —planteada por la oposición.

Pensar en la reforma constitucional en estos términos revela un enfoque mezquino e interesado, que sólo atiende a conveniencias del momento, independientemente de que se compartan las modificaciones desde un punto de vista académico y doctrinario, e incluso político. Lo que mueve a la indignación es que la iniciación del proceso pueda basarse en la consideración de las referidas modificaciones como causa principal o como motor de arranque de aquél. En estos términos no existe razón suficiente que justifique llevar adelante el proceso. Éste no puede tener tales propuestas como objetivo principal, y menos único.

Creemos que, además de los señalados, existen otros puntos de importancia cuya modificación es necesaria y que deben ser objeto de consideración, permitiendo así que el proceso de reforma que se inicie tenga horizontes amplios y se oriente al mejoramiento de todo cuanto sea posible en el marco constitucional. Precisamente, lo que se pretende con este trabajo es hacer un relevamiento que, aunque no exhaustivo, abarque los principales temas que deben ser estudiados. Nos abocaremos, pues, a ello en las páginas que siguen.

2. Propiedad privada y expropiación

La propiedad privada está legislada en la Constitución en vigor en los siguientes términos:

Se garantiza la propiedad privada, cuyo contenido y límites serán establecidos por la ley, atendiendo a su función económica y social, a fin de hacerla accesible para todos.

La propiedad privada es inviolable.

Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia judicial, pero se admite la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, que será determinada en cada caso por ley. Esta garantizará el previo pago de una justa indemnización, establecida convencionalmente o por sentencia judicial, salvo los latifundios improductivos destinados a la reforma agraria, conforme con el procedimiento para las expropiaciones a establecerse por ley (artículo 109 CN).

La excepción prevista en cuanto a la expropiación de latifundios improductivos está regulada del siguiente modo:

[...] La expropiación de los latifundios improductivos destinados a la reforma agraria será establecida en cada caso por la ley, y se abonará en la forma y en el plazo que la misma determine (artículo 116 CN).

En el Paraguay, la concentración de la tenencia de la tierra alcanza niveles que se encuentran entre los más elevados de la región. Tal situación, mantenida desde hace varias décadas, ha justificado la perentoria e improrrogable realización —que de todos modos no ha sido así— de una reforma agraria que permita acceder a la propiedad inmobiliaria a amplios sectores de la población rural cuyo medio de subsistencia es, o debería ser, la agricultura.

El actual estado de inquietud e inseguridad existente en el medio rural no constituye más que la explosión de situaciones de grave injusticia y de postergación en todos los aspectos de la existencia humana, en que desde hace muchísimo tiempo está sumida la clase campesina. Las marchas populares, los cierres de rutas, los campamentos precarios a la vera de rutas y caminos o en la proximidad de propiedades, y la invasión de éstas constituyen las manifestaciones últimas de una situación que, al parecer, resulta insostenible.

La exigencia del pago previo de la indemnización, establecida por la Constitución como regla general para el caso de expropiaciones, limita en forma considerable el accionar de las autoridades gubernativas, en el supuesto de que exista de parte de ellas voluntad política para dar solución a este problema. Tal exigencia sólo cede de manera excepcional cuando se trata de latifundios improductivos, en cuyo caso la indemnización respectiva puede efectivizarse con posterioridad a la desposesión del propietario, si así lo dispusiere la ley pertinente. Se constata, pues, que el margen de maniobra en materia de expropiaciones es muy estrecho, dada la exigencia del pago previo de la indemnización y el carácter de improductivo que deben tener los latifundios para que sea posible disponer que el pago sea posterior.

De acuerdo con la Constitución de 1967, estaba garantizada la justa indemnización en caso de expropiación, pero no se establecía que ella debiera ser necesariamente previa al acto de desposesión. Así el artículo 96 del citado cuerpo jurídico preceptuaba lo siguiente: “[...] se admite la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social definida en la ley que también garantizará la justa indemnización”.

Más adelante, se establecía: “La ley fijará la extensión máxima de tierra de que puede ser propietaria una persona natural o jurídica [...] Las áreas en exceso serán

consideradas latifundio y deberán venderse a plazos y en condiciones especiales que se establecerán por ley, cuando se trate de tierras incultas necesarias para la explotación agropecuaria o para la fundación o ampliación de poblaciones estables. El latifundio será objeto de un sistema impositivo progresivo que contribuya a su extinción” (artículo 129).

La Constitución de 1940 defería a la ley la determinación de la forma de indemnización en todos los casos de expropiación. Además establecía lo siguiente: “La ley podrá fijar la extensión máxima de tierras de que puede ser dueño un solo individuo o sociedad legalmente constituida y el excedente deberá venderse en subasta pública o expropiarse por el Estado para su distribución” (artículo 21). En estos casos el solo hecho de exceder la extensión máxima permitida autorizaba proceder a la subasta pública o a la expropiación respecto del excedente.

A diferencia de la Constitución en vigor, en las dos anteriores no se establecía como requisito para la expropiación que el pago de la indemnización fuera necesariamente previo al acto de desposesión. El tratamiento que se dispone respecto de los latifundios es mucho más radical en las dos constituciones precedentes que en la actual. De acuerdo con la Constitución de 1992, sólo cuando se tratare de latifundios improductivos, la indemnización podría hacerse efectiva con posterioridad. La Constitución de 1967 facilita la definición de latifundio al considerar tal a las áreas que excedan la extensión máxima de tierras de que puede ser propietaria una persona natural o jurídica, y además somete a los latifundios a un régimen de venta forzosa a plazos o en condiciones especiales, y a un sistema impositivo progresivo. A pesar de no utilizar el vocablo latifundio, la Constitución de 1940 adopta una posición más extrema aún al prescribir, como se ha dicho, la subasta pública o la expropiación de las tierras que excedieran la extensión máxima de la propiedad privada inmobiliaria.

A la luz de los antecedentes constitucionales reseñados, resulta evidente que las prescripciones de la Ley Suprema en vigor denotan un retroceso. Ante un Estado carente de recursos suficientes para proceder a expropiaciones con pago previo de indemnizaciones, y dada la urgencia de llevar adelante la reforma agraria, se hace imprescindible la modificación de los preceptos constitucionales que regulan el tema.

3. La democracia participativa, el referéndum y la iniciativa popular

En la Constitución, al definir la forma de gobierno, se alude a la democracia participativa (artículo 1º CN). Como procedimientos por medio de los cuales debe hacerse realidad la participación popular directa en los asuntos públicos (artículo 117 CN), han sido legislados el referéndum y la iniciativa popular, además del sufragio.

El primero de ellos está previsto a nivel constitucional en los siguientes términos: “El referéndum legislativo, decidido por ley, podrá o no ser vinculante. Esta institución será reglamentada por ley” (artículo 121 CN).

Como se puede apreciar, el referéndum en nuestro ordenamiento jurídico presenta las siguientes características:

- a) Es *legislativo*, es decir, debe versar sobre leyes dictadas por el Congreso.
- b) Es *decidido por ley*, lo cual significa que son las cámaras legislativas las que deciden si se realiza o no. En consecuencia, es facultativo, no obligatorio, dependiendo su realización de la voluntad de aquéllas.¹

La norma secundaria agrava aún más esta limitación al disponer, a nuestro entender en forma inconstitucional, que no cabe la iniciativa popular para la presentación de un proyecto de ley relativo a un referendo. Al respecto, el artículo 260, 1^a parte, del Código Electoral establece cuanto sigue: “La iniciativa para la consulta, vía referéndum corresponde exclusivamente al Poder Ejecutivo, a cinco senadores o diez diputados [...].”

- c) *Podrá o no ser vinculante*, es decir, puede ser consultivo o vinculatorio, y ello depende de la decisión que adopten las cámaras. Al respecto, el Código Electoral prescribe: “[...] Al presentar el pedido de referéndum, se deberá indicar el carácter consultivo o vinculante. La decisión final sobre el particular queda a cargo del Congreso” (artículo 260, 1^a parte, del Código Electoral).²

Saltan a la vista, pues, las grandes limitaciones que presenta el referéndum como mecanismo de participación popular directa. No debe olvidarse que se trata de una consulta popular que recae sobre leyes. Pero para que, respetando su objeto específico, sea realmente efectivo es preciso que su realización no esté sujeta a la voluntad del Congreso, sino que baste el pedido formulado por un número determinado de ciudadanos para que necesariamente deba llevarse a cabo. Asimismo, el carácter vinculante de lo resuelto por medio del referendo, debe depender exclusivamente de que se alcance una determinada mayoría de los votos emitidos.³

¹ Sólo los referendos sobre una enmienda constitucional o una denuncia de tratados relativos a derechos humanos (artículos 290 y 142 CN) tienen carácter obligatorio. En efecto, los procedimientos que acabamos de mencionar comprenden una primera fase que consiste en el tratamiento del proyecto de enmienda o de denuncia por las cámaras del Congreso. En caso de que éstas lo aprueben, está prevista la realización de un referendo. Nótese que esta segunda fase debe llevarse a cabo necesariamente si se pretende culminar el procedimiento. En este sentido —es decir, en cuanto a lo imprescindible de su realización luego de la aprobación por el Congreso— es que afirmamos que en los aludidos casos el referendo reviste carácter obligatorio.

² Debe señalarse igualmente que, como excepción, los referendos sobre una enmienda constitucional o una denuncia de tratados relativos a derechos humanos tienen carácter vinculante necesariamente.

³ En la Constitución ecuatoriana de 1998 se prevé la “consulta popular”, de alcances más amplios que el referendo. Su realización puede ser solicitada por iniciativa popular formulada directamente ante el órgano electoral, el cual, llenados los requisitos exigidos, debe convocarlo. Además, “la decisión adoptada será obligatoria si el pronunciamiento popular contare con el respaldo de la mayoría absoluta de votantes” (cf. artículos 103/108).

Las características apuntadas explican por sí solas por qué, a pesar de los más de diez años de vigencia de la Constitución, no se ha presentado hasta ahora ningún pedido de referéndum. En este punto, la reforma debe orientarse en el sentido de incluir las modificaciones sugeridas más arriba, de modo a convertir al referendo en un procedimiento efectivo y relativamente ágil en el marco de una democracia participativa.

La iniciativa popular está prevista en la Ley Fundamental en los siguientes términos: “Se reconoce a los electores el derecho a la iniciativa popular para proponer al Congreso proyectos de ley. La forma de las propuestas, así como el número de electores que deban suscribirlas, serán establecidos por ley” (artículo 123 CN).

La Constitución se limita a reconocer el derecho y luego deja en manos de la ley la reglamentación respectiva. Pero esta delegación ha sido ejercida por el legislador secundario en forma indebida, al punto de dificultar enormemente el ejercicio del derecho consagrado a nivel superior.

En efecto, se exige que la “propuesta legislativa” contenga lo siguiente: “a) texto articulado del proyecto de ley dotado de unidad substantiva, precedido de una exposición de motivos, b) la firma de por lo menos el 2 % (dos por ciento) de los electores inscriptos en el Registro Cívico Permanente [...]” (artículo 266 del Código Electoral).⁴

Creemos que las exigencias establecidas son desproporcionadas en relación con lo que se puede lograr por la vía de la iniciativa popular. Como se sabe, lo único que se asegura en caso de que se cumplan los requisitos legales es el tratamiento del proyecto de ley por las cámaras del Congreso. Pero como resultado final éstas pueden aprobarlo o rechazarlo.

El porcentaje de electores exigido es muy alto y, al estar referido al padrón electoral, la cantidad de firmas necesarias va en creciente aumento. Además, no guarda relación con la cantidad invariable de 30.000 electores que la Constitución establece como mínimo para solicitar la reforma o la enmienda de ella (artículos 289 y 290 CN). No es posible que las exigencias para la presentación de un proyecto de ley al Congreso, con la sola seguridad de su tratamiento mas no de su aprobación, sean más gravosas que las requeridas para pedir la modificación de la Ley Suprema. En la actualidad, atendiendo al número de electores inscriptos en el padrón electoral, la cantidad de firmas necesarias para el ejercicio de la iniciativa popular supera ya en más de un tercio a la cantidad fijada por la Constitución como mínimo para pedir la reforma o la enmienda.

Todo esto explica por qué en más de diez años de vigor de la Constitución de 1992, en una sola oportunidad se ha hecho uso de este procedimiento. Es más, en relación con ese único caso existen motivos para pensar que la tarea de recolección de firmas fue encarada sólo secundariamente para el fin específico de la iniciativa popular, y principalmente con fines proselitistas tendientes a lograr la adhesión de electores al movimiento político que la propiciaba. Sólo en caso de que se quisiera

⁴ Los artículos 266 a 275 del Código Electoral regulan la iniciativa popular.

aprovechar la fuerza que le da a la presentación su suscripción por varios miles de electores, esta vía resultaría atractiva. Si así no fuere, sería mucho más fácil realizar la presentación por medio de un diputado o senador del partido o movimiento de quienes promueven la iniciativa, o de ideas afines.

Si bien, en lo que se refiere a la iniciativa popular, las deficiencias provienen de la legislación secundaria y pueden ser corregidas mediante la modificación de ésta, de realizarse una reforma constitucional sería bueno incluir ciertas pautas, como el número mínimo requerido para la presentación, con máximo rango.

Debemos señalar, además, que la cantidad de formas de participación popular previstas en nuestra Ley Suprema es muy reducida. Varias constituciones latinoamericanas incluyen en su normativa otras formas más. Particular atención despierta la amplitud con que la revocatoria popular aparece legislada en las más recientes constituciones latinoamericanas (las de Ecuador y Venezuela).⁵

⁵ A modo de ejemplo transcribimos lo dispuesto por algunas constituciones latinoamericanas sobre el tema.

Constitución colombiana de 1991, artículo 103: “Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato [...]”.

Constitución peruana de 1993, artículo 31: “Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas [...]”.

Constitución ecuatoriana de 1998, artículo 26, 1^{er} párrafo: “Los ciudadanos ecuatorianos gozarán del derecho de elegir y ser elegidos, de presentar proyectos de ley al Congreso Nacional, de ser consultados en los casos previstos en la Constitución, de fiscalizar los actos de los órganos del poder público, de revocar el mandato que confieran a los dignatarios de elección popular, y de desempeñar empleos y funciones públicas”. Artículo 109: “Los ciudadanos tendrán derecho a resolver la revocatoria del mandato otorgado a los alcaldes, prefectos y diputados de su elección, por actos de corrupción o incumplimiento injustificado de su plan de trabajo. = Cada uno de los candidatos a alcalde, prefecto o diputado, al inscribir su candidatura presentará su plan de trabajo ante el correspondiente tribunal electoral”. Artículo 112: “[...] La decisión de revocatoria será obligatoria si existiere el pronunciamiento favorable de la mayoría absoluta de los sufragantes de la respectiva circunscripción territorial. Tendrá como efecto inmediato la cesación del funcionario, y la subrogación por quien le corresponda de acuerdo con la ley”.

Constitución venezolana de 1999, artículo 6º: “El Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela [...] es [...] de mandatos revocables”. Artículo 70: “Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: elección de cargos públicos, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros [...]”. Artículo 72: “Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables. = Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario, un número no menor del veinticinco (25) por ciento de los electores inscritos en la correspondiente circunscripción, podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato. = Cuando igual o mayor número de electores que los [que] eligieron al funcionario hubiere votado a favor de la revocatoria, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores igual o superior al veinticinco por ciento de los electores inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en las

4. Tribunales militares

En cuanto a este tema, nuestra Ley Suprema dispone quanto sigue:

Los tribunales militares solo juzgarán delitos y faltas de carácter militar, calificados como tales por la ley, y cometidos por militares en servicio activo. Sus fallos podrán ser recurridos ante la justicia ordinaria.

Cuando se trate de un acto previsto y penado, tanto por la ley penal común como por la ley penal militar, no será considerado como delito militar, salvo que hubiese sido cometido por un militar en servicio activo y en ejercicio de funciones castrenses. En caso de duda de si el delito es común o militar, se lo considerará como delito común. Sólo en caso de conflicto armado internacional, y en la forma dispuesta por la ley, estos tribunales podrán tener jurisdicción sobre personas civiles y militares retirados” (artículo 174 CN).

De la normativa constitucional transcripta se pueden deducir los siguientes puntos referentes a los tribunales militares:

a) Los tribunales militares constituyen una jurisdicción independiente de los órganos que integran el Poder Judicial. Se trata, sin embargo, de tribunales integrados a las Fuerzas Armadas y, por tanto, dependientes del Poder Ejecutivo.

Este hecho determina su carácter administrativo, a pesar de lo cual pueden juzgar delitos (o hechos punibles) de carácter militar y también, en determinadas circunstancias, delitos (o hechos punibles) comunes.⁶ Tal juzgamiento puede concluir finalmente en la imposición de penas privativas de libertad, incluso de varios años.

b) Los tribunales militares funcionan en todo tiempo, paralelamente a los órganos de la justicia ordinaria. No existe, pues, limitación temporal alguna en cuanto al funcionamiento de aquéllos.

c) En la primera parte del artículo 174, la Constitución establece que los tribunales militares “sólo juzgarán delitos y faltas de carácter militar, calificados como tales por la ley, y cometidos por militares en servicio activo”.

leyes. = Durante el período para el cual fue electo el funcionario no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato”.

El 15 de agosto de 2004 se puso en práctica este procedimiento en relación con el cargo de Presidente de la República. La consulta popular determinó, por un 59% de votos contrarios a la revocatoria de mandato contra un 41% de votos favorables a ella, que el presidente Hugo Chávez continuara en el cargo.

⁶ Por ejemplo, los delitos (o hechos punibles) comunes previstos también como delitos militares, cuando sean cometidos por militares en servicio activo y en ejercicio de funciones castrenses. Incluso, cuando la Constitución en la parte final de su artículo 174, autoriza a extender la competencia de los tribunales militares, sobre personas civiles y militares retirados, en caso de conflicto armado internacional; tal extensión, deferida a la ley en cuanto a su forma, de seguro comprenderá la inclusión de delitos (o hechos punibles) comunes previstos también como delitos (o hechos punibles) militares, en el ámbito de competencia de los tribunales militares, aun cuando los autores sean personas civiles o militares retirados.

* * *

Se define aquí la justicia militar como un fuero real, es decir, se atiende a lo objetivo-real, a la naturaleza del acto. Fundamentalmente se hace mención a lo que, con exclusividad, puede ser objeto de juzgamiento por parte de los tribunales militares, es decir, los delitos (o hechos punibles) de carácter militar. La expresión “cometidos por militares en servicio activo” sirve para orientar la definición de aquellos de acuerdo con el criterio que sostiene que sólo tienen tal carácter los delitos (o hechos punibles) que pueden ser cometidos por militares en servicio activo, de modo que quedan excluidos los militares que no estuvieren en servicio activo y los civiles.

d) En la parte inicial del segundo párrafo se establece lo siguiente: “Cuando se trate de un acto previsto y penado, tanto por la ley penal común como por la ley penal militar, no será considerado como delito militar, salvo que hubiese sido cometido por un militar en servicio activo y en ejercicio de funciones castrenses”.

Del precepto transcripto se deduce cuanto sigue:

i) Los tribunales militares no pueden juzgar delitos comunes (previstos también como delitos militares), cuando sean cometidos por civiles o militares retirados. En estos casos se considera que existen delitos comunes y no militares. Corresponde su juzgamiento a la justicia ordinaria.

ii) Los tribunales militares pueden juzgar también delitos comunes (previstos igualmente como delitos militares), cuando sean cometidos por militares en servicio activo y en ejercicio de funciones castrenses.

iii) Los tribunales militares no pueden juzgar delitos comunes (previstos también como delitos militares) cuando sean cometidos por militares en servicio activo, pero sin estar en ejercicio de funciones castrenses. En estos casos debe entender la justicia ordinaria.

iv) Los tribunales militares no pueden juzgar delitos comunes (no previstos también como delitos militares) aunque hayan sido cometidos por militares en servicio activo y en ejercicio de sus funciones castrenses. En estos casos corresponde entender a la justicia ordinaria.

v) Debe analizarse también la posibilidad de que el militar se encuentre en servicio activo en momento de la comisión del delito y ya en situación de retiro en momento del juzgamiento. Igualmente no deben olvidarse los problemas que pudieran derivarse de la coautoría de militares en servicio activo, militares retirados y civiles, en cuanto a la determinación del órgano competente para el juzgamiento.⁷

En esta parte del artículo constitucional, cambiando de criterio, se tiene en cuenta quién es el autor del hecho punible, es decir, se atiende a la persona, y sobre esta base

⁷ En toda esta parte, cuando se habla de *delitos* debe entenderse, adecuándonos a la terminología usada actualmente en materia penal, que se alude a ‘hechos punibles’.

en determinadas circunstancias se extiende la competencia de los tribunales a hechos punibles comunes. En efecto, según se trate o no de un militar en servicio activo, y según esté o no en ejercicio de funciones castrenses, el hecho punible caerá o no bajo la órbita de la justicia militar. En otras palabras, un mismo hecho punible, con la sola condición de que esté previsto tanto en la ley penal común como en la ley penal militar, será sometido a la justicia ordinaria si el autor es un civil o militar retirado, y será sometido a la justicia militar si el autor es un militar en servicio activo y en ejercicio de funciones castrenses. No se trata, pues, de un hecho que por su propia naturaleza sólo pueda ser cometido por militares en servicio activo, sino de uno que puede ser perpetrado tanto por éstos como por civiles o militares retirados, indistintamente. Para decidir la competencia de los tribunales ordinarios o de los tribunales militares se tiene en cuenta la persona del autor del hecho.

e) En su parte final el artículo 174 CN prescribe que sólo en caso de conflicto armado internacional, y en la forma dispuesta por la ley, estos tribunales podrán tener jurisdicción sobre personas civiles y militares retirados. En consecuencia, en la circunstancia señalada la competencia de los tribunales militares, además de recaer sobre los militares en servicio activo, puede ser extendida de modo que queden sometidos a ella las personas civiles y los militares retirados. Igualmente en este caso no se tiene en cuenta la naturaleza del hecho, es decir, su carácter militar, como criterio delimitador de la competencia de los tribunales militares, sino que ésta es extendida en el sentido de comprender también a personas civiles y militares retirados, por una circunstancia particular (la existencia de un conflicto armado internacional) que no afecta a la naturaleza de los hechos punibles. Como ya se ha expresado, si bien tal extensión está deferida a la ley en cuanto a su forma, la misma de seguro consistirá en uno de sus aspectos en la inclusión de delitos (o hechos punibles) comunes previstos también como delitos (o hechos punibles) militares entre los que caen dentro del ámbito de competencia de los tribunales militares, aun cuando los autores sean personas civiles o militares retirados.

Se puede apreciar que la definición inicial de la justicia militar como un fuero real, con competencia sobre hechos punibles de carácter militar cometidos por militares en servicio activo, es desvirtuada luego al introducir características de un fuero personal, como la de darle competencia sobre hechos punibles comunes por la simple circunstancia de que los actores sean militares en servicio activo y en ejercicio de funciones castrenses; o como la de extender su competencia a personas civiles y a militares retirados, por encontrarse el país envuelto en un conflicto armado internacional, es decir, por haber sido declarado el Estado de Defensa Nacional (artículo 238, inciso 7, CN).

f) En el precepto constitucional analizado se establece también que “en caso de duda de si el delito es común o militar, se lo considerará como delito común”.

g) Asimismo, el artículo 174 CN dispone, refiriéndose a los tribunales militares, que sus “fallos podrán ser recurridos ante la justicia ordinaria”.

Como ya se ha mencionado, la justicia militar está organizada en forma separada de la justicia ordinaria. La vinculación de aquélla a ésta se da exclusivamente por la recurribilidad de los fallos dictados por los tribunales militares, ante la justicia ordinaria. Esta medida importa cierta sujeción y puede considerarse orientada en dirección a la incorporación de los tribunales militares al Poder Judicial, pero indudablemente resulta insuficiente.

Pasando a estudiar el tema en el derecho constitucional comparado, se puede ver que varias constituciones, de diverso modo, han tratado de dar solución a los problemas que plantean los tribunales militares.

En relación con su funcionamiento en forma permanente, algunas constituciones lo han limitado al tiempo de guerra, es decir, han circumscristo temporalmente la actividad de estos tribunales a un período bien definido, cuya característica esencial debe ser el estado de beligerancia internacional. Así, la Constitución de Weimar (1919) disponía: “La jurisdicción militar queda suprimida, salvo en época de guerra y a bordo de buques de guerra” (artículo 106). La Constitución austriaca de 1920 establecía: “Queda suprimida la jurisdicción militar fuera de la época de guerra” (artículo 84). La Constitución uruguaya (1966) dice: “la jurisdicción militar queda limitada [...] al caso de estado de guerra” (artículo 253, 1^a parte).

En cuanto al problema de la extensión de la competencia de los tribunales militares según el tipo de hechos punibles que puedan juzgar, se ha establecido que la justicia militar debe circunscribirse a los hechos punibles de carácter militar, entendidos como aquellos que sólo pueden ser cometidos por militares. Como se ve, los tribunales militares son concebidos como un fuero real exclusivamente y no como un fuero personal. Así, la Constitución uruguaya establece: “La jurisdicción militar queda limitada a los delitos militares [...] Los delitos comunes cometidos por militares en tiempo de paz, cualquiera que sea el lugar donde se cometan, estarán sometidos a la Justicia ordinaria” (artículo 253). Al respecto, Correa Freitas dice: “[...] sobre el concepto de delito militar, estimo que debe utilizarse en sentido estricto o restringido, esto es, que en nuestro régimen constitucional son delitos militares aquellos que sólo pueden ser cometidos por militares [...]”.⁸ Por su parte, la Constitución venezolana (1999) prescribe: “[...] La comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, serán juzgados por los tribunales ordinarios. La competencia de los tribunales militares se limita a delitos de naturaleza militar [...]” (artículo 261).

Algunas constituciones han avanzado incluso más y han integrado a tribunales militares al Poder Judicial como un fuero más, al igual que el civil, comercial, laboral, penal o contencioso-administrativo. La Constitución brasileña (1988) prescribe: “Son órganos del Poder Judicial [...] los Tribunales y Jueces Militares (artículo 92,

⁸ Rubén Correa Freitas: *Constitución de la República Oriental del Uruguay*, Buenos Aires, DEOF, 1997, p.137.

VI). Por su parte, la Constitución venezolana (1999) dice: La jurisdicción penal militar es parte integrante del Poder Judicial [...]” (artículo 261).

En cuanto a una eventual modificación constitucional referente al tema de la justicia militar, debemos señalar que somos partidarios de la incorporación de los tribunales militares al Poder Judicial. Pero si ello no fuere posible, es imprescindible la supresión de las partes del artículo 174 CN que extienden la competencia de estos órganos más allá de los hechos punibles de carácter militar, cometidos por militares en servicio activo. En otras palabras, la justicia militar debe quedar definida como un fuero real, exclusivamente. Además, se debe limitar el funcionamiento de tales tribunales en el tiempo, de modo que sólo ejerzan jurisdicción cuando se hubiere declarado el estado de defensa nacional (artículo 238, inc. 7, CN).

5. Sistema de elecciones

En cuanto a las elecciones en general, la Constitución legisla “el sistema de representación proporcional” (artículo 118). La ley es la que se encarga luego de determinar cuál de ellos se adopta, el sistema de listas que se utiliza, etc.

No existen críticas en cuanto al sistema D'Hondt, pero sí se objeta el sistema de listas cerradas y bloqueadas, y se propugna que ellas sean abiertas o, por lo menos, cerradas pero no bloqueadas. Hasta aquí las objeciones parecen limitadas a la legislación secundaria.

Pero se habla también de la necesidad de que los candidatos a ciertos cargos (verbigracia, senadores) sean electos en circunscripciones uninominales. Esta propuesta debe ser analizada ya en cuanto a si no afecta el sistema de representación proporcional. Lo que sí resulta claro es que puede conducir a la deformación de la representación proporcional.

Escuchemos lo que se ha dicho en cuanto a la experiencia ecuatoriana: “La votación mixta (por listas y uninominal, en las que el elector puede votar individualmente por cada candidato de su preferencia o por toda la lista) tampoco ha sido, hasta el momento, una solución. En efecto, este sistema, contrariamente a lo que se sostiene previamente, ha agravado varios aspectos negativos del sistema electoral ecuatoriano: a) no ha propiciado, al tener el ciudadano la opción de elegir individualmente a los candidatos, el mejoramiento de la calidad de los elegidos; b) ha incrementado, al presentarse al votante más opciones, en listas interminables, su confusión y su desorientación; c) ha aumentado, al permitir que cada candidato se promocione personalmente, el dispendioso gasto electoral; y, d) ha permitido, especialmente en las provincias, el restablecimiento del agonizante caciquismo. La forma de votación, en lugar de ser más simple y comprensible, es ahora más enredada y compleja”.⁹

⁹ Antonio Rodríguez Vicéns: “Ecuador: Algunas reformas constitucionales de la Asamblea Nacional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1999, Konrad Adenauer Stiftung - CIEDLA, Buenos Aires, p. 491.

En referencia al caso concreto de la elección de convencionales para la Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela, en 1999, se expresó lo siguiente: “[...] la perversidad del sistema electoral de uninominalidad absoluta permitió la abrumadora victoria del chavismo (que concentró su voto) sobre el no chavismo (que concurrió de manera dispersa) [...] Como no estaba prevista la representación proporcional, la mayoría oficial obtuvo el 95% de los integrantes de la ANC (121 por elección uninominal de mayoría simple, más 3 representantes de las etnias indígenas elegidos de manera *sui generis*) [...]”.¹⁰ El restante 5% lo integran 7 constituyentes.

Se debe aclarar que se trataba de un sistema electoral aceptado en su momento por todos los sectores, por lo que no se puede imputar al chavismo haber recurrido a él para la obtención de la abrumadora mayoría señalada. Lo importante para nosotros es el ejemplo de cómo funciona un sistema de uninominalidad absoluta. De un tiempo a esta parte, ciertos sectores vienen sosteniendo y difundiendo la idea de que en la aplicación de dicho sistema está la solución a la crisis de representación popular que afrontamos. Vemos que no es así. Puede que contribuya a mejorar la representación, pero combinado con un sistema de representación proporcional.

Una eventual reforma constitucional en cuanto a la forma de elección de los integrantes de la Cámara de Senadores, por ejemplo, debe realizarse atendiendo a lo que acabamos de apuntar.

6. Senaduría vitalicia

La Constitución de 1992 ha incorporado al ordenamiento jurídico paraguayo la figura de la senaduría vitalicia. Ella fue creada a fin de permitir que los ex presidentes, mediante su incorporación a la Cámara Alta, tuvieran un foro desde el cual pudieran seguir colaborando en el manejo de la cosa pública. Se entendió que éste era el modo en que los conocimientos y la experiencia que hubieren acumulado los ex mandatarios en el ejercicio de un cargo de tanta relevancia podrían ser revertidos en forma positiva.

Ambrosio Oropeza explica que el objeto de la senaduría vitalicia consiste en “[...] asociar a las Cámaras a personalidades eminentes que sin haber obtenido su credencial por medio del sufragio, pueden llevar al trabajo del Parlamento una invaluable contribución de luces y experiencias. Se propone asimismo aquella innovación otorgar un galardón extraordinario a quienes habiendo llegado a la Presidencia de la República por el voto del pueblo cumplieron rectamente su alta investidura sin ocurrir a expedientes bastardos para perpetuarse en el poder [...]”.¹¹

¹⁰ José Rodríguez Iturbe: “Venezuela: La ANC y la confusión del momento”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, cit., pp. 583-584.

¹¹ Ambrosio Oropeza: *La nueva Constitución venezolana 1961*, Caracas, 1986, p. 429.

El texto constitucional expresa lo siguiente: “Los ex presidentes de la República, electos democráticamente, serán senadores vitalicios de la Nación, salvo que hubiesen sido sometidos a juicio político y hallados culpables. No integrarán el quórum. Tendrán voz pero no voto” (artículo 189 CN).

En consecuencia, para ser Senador vitalicio se requiere:

- a) Haber sido presidente de la República.
- b) Haber sido electo democráticamente.
- c) No haber sido sometido a juicio político y hallado culpable.

El modo en que está prevista la figura de la senaduría en la Constitución da origen a varias dificultades. En cuanto al primer requisito apuntado, nada está establecido acerca del tiempo que debe durar el ejercicio del cargo. ¿Se debe haber ejercido la Presidencia por todo el período, o también corresponde al presidente que renunció al cargo antes concluir el período para el cual fue nombrado, cualquiera sea el tiempo que haya estado en ejercicio de éste? Debemos recordar el caso del presidente Cubas Grau: ¿bastan siete meses y medio?

Por otra parte, ¿tiene derecho a una banca como senador vitalicio el vicepresidente que asume la titularidad del Poder Ejecutivo en forma definitiva por falta del presidente, sin olvidar que esto puede suceder incluso faltando poco tiempo para fenercer el período presidencial en curso?

La Constitución venezolana de 1961 exigía que el ejercicio del cargo de presidente de la República fuera por “por más de la mitad de un período” (artículo 148). Para la constitución chilena de 1980 el ejercicio debe ser “durante seis años en forma continua” (artículo 45).

En cuanto al requisito de haber sido electo democráticamente, la pregunta es si esta expresión debe entenderse exclusivamente en el sentido de haber sido electo “directamente por el pueblo” (artículo 230 CN). Si es así, no pueden ser considerados, a los efectos de acceder a la senaduría vitalicia, quienes en virtud del orden de sucesión previsto en el artículo 234 de la Constitución (presidente de la Cámara de Senadores, presidente de la Cámara de Diputados y presidente de la Corte Suprema de Justicia), asumen la primera magistratura por lo que resta de un período presidencial en curso, en caso de falta definitiva y simultánea del presidente y el vicepresidente. Tal sería el caso del presidente González Macchi.

En una situación similar se encontraría quien, habiendo sido designado vicepresidente por el Congreso, en los dos últimos años de un período constitucional, asumiere luego la Presidencia de la República (artículo 234, última parte, CN). ¿Surge el derecho a la banca vitalicia en este caso?

En la Constitución venezolana de 1961 se previó en forma expresa que también accedían a la senaduría vitalicia quienes hubieren desempeñado la Presidencia de la República por elección por el Congreso en caso de acefalía del Poder Ejecutivo. El ejercicio del cargo debía ser igualmente “por más de un período” (artículo 148).

El hecho de que los senadores vitalicios no integran el quórum y sólo tienen voz pero no voto ha generado la discusión acerca de si gozan o no de las inmunidades parlamentarias. Independientemente de la opinión doctrinaria de algunos autores, lo cierto es que la Cámara de Senadores resolvió la cuestión en forma positiva y en algunos casos concedió el desafuero y en otros no.

En relación con el mismo tema se planteó el problema de si la denegación del desafuero en un caso concreto confería al senador vitalicio una protección de carácter definitivo en relación con dicho caso, lo cual de ser cierto constituiría un privilegio exagerado que consagraría la impunidad de aquel.

En nuestra opinión, ello no es así. El pedido de desafuero de un senador vitalicio referido a un caso determinado puede ser reiterado en cada legislatura. Es decir, cada vez que la Cámara de Senadores es renovada al elegirse nuevos miembros para otro período constitucional, un pedido de desafuero rechazado en el período anterior puede ser reestudiado. Debe entenderse que la denegación del desafuero en un momento dado refleja la voluntad del cuerpo legislativo, con una composición determinada, de no querer someter a uno de sus miembros a la justicia ordinaria, pero cuando el órgano se renueva, los nuevos integrantes tienen derecho a pronunciarse a su vez sobre el particular. De cualquier manera, ésta es otra de las inquietudes que genera la figura de la senaduría vitalicia.

En la Convención Nacional Constituyente se afirmó que el artículo “conspira directamente contra el principio de la alternabilidad y periodicidad de todos los mandatos”.¹² Además se sostuvo que no existía razón para que una banca en un órgano de representación popular fuera otorgada por una vía distinta a la elección popular directa. Aun cuando se restrinja el acceso a la senaduría vitalicia a los ex presidentes electos democráticamente que no hayan sido sometidos a juicio político y hallados culpables, la figura no es de las más acertadas. Quienes quieran un escaño en el Senado deben ganárselo mediante el voto popular, aun cuando hayan ocupado la titularidad del Ejecutivo.

Por estas razones, a las cuales se agregan los problemas de interpretación que hemos apuntado, somos del parecer de que la figura del senador vitalicio debe ser suprimida. Cabe recordar que esto no constituye más que una reafirmación del criterio que sostuvimos al tratarse el tema en la Convención Nacional Constituyente de 1992.

De todos modos, si esto no fuere factible, se deben introducir modificaciones al texto constitucional a fin de dar respuesta a los cuestionamientos planteados en torno a esta figura.

¹² Cf. *Diario de Sesiones de la Comisión Redactora*, sesión del 3 de abril de 1992, p. 12.

7. Vicepresidencia de la República

Hace unos años escribimos lo siguiente acerca de la Vicepresidencia:

[...] De acuerdo con la Constitución de 1870, el Vicepresidente ocupaba la presidencia del Senado (y por ende la del Congreso), mientras no hubiera necesidad de sucesión presidencial. La Constitución de 1992, con buen criterio, no le otorga tal función, sino limitadas atribuciones que podrían convertirlo, en buena medida, en un convocado de piedra.

El problema del Vicepresidente es el “mientras tanto” (que puede durar todo el período presidencial). Está a un paso de la gloria, por la eventualidad de substituir al Presidente en forma definitiva, pero condenado a desempeñar el papel de segundón mientras ello no ocurra [...].

Por las atribuciones de substituir temporal o definitivamente al titular del Ejecutivo o de representarlo nacional o internacionalmente, el Vicepresidente debiera ser “la sombra” de aquél (en el buen sentido de la palabra), de tal manera a estar perfectamente en conocimiento de todo lo relacionado con la función ejecutiva y poder ejercer las citadas atribuciones con eficiencia [...].

La más importante atribución del Vicepresidente, mientras no asuma la presidencia, es la de coordinar las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo. La facultad es amplia e indefinida, pero indudablemente incluye la participación en todas las etapas del proceso de formación de las leyes en que el Ejecutivo tenga intervención. Por tanto, el Vicepresidente debe tener conocimiento de los proyectos de ley preparados por el PE y participar en su discusión en el seno del Consejo de Ministros. Es más, sin desconocer que el voto es atribución privativa del Presidente, es necesaria la consulta con el Vicepresidente.

En lo que respecta al Congreso, corresponde al Vicepresidente tomar conocimiento de todos los proyectos de ley existentes y el estado de su tratamiento, en particular de los presentados por el PE [...].¹³

La experiencia con los vicepresidentes que hemos tenido bajo el régimen de la Constitución de 1992, no ha sido positiva. El modo en que está legislado el cargo de vicepresidente, concediéndole escasas atribuciones y colocándolo en una situación de gran dependencia del presidente de la República en cuanto al mayor o menor protagonismo que pudiera tener en el ejercicio de funciones gubernativas, pueden convertirlo en irrelevante. Sólo dos son las atribuciones de trascendencia del vicepresidente: substituir en forma definitiva al presidente de la República y coordinar las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo. La primera no pasa de ser algo así como un derecho en expectativa, el cual puede que nunca se haga efectivo; la segunda no puede ejercerse sino existiendo una relación con el presidente caracterizada por la proximidad, la coincidencia de criterios y un amplio espíritu de colaboración. Dándose estos presupuestos, quizás también cobraría cierta relevancia la participación del vicepresidente en las deliberaciones del Consejo de Ministros, órgano en el cual necesariamente deben discutirse los proyectos de ley del Ejecutivo (como

¹³ “Vicepresidencia: entre la indefinición y el marginamiento”, *Última Hora*, 29 de septiembre de 1993.

competencia de dicho cuerpo está el “considerar las iniciativas en materia legislativa”).¹⁴

A lo señalado debe agregarse que la forma en que está previsto constitucionalmente el caso de la acefalía de la Vicepresidencia (artículo 234, último párrafo, CN) puede crear situaciones no deseadas dentro del Ejecutivo. Como ha sucedido en el periodo constitucional 1999-2003, la disposición constitucional que ordena celebrar elecciones para llenar el cargo puede conducir al rompimiento del binomio integrado originalmente, y obligar a una convivencia imprevista en el Poder Ejecutivo, quizá entre personas con diferencias considerables.

Por todo lo apuntado, debe pensarse en la supresión del cargo de vicepresidente o en su reformulación, atendiendo sobre todo al papel que va a desempeñar mientras se ejerza como tal.

8. No reelección en la Presidencia de la República

En este tema la Constitución consagra una prohibición de carácter absoluto al disponer que el presidente de la República y el vicepresidente “no podrán ser reelectos en ningún caso” (artículo 229 CN).

Esta norma constituye, en nuestra opinión, una reacción exagerada a la reelección ilimitada del titular del Ejecutivo, dispuesta en virtud de la Enmienda n° 1 a la Constitución de 1967 (marzo de 1977).

La prohibición de reelección contenida en el artículo 229 CN implica que nadie que haya ocupado tales cargos puede volver a ocuparlos. No importa el tiempo que haya desempeñado estas funciones; debe entenderse que la prohibición rige aun cuando el lapso sea muy breve. Los períodos constitucionales de intervalo no habilitan a una reelección posterior.

Creemos que no debe tenerse en cuenta al efecto señalado y en relación con el vicepresidente la asunción de la Presidencia de la República por este funcionario cuando se trate de una substitución temporal del titular del Ejecutivo. En efecto, en este caso el vicepresidente conserva su carácter de tal. Pero cuando la substitución tuviere carácter definitivo, rige la prohibición de reelección también para la Presidencia de la República. Igualmente nace la prohibición en relación con la Vicepresidencia, para quien resultare electo o fuere designado para cubrir la vacancia definitiva del cargo de vicepresidente; y si llegare a ocupar la Presidencia de la República, la prohibición de reelección se extenderá también a dicho cargo (cf. artículos 227, 239 y 234 CN).

Asimismo, el presidente del Senado, el de la Cámara de Diputados o el de la Corte Suprema de Justicia, que asumieren la Presidencia de la República en forma definitiva en virtud del orden de sucesión previsto constitucionalmente, en caso de

¹⁴ Cf. artículos 239 y 243 CN.

producirse una doble acefalía en el Poder Ejecutivo, también quedan inhabilitados en el sentido que estamos señalando (cf. artículo 234, 1^{er} párrafo, CN).

En cuanto a quien haya ejercido la Presidencia de la República la prohibición es aún más estricta. En efecto, no sólo no puede ser reelecto en ningún caso para el mismo cargo, sino que tampoco puede ser electo posteriormente como vicepresidente si ha ejercido la Presidencia por más de doce meses (cf. artículo 229, *in fine*, CN).

Las constituciones paraguayas precedentes admitían la posibilidad de la reelección presidencial.

Una prohibición tan absoluta como la de nuestra Ley Suprema la encontramos en la Constitución mexicana, que dice: “[...] El ciudadano que haya desempeñado el cargo de Presidente de la República, electo popularmente, o con el carácter de interino, provisional o sustituto, en ningún caso y por ningún motivo podrá volver a desempeñar ese puesto” (artículo 83). En el mismo sentido la Constitución colombiana establece lo siguiente: “No podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia [...]” (artículo 197). Pueden mencionarse también las constituciones de Guatemala (artículo 187) y Honduras (artículo 239).

En el más reciente Derecho Constitucional latinoamericano se puede apreciar, sin embargo, una tendencia a admitir la reelección presidencial, incluso la inmediata, por un periodo más. Una posterior reelección puede darse pero con un periodo constitucional de intervalo.¹⁵

Somos partidarios de la modificar el artículo pertinente de la Constitución en el sentido de admitir la reelección en el cargo de presidente de la República en la forma señalada en el párrafo precedente.

9. Elección del presidente de la República por mayoría simple

La Constitución en vigor suprimió la exigencia de obtener mayoría absoluta (más del cincuenta por ciento de los votos) en la primera votación, y, en caso contrario, la de realizar una segunda votación entre los candidatos más votados (balotaje o *ballottage*), para la elección del presidente de la República. Esta disposición había sido establecida en el Código Electoral de 1990 (artículo 256), pero antes de que pudiera ser aplicada, fue dejada sin efecto por la actual Ley Suprema que estableció que el titular del Ejecutivo puede ser electo por mayoría simple (artículo 230 CN).

Con esta disposición y en el supuesto de que en una elección determinada participen varios candidatos, el porcentaje de votos necesario para resultar ganador podría ser muy bajo y, en consecuencia, quien resulte electo sería ungido presidente con

¹⁵ Al respecto, véanse las constituciones de Argentina (artículo 90), Brasil (artículo 82), Perú (artículo 112) y Venezuela (artículo 230).

el apoyo de un sector muy limitado del electorado. Por esta razón es recomendable que se vuelva a adoptar el sistema de mayoría absoluta o balotaje, o alguna de las variantes consagradas en constituciones latinoamericanas.

La exigencia de la mayoría absoluta y, en su caso, el balotaje, lo encontramos en las constituciones de Brasil, Colombia, Chile, El Salvador, Guatemala, Perú y Uruguay.¹⁶

En las constituciones de Costa Rica, Argentina y Ecuador encontramos disposiciones que consagran lo que podemos llamar variantes al sistema de mayoría absoluta o balotaje. Transcribimos a continuación los artículos pertinentes:

Costa Rica (1949):

Artículo 138: El Presidente y los vicepresidentes serán elegidos simultáneamente y por una mayoría de votos que exceda del cuarenta por ciento del número total de sufragios válidamente emitidos [...].

Si ninguna de las nóminas alcanzare la indicada mayoría, se practicará una segunda elección popular el primer domingo de abril del mismo año entre las dos nóminas que hubieran recibido más votos, quedando elegidos los que figuren en la que obtenga el mayor número de sufragios [...].

Argentina (1994):

De la forma y tiempo de la elección del presidente y vicepresidente de la Nación.

Artículo 94. El presidente y el vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el pueblo, en doble vuelta, según lo establece esta Constitución [...]

Artículo 96. La segunda vuelta electoral, si correspondiere, se realizará entre las dos fórmulas de candidatos más votados, dentro de los treinta días de celebrada la anterior.

Artículo 97. Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta hubiere obtenido más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación.

Artículo 98. Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta hubiere obtenido el cuarenta por ciento por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiere una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos sobre la fórmula que le sigue en número de votos, sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación.

Ecuador (1998):

Artículo 165: Si en la primera votación ningún binomio hubiere logrado mayoría absoluta, se realizará una segunda vuelta electoral dentro de los siguientes cuarenta y cinco días, y en ella participarán los candidatos que hayan obtenido el primero y segundo lugares, en las elecciones de la primera vuelta.

¹⁶ Cf. constituciones de Brasil (1988), artículo 77; Colombia (1991), artículo 190; Chile (1980), artículo 26; El Salvador (1983), artículo 80; Guatemala (1985), artículo 184; Perú (1993), artículo 111, y Uruguay (1966), artículo 151.

No será necesaria la segunda votación, si el binomio que obtuvo el primer lugar, alcanzare más del cuarenta por ciento de los votos válidos y una diferencia mayor de diez puntos porcentuales sobre la votación lograda por el ubicado en segundo lugar. Los diez puntos porcentuales serán calculados sobre la totalidad de los votos válidos.

10. Acefalía del Poder Ejecutivo

El artículo 234 de la Constitución, que regula la acefalía del Poder Ejecutivo, presenta graves deficiencias de fondo y forma. Su texto es el siguiente:

En caso de impedimento o ausencia del Presidente de la República, lo reemplazará el Vicepresidente, y a falta de éste y en forma sucesiva, el Presidente del Senado, el de la Cámara de Diputados y el de la Corte Suprema de Justicia.

El Vicepresidente electo asumirá la presidencia de la República si ésta quedase vacante antes o después de la proclamación del Presidente, y la ejercerá hasta la finalización del período constitucional.

Si se produjera la vacancia definitiva de la Vicepresidencia durante os tres primeiros años del período constitucional, se convocará a elecciones para cubrirla. Si la misma tuviese lugar durante los dos últimos años, el Congreso, por mayoría absoluta de sus miembros, designará a quien debe desempeñar el cargo por el resto del período.

El artículo transcripto se ocupa en su primer párrafo de la falta del presidente de la República y establece que éste es reemplazado por el vicepresidente. Igualmente prevé el caso de la falta del vicepresidente, es decir, la llamada doble acefalía. Ésta quedaría configurada cuando la falta del presidente de la República y la del vicepresidente fueren simultáneas, o cuando fueren sucesivas, pero con un intervalo tan breve que no permitiera proceder en la forma prevista en el último párrafo del citado precepto.

El primer error que se comete es el de establecer, para el caso de la falta de ambas autoridades, un orden de sucesión (presidente del Senado, presidente de la Cámara de Diputados y presidente de la Corte Suprema de Justicia) que debiera ser provisional, pero que nada autoriza a considerarlo como tal, sino que, por el contrario, atendiendo a la redacción de la norma, debe ser tenido como definitivo.¹⁷ Nótese que para el caso de falta del presidente de la República la Constitución no prevé la realización de elecciones o la designación por el Congreso.

El segundo párrafo del artículo 234 CN se ocupa de otro tema: la asunción del cargo de presidente de la República por el vicepresidente electo en lugar del presidente electo, y no de la acefalía. Con bastante imprecisión en los términos utilizados, se habla de que el vicepresidente electo debe asumir la Presidencia de la República “si ésta quedase vacante antes o después de la proclamación del Presidente”. En

¹⁷ Sostuve esta interpretación en el artículo “Acefalía del Poder Ejecutivo”, publicado en *Revista Jurídica Paraguaya La Ley*, año 21, n° 1, abril de 1988. Asimismo la Corte Suprema de Justicia se pronunció en el mismo sentido en el acuerdo y sentencia n° 191, del 27 de abril de 1999.

realidad, si esto se produjera, el que debe asumir la Presidencia es el vicepresidente saliente, en ejercicio, y no el vicepresidente electo, que aún no ha asumido su cargo. A nuestro entender, a lo que se quiso hacer referencia es a la eventual situación de que se produjera la falta del presidente electo antes de asumir el cargo, en cuyo caso debe asumir el vicepresidente electo cuando llegare la fecha fijada constitucionalmente para ello, es decir, al faltar el período constitucional en curso.

El tercer párrafo del artículo 234 CN se refiere a la falta definitiva del vicepresidente y a la forma de llenarla según cuál sea el momento en que se produzca. Volvemos a insistir acerca de que está prevista la celebración de elecciones sólo para cuando la falta del vicepresidente se produjera en los tres primeros años del período constitucional. Nada similar se ha establecido para el caso de la falta definitiva del presidente de la República.

La forma en que está legislado el tema de la acefalía del Poder Ejecutivo es realmente mala. En caso de que se mantenga la Vicepresidencia, debe preverse la eventualidad de una doble acefalía. Asimismo, debe establecerse claramente que el orden de sucesión que incluye a los presidentes de las cámaras legislativas y al de la Corte Suprema de Justicia tiene carácter provisional. Además, debe preverse la celebración de elecciones en caso de doble acefalía o de falta definitiva del presidente (si se suprime la Vicepresidencia), si ella se produjere dentro de los tres primeros años del período constitucional.¹⁸

11. Nombramiento de la Corte Suprema de Justicia

El procedimiento previsto en la Constitución para el nombramiento de los ministros de la Corte Suprema de Justicia es el siguiente: el Consejo de la Magistratura elabora una terna para cada uno de los cargos que habrán de proveerse; las ternas son

¹⁸ En un trabajo anterior incluimos como proyecto, los siguientes artículos:

“Artículo ...: Cuando se produjere la falta definitiva del Presidente de la República ... lo substituirá el Vicepresidente por lo que reste del período constitucional ...”

“Si se produjere la falta definitiva y simultánea del Presidente y el Vicepresidente, el Congreso debe designar a la persona que, con carácter de Presidente provisional, completará el período constitucional en curso, siempre que la falta se hubiere producido en los dos últimos años del mismo. Si la falta ocurriere durante los tres primeros años, la Presidencia de la República debe ser ejercida con carácter provisional de acuerdo con el orden de sucesión mencionado en el artículo ..., e inmediatamente se convocará a elección dentro de los tres meses siguientes ...”

“Artículo ...: Para ocupar la Presidencia de la República en forma provisional durante cualquier tiempo que mediare entre la falta del titular y la designación del reemplazante, se establece el siguiente orden de sucesión: Presidente de la Cámara de Senadores, Presidente de la Cámara de Diputados y Presidente de la Corte Suprema de Justicia” (LLC, “Comentarios acerca del régimen de gobierno en la futura Constitución paraguaya”, en *Constitución y cambio. Aportes para el debate de la Convención Nacional Constituyente*, Asunción, CIDSEP-Universidad Católica, 1991, vol. I, pp. 274-275).

elevadas a la Cámara de Senadores, que es el órgano investido de la facultad de nombramiento, es decir, es el órgano al que corresponde designar a los integrantes de la Corte Suprema; finalmente, los nombres de los elegidos son enviados al presidente de la República a fin de que preste su acuerdo.¹⁹

El procedimiento descripto fue puesto en práctica sin dificultades en cinco oportunidades. De todos modos, ofrece el riesgo de que pueda llegarse a una situación de paralización en caso de que el Ejecutivo no acepte las designaciones realizadas por la Cámara de Senadores. ¿La opinión de cuál de los órganos debe prevalecer en caso de desacuerdo?

Este eventual problema se origina en la forma atípica en que, en el caso particular de la designación de los ministros de la Corte Suprema de Justicia, se ha regulado la facultad de nombramiento. Como dijimos, ésta corresponde a la Cámara de Senadores, pero, sin que se encuentren precedentes en nuestro derecho constitucional y probablemente en ningún otro, dicha facultad aparece doblemente limitada. Por un lado tenemos la terna elevada por el Consejo de la Magistratura y, por el otro, el acuerdo que debe prestar el Poder Ejecutivo.

Lo corriente es que, si se quiere otorgar la facultad de nombramiento en forma limitada, se establezca una u otra limitación, pero no las dos juntas.

Esto no parece ser lo más correcto pues implica una disminución tal de lo substantivo (la facultad de nombramiento), debido a la magnitud exagerada que se da a lo secundario o adjetivo (las limitaciones), que la facultad puede devenir prácticamente intrascendente e inocua.

Ante el riesgo señalado creemos que es conveniente rever este procedimiento, con vistas a perfeccionarlo.²⁰

12. Inamovilidad judicial

En cuanto se refiere a juzgados y tribunales de apelación, es decir, a magistrados de instancias inferiores a la máxima, la Constitución paraguaya de 1992 contiene disposiciones aceptables. En efecto, la inamovilidad es definida como comprensible del cargo, la sede y el grado, y además está prevista la adquisición de la inmovilidad permanente luego de dos períodos de cinco años de inamovilidad temporal.

El artículo 252 reza así:

Los magistrados son inamovibles en cuanto al cargo, a la sede o al grado, durante el término para el cual fueron nombrados. No pueden ser trasladados ni ascendidos sin su consentimiento previo y expreso. Son designados por períodos de cinco años, a contar de su nombramiento.

¹⁹ Cf. artículo 264, inciso 1, CN.

²⁰ De este tema nos habíamos ocupado con anterioridad en el artículo denominado “Facultad de nombramiento, acuerdos y ternas”, publicado en *La Ley, Revista Jurídica Paraguaya*, Asunción, enero-marzo de 1994, año 17, nº 1, pp. 77-79.

Los magistrados que hubiesen sido confirmados por dos períodos siguientes al de su elección, adquieren la inamovilidad en el cargo hasta el límite de edad establecido para los miembros de la Corte Suprema de Justicia.

Si bien, como lo señalamos más arriba, consideramos que lo dispuesto en cuanto a inamovilidad de magistrados de rango inferior es correcto, creemos que el tiempo de inamovilidad temporal puede ser reducido a un solo período de cinco años. Éste es un lapso lo suficientemente prolongado como para evaluar el desempeño de un magistrado y decidir confirmarlo o no en forma definitiva, es decir, investido ya de inamovilidad permanente.

Debe señalarse que en el Brasil (artículo 95) y en el Uruguay (artículo 239) la inamovilidad permanente está precedida de un período de prueba o interinato de solo dos años. En los casos de la Argentina (artículo 110) y Venezuela (artículo 255) la inamovilidad permanente se da *ab initio*.

En lo que se refiere a la Corte Suprema de Justicia, el régimen de inamovilidad vigente en el Paraguay se inscribe dentro de los que consagran la inamovilidad permanente *ab initio*. El artículo 261 dice: “Los ministros de la Corte Suprema de Justicia sólo podrán ser removidos por juicio político. Cesarán en el cargo cumplida la edad de setenta y cinco años”. Igual criterio sostienen las constituciones de la Argentina y el Ecuador.²¹

En el Paraguay se han suscitado discusiones acerca de si, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 261 CN transcripto precedentemente, puede afirmarse la inamovilidad permanente *ab initio* de los ministros de la Corte Suprema de Justicia. Tal circunstancia de duda, sumada una interpretación no plenamente objetiva por parte del Congreso y ciertas actitudes de claudicación de la Corte Suprema, hacen necesario que la cuestión quede claramente dilucidada mediante una redacción que no ofrezca dudas en cuanto a su interpretación.

De todos modos, es importante señalar que a nuestro criterio son inadmisibles, por dejar poco margen a la independencia judicial, los sistemas que establecen un período único breve, con prohibición de reelección, como ocurre en Colombia y Guatemala.²²

²¹ *Argentina*, artículo 110: “Los jueces de la Corte Suprema [...] de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta [...].”

Ecuador, artículo 202: “Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia no estarán sujetos a período fijo en relación con la duración de sus cargos. Cesáran en sus funciones por las causales determinadas en la Constitución y la ley [...].”

²² *Colombia*, artículo 233: “Los Magistrados [...] de la Corte Suprema de Justicia [...] serán elegidos para un período de ocho años, no podrán ser reelegidos y permanecerán en el ejercicio de sus cargos mientras observen buena conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a edad de retiro forzoso.”

Guatemala, artículo 215: “Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán electos por el congreso de la República para un período de cinco años [...].”

Se inscriben dentro de lo admisible, aunque no de lo óptimo, los sistemas de Venezuela, con un periodo de doce años sin posibilidad de reelección; Bolivia, con un período de diez años y posibilidad de reelección restringida; y Uruguay, en la misma situación.²³

La Constitución mexicana ofrece una solución de características muy interesantes. En sentido estricto se trataría de un caso de inamovilidad temporal, con prohibición absoluta de reelección. Pero dos características: el tiempo relativamente largo que dura el período de los ministros de la Suprema Corte y la previsión constitucional de que al término de éste tienen derecho a un haber de retiro, lo convierten en un sistema singular.

El artículo 94 de la Constitución de México reza así:

[...] Los ministros de la Suprema Corte de Justicia durarán en su encargo quince años, sólo podrán ser removidos del mismo en los términos del Título Cuarto de esta Constitución y, al vencimiento de su periodo, tendrán derecho a un haber por retiro.

Ninguna persona que haya sido Ministro podrá ser nombrada para un nuevo periodo, salvo que hubiera ejercido el cargo con el carácter de provisional o interino

La solución propuesta puede resultar viable en particular en países que hayan alcanzado cierto grado de estabilidad e institucionalidad en el funcionamiento de sus órganos de gobierno, pues en ellos el acceso a la más alta magistratura judicial, como consecuencia de la vigencia efectiva de la carrera judicial, estará precedida del ejercicio de la función jurisdiccional en instancias inferiores. Si tenemos en cuenta esto, el espacio de tiempo previsto no puede ser considerado corto. Incluso tampoco lo es para quienes pudieran acceder directamente al cargo.

El *haber por retiro*, previsto constitucionalmente, al proporcionarle al magistrado la seguridad necesaria en el periodo posterior al ejercicio del cargo, crea las condiciones necesarias para una actuación independiente durante el tiempo que integre la Suprema Corte de Justicia.

13. Control de constitucionalidad

En cuanto al control de constitucionalidad, deben estudiarse dos temas: el control de sentencias judiciales por medio de la acción de inconstitucionalidad y los efectos limitados de la declaración de inconstitucionalidad.

²³ Venezuela, artículo 264: “Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos por un único periodo de doce años [...]”.

Bolivia, artículo 117: “[...] IV. Los Ministros [...] Desempeñan sus funciones por un periodo personal e improrrogable de diez años, computables desde el día de su posesión y no pueden ser reelegidos sino pasado un tiempo igual al que hubieran ejercido su mandato”.

Uruguay, artículo 237: “Los miembros de la Suprema Corte de Justicia durarán diez años en sus cargos sin perjuicio de lo que dispone el artículo 250 [todo miembro del Poder Judicial cesará en el cargo al cumplir setenta años de edad] y no podrán ser reelectos sin que medien cinco años entre su cese y la reelección”.

Acerca del primer punto, cabe recordar que nuestro sistema presenta la particularidad de establecer la acción de inconstitucionalidad promovida ante la Corte Suprema de Justicia, como vía para ejercer el control de constitucionalidad de los fallos dictados por los tribunales y los juzgados que constituyen las instancias jurisdiccionales inferiores (artículo 260, apartado 2, CN)

La Constitución confiere, asimismo, a la Corte Suprema de Justicia la facultad de “conocer y resolver en el recurso de casación” (artículo 259, inciso 6).

Dicho recurso esté previsto en el Código Procesal Penal del siguiente modo:

Artículo 478: El recurso extraordinario de casación procederá, exclusivamente:

- 1) cuando en la sentencia de condena se imponga una pena privativa de libertad mayor de diez años, y se alegue la inobservancia o errónea aplicación de un precepto constitucional;
- 2) cuando la sentencia o el auto impugnado sea contradictorio con un fallo anterior de un Tribunal de Apelaciones o de la Corte Suprema de Justicia, o
- 3) cuando la sentencia o el auto sean manifiestamente infundados.

En el Código de la Niñez y la Adolescencia, el recurso de casación está previsto en idénticos términos (cf. artículo 244).

Actualmente existe una clara superposición entre dicho recurso y la acción de inconstitucionalidad sobre sentencias, en lo que se refiere al control de constitucionalidad. Como la Constitución establece la acción respectiva como vía idónea para provocar el control de constitucionalidad de actos jurisdiccionales, los artículos del Código Procesal Penal y del Código de la Niñez y la Adolescencia que regulan el recurso de casación resultan inconstitucionales en la medida en que disponen que por medio de ese recurso se pueda ejercer dicho control.

Sin embargo, no somos partidarios de que este conflicto entre la Ley Suprema y la ley secundaria se dilucide de la manera que se podría considerar más natural y fácil, es decir, por la vía de la adecuación de la ley inferior a la superior. Por razones doctrinarias sostenemos que corresponde modificar la Constitución en el sentido de suprimir la acción de inconstitucionalidad referida a sentencias judiciales. De este modo resultaría absolutamente constitucional regular el recurso de casación en las diferentes materias, incluyendo como un aspecto el control de constitucionalidad de las sentencias recurridas.

El otro tema a que aludimos al inicio de este apartado es el de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Al respecto, es impostergable otorgar efectos *erga omnes* a dicha declaración cuando recae sobre actos normativos, es decir, sobre leyes.

En suma, si tenemos en cuenta que proponemos la supresión de la acción de inconstitucionalidad referida a sentencias judiciales, el control de constitucionalidad a cargo de la Sala Constitucional o de la Corte Suprema de Justicia en pleno, según el caso, quedaría limitada a los actos normativos y produciría efectos *erga omnes*.²⁴

²⁴ El punto puede ser ampliado en L. Lezcano Claude: *El control de constitucionalidad en el Paraguay*, Asunción, La Ley Paraguaya, mayo del 2000, pp.113-131.

14. Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados

El Consejo de la Magistratura es una institución incorporada al ordenamiento jurídico paraguayo partir de la Constitución de 1992. En relación con él, nos detendremos en el análisis de dos puntos: por una parte, su composición y, por la otra, las funciones que se le otorgan. De la combinación de estos dos elementos, es decir, del modo en que esté compuesto y de las funciones más o menos amplias o restringidas que tenga, dependerá que el poder del Consejo sea mayor o menor.

En cuanto a su composición, en doctrina se habla de una *composición judicialista* cuando sus integrantes provienen del propio órgano judicial, lo cual determina una vinculación directa con éste y supone un mayor entendimiento con la Corte Suprema o el Tribunal Supremo, o, si se quiere, una mayor posibilidad de influencia sobre el Consejo. Se alude a una *composición mixta* cuando sus integrantes provienen no sólo del órgano judicial. En la composición mixta puede darse un *predominio judicialista* si la mayor parte de sus integrantes provienen del Poder Judicial, una *minoría judicial*, cuando son los menos los que provienen de dicho poder, o un relativo equilibrio entre diversos sectores. Lo que apuntamos en cuanto a entendimiento con el Consejo o a posibilidades de influir sobre él, indudablemente varía según cuál sea la forma de composición mixta de que se trate. En suma, se puede presumir que cuanto menor sea el ingrediente judicialista en la composición del Consejo de la Magistratura o de la Judicatura, menor será la posibilidad de que las funciones que le corresponden sean ejercidas en coordinación o en consulta con el órgano máximo del Poder Judicial.

En cuanto a las funciones del Consejo, se puede hablar fundamentalmente de dos categorías: las referidas a los magistrados y las referidas a la administración del Poder Judicial. Entre las primeras se señala que el Consejo actúa como órgano de selección de magistrados, a veces también de nombramiento de magistrados, y como órgano disciplinario del Poder Judicial.

En lo referente al segundo aspecto, el Consejo tiene a su cargo la elaboración del presupuesto del Poder Judicial y la posterior ejecución de éste. En algunos casos se encarga también de algunas cuestiones relacionadas con la organización del ejercicio de la función jurisdiccional.

En la Argentina, el Consejo de la Magistratura tiene una composición en que hay una amplia participación de los otros poderes y de sectores de la población distintos del Poder Judicial. Además, sus atribuciones son muy importantes. Se trata de un Consejo fuerte debido a su composición, en la que casi no hay intervención del órgano judicial, y a sus atribuciones, que permiten que este órgano ejerza importante influencia en múltiples aspectos del funcionamiento del Poder Judicial. Transcribimos a continuación la disposición constitucional pertinente.

Artículo 114: El Consejo de la Magistratura [...] tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.

El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de

los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.

Serán sus atribuciones:

1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores.
2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.
3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.
4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados.
5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente.
6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.

En Colombia se puede apreciar una escasa intervención de origen judicial en la composición del Consejo Superior de la Judicatura. Las atribuciones de éste, tanto las que se refieren a magistrados judiciales como las vinculadas con la administración del órgano judicial, son de gran trascendencia. Las principales disposiciones constitucionales que versan sobre el tema son las siguientes:

Artículo 231: Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado serán nombrados por la respectiva corporación, de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura.

Artículo 254: El Consejo Superior de la Judicatura se divide en dos salas:

1^a. La sala administrativa, integrada por seis magistrados elegidos para un período de ocho años, así: dos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado.

2^a. La sala jurisdiccional disciplinaria, integrada por siete magistrados elegidos para un período de ocho años, por el Congreso Nacional en ternas enviadas por el gobierno [...]

Artículo 256: Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura [...] de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones:

1^a. Administrar la carrera judicial.

2^a. Elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que deba hacerla [...]

3^a. Examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como las de los abogados en el ejercicio de su profesión [...]

4^a. Llevar el control de rendimiento de las corporaciones y despachos judiciales.

5^a. Elaborar el proyecto de presupuesto de la rama judicial que deberá ser remitido al gobierno, y ejecutarlo de conformidad con la aprobación que haga el congreso.

6^a. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones [...]

Artículo 257: Con sujeción a la ley, el Consejo Superior de la Judicatura cumplirá las siguientes funciones:

1^a. Fijar la división del territorio para efectos judiciales y ubicar y redistribuir los despachos judiciales.

2^a. Crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia [...]

3^a. Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador.

4^a. Proponer proyectos de ley relativos a la administración de justicia y a los códigos sustantivos y procedimentales [...]

En el Perú existe una escasa participación de origen judicial en la composición del Consejo Nacional de la Magistratura. Sin embargo, las facultades de este órgano en cuanto a la selección, el nombramiento, la ratificación y la destitución de jueces y fiscales, incluso de la Corte Suprema, son de suma importancia. Los artículos constitucionales pertinentes son los siguientes:

Artículo 150, 1er. párrafo: El Consejo Nacional de la Magistratura se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular.

Artículo 154: Son funciones del Consejo Nacional de la Magistratura:

1. Nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles [...]

2. Ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años. Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público [...]

3. Aplicar la sanción de destitución a los Vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias. La resolución final, motivada y con previa audiencia del interesado, es inimpugnable [...]

Artículo 155: Son miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, conforme a la ley de la materia:

Uno elegido por la Corte Suprema [...]

Uno elegido [...] por la Junta de Fiscales Supremos.

Uno elegido por los miembros de los Colegios de Abogados del país [...]

Dos elegidos [...] por los miembros de los demás Colegios Profesionales del país [...]

Uno elegido [...] por los rectores de las universidades nacionales.

Uno elegido [...] por los rectores de las universidades particulares.

El número de miembros del Consejo Nacional de la Magistratura puede ser ampliado por éste a nueve, con dos miembros adicionales elegidos [...] por el mismo Consejo, entre sendas listas propuestas por las instituciones representativas del sector laboral y del empresarial [...]

En Bolivia, en cuanto a la composición del Consejo de la Judicatura, se puede observar que, si bien éste es presidido por el presidente de la Corte Suprema de Justicia, los cuatro consejeros que lo integran son designados por el Congreso Nacional. Sus atribuciones son de mucha importancia tanto en cuanto a lo que se refiere a su participación en la integración del órgano judicial, como en cuanto a la elaboración y ejecución del presupuesto del Poder Judicial.

Las disposiciones constitucionales referentes al tema son las siguientes:

Artículo 116. [...] V. El Consejo de la Judicatura es el órgano administrativo y disciplinario del Poder Judicial [...]

[...] VIII. El Poder Judicial tiene autonomía económica y administrativa. El Presupuesto General de la Nación asignará una partida anual centralizada en el Tesoro Judicial, que depende del Consejo de la Judicatura [...]

Artículo 122. I. El Consejo de la Judicatura es el órgano administrativo y disciplinario del Poder Judicial [...]

II. El Consejo es presidido por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia y está integrado por cuatro miembros denominados Consejeros de la Judicatura, con título de abogado en provisión nacional y con diez años de ejercicio idóneo de la profesión o la cátedra universitaria.

III. Los consejeros son designados por el Congreso Nacional por el voto de dos tercios de sus miembros presentes. Desempeñan sus funciones por un periodo de diez años no pudiendo ser reelegidos sino pasado un tiempo igual al que hubiesen ejercido su mandato.

Artículo 123: I. Son atribuciones del Consejo de la Judicatura:

1^a Proponer al Congreso nóminas para la designación de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia; y a esta última para la designación de los Vocales de las Cortes Superiores de Distrito;

2^a Proponer nóminas a las Cortes Superiores de Distrito para la designación de jueces [...]

3^a Administrar el Escalafón Judicial, y ejercer el poder disciplinario sobre los vocales, jueces y funcionarios judiciales, de acuerdo a la ley;

4^a Elaborar el Presupuesto Anual del Poder Judicial [...] Ejecutar su presupuesto conforme a ley y bajo el control fiscal [...]

En México, el Consejo de la Judicatura Federal está compuesto por una mayoría de origen judicial (el presidente de la Suprema Corte de Justicia y tres consejeros designados por el pleno de la Corte, es decir, cuatro sobre un total de siete miembros). Esta mayoría de 4 a 3 da la posibilidad de que el control de ese órgano quede en manos de la Suprema Corte.

El artículo 100 dispone quanto sigue:

El Consejo de la Judicatura Federal será un órgano del Poder Judicial de la federación con independencia técnica, de gestión y para emitir sus resoluciones.

El Consejo se integrará por siete miembros de los cuales, uno será el presidente de la Suprema Corte de Justicia, quien también lo será del Consejo; tres consejeros designados por el pleno de la corte, por mayoría de cuando menos ocho votos, de entre los magistrados de circuito y jueces de distrito; dos consejeros designados por el senado, y uno por el presidente de la república[...]

[...] La Suprema Corte de Justicia elaborará su propio presupuesto y el Consejo lo hará para el resto del poder judicial de la federación [...]

En El Salvador el Consejo Nacional de la Judicatura tiene atribuciones limitadas, como en el Paraguay, y en su integración sólo interviene el órgano legislativo.

Al respecto, el artículo 187 establece:

El Consejo Nacional de la Judicatura es una institución independiente, encargada de proponer candidatos para los cargos de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Magistrados de las Cámaras de Segunda Instancia, Jueces de Primera Instancia y Jueces de Paz.

Será responsabilidad del Consejo Nacional de la Judicatura, la organización y funcionamiento de la Escuela de Capacitación Judicial, cuyo objeto es el de asegurar el mejoramiento en la formación profesional de los jueces y demás funcionarios judiciales.

Los miembros del Consejo Nacional de la Judicatura serán elegidos y destituidos por la Asamblea Legislativa con el voto calificado de las dos terceras partes de los Diputados electos [...]

En el Ecuador, el tema está legislado en el artículo 206, 1^{er} párrafo, que dice así:

El Consejo Nacional de la Judicatura será el órgano de gobierno, administrativo y disciplinario de la Función Judicial. La ley determinará su integración, la forma de designación de sus miembros, su estructura y funciones.

En el Paraguay tenemos un Consejo de la Magistratura débil, si se tienen en cuenta sus atribuciones en comparación con las que se confieren a este órgano en otros regímenes constitucionales como los que acabamos de mencionar. Solamente es un órgano de selección de magistrados; su función se limita a la elaboración de ternas para elevarlas al órgano encargado de la designación.²⁵

Uno de los problemas que se plantean es el de la conveniencia o no de otorgar al Consejo de la Magistratura, o de la Judicatura, atribuciones importantes como las de nombrar a los magistrados, decidir su promoción a instancias superiores, decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, ordenar su suspensión y formular la acusación correspondiente, actuar como órgano disciplinario del Poder Judicial, ejercer la administración de éste, en particular, en cuanto a la elaboración de su presupuesto y a su ejecución, etc.

¿Es conveniente crear un Consejo que tenga tales atribuciones y, en especial, cuando su funcionamiento sea autónomo en relación con la Corte Suprema de Justicia?

En cuanto a este tema debemos hacer referencia a dos perspectivas diferentes. Por una parte, tenemos la perspectiva europea, en la cual el Poder Judicial aparecía, en algunos aspectos, en relación de dependencia respecto del órgano ejecutivo, por medio del Ministerio de Justicia. Éste intervenía en cuanto a la provisión de fondos, en cuanto a la proposición de candidatos para la magistratura, etc. En estas circunstancias, trasladar dichas funciones de manos del órgano ejecutivo a un Consejo de la Magistratura o de la Judicatura, concebido como un órgano extrapoderes, constituía un avance.

Pero desde la perspectiva americana, la cuestión se torna diferente. En efecto, atribuciones tales como la de intervenir en el nombramiento de magistrados de las instancias inferiores, la de llevar a cabo su enjuiciamiento, la de actuar como órgano disciplinario del Poder Judicial y la de ejercer la administración de éste, correspondían a la Corte Suprema de Justicia. En estas circunstancias, transferir estas facultades al Consejo de la Magistratura o de la Judicatura significa restarle atribuciones al

²⁵ Cf. artículos 251, 264, 269, 270 y 275 de la Constitución paraguaya de 1992.

órgano máximo del Poder Judicial, con el consiguiente debilitamiento que ello lleva implícito. Desde el punto de vista de la independencia institucional del Poder Judicial, esto significa un retroceso tanto mayor cuanto más importantes sean las atribuciones conferidas al órgano creado y la autonomía que se le reconoce.

En el Paraguay, el Poder Judicial ha sido tradicionalmente el órgano de gobierno más débil y en forma permanente se ha encontrado sometido, en mayor o menor medida, a los designios de los otros dos órganos integrantes de la tríada clásica. Desde un punto de vista teórico, resultaría conveniente liberar a la Corte Suprema de Justicia de toda función que no fuera la jurisdiccional, a fin de que se dedicara en exclusividad a la actividad que le es propia y específica. Pero la adopción de una medida como la indicada, cuya faz positiva es la de evitar cualquier distracción del máximo órgano judicial derivada de la obligación de atender cuestiones de otra índole, importa, sin embargo, en las circunstancias actuales del Paraguay y en general de toda Iberoamérica, una considerable disminución de sus atribuciones con afectación de su carácter de órgano cabeza de uno de los poderes del Estado. Se debilitaría, pues, a la Corte Suprema de Justicia al transferir funciones que le eran propias a un órgano extrapoder cuya composición puede permitir cierto grado de proximidad con aquélla o un funcionamiento independiente, en el mejor de los casos; pero que también puede dar lugar a influencias gravitantes de los otros órganos principales de gobierno, como vía de injerencia de éstos en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Por las razones mencionadas somos partidarios, en lo que se refiere a las atribuciones del Consejo de la Magistratura, de mantenerlas tal cual están, independientemente de las modificaciones referentes a otros aspectos que se sugieren más abajo.

En lo que se refiere a la composición del Consejo, se puede apreciar una minoría extrema de origen judicial entre sus integrantes: sólo un ministro de la Corte Suprema de Justicia, sobre ocho miembros. No existe representación de los otros niveles de la magistratura ni del Ministerio Público.

En cuanto al punto de la integración, se presenta también el problema de la elección de los abogados de la matrícula, por sus pares. El universo compuesto por dichos profesionales es ya bastante amplio (en la actualidad sería de aproximadamente nueve mil personas), lo cual determina que quienes aspiran a representar a los abogados en dicho Consejo deban realizar verdaderas campañas proselitistas. Debido a las actividades que tienen que realizar los candidatos, a las posibles influencias de sectores políticos y a las promesas formuladas o compromisos asumidos, se crea una situación que atenta contra la imagen de equilibrio, ecuanimidad y prescindencia de preferencias políticas que deberían tener los integrantes de un órgano encargado de seleccionar a los candidatos a magistrados judiciales, miembros del Ministerio Público y miembros del Ministerio de la Defensa Pública. En consecuencia, habría que pensar en modificar la forma de elección de los abogados que habrán de integrar el Consejo.

En consecuencia, en lo que atañe a la composición del Consejo de la Magistratura, nuestro parecer es que ella debe ser modificada de modo a permitir una mayor

participación del Poder Judicial y del Ministerio Público en su integración. Asimismo, deberían adoptarse las medidas pertinentes con vistas a evitar que la elección de los abogados representantes del gremio (y también la de los profesores) no se pervertiera por la práctica de actividades propias del proselitismo político partidario.

Por otra parte, creemos que las funciones que corresponden al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados podrían ser desempeñadas también por el Consejo de la Magistratura. Es decir, ambos órganos podrían quedar subsumidos en uno solo.

Al respecto véase la composición de ambos órganos:

Artículo 262: El Consejo de la Magistratura está compuesto por:

- 1) un miembro de la Corte Suprema de Justicia, designado por ésta;
- 2) un representante del Poder Ejecutivo;
- 3) un Senador y un Diputado, ambos nominados por su Cámara respectiva;
- 4) dos abogados de la matrícula, nombrados por sus pares en elección directa;
- 5) un profesor de las facultades de Derecho de la Universidad Nacional, elegido por sus pares, y
- 6) un profesor de las facultades de Derecho con no menos de veinte años de funcionamiento, de las Universidades privadas, elegido por sus pares.

Artículo 253: “[...] Este [el JEM] estará integrado por dos ministros de la Corte Suprema de Justicia, dos miembros del Consejo de la Magistratura, dos senadores y dos diputados [...].

Se puede apreciar que el número de componentes de ambos órganos es ocho. Ellos tienen un origen idéntico en el caso de los ministros de la Corte Suprema y en el de los senadores y diputados. En cuanto a los demás miembros, los de un órgano surgen de entre los restantes del otro órgano. En efecto, entre el representante del Poder Ejecutivo, los abogados y los profesores deben ser electos los dos últimos miembros del Jurado.²⁶

La diferencia está en la cantidad de representantes que corresponden a cada órgano. En el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados se puede apreciar un predominio de legisladores (cuatro), que los coloca en situación de alcanzar la mayoría con cierta facilidad. Éste es un punto que debe tenerse en cuenta al estudiar la integración del Jurado, si se lo mantiene como órgano independiente, y con mayor razón si se lo integra en un solo órgano con el Consejo de la Magistratura. Se debe evitar que la influencia que pudiera provenir de órganos vinculados a la esfera político-partidaria, fuera de tal gravitación que pudiera resultar determinante en cuanto a la integración y el funcionamiento independiente del Poder Judicial, del Ministerio Público y del Ministerio de la Defensa Pública.

²⁶ Lo que acabamos de señalar se desprende de lo dispuesto en el artículo 4º, de la ley n° 296/94, “Que organiza el funcionamiento del Consejo de la Magistratura”, que dice: “El Ministro de la Corte Suprema de Justicia y los miembros del Poder Legislativo que integren el Consejo no pueden ser al mismo tiempo miembros del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, ni representantes ante el mismo”.

En el cuadro siguiente se puede apreciar la equivalencia entre el Consejo y el Jurado en cuanto a su composición:

Consejo de la Magistratura	Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados
Corte Suprema de Justicia (1)	Corte Suprema de Justicia (2)
Poder Ejecutivo (1)	Consejo de la Magistratura (2)
Senador (1)	Senadores (2)
Diputado (1)	Diputados (2)
Abogados (2)	
Profesores (2)	

15. Otros temas

Los temas que deben ser objeto de una reforma constitucional no se agotan en los puntos estudiados precedentemente. Por su naturaleza, el presente trabajo debe tener una extensión limitada, lo cual obliga a abandonar toda pretensión de realizar un estudio exhaustivo. Por ello, a continuación nos limitaremos a citar algunos temas más que deben ser objeto de consideración. Son los siguientes: gobiernos departamentales, servicio militar obligatorio, fuerzas armadas, unicameralismo o bicameralismo, justicia electoral y estado de excepción, entre otros.

Bibliografía

- CORREA FREITAS, Rubén: *Constitución de la República Oriental del Uruguay*, DEOF, Buenos Aires, 1997.
- CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE: *Diario de Sesiones*, 1992.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén: *El derecho de la Constitución*, Juricentro, San José (Costa Rica), 2 vols., 1993.
- LEZCANO CLAUDE, Luis: “Comentarios acerca del régimen de gobierno en la futura Constitución paraguaya”, en *Constitución y cambio. Aportes para el debate de la Convención Nacional Constituyente*, CIDSEP-Universidad Católica, Asunción, vol. I, 1991.
- LEZCANO CLAUDE, Luis: *El control de constitucionalidad en el Paraguay*, La Ley Paraguaya, Asunción, 2000.
- LEZCANO CLAUDE, Luis: “Vicepresidencia: entre la indefinición y el marginamiento”, *Última Hora*, Asunción, 29 de septiembre de 1993.
- OROPEZA, Ambrosio: *La nueva Constitución venezolana 1961*, Caracas, 1986.
- RODRÍGUEZ ITURBE, José: “Venezuela: La ANC y la confusión del momento”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1999*, Konrad Adenauer Stiftung-CIEDLA, Buenos Aires, 1999.
- RODRÍGUEZ VICÉNS, Antonio “Ecuador: Algunas reformas constitucionales de la Asamblea Nacional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1999*, Konrad Adenauer Stiftung-CIEDLA, Buenos Aires, 1999.

Constituciones

- Constitución argentina de 1994.
- Constitución brasileña de 1988.
- Constitución chilena de 1980.
- Constitución colombiana de 1991.
- Constitución costarricense de 1949.
- Constitución ecuatoriana de 1998.
- Constitución guatemalteca de 1985, reformada en 1993.
- Constitución italiana de 1947.
- Constitución mexicana de 1917
- Constitución panameña de 1972, reformada en 1978 y 1983.
- Constitución paraguaya de 1992.
- Constitución peruana de 1993.
- Constitución salvadoreña de 1983.
- Constitución uruguaya de 1966.
- Constitución venezolana de 1999.
- Constitución de Weimar de 1919.

Enrique Bernales Ballesteros (Perú) *

Los caminos de la reforma constitucional en el Perú **

1. Introducción

La reforma constitucional ha sido un tema recurrente en el Perú durante los últimos años. La transición a la democracia obligaba a buscar cambios estructurales a fin de eliminar los remanentes autoritarios del sistema jurídico y de las instituciones en el país. En esa perspectiva hubo algunos progresos, pero lamentablemente el proceso está prácticamente paralizado y avanza sólo de manera coyuntural y en algunos casos peligrosa, como en la errónea pretensión de introducir en el texto fundamental principios que corresponden al derecho civil.

2. El denso proceso de la reforma constitucional en el Perú

2.1. Antecedentes

Una transición democrática es un proceso de reestructuración institucional. Las normas jurídicas dictadas durante la dictadura se examinan a la luz de un contexto en el que lo que se busca es recuperar el Estado de derecho.

Por esa razón, desde que se constituyó, en noviembre de 2000, el gobierno de transición de Valentín Paniagua tuvo entre sus principales objetivos la reconstrucción del Estado de derecho y la recuperación y fortalecimiento de las instituciones políticas destruidas por el gobierno dictatorial de Alberto Fujimori. No era posible asumir la transición sin una reforma que abarcase el texto constitucional. No obstante, dado el breve tiempo asignado al gobierno de transición y que el principal encargo

* Profesor de Derecho Constitucional. Director Ejecutivo de la Comisión Andina de Juristas.
bernales@cajpe.org.pe

** Un agradecimiento especial para Raúl Mendoza Cánepa y Antonio Ruiz Ballón, quienes como parte del Equipo de la Comisión Andina de Juristas han colaborado conmigo en este trabajo.

recibido era garantizar las elecciones generales, se abstuvo de convocar a una asamblea constituyente. Con buen tino optó, sí, por sentar las bases de una reforma constitucional posterior, una vez instalado el gobierno elegido por el pueblo.

2.2. *Las vías propuestas de reforma constitucional*

Mediante el decreto supremo n° 018-2001-JUS, del 26 de mayo de 2001, se creó la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, a fin de proponer:

- las normas constitucionales que podrían ser reformadas, a partir de la evaluación de su contenido, de su análisis sistemático y de la regulación de las instituciones políticas;
- las opciones sobre el contenido de las reformas propuestas;
- el procedimiento para desarrollar las reformas constitucionales propuestas.

La Comisión estuvo constituida por especialistas y expertos con notable trayectoria profesional y académica. Luego, el Ministerio de Justicia efectuó una convocatoria pública a través de los medios de comunicación escritos, abriendo una línea de comunicación así como medios electrónicos de comunicación para difundir el proceso y atender todas las propuestas y opiniones sobre él.

La reforma constitucional formaba parte del proceso de democratización y el gobierno que sucediera al de Valentín Paniagua debía impulsar el proceso en cualquiera de las formas recomendadas por el gobierno transitorio. Se entendía que la transición no concluía el 2001 y que era necesario modificar o sustituir la Constitución de 1993, una Carta hecha a la medida de un gobierno autoritario.

Con ese espíritu se inició el debate nacional sobre la reforma constitucional y se establecieron las vías procedimentales posibles en el contexto que se vivía y con atención a la voluntad ciudadana. En este sentido la Comisión propuso las siguientes alternativas:

2.2.1. *Primera alternativa*

a) Lo primero que debe aceptar el Congreso de la República, de ser posible en el mismo mes de agosto del año en curso, es declarar la nulidad de la Constitución de 1993 y la vigencia de la Carta de 1979. Los argumentos que sustentan esta medida son los siguientes:

- El artículo 307º de la Constitución de 1979 estipula que dicha Carta no perderá vigencia en ningún caso y que todos están obligados a restablecerla, tan pronto sea posible.
- La Constitución de 1993 fue aprobada por un congreso constituyente fruto de un golpe de Estado y en dependencia de un gobierno autoritario y corrupto, como los hechos posteriores han confirmado.

- Adicionalmente, la Constitución de 1993 fue aprobada en un debate parlamentario controlado y no libre, y ratificada por un referéndum que se realizó sin ninguna seguridad ni garantía en sus resultados y con un propósito fraudulento.
- La Constitución de 1993 sólo ha servido como un instrumento de la dictadura, pues ha sido vaciada de contenido, incumplida en los pocos preceptos novedosos y democráticos que en ella fueron incorporados, y adicionalmente ha servido para proteger actos de corrupción y de violación de derechos humanos, perdiendo así cualquier eventual legitimidad que pudiera haber tenido o que hubiera aspirado a tener. Si bien no tuvo legitimidad de origen, bien pudo tener legitimidad de ejercicio, de la que también careció.

b) Sin embargo, en el mismo acto deben declararse convalidadas todas las acciones, nombramientos, compromisos, etc. que hayan sido hechos bajo su imperio, incluyendo aspectos tributarios, financieros, administrativos, judiciales, etc., con independencia de su revisión futura, en los casos que el tiempo transcurrido y las leyes correspondientes así lo configuren y posibiliten. Expresamente debe señalarse entre otros puntos, que:

- Se reconoce los efectos de las elecciones generales del año 2001.
- Se reconocen los derechos humanos aprobados por los tratados internacionales de la materia y ratificados por el Perú.
- Se deja en suspenso la parte relativa a los aspectos laborales, de la seguridad social, salud y bienestar, y régimen agrario.
- La institución de la Defensoría del Pueblo debe mantenerse como tal, con sus atribuciones.
- El actual Congreso de la República pasa a llamarse Cámara de Diputados.
- Se deja a salvo el proceso de ratificaciones judiciales que viene realizando el Consejo Nacional de la Magistratura.
- Debe mantenerse el nombre de Tribunal Constitucional, con sus miembros y competencias actuales, hasta que sea renovado totalmente.
- Se convoca a elecciones para una asamblea constituyente de 80 miembros, a fin de que en el plazo de seis meses introduzca en la Constitución de 1979 los cambios que correspondan. Al término de su mandato, de los 80 constituyentes, los 50 más votados —y que cumplan con los requisitos— pasarán a formar el Senado, y los 30 restantes se incorporarán a la Cámara de Diputados, que de esta manera tendrá un total de 150 miembros.
- Se establece que la ONPE es parte integrante del Jurado Nacional de Elecciones. En igual sentido, lo es la RENIEC. Ambos dependerán del Jurado, en tanto se hagan las reformas correspondientes.
- Los cambios efectuados son sancionados por un referéndum posterior.

2.2.2. *Segunda alternativa*

Utilizar los mecanismos que la actual Constitución de 1993 prevé para la reforma constitucional, teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) Introducir una reforma total que incorpore la Constitución de 1979, aprobando esta decisión en dos legislaturas ordinarias sucesivas o en una y ulterior ratificación en referéndum.
- b) Simultáneamente, introducir las reformas de actualización a la Carta de 1979, con las correspondientes disposiciones transitorias, estableciendo los plazos correspondientes.

2.2.3. *Tercera alternativa*

a) Aprobar una ley de referéndum para consultar al pueblo si quiere retornar a la Constitución de 1979 y, si así fuera, convocar a una asamblea constituyente a fin de que reforme, actualice y ponga en práctica dicha Constitución.

b) Aprobar una ley de referéndum para que el pueblo decida si quiere que se apruebe una nueva Constitución que recoja lo mejor de la tradición histórica del Perú. De ser el caso, sería convocada una asamblea constituyente expresamente para ello.

3. La reforma constitucional por el Congreso

Con un apoyo político mayoritario inicial, el nuevo Congreso (período 2001-2006), que había recibido las propuestas de la Comisión de Bases del gobierno de transición, decidió proceder a la reforma de la Carta Constitucional, con el compromiso de revisar todo el texto de 1993. Iniciado el debate, surgieron voces que empezaron a reclamar una vuelta a la Constitución de 1979, considerando la Carta de 1993 como nula; y, de otro lado, la convocatoria a una asamblea constituyente.

En el contexto del debate comenzó a ganar terreno la opción que cuestionaba la legitimidad del proceso de reforma iniciado por el Congreso y a favor de la convocatoria a una asamblea constituyente. El Colegio de Abogados de Lima fue protagonista de la posición contraria a la reforma total de la Constitución por parte del Congreso. Es así que se empeñó en recolectar firmas para que un referéndum aprobara la convocatoria a una asamblea constituyente, incluso luego de que el Tribunal Constitucional sentenciara por la constitucionalidad de la reforma tal como se había estado llevando a cabo, intentó el camino de la elaboración de un nuevo texto constitucional por una Asamblea. Aprovechando una opinión ciudadana mayoritaria coincidente con su propuesta, exigió que los ciudadanos fueran consultados sobre la opción de una asamblea constituyente.

Otras organizaciones, como el Movimiento Fuerza Democrática, tomaron vías alternas. En este caso, esta organización política presentó una iniciativa legislativa, en ejercicio del derecho de participación ciudadana, admitida por el Jurado Nacional

de Elecciones vía resolución nº 012 - 2003-JNE, por el que se plantea declarar la nulidad de la Constitución de 1993, restituir la vigencia de la de 1979 y la convocatoria a una asamblea constituyente en caso de que el Congreso aprobara la reforma total de la Constitución.

Estos sectores (especialmente algunas organizaciones de la sociedad civil, así como algunos medios de comunicación) asumieron una posición a favor de la convocatoria a una asamblea constituyente, expresando además que el Congreso no está facultado para elaborar una nueva Constitución, que es lo que pretendería una reforma total del texto.

El fundamento del Congreso por la reforma total de la Carta (y no su sustitución) se sustentó jurídicamente en los artículos 206 y 32, inciso 1, de la Constitución de 1993, que dispone los mecanismos para tal reforma, posición validada por la sentencia del Tribunal Constitucional en el sentido de la constitucionalidad del proceso de reforma total de la Constitución por el Congreso.

3.1. La ley 27.600 que da inicio al proceso de reforma constitucional

La ley 27.600 establece en su artículo 2 que la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales propondrá un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú y en particular el texto de 1979. Dice luego que el texto aprobado será sometido a referéndum. La norma establece así que la reforma constitucional será total, es decir, sobre la base de la revisión integral del texto de 1993. La ley referida dispone una reforma de la Carta Constitucional a partir de los preceptos que ella misma establece. La única posibilidad de reformar el texto fundamental en el marco del sistema constitucional es a través de una reforma realizada por el Congreso de acuerdo con los alcances de la propia Carta.

3.2. Algunas características del debate de reforma constitucional

Durante el primer semestre del 2003 continuó el debate de reforma constitucional en el Congreso de la República iniciado a partir de la ley 27.600 del 15 de diciembre del 2001.

El Congreso hizo uso de los artículos 206 y 32, inciso 1, de la Constitución de 1993. Recogió las críticas, observaciones y propuestas contenidas en 103 aportes de instituciones de la sociedad civil. Por ejemplo, muchos colegios profesionales, ciudadanos y juristas contribuyeron con ideas en diversos temas. Se realizaron 27 foros públicos descentralizados. Las opiniones ciudadanas están contenidas en cinco tomos que testimonian el gran trabajo de participación ciudadana.

La reforma constitucional se llevó a cabo a la luz de la opinión pública, con la máxima transparencia y la más abierta convocatoria, y se conformaron espa-

cios de participación en Internet a través del enlace a la reforma constitucional de la página web del Congreso y con el compromiso de que el texto final fuera sometido a consulta popular a través de un referéndum.

Más adelante, y pese a que más de las tres cuartas partes del texto se había debatido en el Pleno, algunas fuerzas políticas retrocedieron y plantearon que el debate de la reforma constitucional se suspendiera hasta que se establecieran nuevos mecanismos para continuar con los cambios de la Carta Magna. Incluso se llegó a pensar que la reforma se debía realizar en función de la Constitución de 1979, cuando ya el tema se había discutido y había sido superado. Una alternativa que surgió fue la de la reforma parcial aplicada a la Constitución de 1979 dentro del procedimiento que señala el artículo 206 de la Carta vigente. Prevaleció, en realidad, el cálculo político.

Una cuestión previa, como se aprecia más adelante, paralizó en mayo del 2003, teóricamente durante diez días, el debate de la reforma. Al no recuperarse el consenso entre las bancadas, la suspensión se prolongó. A casi más de año y medio de paralizado el proceso, éste no muestra visos de reiniciarse.

3.3. El debate constitucional en el Pleno del Congreso

El debate del proyecto de Reforma de la Constitución en el Pleno del Congreso se inició el 12 de setiembre del 2002, con la discusión del título I (de los derechos y deberes fundamentales y procesos constitucionales). El propósito era aprobar esta primera parte de la nueva Carta Magna para dar paso al título III (del régimen económico), compuesto por 36 artículos.

A lo largo del debate se mantuvieron posturas contrarias al proceso, como la de los parlamentarios Daniel Estrada y Yohny Lescano, quienes consideraron que la reforma constitucional no debía ser desarrollada por el Congreso, sino por una asamblea constituyente.

Con el 70% de los artículos aprobados en marzo y luego de un largo proceso impulsado por el compromiso de las fuerzas políticas, en la sesión vespertina del Pleno del 24 de abril del 2003 el Congreso aprobó suspender el debate constitucional desde el 25 de abril hasta el 5 de mayo. En los hechos, esa suspensión continúa hasta la fecha. Los últimos artículos aprobados estuvieron referidos al Régimen de Excepción.

3.4. La acción de inconstitucionalidad del Colegio de Abogados del Cusco

3.4.1. Las objeciones del Colegio de Abogados del Cusco

En la demanda del Colegio de Abogados del Cusco se sostiene que el Congreso de la República, en virtud de la ley n° 27.600, se está arrogando atribuciones que son propias del poder constituyente originario, inalienable e intransferible.

ble, pues bajo el membrete de “reforma total” pretende estatuir una nueva Constitución. Señala que la actual Carta Política no le ha conferido al Congreso la facultad de abrogarla y sustituirla por otra, sino solamente la de modificarla; es decir, le ha otorgado la posibilidad de actuar como un poder constituyente derivado, por lo que, en realidad, lo que el Parlamento está intentando realizar es dar un “golpe de Estado”. Afirma, además, que la Constitución no ha establecido ningún trámite para que el Congreso efectúe una nueva Constitución, sino solamente para reformarla, pero manteniendo su identidad y continuidad, por lo que un análisis minucioso y doctrinario no puede dejar de lado que el poder de reforma sólo permite modificarla parcialmente. Luego sostiene que la facultad de dictar una nueva Constitución es exclusiva del pueblo, a través de una asamblea constituyente, elegida expresamente con dichas facultades.

3.4.2. *La contestación del Congreso de la República*

En la contestación de la demanda, el Congreso de la República señala que el único procedimiento establecido en la Constitución que permite la reforma constitucional es el recogido en el artículo 206° y que sólo respetando tal procedimiento puede ser válida la reforma; únicamente de esta manera se observaría el principio de continuidad o estabilidad de nuestro ordenamiento jurídico. Dice, asimismo, que el poder reformador del poder constituyente no es la única alternativa para una reforma total de la Constitución, pues una interpretación sistemática de los artículos 32° y 206° permite sostener que también se le ha conferido dicha facultad al Congreso de la República. Asimismo afirma que la reforma total o parcial de la Constitución a cargo del poder legislativo, prevista en su propio texto, es consecuencia de la voluntad libre y autónoma del poder constituyente. Luego explica que el segundo párrafo del artículo 32° de la Constitución no ha sido establecido para aquellos casos referidos al referéndum constituyente, sino para los que tengan por objeto consultar a la ciudadanía sobre normas específicas de rango infraconstitucional, de carácter tributario y presupuestal, o sobre los tratados internacionales en vigor.

De otro lado, afirma que el número de votos necesarios para la aprobación de la ley n° 27.600 no tuvo por qué ser análogo al número de votos necesarios para aprobar una ley orgánica.

Finalmente, dice que el retiro de la firma del ex presidente Alberto Fujimori del texto de la Constitución de 1993 constituye un gesto político necesario para la moral pública, en aplicación de la resolución legislativa n° 009-2000-CR, que declaró su permanente incapacidad moral para gobernar, acto que sin embargo no afecta la vigencia de la Constitución de 1993. De alguna manera podría interpretarse que el Congreso lo percibe como un acto simbólico.

3.4.3. *La sentencia del Tribunal Constitucional*

La sentencia del Tribunal Constitucional establece que la demanda de inconstitucionalidad es infundada. Considera que no está prohibido a las comisiones del Congreso presentar proyectos de ley; que el texto resultante, una vez aprobado por el Congreso y aceptado mediante referéndum, será una Constitución nueva, la que debe recoger la Constitución histórica de la República y los principios y valores establecidos en la Constitución de 1979 y que el retiro de la firma de Alberto Fujimori en el documento de promulgación es legítimo, pues no despromulga la Constitución de 1993.

La sentencia declara que el Poder de Reforma Constitucional es un poder limitado. Los límites que caracterizan al órgano reformador pueden, ser formales y materiales. Los límites formales se encuentran referidos a todos y cada uno de los requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para que la reforma prospere.

Desde una perspectiva doctrinaria, la reforma constitucional es siempre parcial. Sin embargo, en aquellos sistemas que, como el peruano de 1993, se prevé expresamente la hipótesis de la reforma “total” (artículo 32°). El Tribunal Constitucional estableció que, cualquiera sea el pronunciamiento que en torno a la hipótesis de la reforma total de la Constitución que debía expedir, necesariamente habría de realizarse a partir de lo que sobre tal asunto haya previsto la Constitución de 1993.

Dice luego: “El artículo 206° de la Constitución no señala los alcances de la reforma constitucional, por lo que tratándose de una competencia jurídica, debe entenderse que la reforma sólo puede tener alcances parciales. Ese es el sentido en el que debe entenderse la expresión *ley de reforma constitucional* que utiliza el mismo artículo 206° de la Carta, cuando se refiere a que lo aprobado por el Congreso o mediante referéndum, en el ejercicio de esta competencia, no puede ser observado por el Presidente de la República”.

Admite así la vigencia de una Ley de Reforma Constitucional y que el proceso no refiere la sustitución por otro texto constitucional. Si el artículo 206° de la Carta esencialmente alude a la competencia de la reforma parcial de la Constitución, su artículo 32° constitucionaliza que la reforma pueda ser total.

En definitiva, el Tribunal Constitucional considera que “una interpretación que respete el principio de unidad de la Constitución, exige del intérprete comprender necesariamente que la potestad de reformar parcialmente la Constitución, en cuanto poder constituido, no sólo se encuentra sujeta a límites formales o procedimentales (artículo 206° de la Constitución), sino también a límites materiales, entre los cuales se encuentran los derechos de la persona y, en general, a los principios supremos del ordenamiento constitucional”.

Si bien la decisión de instaurar un orden constitucional diferente puede realizarse a través de un Poder Constituyente, no impide que, en un ordenamiento como el peruano, donde se ha constitucionalizado la función constituyente, el proyecto de una Constitución pueda ser elaborado por el Congreso de la República, para posteriormente someterlo

a la decisión del soberano, a través del referéndum. La decisión de aprobar el texto corresponde, no obstante, al Poder Soberano. De allí que la elaboración del proyecto de la nueva Constitución en el Congreso, necesariamente debe concluir con un referéndum, caso contrario puede declararse la inconstitucionalidad de tal proceso.

El Tribunal considera constitucional que la propuesta del Congreso de la República se venga aprobando con las exigencias agravadas que prevé el artículo 206° de la Constitución, esto es, con el voto conforme de más de los dos tercios del número legal de miembros del Congreso, pues una cosa es que el procedimiento de reforma total de la Constitución no lo pueda aprobar el Congreso de la República, y otra, muy distinta, es que al elaborarse un proyecto de nueva Constitución éste no se realice conforme a las reglas constitucionales y reglamentarias que regulan su actuación.

El voto singular del magistrado Aguirre Roca coincidió con la sentencia en que la supresión comentada no afecta la vigencia de la Constitución, pero por motivos distintos. La argumentación del voto singular se sustenta en la decimocuarta disposición final y transitoria, según la cual “la presente Constitución, una vez aprobada por el Congreso Constituyente Democrático, entra en vigencia, conforme al resultado de referéndum regulado mediante ley constitucional”. Así, según el voto singular, “la validez de la Constitución vigente, según su propio tenor, depende —y dependió siempre, *ab initio*— de sólo dos actos sucesivos y complementarios, a saber: la aprobación otorgada, primero, por el Congreso Constituyente Democrático, y la aprobación subsiguiente, sancionada por el pueblo, a través del referéndum”. Es decir y tal como lo expresa: “lo que la firma no dio, su retiro no puede quitar”.

El Tribunal Constitucional declaró que la ley 27.600 es constitucional y con ello el debate jurídico debería haber quedado zanjado. En ese sentido, el Congreso tiene el camino libre para una reforma total del texto constitucional de 1993. Las sentencias del Tribunal Constitucional no sólo son inapelables sino que constituyen la decisión del intérprete supremo de la Constitución.

4. La propuesta de vías de reforma constitucional del presidente Alejandro Toledo

En su discurso ante el Congreso, el 28 de julio del 2004, el presidente Alejandro Toledo planteó tres vías posibles de reforma o cambio constitucional a dilucidar por el Acuerdo Nacional: convocar a una asamblea constituyente, dar potestades constituyentes al próximo Congreso por seis meses o continuar el proceso de reforma ya iniciado por el actual Congreso.

4.1. Sobre la convocatoria a una asamblea constituyente

Una de las formas a través de las cuales se manifiesta el poder constituyente es mediante una Asamblea Constituyente. Es tal vez su expresión más auténtica y la que

no pocos problemas suele originar, pues no se trata de un poder constituido —que tiene límites— sino de una instancia con capacidad, en principio, ilimitada.

A diferencia de los otros órganos del Estado, y esta es una diferencia sustancial, los fundamentos de una Asamblea Constituyente no derivan de la Constitución. No se encuentra en ella, por lo tanto, sus posibilidades o modos de actuación. Una Asamblea Constituyente encuentra su fundamento en sí misma, en las circunstancias que la originan. En consecuencia, cualquier análisis jurídico sobre este tema no puede desconocer las bases políticas sobre las cuales se justifican su aparición y funcionamiento.

La Constitución de 1993 no ha previsto la posibilidad de convocar a una asamblea constituyente, por lo que, si esto ocurre, podrían surgir dudas sobre su compatibilidad con la ley fundamental. En una coyuntura en la cual no existen posiciones de consenso sobre la vía más adecuada para reformar la Constitución, quienes tengan una posición contraria a la opción de la asamblea constituyente podrían cuestionar su convocatoria a través de una acción popular o una demanda de inconstitucionalidad. Esto es jurídicamente posible, pues toda convocatoria a una asamblea constituyente se realiza a través de una norma legal.

De producirse esta situación, habría que esperar el pronunciamiento del órgano competente (Poder Judicial o Tribunal Constitucional, según corresponda) para tener certeza de que existe luz verde para el funcionamiento de la asamblea.

En todo caso, de adoptarse la opción de la convocatoria a una asamblea constituyente, debe quedar en claro que su trabajo debería enmarcarse o tomar como base el realizado hasta el momento por el actual Congreso.

4.2. Dar facultades constituyentes al próximo Congreso en el marco de la Constitución de 1993

La propuesta de otorgar facultades constituyentes a un Congreso futuro por un plazo determinado para plasmar una nueva Carta Fundamental no tiene un fundamento constitucional. El poder constituido (el Parlamento y el Gobierno lo son) está sujeto a los límites que prevé la Constitución.

La teoría del poder constituyente tiene una raíz histórica, pues nace de la necesidad de dar contenido político y jurídico a la transición de un Estado absoluto a un Estado democrático. En virtud del contrato social, los ciudadanos adquieren un poder constituyente que crea un orden fundamental y establece el marco al cual habrá de sujetarse la autoridad. Los poderes constituidos no pueden ejercer a plenitud la competencia propia del poder constituyente, como tampoco el poder constituyente puede, con carácter de permanencia, seguir operando como poder constituido. Es el pueblo directamente el que tiene la potestad constituyente.

Si parte del poder constituyente (pueblo) está configurada en el poder constituido (Congreso), atendiendo al artículo 206 de la Constitución y a las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el tema, el poder de reforma no convierte al Congreso en poder

constituyente al punto de adoptar una nueva Constitución. El Tribunal Constitucional sostiene que las reformas no pueden afectar el núcleo duro del texto. El Congreso tiene potestad de reforma parcial, pero no es en sí mismo un poder constituyente; por lo tanto, para que la propuesta sea válida, el Congreso del 2006 tendría que estar dotado de una capacidad superior a la prevista por el artículo 206 de la Carta.

Esta reflexión vale para asumir que si sólo es viable jurídica y políticamente la reforma de la Carta por el Congreso de acuerdo con el artículo 206 de la norma fundamental, no corresponde a éste ni a ningún otro poder constituido asignar funciones constituyentes plenas que ni siquiera se pueden asignar a sí mismos. El único antecedente es el del Congreso que en 1859 se autoasignó facultades constituyentes, en lo que algunos han convenido en llamar *golpe parlamentario*. Así se elaboró la Constitución de 1860. Dato aparte es que, pese a los procedimientos irregulares, esta Carta fue la que mayor vigencia tuvo entre todas las cartas fundamentales que rigen la república desde 1823; operó en este caso un proceso de legitimación social, la misma que le dio posterior legitimidad al texto de 1993.

Sólo quedarían dos vías legítimas desde un punto de vista jurídico y político: la de la reforma constitucional contemplada en el artículo 206 y 32-1 y la que puede surgir de un referéndum en el que el pueblo (único investido de facultades constituyentes plenas) decida por la convocatoria a una asamblea constituyente o por dotar de facultades constituyentes temporales al Congreso del 2006.

Corresponde señalar, en primer lugar, que el pueblo soberano y en ejercicio del poder constituyente absoluto puede, por consulta previa, decidir el camino a seguir; entre otros, el de dar atribuciones constitucionales temporales a un Congreso que recién entrará en funciones en el 2006.

Como *per se* el Congreso próximo no puede decidir por sí mismo ser constituyente y esa función sólo se la puede dar el pueblo (por referéndum previo o porque en el acto de elegir parlamentarios la elección contiene el referéndum mismo), tendría que proceder a la consulta previa o elaborarse una ley especial de convocatoria a las elecciones generales del 2006: elección de representantes y simultáneamente consulta a los ciudadanos sobre si están de acuerdo en darle al Congreso facultades constituyentes por el plazo de seis meses.

¿Este sistema supone alguna ventaja? En todo caso, ¿por qué postergar hasta el 2006 reformas que son urgentes e indispensables? El Estado peruano tiene en la Constitución de 1993 una camisa de fuerza para obrar; ésta fue diseñada para un gobierno autoritario en un contexto de “toma progresiva del Estado”. No es una Constitución adaptada a las necesidades de la democracia.

4.3. Continuación de la reforma constitucional iniciada por el Congreso

Como se ha analizado, ésta es la única propuesta que se ajusta a la Constitución de 1993 y no rompe el esquema trazado por el ordenamiento constitucional. Las otras

posibilidades planteadas por el presidente Alejandro Toledo suponen una ruptura institucional, en el sentido de que sólo son admisibles en situaciones irregulares de tipo fundacional. Pese a que la Carta de 1993 es cuestionable por su origen, ha ganado su legitimación a través del tiempo. Las autoridades democráticas fueron elegidas bajo su marco, fue el referente de las sentencias judiciales y constitucionales, la invocaron los abogados y los juristas. Esta aseveración no supone que dicho texto sea conforme; por el contrario, por su origen y contenido tendencioso debe ser revisado en su totalidad y reformado según las pautas y necesidades de la democracia.

El análisis realizado del proceso de reforma constitucional en capítulos precedentes nos advierte que el proceso debe ser retomado.

5. Excesos en el proceso de reforma constitucional

Si bien el camino de la reforma parcial de la Constitución de 1993, a partir de los mecanismos establecidos en su artículo 206°, es el que nos parece más adecuado, esta alternativa no ha estado exenta de debate ni de planteamientos que otorgan a una reforma parcial alcances múltiples en cuanto interrelación con dispositivos constitucionales en apariencia no afectados. Así las cosas, una reforma parcial también puede desestructurar la lógica interna de la propia Carta, como se verá.

5.1. *La discusión sobre los alcances del artículo 206°*

El artículo 206° de la actual Carta Política señala:

Artículo 206°. Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral.

La norma se refiere expresamente a “Toda reforma constitucional [...].” Sin embargo, se plantean dos posturas de interpretación. Una primera que señala que esta norma sólo facultaría al Congreso para realizar cambios parciales en la Constitución y no la reforma total del cuerpo constitucional, que es lo que en el actual contexto político se debería buscar, dado el ilegítimo origen de todo el documento de 1993.

Los partidarios de la reforma por el Congreso, en el sentido de que puede incluirse su totalidad, entienden que ésta es la única vía válida posible, mientras que la opción de una asamblea constituyente está rodeada de peligros:

Para los defensores de la reforma por el Congreso, la Carta de 1993 permite que el Congreso haga la reforma total del texto constitucional y, por el contrario, una Asamblea Constituyente implica la ruptura del esquema institucional en el sentido de que no está prevista en la lógica constitucional que sólo contempla la organización de los poderes constituidos y la utilización de mecanismos de reforma constitucional, establecidos en el artículo 206° de la Constitución de 1993. Asumen también que si bien el poder constituyente emana del pueblo, la experiencia histórica alecciona que refundar periódicamente la república por medio de asambleas constituyentes es una práctica nefasta. Se sostiene que ese ha sido el recurso de muchos gobiernos autoritarios en su afán de legitimarse. En el Perú no se ha experimentado el camino de las reformas, solamente el de las Asambleas Constituyentes y sin embargo, salvo la Carta de 1860 o de 1979, ninguna logró eficacia o vigencia real, es decir, en términos de Karl Loewenstein, fueron cartas “semánticas” o simplemente nominativas.¹

A nuestro juicio, la discusión sobre la cuestión de los alcances de la validez de una reforma constitucional según el artículo 206° en términos de *reforma total contra reforma parcial* debe plantearse en otros términos y atender principalmente a los problemas jurídicos sustanciales que cada vía entiende, así como sus alcances.

Veamos. ¿Cuándo podríamos estar ante una reforma total y cuándo ante una reforma parcial de la Constitución (o de una norma en general)?

Desde el incierto punto de vista cuantitativo podríamos tratar de establecer el límite entre lo parcial y lo total preguntándonos si es que todo lo que es inferior al 100% de cambios de texto se puede considerar reforma parcial, y sólo en el caso de un 100% de cambios de texto se debe considerar reforma total. (Esto, ciertamente, no debería ser objeto del debate parlamentario, pero ¿quién sabe?) Como es evidente, este criterio de distinción nos sirve de poco y puede llevarnos a discusiones innecesarias, pues no es ése el enfoque que se debe dar al análisis de un proceso de reforma constitucional.

Desde el punto de vista cualitativo, las cosas deberían quedar más claras. La Constitución está estructurada y ordenada de manera jerárquica y sistemática. Así, los primeros artículos constituyen la esencia de los derechos, la organización política, los deberes y las libertades que debe proteger y promover el orden jurídico peruano. Por eso, a partir y en función de ellos se desarrolla el resto del cuerpo constitucional.

En este sentido, teniendo en cuenta que la Constitución es una unidad coherente, cambios en los contenidos de las normas principales deben implicar la realización de cambios en los contenidos de las otras normas del documento. Pero aun así, ¿qué tipo de cambios en el contenido de las normas principales nos pueden llevar a afirmar que se ha producido un cambio total o parcial de la Constitución? Esta pregunta podría contestarse con algunas certezas: los cambios en los contenidos esenciales del ordenamiento constitucional vigente como el sentido político de lo que hoy son los

¹ Véase *Ojo Ciudadano en el Congreso* (Boletín Informativo del CONSODE), año 1, n° 2, setiembre de 2003, p. 54.

derechos y las libertades fundamentales, la configuración y la estructura básica del Estado y la nación, etc. Ellos implicarían necesariamente cambios sustanciales, pero ¿cuándo esos cambios pueden calificarse como un cambio total, y cuándo como cambios parciales del texto constitucional?

Más allá de una desgastante reflexión filosófica sobre el asunto, cabe pensar en las coyunturas de política, sociedad y economía que se depositan en el espacio jurídico del cual se desprende el orden constitucional. Si tenemos en cuenta la tradición jurídico-constitucional del país en las últimas décadas, hoy en día la distinción entre “reforma total” y “reforma parcial” de la Constitución no tiene un asidero real, pues más allá del tipo de proceso de reforma que se desarrolle, o del cuerpo político que la promueva, o de los cambios de contenidos que se propongan, en el contexto actual no es posible pensar que se plantearán cambios sustanciales en las normas esenciales de nuestra Carta Política. Esto quiere decir que las líneas maestras trazadas en la Constitución de 1979 y recogidas por la de 1993 provienen de la tradición histórica republicana del Perú y forman parte de lo que según algunos constitucionalistas se denomina la *Constitución histórica* y otros el *núcleo duro*. Este aspecto sustancial que expresa la identificación entre el pueblo peruano y su Constitución, es decir, su modelo de organización política de derechos sustantivos, no puede en las actuales circunstancias ser afectado; por lo tanto, queda excluida la referencia total en la medida en que ello signifique una revolución político-jurídica plasmada en un nuevo texto constitucional. A su vez, esto significa que de lo que se trata en el actual debate es de un proceso de integración y depuración de las cartas de 1979 y 1993, que tome como eje subordinante a la primera pero con las inevitables actualizaciones que la modernización democrática del país demande.

A esto es a lo que podríamos llamar sin ambages una importante reforma parcial de la Constitución, a condición de que se respeten criterios de cohesión, consistencia y sistematicidad

Este enfoque dejaría insatisfechas aquellas posiciones que exigen la reforma total, no sólo como cambio en la sustancia sino como exigencia moral que obliga a borrar toda traza de la Constitución de 1993. En efecto, no faltan las voces que plantean que el cambio de un cuerpo político corrupto por otro democrático supone una transformación de fondo en el ordenamiento constitucional aun cuando los ejes constitucionales permanezcan estables. Y yendo más allá, hay quienes sostienen que el acto de supresión “total” del texto constitucional espurio y la promulgación de uno “nuevo” es un paso sin el cual el honor de la sociedad y de la democracia no se puede sostener.

Estas últimas razones son de orden moral o político; aun cuando respetables en sí, dejan en pie la consistencia jurídica del artículo 206°. Lo cierto es el artículo en referencia no hace distingos entre reforma parcial ni total de la Constitución (“Toda reforma constitucional...”) y, por lo tanto, deja abierta la posibilidad de transformar ampliamente el texto constitucional sin poner limitaciones para ello.

Por todas estas razones consideramos que seguir la vía de la revisión y reforma previstas en el artículo 206° es la fórmula más idónea. A fin de cuentas, es una lec-

ción de democracia y madurez social subsanar errores pero conservar el orden y la estabilidad democrática que tanto le han hecho falta al país.

5.2. La polémica propuesta de reforma del artículo 103º de la Constitución

No obstante nuestra posición en el actual debate se inclina realistamente por aceptar una reforma parcial que tome como punto de partida la Constitución de 1979 actualizada y modernizada, queremos dejar sentada nuestra preocupación respecto de reformas parciales que, con el pretexto de eliminar un extremo defectuoso de la Constitución de 1993, introducen en el texto constitucional vigente disposiciones que no sólo afectarán derechos sustantivos de la persona, sino que demás configuran una interferencia grave en el proceso mismo de hacer la importante reforma parcial que se espera alcanzar antes de las elecciones del 2006.

El caso del que nos vamos a ocupar podría llamarse el de la pretensión de una fisura capital o el de un intento de desestructuración general del cuerpo constitucional.

En la primera disposición final y transitoria de la actual Constitución se consagra un régimen pensionario que es abiertamente arbitrario y antitécnico.² Este dispositivo reza:

Primera: Los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19.990 y 20.530 y sus modificatorias.

Antes que una disposición final y transitoria, este dispositivo lo que hace es darle rango de norma constitucional a la estabilidad jurídica de estos regímenes pensionarios, tendiendo sobre ellos un blindaje que se pone por encima de la dinámica y la justicia social.

El asunto es que, para eliminar la inequidad sobradamente demostrada de uno de estos regímenes pensionarios, entre otras reformas se propone introducir una de carácter constitucional, según la cual, además de eliminar la referida disposición final y transitoria sustituyéndola por otra, se incorporaría al artículo 103º de la Carta Fundamental la teoría de *los hechos cumplidos*, sin considerar las implicaciones que ello podría tener para la coherencia de todo el sistema constitucional. Veamos.

El actual texto del artículo 103º de la Constitución señala:

Artículo 103º. Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas.

Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.

La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho.

² Previsto en la ley 20.530, que no es del caso detallar aquí.

La propuesta de reforma constitucional es la siguiente:

Artículo 103º. Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.

La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho.

Esta propuesta busca sin miramientos dar una patente de corso al Poder Legislativo para hacer y deshacer sin distingos con todos los derechos que se le pudieran haber reconocido en algún momento dado a un ciudadano o a cualquier sujeto de derecho (fuera de las excepciones tradicionales en materia penal). Ello puede ser comprensible dentro de la dinámica de las normas del derecho civil, pero esta lógica no puede asimilarse desde la Constitución a todo el ordenamiento jurídico.

La esencia del texto constitucional en un Estado de derecho consiste precisamente en limitar el poder discrecional del Estado garantizando condiciones básicas de respeto a los derechos fundamentales, esos que por su naturaleza son reconocidos por el Estado y no otorgados por él.

Vistas así las cosas, cabe preguntarse si es compatible con la lógica constitucional elevar a ella la discusión entre la teoría de los hechos cumplidos y la teoría de los derechos adquiridos.

Entre los argumentos en los que se pretende sostener la reforma constitucional propuesta encontramos el siguiente:

A la luz de la característica de los derechos fundamentales de ser susceptibles de limitaciones por parte del Estado, es importante, destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado la virtual compatibilidad de las normas que efectivicen dicha finalidad con el ordenamiento internacional dirigido a tutelar los derechos humanos si concurren razones de utilidad pública o de interés social y se utiliza el instrumento jurídico adecuado, que es la ley. En el caso “Cinco pensionistas versus Perú”, interpretado el texto del artículo 21º de la Convención Americana en materia de Derechos Humanos y del artículo 5º de su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Corte Señala: “Si bien el derecho a la pensión nivelada [...] es un derecho adquirido los estados pueden poner limitaciones al goce de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de pensiones), los estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados”.

Basta un análisis del contenido del texto citado para darnos cuenta de que hay un equívoco en la pretensión de utilizar este pasaje de una decisión de la Corte como justificación del recorte de derechos. La posición internacional sobre la materia entiende la necesidad de flexibilidad que puede requerir un sistema pensionario, pero en modo alguno se desprende de ella la constitucionalización de esta flexibilidad, menos aún dándole alcance general a un principio de derecho común. Por el contrario, el texto citado expresamente señala que “el instrumento jurídico adecuado” para

limitar los efectos de las leyes que desarrollan la protección de los derechos humanos es la ley y no la Constitución. Más adelante y con claridad el texto de la Corte señala:

Si bien el derecho a la pensión nivelada [...] es un derecho adquirido los estados pueden poner limitaciones al goce de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de pensiones), *los estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados.*³

Finalmente, debemos señalar que si bien existen mecanismos de protección expresados en la propia Constitución, de los cuales por la vía de la interpretación se podrían desprender los límites de la propuesta de reforma, lo cierto es que el carácter tuitivo de la Constitución en un Estado de derecho debe entenderse también en un sentido preventivo, esto es, evitar aquellos dispositivos que por su excesiva apertura pudieran poner en peligro los derechos fundamentales.

³ El resaltado es nuestro.

Augusto Hernández Becerra (Colombia)*

Facultades presidenciales para la reforma de la administración en Colombia. La reforma permanente

1. Introducción

Definir la estructura de la administración significa, en la práctica, establecer las instituciones, las competencias y los recursos públicos de que puede disponer un gobierno para cumplir con sus deberes constitucionales y ejecutar su proyecto político. Normalmente compete al Legislativo configurar, dentro del marco de los preceptos constitucionales, la organización del Ejecutivo y, por tanto, determinar la naturaleza y el alcance de los instrumentos de administración que se confiarán al manejo gubernamental.

Toda reforma estructural de la administración implica tomar decisiones de alto contenido político que, a más de delimitar el campo de acción legítimo del Ejecutivo, precisan las relaciones de poder entre el Ejecutivo y el Legislativo. Por esta razón la determinación de la estructura administrativa tiene incidencia en el sistema de separación de poderes, bien sea para fortalecerlo o para anularlo en beneficio de uno de los extremos de la relación Ejecutivo-Legislativo.

Las medidas orientadas a definir la organización de la administración pueden estar influidas no solamente por factores políticos, sino por criterios jurídicos o de racionalidad empresarial, según las doctrinas, valores e intereses que muevan a la autoridad encargada de adoptar tales decisiones, y que se materializan en diversas concepciones organizacionales de la administración.¹

* Abogado, especialista en derecho público y profesor emérito de la Universidad Externado de Colombia. Es autor de *Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia, Las ideas políticas en la historia y Ordenamiento y desarreglo territorial de Colombia*. hernandezaugusto@hotmail.com.

¹ “El problema central de la teoría contemporánea de la administración pública es que se deriva de tres enfoques distintos a la pregunta básica de qué es administración pública. Cada uno de ellos cuenta con una respetada tradición intelectual, subraya diferentes valores, promueve distintos tipos de estructura organizativa y considera a las personas en términos marcadamente distintos. Resulta conveniente llamar a estos enfoques ‘empresarial’, ‘político’ y ‘legal’”. David H. Rosenbloom: “La teoría

El presente estudio trata del singular proceso que, desde la Constitución Política colombiana de 1991, se organizó para transferir jurídicamente los poderes decisarios sobre organización de la administración pública de manos del Legislativo a las del presidente de la República. La Administración Pública colombiana ha ingresado así en una nueva época. El presidente dispone ahora de autonomía política y técnica para reorganizar la administración confiada a su “suprema autoridad”, según expresión que aparece en los artículos 115 y 189 de la Constitución. Sin duda tiene mucho sentido que quien dirige la administración y personalmente responde por la buena marcha de los negocios a ella confiados tenga la capacidad de decidir cómo quiere que ésta se organice. Con todo, se trata de un cambio institucional sin precedentes en nuestra historia administrativa y excepcional en la escala de la América Latina.

La asignación constitucional de la competencia para reformar la administración al jefe del Ejecutivo, con prescindencia del Congreso de la República, implica voto de confianza muy considerable del Legislativo en el gobierno, y es signo evidente de fortalecimiento del poder presidencial. La medida se explica técnicamente por la necesidad de disminuir los altos costos de transacción que para todo gobierno representó tramitar en el Congreso proyectos de leyes sobre reforma administrativa. De esta manera las reformas podrán corresponder con mayor fidelidad a las necesidades administrativas tal como las percibe el gobierno, y traducirse por tanto en soluciones pertinentes, más orientadas por razones técnicas que por consideraciones políticas. El nuevo sistema permite además agilizar la adaptación de la organización administrativa a las cambiantes circunstancias de la vida contemporánea, pues donde antes se requirió de una ley arduamente tramitada en el Congreso de la República, ahora basta con un decreto del presidente de la República.

Este trabajo se divide en dos partes. La primera versa sobre los dos aspectos centrales de toda reforma en la tradición administrativa colombiana: los empleos y las estructuras administrativas, y su incidencia en el sistema de separación de poderes. La segunda se ocupa de describir las facultades ordinarias y permanentes del presidente para reformar la Administración Nacional, tal como han quedado definidas en la ley a partir de los lineamientos constitucionales sobre el tema, y a la luz de la jurisprudencia de las Altas Cortes.

de la administración pública y la separación de poderes”, en Jay M. Shafritz y Albert C. Hyde: *Clásicos de la administración pública*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, p. 839.

2. Empleos públicos, organización de la administración y separación de poderes

2.1. Importancia política de las decisiones estructurales sobre administración

Los Congresos de Colombia tradicionalmente han vigilado con mucho celo toda decisión relacionada con los empleos nacionales y la organización general de la administración pública.

La soberanía legislativa en materia de empleos y organización administrativa se explica en primer lugar porque toda decisión que con estos asuntos se relacione tiene repercusiones presupuestales. Al incidir en el aumento o la disminución de los gastos estatales, por razón de la materia dichas leyes atraen la intervención legislativa.

En segundo lugar interesa al Congreso limitar estrechamente las atribuciones presidenciales sobre empleos y administración, para garantizar el equilibrio de poderes Ejecutivo-Legislativo. Es muy grande el riesgo de que el presidente quiera concentrar poder personal mediante el manejo político de la nómina para favorecer o para perseguir, bien sea mediante decisiones directamente relacionadas con el aumento o la disminución de los empleos, o bien mediante la creación o supresión de entidades administrativas. En todo caso el presidente de la República dispuso de poder ilimitado sobre la provisión de los empleos, en ausencia de toda norma sobre carrera administrativa. Lo habitual fue, por tanto, que tuviera la facultad de nombrar y remover libremente a las personas que desempeñaran cualquier empleo nacional.

En tercer lugar, se sabe que, por razones de orden político, las decisiones sobre empleos y administración no resultan indiferentes para los congresistas, pues son un factor del poder real. Para los políticos de oficio es de capital importancia tener influencia sobre los empleos, al menos por dos razones fundamentales. La primera consiste en que el control sobre los empleos asegura al cacique político los votos cautivos que son pieza maestra de su maquinaria política. La segunda radica en que por medio de esos empleos sus protectores políticos obtienen los recursos públicos necesarios para sostener la actividad política: recursos para las campañas electorales, para ampliar la red de apoyos personales más allá del ámbito político, para hacer de la política un oficio personalmente rentable. En otras palabras, la política real indica que sin influencia sobre los puestos (y a través de éstos sobre los presupuestos) públicos no es posible sustentar una carrera política.

Son pues, razones de doctrina constitucional (control de las decisiones de contenido e impacto presupuestal y neutralización legislativa del caudillismo presidencial) y de política práctica las que explican que tradicionalmente se haya atribuido al Congreso, en perjuicio de los poderes presidenciales, facultad privativa para determinar la estructura general de la administración y para introducirle cualquier modificación.

2.2. Competencias en materia de empleos

La tradición constitucional ha conferido al Poder Legislativo el monopolio sobre la creación y supresión de empleos. Así fue durante todo el siglo XIX y buena parte del XX, hasta la reforma constitucional de 1968.² El Congreso creaba los empleos y el presidente se ocupaba de proveerlos.³ Habiendo sido el nuestro un sistema bipartidista durante más de ciento cincuenta años, los cambios de partido en el gobierno normalmente dieron lugar a la sustitución entera de la burocracia oficial por razones políticas. Puesto que el presidente ejercía la facultad de nombramiento y remoción con absoluta discrecionalidad, el uso y abuso de este poder fue motivo de constante malestar en la sociedad. Esta circunstancia dio particular dramatismo a los debates electorales del siglo XIX y fue motivo frecuente para que, al día siguiente de ser conocidos los resultados de las elecciones, estallara la guerra civil.⁴ A partir de la década de los años treinta en el siglo XX se renovó por este motivo la agitación nacional. Eran entonces muy incipientes las normas de carrera administrativa que habrían podido asegurar la estabilidad de los servidores estatales en sus empleos.⁵

La guerra civil liberal-conservadora que estalló en 1948 y se prolongó por un decenio fue atizada sin duda por esta práctica, de la que el país emergió merced a un acuerdo político para reformar la Constitución, aprobado por el electorado mediante referendo (“plebiscito” del 1º de diciembre de 1957), que entre otros aspectos morigeró la discrecionalidad presidencial para discernir los empleos en aras de la paz nacional. En lo pertinente se dispuso (artículo 4º):

Como el objeto de la presente reforma constitucional es el de que los dos partidos políticos, el conservador y el liberal, colocados en un pie de igualdad, dentro de un amplio y permanente acuerdo, tengan conjuntamente la responsabilidad del Gobierno,

² Artículo 49 numeral 13 de la Constitución de 1863: “Crear los empleos que demande el servicio público nacional, y establecer las reglas sobre su provisión, salario y desempeño”. Artículo 76 atribución 7^a de la Constitución de 1886: “Crear todos los empleos que demande el servicio público, y fijar sus respectivas dotaciones”.

³ Artículo 66 atribución 7^a de la Constitución de 1863: “Nombrar para todos los empleos públicos de la Unión las personas que deban servirlos, cuando la Constitución o las leyes no atribuyan el nombramiento a otra autoridad”. Artículo 120 ordinal 6º de la Constitución de 1886: “Nombrar las personas que deban desempeñar cualesquiera empleos nacionales cuya provisión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según esta Constitución o leyes posteriores. En todo caso el Presidente tiene facultad de nombrar y remover libremente sus agentes”.

⁴ El apetito burocrático de los partidos desoye la sabia advertencia del constitucionalista colombiano del siglo XIX, don Cerbeleón Pinzón, quien ya en 1852 advirtió que “los puestos públicos no son el premio de la victoria en las luchas de los partidos” (“Tratado de Ciencia Constitucional”, en *Derecho Constitucional Colombiano. Siglo XIX*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, tomo I, 1998, p. 177).

⁵ La primera tentativa se remonta a la ley 165 de 1938. Véase Diego Younes Moreno: *Derecho administrativo laboral*, Temis, Bogotá, 1994, p. 149 y ss.

y que éste se ejerza a nombre de los dos, la designación de los funcionarios y empleados que no pertenezcan a la carrera administrativa se hará de manera tal que las distintas esferas de la rama ejecutiva reflejen equilibradamente la composición política del Congreso.

El anterior artículo se complementa con el 7º, conforme al cual “en ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo o cargo público de la carrera administrativa, o su destitución o promoción”. Sin embargo, como casi la totalidad de los empleos estaba por fuera del régimen de carrera, esta garantía fue prácticamente inoperante. En todo caso, el sistema de *Frente Nacional* que se inauguró con este entendimiento bipartidista consagró la milimétrica e igualitaria repartición de los puestos públicos entre liberales y conservadores, con cumplida alternación en la Presidencia de la República, hasta 1974.⁶ La institución se prolongó cuatro años más por reforma constitucional de 1968 que dijo así: “[...] la paridad de los partidos conservador y liberal en los Ministerios, las Gobernaciones, Alcaldías y los demás cargos de la Administración que no pertenezcan a la Carrera Administrativa, se mantendrá hasta el 7 de agosto de 1978”.⁷ Y para después de esta fecha agregó: “Para preservar, después de la fecha indicada, con carácter permanente el espíritu nacional en la Rama Ejecutiva y en la Administración Pública, el nombramiento de los citados funcionarios se hará en forma tal que se dé participación adecuada y equitativa al partido mayoritario distinto al del Presidente de la República”.

Pero fue precisamente con la reforma constitucional de 1968 que el Congreso perdió el monopolio sobre la determinación de los empleos nacionales.⁸ La necesidad de sustraer esta función a las intrigas políticas, de fortalecer la capacidad de dirección del presidente de la República sobre la Administración Pública y de introducir la agilidad necesaria en estas decisiones justificó sobradamente el traslado de la facultad para crear, suprimir y fusionar empleos nacionales al Ejecutivo.

La Constitución de 1991 sigue en este aspecto los lineamientos de la reforma de 1968 y extiende la facultad presidencial a todos los empleos de la administración central.⁹ La creación, supresión y fusión de empleos en las entidades descentralizadas del orden nacional y, por tanto, la modificación de las respectivas plantas de personal, corresponde a sus juntas directivas, en virtud de la autonomía administrativa que les ha conferido la ley. Con todo, sobre esta atribución de las entidades descentralizadas el Gobierno Nacional ejerce un fuerte y directo control de tutela.¹⁰

⁶ Acto legislativo nº 1 de 1959.

⁷ Parágrafo del artículo 120 ordinal 1º del acto legislativo nº 1 de 1968.

⁸ El artículo 120 numeral 21 de la Carta atribuyó al Presidente de la República la facultad de: “crear, suprimir y fusionar los empleos que demande el servicio de los ministerios, departamentos administrativos y los subalumnos del ministerio público y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar sus dotaciones y emolumentos...”

⁹ Artículo 189, numeral 14.

¹⁰ Artículos 54 n y 115 de la ley 489 de 1998.

2.3. Competencias para definir la organización administrativa

Históricamente la organización administrativa del Estado colombiano ha estado sometida a una extrema rigidez jurídica; rigidez consistente en la pormenorizada definición jurídica (constitucional y legal) de los tipos de organismos administrativos que está permitido crear y en la complejidad de los trámites que son necesarios para introducir cambios en la estructura general de la administración. Ello se explica por el enorme interés político que suscita toda novedad relacionada con la organización administrativa del Estado, pues repercute en materia de empleos, tiene implicaciones presupuestales y puede alterar la relación de fuerzas entre sectores políticos, los que tienen en la administración un importante escenario de confrontación, especialmente cuando es débil la implantación de las normas de carrera administrativa.

En el siglo XIX las grandes decisiones en materia de administración concernían esencialmente a los empleos públicos. Los gobiernos tenían una estructura ministerial muy simple y reducida, se ocupaban a través de ellos de contadas funciones (gobierno, hacienda, relaciones exteriores, guerra) y unos pocos servicios (instrucción pública, correos). A comienzos del siglo XX la administración tenía aún una organización muy exigua.¹¹

Las atribuciones del Congreso para organizar y reformar la administración, fijadas en 1886, se modificaron por primera vez con el acto legislativo nº 1 de 1945. Históricamente la Constitución reservó al Congreso de la República el poder de determinar la estructura de la administración y, adicionalmente, la facultad de introducirle modificaciones, tanto en relación con la organización como con los empleos existentes. Ocasionalmente el Congreso transfería sus poderes para reformar la Administración Nacional al presidente de la República por medio de una ley de facultades extraordinarias, precisas y *pro tempore*. Adicionalmente, al corresponder al Congreso el poder de reforma de estructuras y empleos, las plantas de personal fueron habitualmente *estructurales*, lo cual significa que, en un solo acto y de una vez, se resolvían simultáneamente por medio de ley las dos cuestiones.

En el pasado y hasta época reciente, no resultaba jurídica ni políticamente fácil introducir reformas a la administración. Desde el punto de vista jurídico, por la complejidad del trámite legislativo. Desde el político, por los elevados costos de transacción de todo proyecto de ley en el cual existen intereses compartidos (y ocasionalmente divergentes) de los poderes Ejecutivo y Legislativo. Por estas razones la administración se habituó a la inmovilidad de su organización y, por tanto, a un rezago

¹¹ Así por ejemplo, las leyes 31, 42 y 109 de 1923 organizaron el despacho de los negocios de orden administrativo en ocho ministerios (Gobierno, Relaciones Exteriores, Hacienda y Crédito Público, Guerra, Industrias, Instrucción y Salubridad Públicas, Correos y Telégrafos y Obras Públicas) y dos departamentos administrativos (Provisiones y Contraloría). Véase Alcibiades Argüello y Luis Buenahora: *Derecho administrativo colombiano*, Ediciones Colombia, Bogotá, 1927, p. 97 y ss.

crónico en relación con los cambios del mundo y los cambios de la propia política interna.

La estabilidad o estancamiento de la administración se convirtió en una especie de *virtud del Estado* y, evidentemente, en una *garantía de estabilidad laboral* para sus servidores en la administración. Pero la administración, al no poder transformarse al compás de los acontecimientos, perdió crecientemente la facultad de satisfacer los intereses generales de manera oportuna, racional y eficiente.

2.4. *De las reformas ocasionales a la reforma permanente de la administración*

Antes de la Constitución de 1991 rigió un criterio estricto y cerrado en la definición de tipos de organismos que pueden integrar la rama ejecutiva. Por otra parte, la facultad para crear, suprimir, fusionar o reestructurar organismos o entidades en la administración estuvo reservada al Congreso de la República. Las reformas administrativas de carácter general eran un acontecimiento excepcional, que sólo se presentó en contadas oportunidades, en particular dos: la reforma de 1968 y la reforma con base en el artículo transitorio 20 de la Constitución de 1991. Se trató de reformas originadas exclusivamente en ley o en facultades extraordinarias, en el entendido de que se trataba de atribuciones privativas del Congreso de la República, que éste solo podía delegar en forma transitoria al presidente de la República mediante una ley de facultades.

A partir de 1991, y merced a su desarrollo mediante las leyes 489 de 1998 y 790 de 2002, se requiere de ley únicamente para crear. Las facultades para suprimir, fusionar o reestructurar han sido transferidas al Ejecutivo, que las ejerce con sujeción a principios y reglas generales trazados en las leyes mencionadas. Ahora la administración nacional ha ingresado en una nueva etapa histórica, la de la reforma permanente.

La Constitución sometió los nuevos poderes constitucionales del presidente a una reserva de ley, ley que una vez expedida ha producido el efecto de trasladar al presidente de la República competencias que en principio son del Congreso. Facultades que son ahora permanentes del presidente, quien las ejerce mediante la expedición de decretos con fuerza de ley sujetos a control jurisdiccional por parte del Consejo de Estado.

3. Facultades ordinarias y permanentes del presidente para reformar la administración nacional

3.1. *Marco constitucional de las competencias sobre definición de la organización administrativa y sus desarrollos legales*

3.1.1. *Marco constitucional*

La Constitución asigna al Congreso de la República, en principio, la facultad genérica de “determinar la estructura de la administración nacional” y, en particular,

las atribuciones de “crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica” (artículo 150, numeral 7).¹²

Sin embargo, más adelante, en el artículo 189, que trata de las atribuciones del presidente de la República como jefe de Estado, jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa, la Carta Política le confiere los poderes de “Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley” (numeral 15) y de “Modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley” (numeral 16).

La Corte Constitucional, al reparar en la doble atribución constitucional de las mismas competencias al Congreso y al Presidente para suprimir y fusionar observó: “Podría en principio pensarse que la Constitución estableció una competencia simultánea e idéntica para el Congreso Nacional y el Presidente de la República, quienes conforme a esa interpretación podrían ejercer la misma atribución, en lo que constituiría una notoria duplicidad de funciones por las dos ramas mencionadas del Poder Público”. Anota sin embargo la Corte que ello no es así porque, en tanto que al Congreso compete expedir las normas que respecto de la determinación de la estructura de la administración juzgue convenientes, ello ocurre sin desmedro de la facultad constitucional del Presidente de la República para suprimir o fusionar, que éste ha de ejercer “*de conformidad con la ley*”. Las competencias no son idénticas y se trata simplemente de dos momentos diferentes en el proceso de las reformas a la estructura administrativa nacional.¹³

El doctor Álvaro Tafur Galvis, en aclaración de voto a la sentencia C-121 de 2004 de la Corte Constitucional, explica que el numeral 7 del artículo 150 “se refiere a la atribución de determinar la estructura de la administración nacional mediante el señalamiento de los elementos básicos de esa estructura y la precisión sobre las tipologías de organismos y entidades que la integran y su interrelación administrativa y jurídica”.

Puesto que las facultades presidenciales para suprimir, fusionar y modificar estructuras administrativas quedaron sujetas a una reserva de ley, las normas respectivas permanecieron en suspenso hasta que el Congreso expidió la ley 489 de 1998. Dado que sobre esta ley recayó una sentencia de inconstitucionalidad parcial,¹⁴ fue necesario complementarla con la ley 790 de 2002.

¹² El texto completo de la norma dice así: “7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las corporaciones autónomas regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta”.

¹³ Sentencia C-702 de 1999.

¹⁴ Ibídem.

Del nuevo orden constitucional sobre competencias para organizar y reformar la administración, en pleno vigor gracias al completo desarrollo legislativo de sus preceptos, se desprende que el Congreso de la República conserva facultad privativa para crear entidades u organismos administrativos, y que el Presidente de la República es titular de competencia constitucional permanente para suprimir, fusionar y modificar la estructura entidades u organismos administrativos nacionales.

De esta manera resultan considerablemente disminuidas las competencias del Congreso para “determinar la estructura de la administración nacional”, porque, si bien éste la “determina” al crear entes nuevos, también la determina el presidente cuando resuelve autónomamente suprimir, fusionar o reestructurar las entidades u organismos administrativos existentes. Quiere ello decir que la facultad para determinar la estructura de la administración nacional, en principio privativa del Legislativo, ha terminado siendo una competencia distribuida entre el Congreso y el Gobierno Nacional. No sobra advertir que las leyes que versen sobre estructura de la administración, de acuerdo con el artículo 154 de la Carta, únicamente pueden ser dictadas o reformadas por iniciativa del gobierno nacional.

Respecto de la forma como han quedado distribuidas estas competencias entre los poderes Legislativo y Ejecutivo, es muy interesante la observación que en salvamento de voto a la citada sentencia C-702 de 1999 hacen los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa, en el sentido de que “En el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 el legislador determinó la estructura de la Administración nacional”, al describir genéricamente los tipos de organismos y entidades que integran la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional.¹⁵ Y concluyen con

¹⁵ El texto es el siguiente: “Artículo 38. INTEGRACIÓN DE LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PÚBLICO EN EL ORDEN NACIONAL. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

- ”1. Del Sector Central:
 - ”a) La Presidencia de la República;
 - ”b) La Vicepresidencia de la República;
 - ”c) Los Consejos Superiores de la administración;
 - ”d) Los ministerios y departamentos administrativos;
 - ”e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.
- ”2. Del Sector descentralizado por servicios:
 - ”a) Los establecimientos públicos;
 - ”b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
 - ”c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
 - ”d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
 - ”e) Los institutos científicos y tecnológicos;
 - ”f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
 - ”g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

impecable lógica: “Esta estructura es inmodificable por el Presidente, lo que no ocurre con la estructura interna de cada una de estas entidades, para lo cual se encuentra facultado por el numeral 16 del artículo 189 de la Carta. Una vez el legislador define la estructura de una entidad, el Presidente, siguiendo los criterios y reglas generales, está facultado para modificarla”.

Es interesante observar que al presidente de la República se le confieren únicamente aquellas facultades orientadas a conservar el tamaño actual de la administración (reestructurar) o a disminuirlo (fusionar o suprimir), y que para aumentar el tamaño de la administración (crear) es indispensable el concurso del Congreso. Se evidencia así una política constitucional en materia de reforma del Estado, consonante con las tendencias contemporáneas, en el sentido de dificultar, mediante la imposición del trámite legislativo, todo aumento en el tamaño del Estado, y la de facilitar toda iniciativa para disminuirlo, mediante la concesión de facultad permanente al presidente para que lo haga en cualquier tiempo, por su libre iniciativa, mediante decretos ordinarios.

3.1.2. Desarrollo legal de los preceptos constitucionales

Fue necesario esperar hasta 1998 para que el Congreso diera el paso de regular las facultades presidenciales para la reforma de la Administración previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución. Se trata de la ley 489 de 1998,¹⁶ que además estableció nuevas reglas generales de organización y funcionamiento para la Administración Nacional y otorgó facultades extraordinarias al presidente de la República para reformarla.

Al revisar la constitucionalidad de esta ley la Corte Constitucional, mediante sentencia C-702 del 20 de septiembre de 1999, declaró contrarias a la Carta Política y por tanto sin efecto, entre otras disposiciones, los artículos 51 (sobre fusión); 53 (sobre escisión); los literales *b*, *c*, *d*, *g*, *h* e *i* del artículo 54 (sobre modificación de estructuras) y 120 (de facultades extraordinarias).

¹⁶Parágrafo 1. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

“Parágrafo 2. Además de lo previsto en el literal *c*) del numeral 1º del presente artículo, como organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella, funcionarán con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine. En el acto de constitución se indicará el Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedaren adscritos tales organismos”.

¹⁶ “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expedirán las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

En consecuencia, quedaron a salvo las facultades del Presidente para suprimir y reestructurar (paradójicamente, en relación con esta facultad el presidente vio aumentado su poder discrecional, pues la Corte redujo las condiciones que imponía la ley para ejercerla), pero perdió la de fusionar.

Fue necesaria por tanto una nueva ley, la 790 de 2002,¹⁷ que sentó las bases jurídicas para poner en marcha la más importante reforma administrativa de los últimos tiempos, programa bandera del gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez que se identifica con el nombre de Programa de Renovación de la Administración Pública: Hacia un Estado Comunitario - PRAP.¹⁸

Esta ley cumplió varios propósitos. En primer lugar, confirió facultades extraordinarias al presidente de la República para adelantar una vasta reforma de la administración nacional en aquellas modalidades de reforma administrativa que no puede ejercer con sus facultades ordinarias (escisión, creación, traslado de funciones, reorganización de los sectores administrativos) y fijó criterios generales para este propósito: racionalizar la organización y funcionamiento de la administración pública, garantizar la sostenibilidad financiera de la nación, subsanar problemas de duplicidad de funciones y de colisión de competencia entre organismos y entidades, procurar una gestión por resultados y mayor participación ciudadana, profundizar el proceso de descentralización administrativa trasladando competencias del orden nacional hacia el orden territorial, establecer y mantener una relación racional entre los empleados misionales y de apoyo, desarrollar criterios de gerencia en la administración pública.

En segundo lugar, la ley 790 reguló de manera permanente en el artículo 2º la facultad constitucional del presidente para fusionar entidades u organismos nacionales.

En tercer lugar, fusionó seis ministerios para reducirlos a solo tres¹⁹ y fijó el número, la denominación, el orden y la precedencia de los ministerios que actualmente rige.²⁰ Adicionalmente expidió un conjunto de normas de protección social

¹⁷ “Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”.

¹⁸ Otros documentos oficiales que definen los contenidos y alcance de este Programa son la directiva presidencial nº 10 del 20 de agosto de 2002, el documento CONPES nº 3248, “Renovación de la Administración Pública de octubre 20 de 2003 y diversos apartes de la ley 812 de 2003. Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

¹⁹ Del Ministerio del Interior y el Ministerio de Justicia y del Derecho para conformar el Ministerio del Interior y la Justicia, del Ministerio de Comercio Exterior y el Ministerio de Desarrollo Económico para conformar el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Salud para conformar el Ministerio de la Protección Social.

²⁰ 1. Ministerio del Interior y de Justicia, 2. Ministerio de Relaciones Exteriores, 3. Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 4. Ministerio de Defensa Nacional, 5. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, 6. Ministerio de la Protección Social, 7. Ministerio de Minas y Energía, 8. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, 9. Ministerio de Educación Nacional, 10. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 11. Ministerio de Comunicaciones, 12. Ministerio de Transporte y 13. Ministerio de Cultura.

para aplicar en la ejecución del PRAP, sobre tecnologías y procedimientos de gobierno electrónico (“gobierno en línea”) y medidas unificadas y coordinadas en toda la administración para la defensa judicial de la nación.

3.2. Facultad privativa del legislador para crear

La Constitución reserva al Congreso de la República, en el artículo 150 numeral 7, la facultad de crear ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades administrativas del orden nacional “señalando sus objetivos generales y su estructura orgánica”.

Se trata de una cláusula abierta, en cuanto concierne a la tipología de las entidades y organismos administrativos constitucionalmente autorizados o posibles, pues además de los tipos específicamente enunciados en la Carta, el Congreso bien podría crear “otras entidades administrativas del orden nacional”. Esta circunstancia confiere al Congreso “libertad de configuración legislativa” para crear entes administrativos *sui generis* o de régimen especial, a los cuales puede señalarles los objetivos y la estructura orgánica que le parezcan convenientes o adecuados. El concepto de “libertad de configuración legislativa” en materia de organización administrativa, que no ha sido debidamente precisado por la jurisprudencia, ha dado lugar, con todo, a diferentes apreciaciones que deberán ser depuradas para permitir el avance teórico en este tema.²¹

El artículo 50 de la ley 489 de 1998, al precisar el contenido mínimo de la ley (o el decreto legislativo) que disponga la creación de un organismo o entidad administrativa, indica que dicho acto deberá determinar los objetivos, la estructura orgánica y el soporte presupuestal de conformidad con los lineamientos fiscales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En cuanto a la “estructura orgánica” precisa que esta noción se compone de los siguientes elementos: denominación de la entidad u organismo, naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico, sede, integración del patrimonio, señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración y forma de integración y de designación de sus titulares, el ministerio o el departamento administrativo al cual estará adscrito o vinculado.

Situación especial se ha presentado con una modalidad específica de reforma administrativa no expresamente prevista en la Constitución: la escisión de entidades. Que es, por cierto, operación inversa a la fusión. La ley 489 de 1998 abordó esta materia en el artículo 53, que facultaba al presidente de la República para escindir las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta “cuan-

²¹ “Así las cosas, las palabras sobre las cuales recae la impugnación tendrían que declararse inconstitucionales, si no fuera porque también es posible que el legislador, en ejercicio de su libertad de conformación de la estructura administrativa, asigne a ciertos entes vinculados funciones administrativas” (Corte Constitucional, sentencia C-666 de 2000, expediente D-2706).

do ello fuere conveniente para el mejor desarrollo de su objeto”. Sin embargo, este artículo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-702 de 1999, con fundamento en el siguiente razonamiento: “En el artículo 53, el Congreso facultó al Presidente de la República a crear empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, por la vía de la escisión de las existentes, lo cual es a todas luces contrario al numeral 7º del artículo 150 de la Carta Política, conforme al cual corresponde al Congreso, por medio de ley, ejercer la función de ‘*crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta*’. Repárese, además, que en el caso de las sociedades de economía mixta no sólo concurren aportes o recursos públicos, sino también aportes de particulares, con base en acuerdos de voluntades, a partir del acto de autorización. Por tanto, será declarado inexequible”.

En otras palabras, para la Corte, no sin razón, el acto de escindir supone creación de entidades nuevas, pues donde antes solo existió una entidad, la escisión al partirla entrega dos, y ello es evidentemente un poder reservado por la Constitución al Congreso de la República.

Se ha llegado incluso a cuestionar la facultad del propio Congreso de la República para escindir entes administrativos, pues tal operación no figura expresamente enunciada en el numeral 7 del artículo 150 de la Carta. Sobre este particular ha declarado recientemente la Corte Constitucional: “Si bien el numeral 7 del artículo 150 del ordenamiento superior no se refiere expresamente a la figura de la escisión, como lo afirman los demandantes, ella se deriva de la atribución del Congreso de la República para determinar la estructura de la administración nacional, pues, según lo define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, escindir significa ‘cortar, dividir, separar’, y en ese orden una entidad u organismo del orden nacional puede ser objeto de división o separación con el objeto de lograr más eficiencia en la prestación del servicio, lo cual encaja perfectamente dentro de la facultad del Congreso de determinar la estructura de la administración nacional, y constitucionalmente no existía impedimento alguno para que esa facultad fuera trasladada temporalmente al Presidente de la República”.²²

3.3. Facultades del presidente para reformar o reordenar la administración

El presidente de la República es titular de facultades constitucionales propias, con vigencia permanente²³ e indefinida, que ejerce de conformidad con lineamientos

²² Sentencia C-121 de febrero 17 de 2004, expediente D-4791.

²³ “Así mismo, el artículo 189 numeral 15 superior asigna al Presidente de la República, con carácter permanente, la función de suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley. En cumplimiento de esta atribución, el Presidente ya no sólo debe respetar los límites fijados en la Constitución Política en esta materia, sino también los señalados en la ley correspondiente” (Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2004).

generales de naturaleza legal, para reorganizar la administración nacional bajo su suprema autoridad, esto es, para introducir cambios en relación con las organizaciones administrativas existentes y los respectivos empleos. Sobre este particular ha dicho la Corte Constitucional: “[...] la función de reformar la estructura de los organismos administrativos, enunciados en el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política, corresponde al Presidente pero dentro del marco que trace el legislador. Se trata entonces de una función permanente del Presidente de la República pero cuyo ejercicio está sujeto a los principios y reglas generales que al efecto enuncie el legislador, quien precisamente los enunció en el mencionado artículo 54 de la ley 489 de 1998”.²⁴

Dichas competencias han sido resumidas por la propia Corte Constitucional en los siguientes términos: “La Constitución Política reconoce al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, las atribuciones consistentes en reordenar la estructura de la administración central mediante la creación, fusión o supresión, conforme a la ley, de los empleos que demande la administración central, con el señalamiento de sus funciones especiales y la fijación de sus dotaciones y emolumentos; suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales; así como modificar la estructura de los Ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, de conformidad con la ley. Así pues, estas facultades le permiten al Ejecutivo adecuar las entidades y organismos mencionados a las políticas del gobierno, de conformidad con los principios y reglas generales que para el efecto defina el Legislador, mediante una ley que señale el ámbito de acción y decisión del Ejecutivo”.²⁵

A continuación analizaremos las facultades presidenciales de reorganización institucional, consistentes en fusionar, suprimir y modificar la estructura de entidades y organismos de la administración.

3.3.1. *Fusión*

El artículo 2º de la ley 790 de 2002 (“Fusión de entidades u organismos nacionales”) restableció la facultad del presidente para fusionar, que la Corte Constitucional había declarado inexistente por sentencia C-702 de 1999.²⁶

²⁴ Sentencia C-702 de 1999.

²⁵ Sentencia C-209 de 1997.

²⁶ Razonó de esta manera la Corte: “... el legislador no puede descender a la reglamentación particular y concreta, por cuanto, en tal caso, invade la órbita de las funciones que compete desarrollar y cumplir al Presidente de la República; tampoco puede la ley ser de una amplitud de tal naturaleza que deje campo abierto a la arbitrariedad, pues, en tal caso, a prettexto de señalar al Ejecutivo criterios y objetivos generales, en realidad se despoja el Congreso de funciones que la Carta asignó a él y no a ninguna otra autoridad. Por lo que hace al artículo 51 de la ley demandada, se incurre por el legislador, en los dos vicios acabados de mencionar”.

El régimen vigente sobre fusiones exige, como regla general, que se trate de entidades u organismos administrativos del orden nacional con objetos afines.²⁷ Adicionalmente establece una serie de causales. La fusión será procedente cuando se presente al menos una de las siguientes: que la institución absorbente tenga capacidad para asumir los objetivos y las funciones de la fusionada de acuerdo con evaluaciones técnicas; por razones de austeridad fiscal o de eficiencia administrativa; cuando se presenten costos injustificados de la entidad absorbida de acuerdo con evaluaciones técnicas; cuando exista duplicidad de funciones; cuando los objetivos y fusiones deban ser cumplidos por la absorbente, de acuerdo con evaluaciones técnicas; cuando sea procedente como medida preventiva para evitar la liquidación de la absorbida.

La fusión puede ocurrir mediante absorción de una entidad por parte de otra, o puede dar lugar a la creación de una nueva entidad u organismo. En el primer caso, la naturaleza jurídica, su régimen de contratación y el régimen laboral de la entidad resultante de la fusión serán los de la absorbente. Además los costos de funcionamiento de la absorbente no podrán superar la suma de los costos de las entidades fusionadas. Cuando la fusión implique la creación de una nueva entidad u organismo, los costos de ésta no podrán superar los que tenían las fusionadas. En todo caso, al ordenar la fusión, el presidente “armonizará los elementos de la estructura de la entidad resultante”.

3.3.2. *Supresión*

De acuerdo con jurisprudencia de la Corte Constitucional, “[l]a supresión de una entidad en principio implica su desaparición de la estructura misma de la administración pública, la cesación o el traslado de sus funciones, el licenciamiento o el traslado de su personal y la liquidación de su patrimonio, el cual puede traspasarse a otras entidades o dependencias del Estado, al igual que sus activos y archivos”.²⁸

La facultad presidencial para suprimir está regulada en el artículo 52 de la ley 489 de 1998, conforme a la cual la supresión es procedente cuando los objetivos señalados al organismo o entidad hayan perdido su razón de ser, o cuando sean transferidos a otros organismos nacionales o a las entidades del orden territorial. También procede cuando las evaluaciones de la gestión administrativa aconsejen su supresión o la transferencia de funciones a otra entidad, y cuando exista duplicidad de objetivos o de funciones esenciales con otra u otras entidades.

²⁷ Los ministerios y departamentos administrativos no pueden ser objeto de supresión o fusión mediante facultades gubernamentales, porque esta medida se encuentra reservada al legislador, al tenor del artículo 206 de la Constitución.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia n° C-032 de 1996.

El acto que ordene la supresión, disolución y liquidación dispondrá, sobre la subrogación de obligaciones y derechos de los organismos o entidades suprimidas o disueltas, la titularidad y destinación de bienes o rentas, los ajustes presupuestales necesarios, el régimen aplicable a la liquidación y, de conformidad con las normas que rigen la materia, la situación de los servidores públicos. Tratándose de entidades sometidas al régimen societario, la liquidación se regirá por las normas del Código de Comercio en cuanto fueren compatibles con la naturaleza de la entidad cuya liquidación se realiza.

3.3.3. *Reestructuración*

La cuestión constitucional. La jurisprudencia de la Corte Constitucional toma como punto de partida el numeral 7 del artículo 150, para hacer una triangulación con el numeral 16 del artículo 189 de la Carta y el artículo 50 de la ley 489 de 1998, que reglamenta la norma constitucional, y extraer así una doctrina que restringe considerablemente el alcance de las medidas de reestructuración permitidas al Ejecutivo.

La premisa de la Corte consiste en que es al Congreso al que corresponde “determinar la estructura de la administración nacional” y, en relación con cada entidad u organismo del orden nacional, “señalar sus objetivos y estructura orgánica”. De ello resulta que, para modificar los “objetivos” de una entidad o su “estructura orgánica”, cuyos elementos enumera el artículo 50 de la ley 489 de 1998, se requiere inexorablemente de ley.²⁹ De esta manera ha deducido la Corte que el presidente de la República, en ejercicio de su facultad para reestructurar entidades u organismos, no puede modificar la composición de los sectores administrativos,³⁰ así como tampoco,

²⁹ Ley 489 de 1998, artículo 50: “CONTENIDO DE LOS ACTOS DE CREACIÓN. La ley que disponga la creación de un organismo o entidad administrativa deberá determinar sus objetivos y estructura orgánica, así mismo determinará el soporte presupuestal de conformidad con los lineamientos fiscales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

“La estructura orgánica de un organismo o entidad administrativa comprende la determinación de los siguientes aspectos:

- ”1. La denominación.
- ”2. La naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico.
- ”3. La sede.
- ”4. La integración de su patrimonio.
- ”5. El señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración y la forma de integración y de designación de sus titulares, y
- ”6. El Ministerio o el Departamento Administrativo al cual estarán adscritos o vinculados.

³⁰ “El concepto de ‘estructura’ comprende no solamente las entidades y organismos que integran la administración nacional, sino las modalidades de relación jurídica y administrativa entre ellas, en el interior de cada uno de los sectores en que obra la administración pública. Por tanto, la atribución de señalar la estructura de la administración nacional es privativa del legislador, y también lo es —por supuesto— la de establecer cómo está compuesto cada sector administrativo y la de indicar el grado de relación —vinculación o adscripción— existente entre cierta entidad o determinado organis-

en razón de lo dispuesto en el artículo 206 de la Constitución,³¹ cambiar la denominación ni el orden de precedencia de los ministerios y departamentos administrativos.³²

La lectura constitucional del Consejo de Estado parte no del artículo 150 numeral 7, sino del artículo 189 numeral 16. La facultad presidencial para modificar esas estructuras administrativas tiene origen directamente en el numeral 16 del artículo 150 de la Constitución, abarca indistintamente todo tipo de estructura administrativa e incluye, por tanto, la “estructura orgánica” a que alude el numeral 7 del artículo 150.

El Consejo de Estado no le concede tanta entidad al concepto de “estructura orgánica”, que en realidad no corresponde a una noción técnica precisa y es ya obsoleto en la moderna concepción de la administración pública. En sus providencias ha preferido utilizar una concepción genérica de estructura administrativa, sin adjetivos, para reconocerle al presidente de la República una amplia capacidad para adelantar reformas estructurales. Es así como esta corporación ha sostenido: “Al respecto, ha de tenerse en cuenta que la facultad de ‘Modificar la estructura’, de una parte, supone la preexistencia de una entidad, de las relacionadas en el numeral 16 (Ministerio, Departamento Administrativo o cualquiera otra entidad u organismo administrativo nacional) y, de otra parte, entraña la posibilidad de ‘transformar o renovar la organización o estructura’ de tales instituciones, mediante la supresión, creación, o transformación de sus dependencias internas, con la consiguiente reasignación de funciones y competencias, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley; sin perjuicio de que, junto con las modificaciones, se recoja en un mismo decreto toda la regulación concerniente al organismo, incluyendo las disposiciones que no sean objeto de cambio [...].”³³

En este interesante fallo se sostiene sin dubitación que los poderes presidenciales para reformar estructuras mediante decreto ordinario abarcan todos los elementos constitutivos de la “estructura orgánica” enumerados por el artículo 50 de la ley 489 de 1998: “En lo concerniente al concepto de estructura, en la misma sentencia la Sala precisó que, de acuerdo con el artículo 50 de la Ley 489 de 1998, los aspectos contemplados como componentes de la estructura orgánica de una entidad son ‘su naturaleza jurídica, su adscripción, la organización, funciones y competencias generales y de sus respectivos órganos y dependencias, así como los regímenes presupuestal,

mo y el ministerio o departamento administrativo que encabeza el sector correspondiente... La atribución de definir cómo está integrado un sector administrativo y de establecer la adscripción o vinculación de un organismo o entidad a determinado ministerio o departamento administrativo es privativa del legislador” (Corte Constitucional, sentencia C-1437 de 2000).

³¹ “Artículo 206. El número, denominación y orden de precedencia de los ministerios y departamentos administrativos serán determinados por la ley”.

³² Corte Constitucional, sentencia C-727 de 2000.

³³ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 26 julio de 2001, Exp. 5849 (doctrina reiterada por la misma Sección Primera en sentencia de 7 marzo de 2002, Exp. 6455)

financiero y jurídico'. Siendo entonces la naturaleza jurídica un elemento constitutivo de la estructura orgánica de las entidades de la Administración Nacional y estando facultado el Presidente de la República para modificar tal estructura, es menester concluir que en virtud de dicha atribución puede modificar la naturaleza jurídica de las mismas, sin que ello pueda tomarse como supresión o creación de la entidad de que se trate en cada caso".

El Consejo de Estado ha entendido las facultades presidenciales para modificar las estructuras administrativas con criterio más amplio, y ha puntualizado que aquéllas comprenden la posibilidad de suprimir, crear o transformar dependencias internas, con la consiguiente reasignación de funciones y competencias, y que el respectivo decreto puede reunir en su texto, junto con las nuevas regulaciones concernientes al organismo, las disposiciones precedentes que deben seguir rigiendo.³⁴

Apelando a razones tomadas quizá de la teoría de las organizaciones, y en general de la ciencia administrativa, y en todo caso trascendiendo la letra menuda de los incisos, el Consejo ha procurado desarrollar tesis que se traduzcan en la eficacia de las normas por el fin o propósito a que estas deben servir desde el punto de vista de la administración. Esta posición de avanzada se evidencia en los siguientes razonamientos de la sección primera: "El principio del efecto útil de las normas obliga a desechar esa interpretación pues de acogerse, se haría nugatoria la competencia que constitucionalmente corresponde al Presidente de la República conforme al numeral 16 del artículo 189 de la Constitución. Es manifiesto que por necesidad lógica la reestructuración de una entidad comporta cambios en la denominación, objetivos, en sus órganos de dirección y administración, en sus funciones, como también ajustar la estructura interna y la planta de personal en función de las modificaciones efectuadas, y que todo ello está comprendido en el alcance de la función de '16) Modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley' que el citado precepto confiere al Presidente de la República. La acusación no prospera. Así habrá de decidirse. Además, de aceptarse la tesis del actor se petrificaría la estructura de la administración nacional, impidiéndosele al Presidente de la República, Suprema Autoridad Administrativa adaptarla a necesidades siempre cambiantes, ajustarla a los requerimientos fiscales y presupuestales así como a las prioridades del Plan del Gobierno Nacional".³⁵

La fricción entre los artículos 150-7 y 189-16 obedece a que sus textos no fueron debidamente armonizados por el constituyente. Al oponerlos como hace la Corte Constitucional no se desarrolla un debate de altura sobre principios constitucionales

³⁴ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de junio 15 de 2000. Consejero ponente: Juan Alberto Polo Figueroa.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Camilo Arciniegas, exp. 6758.

ni sobre teorías administrativas, sino una discusión anodina sobre diferencias gramaticales que no sirve a ningún propósito racional.

La esterilidad de la tradicional doctrina constitucional que pretende distinguir entre estructura orgánica y estructura interna para extraer de allí consecuencias significativas se demuestra por sus efectos prácticos. En el estado actual de la legislación no tiene sentido alguno que el presidente de la República pueda suprimir por decreto un establecimiento público o fusionar dos empresas estatales, pero carezca de facultad para modificar el nombre de un departamento administrativo o cambiar la sede de un instituto tecnológico.

El régimen legal. El artículo 54 de la ley 489 de 1998 desarrolla y reglamenta la facultad presidencial para modificar la estructura de entidades u organismos administrativos. Luego de la sentencia C-702/99 de la Corte Constitucional, la facultad presidencial para reestructurar entidades u organismos está sometida a los siguientes principios y reglas generales: principios de eficiencia y racionalidad de la gestión pública; evitar la duplicidad de funciones; armonía, coherencia y articulación entre las actividades que realice cada una de las dependencias; asignación de funciones específicas a cada una de las dependencias de la entidad u organismo; se podrán fusionar, suprimir o crear dependencias internas en cada entidad u organismo administrativo, y podrá otorgárseles autonomía administrativa y financiera sin personería jurídica; supresión o fusión de dependencias con el objeto de evitar duplicidad de funciones; supresión o fusión de empleos que no sean necesarios; expedición de nueva planta de personal.

Cuestión interesante se ha planteado en relación con la posibilidad de suprimir funciones en procesos de reestructuración. Organizar la administración de una entidad u organismo implica no solo diseño de estructuras sino definición de las funciones que corresponde desempeñar a la respectiva estructura organizacional. Los cambios organizacionales inciden inevitable y necesariamente en las funciones encomendadas a dicha organización. Carecería de sentido y efectos prácticos que las entidades pudieran transformar su organización y a pesar de ello debieran seguir haciendo exactamente lo mismo.

En el artículo 54 de la ley 489 de 1998 no existe prohibición para modificar el elenco de funciones a cargo de una entidad u organismo administrativo, bien sea para aumentarlas o para disminuirlas. Contiene sí un mandato claro para suprimirlas cuando se presenten duplicidades (literal *I*). Empero, además del caso de “duplicidades”, el citado artículo 54 permite suprimir funciones por otros motivos.

En la ley 489 de 1998 la supresión de funciones no está sometida únicamente al criterio de evitar la duplicidad de funciones. Otro importante criterio, en el literal *a* del artículo 54, es el consistente en “hacer valer los principios de eficiencia y racionalidad de la gestión pública”.

Igualmente relevante es que el literal *f* del mismo artículo 54 fija como principio o regla general para la procedencia de la reestructuración que “cada una de las dependencias tendrá funciones específicas, pero todas ellas deberán colaborar en el cumplimiento de las funciones generales y en la realización de los fines de la entidad u

organismo”. Si la reestructuración rediseña en alguna medida las funciones generales y los fines de la entidad, ello bien puede traducirse en la asignación de nuevas funciones o en el recorte de algunas de ellas, sin que necesariamente deban pasar a otra parte de la administración pública.

No puede pasarse por alto, además, que el literal *m* del mismo artículo 54 menciona expresamente la supresión de funciones cuando se reestructura una entidad u organismo. En efecto, estipula este literal que, cuando se supriman o fusionen los empleos que no sean necesarios (y ello ocurre frecuentemente como consecuencia de una modificación de la estructura), deberán “distribuirse o suprimirse las funciones específicas que ellos desarrollaban”.

4. Conclusión. La reforma administrativa permanente

El cambio jurídico iniciado con la Constitución de 1991 se inclina por conceder al Ejecutivo competencias de carácter permanente en todas las materias administrativas, para correlativamente dejar al Congreso únicamente la fijación del esquema dentro del cual esa facultad se desarrolla.

El nuevo sistema alienta la implementación de mecanismos que apuntan a una constante evaluación, monitoreo y ajuste de la administración por desempeño y por resultados, y admite que la dinámica de la vida económica y social de nuestro tiempo demanda del Estado una mayor capacidad de adaptación administrativa a los cambios, para dar respuestas prontas ante hechos sobrevinientes, así como para introducir ajustes organizacionales y funcionales que permitan a la administración mantenerse en sintonía y sincronía con los acontecimientos internos y externos que afectan a la sociedad.

La Constitución de 1991, junto con las leyes 489 de 1998 y 790 de 2002, ha abierto una nueva fase en la historia de la administración nacional que se caracteriza por tendencias innovadoras en la concepción organizacional de la administración pública. Tal vez el aspecto más significativo consista en la transición de la práctica de reformas administrativas directa y pormenorizadamente controladas u orientadas por el Congreso de la República (mediante leyes y decretos leyes) a la de reformas administrativas por medio de actos de gobierno.

La reforma administrativa, que antaño era un acontecimiento excepcional de ocurrencia ocasional, ha pasado a convertirse en un proceso continuo o permanente de la administración. Ello suscita una reflexión constante sobre la gestión y el desempeño y la idoneidad organizacional para el cumplimiento eficaz y eficiente de los cometidos estatales, y aviva la necesidad de desarrollar, dentro de la administración, una cultura de autoevaluación y mejoramiento continuo.

La reforma administrativa permanente convierte a la administración estatal en cuestión central del debate político y en especial de los programas presidenciales de gobierno, así como en objeto primordial de análisis e investigación en el mundo académico.

José Antonio Rivera S. (Bolivia)*

Los pueblos indígenas y las comunidades campesinas en el sistema constitucional boliviano. Pasado, presente y perspectivas al futuro**

1. Introducción

Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa y participativa, fundada en la unión y la solidaridad de todos los bolivianos. Es un Estado social y democrático de derecho que sostiene como valores superiores de su ordenamiento la libertad, la igualdad y la justicia; así se define el sistema constitucional boliviano mediante la norma prevista por el artículo 1º de la Constitución, cuyo texto fue adoptado mediante la Ley n° 2631 de Reforma de la Constitución de 20 de febrero de 2004.

Esa nueva definición constitucional pretende reflejar la constitución real de la sociedad boliviana, superando las políticas de exclusión social, económica y política del Estado oligárquico construido en la época republicana sobre la base de la estructura social colonial.

Es a la vez el resultado de una larga, sistemática y continua resistencia de los pueblos indígenas y comunidades campesinas a esos procesos de exclusión aplicados

* El autor es magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia; magíster en Derecho Constitucional; miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; académico de número de la Academia de Ciencias Jurídicas; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional; catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba; autor de varios libros y ensayos sobre derecho constitucional, derecho procesal constitucional y derechos humanos. arivera@tc.gov.bo

** El presente trabajo fue presentado por su autor en la IX Conferencia Anual Latinoamericana de la Teoría Crítica del Derecho, realizada en Pennsylvania (Filadelfia) del 28 de abril al 2 de mayo de 2004, bajo la organización de la Escuela de Leyes de la Universidad Villanova, Escuela de Leyes de Seton Hall y la Escuela de Leyes de la Universidad de Miami.

en más de quinientos años. Sin embargo, es apenas el inicio de un verdadero proceso de cambio estructural del Estado boliviano para lograr una construcción societal caracterizada por la unidad en la diversidad; por ello no puede afirmarse que los problemas de los pueblos indígenas hayan sido superados definitivamente.

No otra cosa reflejan los conflictos sociales que vivió el Estado boliviano en los meses de febrero y octubre de 2003, cuyos protagonistas fueron, entre otros, los pueblos indígenas¹ y las comunidades campesinas.² En esos conflictos se interpeló al modelo económico, al sistema político y la institucionalidad democrática formal; por lo mismo, el pueblo boliviano exigió retomar el ejercicio directo de su soberanía, para que a través de una asamblea constituyente pueda replantear el sistema constitucional boliviano.

2. Los pueblos indígenas y comunidades campesinas y la historia de las permanentes interrupciones

Uno de los problemas centrales de Bolivia es que, a lo largo de su historia, no logró constituirse en un Estado con identidad y personalidad propia; con un sistema constitucional sólido, y un régimen social, económico y político de inclusión, basado en los valores de la igualdad, la libertad, la dignidad humana y la justicia.

La clase dirigencial no tuvo una adecuada visión de la realidad nacional, por ello no fue capaz de construir la unidad en la diversidad; al contrario, pretendió constituir un país homogéneo con una base social esencialmente heterogénea.

La política de la exclusión y el marginamiento en el orden social, la inequidad y el desequilibrio en lo económico, el autoritarismo o despotismo en el plano político caracterizan la historia boliviana. Es que Bolivia no tuvo una construcción democrática; al contrario, atravesó procesos traumáticos de colonización, de explotación y sometimiento, caracterizados por la transculturación y aculturación, que interrumpieron su desarrollo social, económico, político y cultural.

En las zonas del altiplano y los valles del actual territorio boliviano se desarrollaron varios pueblos indígenas u originarios, con diversidad cultural y étnica. Empe-

¹ Mediante la norma prevista por el artículo 1-II del decreto supremo n° 23.858 de 9 de septiembre de 1994, se ha definido el *pueblo indígena* como “la colectividad humana que desciende de poblaciones asentadas con anterioridad a la conquista o colonización, y que se encuentran dentro de las actuales fronteras del Estado; poseen historia, organización, idioma o dialecto y otras características culturales, con la cual se identifican sus miembros reconocidos como pertenecientes a la misma unidad sociocultural; mantienen un vínculo territorial en función de la administración de su hábitat y de sus instituciones sociales, económicas, políticas y culturales”.

² Conforme a la norma prevista por el artículo 1-II del decreto supremo n° 23.858 de 9 de septiembre de 1994, *comunidad campesina* es “la unidad básica de la organización social del ámbito rural, que está constituida por familias campesinas nucleadas o dispersas que comparten un territorio común, en el que desarrollan sus actividades productivas, económicas, sociales y culturales”.

ro, la historia de estos pueblos está caracterizada por la interrupción de su desarrollo social, económico y cultural debido a procesos de colonización.

Según el registro histórico, el pueblo tiwanacota, constituido por los charcas y los chullpas, entre otros, asentado territorialmente en el sector occidental del actual territorio de Bolivia, no pudo lograr su pleno desarrollo debido a la colonización de que fue objeto por el pueblo aymara. A su vez, esta civilización no logró su pleno desarrollo y consolidación al haber sido colonizada por el pueblo quechua. Finalmente, el pueblo quechua, constituido en un verdadero imperio, en la época más floreciente de su desarrollo social, económico y cultural fue objeto de colonización por España.

De otro lado, los pueblos indígenas asentados en el sector de la amazonía y los llanos del territorio boliviano, como fueron los guaraníes, chiquitanos, mojenos y tacanas, entre otros, fueron colonizados mediante políticas de reducción que impusieron los jesuitas españoles, quienes fundaron diez reducciones para convertirlos al catolicismo.

No obstante los procesos de colonización, estos pueblos indígenas han logrado pervivir, superando los intentos de exterminio y las políticas de explotación y discriminación. Así, a pesar de haberse constituido en “naciones clandestinas” en su propio territorio, debido a las políticas estatales de exclusión social, económica y política, han logrado mantenerse como parte constitutiva del Estado boliviano, sorteando la adversidad y enfrentando las políticas estatales de exclusión y marginamiento social, económico y político a las que fueron sometidos.

En la actualidad, en Bolivia existen más de treinta pueblos indígenas y grupos étnicos que, asentados en los altiplanos, valles, llanos y la amazonía, mantienen su estructura social y política, así como su identidad cultural. Esos pueblos constituyen la esencia de la identidad cultural del Estado boliviano y esperan que el reconocimiento formal del carácter multiétnico y pluricultural de Bolivia se convierta en una material incorporación a la estructura social, económica y política del Estado, superando las viejas políticas de exclusión y discriminación.

3. Las exclusiones o la era de las “naciones clandestinas”

Si bien la liberación de América en general y Bolivia en particular se originó en las sublevaciones de los indígenas de fines del siglo XVIII —así el levantamiento liderado por Tupac Amaru, una de las rebeliones sociales más grandes de la historia de América—, los criollos³ de la oligarquía minera se apropiaron de la guerra de la independencia cuando ésta llegaba a su culminación y desplazaron a los pueblos

³ Se conoce con la denominación de *criollo* al hijo de españoles nacido en el territorio del Alto Perú, hoy Bolivia.

indígenas del proceso de organización y estructuración del nuevo Estado independizado de la corona española. Constituidos en la rosca minero-feudal, los criollos organizaron el nuevo Estado a la medida de sus intereses económicos, sociales y políticos, bajo la influencia del liberalismo francés, basado en los principios del constitucionalismo clásico.

El nuevo Estado, libre, soberano e independiente, formalmente proclamó la absoluta libertad y proscribió la esclavitud, con el objeto de dar fin a la servidumbre. Pero ello no dejó de ser una mera proclama, para encubrir una política de exclusión social y un orden económico injusto y no equitativo que reprodujo el sistema de la explotación de indígena impuesto durante la colonia.

El constituyente proclamó la libertad de todos los bolivianos, extinguiendo la esclavitud; así, la norma prevista por el artículo 11 de la Constitución⁴ dispuso: “Son bolivianos todos los que hasta el día han sido esclavos; y por lo mismo quedarán de derecho libres, en el acto de publicarse la Constitución; pero no podrán abandonar la casa de sus antiguos señores, sino en la forma que una ley especial lo determine”.

Sin embargo, la proclama de la libertad y la proscripción de la esclavitud estuvo acompañada de una previsión sustentada en una intencionalidad oculta de seguir sometiendo a los pueblos indígenas que hasta entonces habían sido sometidos a la esclavitud. Esa intencionalidad se refleja en el hecho de que, al tiempo de proscribir la esclavitud, el constituyente prohibió a los esclavos redimidos abandonar la casa de sus antiguos señores (léase amos o propietarios).

Pero más allá de la definición constitucional de la situación personal de los indígenas, el constituyente excluyó a los pueblos indígenas y comunidades campesinas, que formaban parte del Alto Perú, del sistema constitucional adoptado para el nuevo Estado y, por lo mismo, de su estructura social, económica y política. En las normas previstas por los artículos 1, 2 y 7 de la Constitución, en las que se definió el sistema constitucional del nuevo Estado, no se proclamó la naturaleza multiétnica y pluricultural de su estructura social, pues las normas de referencia definieron de la siguiente forma el sistema constitucional del nuevo Estado: “Artículo 1. La Nación Boliviana es la reunión de todos los Bolivianos”; es importante tener presente que, si bien la norma hace referencia a todos los bolivianos, su *ratio legis* está referida a los bolivianos como grupo homogéneo que no reconoce la diversidad cultural y étnica. De otro lado, en el artículo 2 de la referida Constitución se definió: “Bolivia es, y será para siempre, independiente de toda dominación extranjera; no puede ser patrimonio de ninguna persona, ni familia”. Finalmente en el artículo 7 se definió el régimen político; dicha norma dispuso lo siguiente: “Artículo 7. El Gobierno de Bolivia es popular representativo”.

⁴ Esa Constitución se conoce como *Constitución bolivariana*, en homenaje a su proyectista, el libertador Simón Bolívar.

La Constitución bolivariana no tuvo una vigencia real. El sistema constitucional previsto no pudo implementarse en su totalidad. Los alzamientos armados, los motines y rebeliones dieron lugar a que la Constitución fuera desconocida a un año y meses de su puesta en vigor.⁵

El 14 de agosto de 1831 se promulgó la nueva Constitución adoptada en la Asamblea General Constituyente. En ella no se superó la política de la exclusión social de los pueblos indígenas y comunidades campesinas que se había adoptado desde el nacimiento del nuevo Estado. Con relación al sistema constitucional, el artículo 1º definió lo siguiente: “La Nación boliviana es para siempre libre e independiente, no puede ser patrimonio de ninguna persona ni familia. El nombre de Bolivia es inalterable”. De otro lado, con relación al régimen político el artículo 7 de la Ley Fundamental definió: “El gobierno de Bolivia es republicano, popular representativo, bajo la forma de unidad”. Respecto a la proscripción de la esclavitud, el artículo 156 de la Constitución proclamó: “nadie ha nacido esclavo en Bolivia desde el 6 de agosto de 1825. Queda prohibida la introducción de esclavos en su territorio”. Como se podrá advertir, la voluntad del constituyente fue construir un Estado homogéneo, desconociendo el carácter esencialmente heterogéneo de la sociedad boliviana.

La política de la exclusión social adoptada por la oligarquía minero-feudal tuvo una motivación no solamente ideológica sino también económica. Si bien nominalmente se proclamó la libertad de todos los bolivianos y se proscribió la esclavitud, económicamente jamás se liberó a los indígenas; al contrario, se los sometió a nuevas formas de explotación y servidumbre, a través del pongueaje y el mitanaje, incorporándolos a la producción minera o la agrícola.

Bolívar intentó diseñar una política de redistribución de la tierra, pero basada en una estructura propietaria inspirada en el liberalismo. De esta manera se devolverían las tierras de los indígenas que habían sido usurpadas por la corona española, pero la devolución no sería a las organizaciones sociales originarias —los ayllus, las markas, comarcas o comunidades— sino a título familiar. Ello refleja la visión individualista del Estado respecto a la política agraria.

En esa política subyace una manifiesta intención de la oligarquía minero-feudal de disolver y extinguir los pueblos originarios, para absorberlos por las haciendas y transformar a los comuneros en colonos y peones, es decir, insertar a los indígenas en el circuito económico de la explotación minera y agrícola feudal como mano de obra barata, sometidos a un neoesclavismo. De ahí que el Estado haya desplegado la política de la desvinculación y desamortización de tierras o bienes comunales, como parte de la exclusión social y económica de los pueblos indígenas, especialmente del aymara y el quechua, asentados sobre el altiplano el primero y en los valles el segundo.

⁵ El gobierno de facto encabezado por Velasco gobernó mediante decretos con absoluto desconocimiento de la Constitución.

El proceso de disolución de las comunidades indígenas se inició con el decreto de Trujillo de 8 de abril de 1825, dictado por Simón Bolívar. En él se declaró a los indios dueños de los predios que tenían en sus comunidades, brindándoles facilidades para la venta o enajenación “de cualquier modo”. El proceso de venta o enajenación se inició en 1825 y culminó en 1838, tiempo en el que los terratenientes criollos usurparon tres cuartas partes del territorio cultivable del país que pertenecía a los pueblos indígenas. Esta política fue aplicada en la región del altiplano. En cuanto al oriente, el Estado promovió un sistema de propiedades privadas haciendo concesiones de extensiones considerables de tierra a favor de los bolivianos con rango de ciudadanos.

El proceso de despojo de las tierras a los pueblos indígenas se acentuó con la Ley de Ex Vinculación dictada por el presidente Melgarejo. La norma prevista por el artículo 1º declaraba como propiedad del Estado las tierras comunales, y la prevista por el artículo 3º expresaba que las tierras comunales serían vendidas en pública subasta y con las formalidades prescritas para la venta de bienes fiscales.

El resultado de ese proceso de despojo de las tierras de los pueblos indígenas fue que la propiedad comunitaria se reemplazó por el régimen del latifundio ilimitado, y el trabajo libre y retribuido fue sustituido por el trabajo gratuito; de manera que se instauró un régimen de servidumbre mediante el pongueje, mitanaje, muleo, muqueo o entrega semanal de productos.

La aplicación de la política de exclusión, en el orden económico generó una situación de miseria e inequidad en la que se desenvolvieron los indígenas. La inferioridad social y la discriminación fueron factores que condenaron a una ignorancia inconcebible a los indígenas. Las grandes mayorías de quechuas y aymaras que habitaban en las comunidades, ayllus y markas, fueron sistemáticamente excluidas de todo proceso de aprendizaje del idioma español y de los conocimientos de la ciencia universal.

La consecuencia de la política estatal referida fue la exclusión en el orden político. Los pueblos indígenas no tuvieron participación alguna en la débil democracia, como tampoco tuvieron un reconocimiento del Estado a sus prácticas democráticas internas, a su sistema de organización social y política basada en el derecho consuetudinario.

El régimen democrático adoptado por el Estado se sustentó en el sufragio calificado. El derecho ciudadano de ser elector o elegible solamente les fue reconocido a los que sabían leer y escribir, además de tener una propiedad o renta mínima anual; lo que en los hechos dio lugar a una marginación total de los indígenas, que eran analfabetos y quedaron despojados de sus tierras. La limitación impuesta a los indígenas en su participación política motivó que entre 1880 y 1951 los ciudadanos votantes fluctuaran entre el 2 y 3% del total de la población.

4. Los intentos de inclusión y la revolución perdida

El proceso de exclusión descrito germinó en la rebelión indígena entre 1895 y 1898. Fue un movimiento liderado por el caudillo Pablo Zárate Willca que proclamó la emancipación indígena sobre la base de las siguientes propuestas: 1) restitución de las tierras de origen; 2) guerra de exterminio contra las minorías dominantes; 3) constitución de un gobierno indígena; 4) desconocimiento de los mestizos⁶ y criollos como autoridades revolucionarias; y 5) reconocimiento de Zárate Willca como jefe supremo de la insurrección autóctona.

El movimiento indígena se originó en una coyuntura en la que se sustanciaban luchas internas entre las oligarquías. Entonces el levantamiento indígena fue subsumido en el movimiento denominado federalista, a raíz de un acuerdo político logrado por los indígenas con los liberales que integraban aquel movimiento que tuvo su epicentro en el departamento de La Paz, con el objetivo de derrocar a los conservadores de la oligarquía minera de la plata y trasladar la sede de gobierno de Sucre a ciudad La Paz. La guerra civil desatada por aquel movimiento terminó con la victoria de “los federalistas” sobre la oligarquía minera de la plata. Logrados sus objetivos “los federalistas” acabaron con la guerra civil y no atendieron las reivindicaciones del movimiento indígena; al contrario, el levantamiento fue sofocado y terminó en un fracaso para los pueblos indígenas.

El fracaso del movimiento liderado por Zárate Willca motivó que la situación social, económica y política de las comunidades indígenas empeorara, ya que los liberales, que habían tomado el poder, se tornaron ambiciosos especuladores de las tierras de estos pueblos, de manera que prosiguió el proceso de despojo de las tierras y el crecimiento de las haciendas.

En las primeras décadas del siglo XX resurgieron los levantamientos indígenas. Así, en 1927 se produjeron movimientos en diferentes lugares, entre ellos el norte de Potosí.

Durante los primeros años de la década del treinta y durante el conflicto bélico que sostuvo Bolivia con el Paraguay, se produjeron muchas rebeliones y movimientos indígenas originados en el recargo de los impuestos. La intensidad de los movimientos fue de tal grado que, en julio de 1933, los comunarios de los departamentos de La Paz, Cochabamba, Santa Cruz, Potosí, Sucre, Tarija y Beni, conformaron una alianza campesina persiguiendo una exención en el pago de impuestos.

El fracaso de Bolivia en la Guerra del Chaco originó una profunda crisis política y social que dio lugar al surgimiento de gobiernos militares nacionalistas, así como al nacimiento de corrientes políticas de izquierda que cuestionaron el orden econó-

⁶ Se consideraba *mestizos* a los hijos de españoles procreados con mujeres indígenas, y *criollos* a los hijos de españoles nacidos en Bolivia.

mico, social y político de la oligarquía minera-feudal. Es que el conflicto bélico desnudó el nivel de atraso en que se encontraba el Estado boliviano.

Los movimientos nacionalistas de los militares desembocaron en la Convención Constituyente de 1938, en la que se introdujeron los principios del constitucionalismo social a la Constitución de Bolivia. En lo que respecta al problema de los pueblos indígenas, se incluyó en el texto de la Constitución el reconocimiento del Estado a las organizaciones campesinas, así como la obligación del Estado de fomentar la educación del indígena y el campesino.

Si bien el reconocimiento fue formal y no tuvo una implementación que posibilitara la inclusión de los pueblos indígenas en la estructura social, económica y política del Estado, se fortalecieron empero los movimientos reivindicacionistas de los indígenas.

En agosto de 1942 el pueblo quechua logró realizar un Primer Congreso Indigenal Sectorial en la ciudad de Sucre, en el que formuló como plataforma de lucha: 1) la abolición del pongueaje; 2) la entrega de tierras a los campesinos, y 3) la liberación del pago de impuestos. La plataforma expresaba una doble lógica de los pueblos indígenas: de un lado, combatir al adversario visible (patrón) y, del otro, exigir cambios de comportamiento al Estado.

Durante el gobierno militar de Gualberto Villarroel se organizó el Congreso Nacional Indigenal, que se celebró en la ciudad de La Paz con la presencia de más de un millar de delegados del país. Del Congreso emergieron proyectos para la abolición del pongueaje y del mitanaje. Como emergencia de aquel evento, el gobierno promulgó un decreto que abolía el pongueaje de los indios en las haciendas; lamentablemente, ese decreto nunca fue ejecutado, por lo que no se operó la tan ansiada liberación.

El fracaso en el conflicto bélico sostenido con el Paraguay, así como la crisis social que se desató en la posguerra, motivaron que en el período 1932-1952 se gestara una visión nacional del Estado; el diseño del proyecto político consiguiente sirvió de base para la Revolución Nacional de 1952. Las insurrecciones y rebeliones campesinas, el surgimiento del movimiento proletario, los movimientos de izquierda, los movimientos nacionalistas y el debate de la cuestión social, económica y política del país, con especial énfasis en la problemática campesina, contribuyeron a la gestación del proceso de revolución nacional, que tuvo entre sus actores principales a los pueblos indígenas.

Lamentablemente, una vez más, luego de obtenido el triunfo de la revolución nacional, el movimiento reivindicadorio de los pueblos indígenas quedó desnaturalizado por la apropiación del proceso por un partido político, el Movimiento Nacionalista Revolucionario. La revolución no terminó entonces en un cambio radical y profundo del comportamiento del Estado con relación a los pueblos indígenas. No se logró la inserción real y material de estos pueblos al sistema constitucional, esto es, a la estructura social, económica y política, con el reconocimiento pleno de sus siste-

mas de organización social y política, con su identidad cultural, su territorio, sus costumbres y tradiciones.

Sin embargo, no puede negarse que se dieron avances significativos. A través de las medidas adoptadas por el gobierno, como la reforma agraria, el sufragio universal y la reforma educativa, se inició un proceso de democratización y homogeneización que en parte logró la transformación del régimen de exclusión social, económica y política del Estado oligárquico vigente hasta ese entonces.

En el orden económico, la reforma agraria permitió la liberación de los indígenas de la explotación económica; éstos recuperaron en parte las tierras que antiguamente habían sido suyas, aunque no lograron a plenitud incorporar el carácter de apropiación comunitaria de los territorios sobre los que se asentaron.

En el orden político, con la implantación del sufragio universal los indígenas se incorporaron al proceso democrático, aunque de manera pasiva; se les otorgó el derecho al voto, no el de ser elegibles, de manera que en los hechos la explotación pasó de lo económico a lo político, trasmutados en meros sujetos votantes para legitimar en el poder a la nueva clase política y la oligarquía comercial emergente. De hecho, la incorporación de los indígenas al sistema político fue individual, no de sus pueblos ni de las comunidades campesinas, y no se sustentó en el reconocimiento de sus estructuras sociales y políticas ni en sus propias prácticas democráticas.

En el orden cultural, la reforma educativa, al establecer la educación fiscal y gratuita, expandiendo la escuela a las áreas rurales, permitió que los indígenas tuvieran acceso a los conocimientos de la cultura oficial, así como al idioma oficial, de manera que pudieran abandonar su condición de analfabetos y marginados. Sin embargo, dadas las limitaciones del diseño del sistema educativo y la concepción homogeneizante de la estructura social del Estado, el proceso se convirtió en un poderoso instrumento de aculturación y transculturación para estos pueblos y comunidades. El sistema educativo se sustentó en una política de castellanización, con la consiguiente devaluación de los idiomas indígenas, de manera que el indígena quedó obligado a adquirir un idioma ajeno al suyo. El resultado del proceso es que los indígenas dejaron de ser analfabetos para convertirse en semialfabetos, con el riesgo de abandonar su identidad cultural.

En definitiva, la revolución nacional de 1952 no logró superar las viejas políticas de exclusión social, económica y política a las que fueron sometidos los pueblos indígenas; debido a la concepción individualista del problema y, por lo mismo, de las medidas políticas adoptadas en aquel proceso. Quienes tomaron el poder político del Estado no tuvieron, o no quisieron tener, una concepción cabal del problema de estos pueblos; concibieron que la exclusión era de los indígenas como sujetos y no de los pueblos indígenas y comunidades campesinas como estructuras sociales con identidad cultural, histórica, lingüística y política propia, como verdaderas naciones que conforman el Estado boliviano; por ello diseñaron políticas orientadas a establecer reivindicaciones individuales, cuando de lo que se trataba era de resolver los proble-

mas de exclusión, discriminación y explotación de pueblos y comunidades convertidos en “naciones clandestinas”. El proceso se transformó así, una vez más, en la revolución perdida.

5. La reforma constitucional de 1994 y los avances en el proceso de inclusión social

La incapacidad del Estado para resolver el viejo problema de la exclusión, la discriminación y explotación de los pueblos indígenas y comunidades campesinas, expresada en las limitaciones de las medidas que emergieron de la revolución nacional del 52, dio lugar a que resurgieran los movimientos de reivindicación de los indígenas a partir de la instauración del régimen democrático, en octubre de 1982.

Estos movimientos obligaron al Estado boliviano a ratificar, mediante ley n° 1257 de 11 de julio de 1991, el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

De otro lado, mediante la reforma constitucional de 1994, el constituyente modificó el artículo 1º de la Ley Fundamental, que define el sistema constitucional boliviano, proclamando el carácter multiétnico y pluricultural del Estado. Así refleja e interpreta la realidad sociocultural de Bolivia, que por mucho tiempo había sido ignorada. Incorpora al sistema constitucional a esas “naciones clandestinas” que han pervivido y pervivirán, a pesar de los múltiples intentos y esfuerzos de la clase dominante por liquidarlas.

La referida reforma constitucional establece las bases para construir la unidad nacional a partir de la diversidad y la solidaridad de los bolivianos; es decir, construir una nueva Bolivia basada en la diversidad cultural y étnica, cuyo pilar fundamental sea la solidaridad de los bolivianos manifestada en el respeto a esa diversidad.

En concordancia con la proclamación del carácter multiétnico y pluricultural del Estado boliviano, el constituyente ha incluido en la Constitución el artículo 171, a través del cual se declara que el Estado reconoce, respeta y protege los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan el territorio nacional, garantizando su identidad cultural, valores, lenguas, costumbres e instituciones. De otro lado, dispone que el Estado reconoce la personalidad jurídica de los pueblos indígenas y comunidades campesinas, así como de las asociaciones y sindicatos campesinos. Finalmente, reconoce la vigencia de las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas, facultando que éstas ejerzan funciones de administración y aplicación de normas propias, como solución alternativa de conflictos, de conformidad a sus costumbres y procedimientos.

La mencionada reforma constitucional es un intento serio de establecer una política de inclusión, es decir, señala la voluntad política del Estado para incorporar e integrar a los pueblos indígenas y comunidades campesinas a la estructura social, económica, política y jurídica del sistema constitucional del Estado boliviano, a par-

tir del reconocimiento, la protección y el respeto de sus derechos económicos, sociales y culturales (lengua materna, costumbres y tradiciones) y sus autoridades naturales, sin desconocer su pasado, su historia y tradición, sin transculturizarlos. En suma, aceptándolos tal como son, reconociendo lo que fueron y proyectando, con respeto, lo que serán.

A partir de la reforma constitucional referida, el Estado ha adoptado políticas y acciones, establecidas a través de la adopción de disposiciones legales que desarrollan las normas de la Constitución. En ese orden se pueden mencionar, entre otras, la Ley de Reforma Educativa, la Ley de Participación Popular y la Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria.

5.1. La Ley de Reforma Educativa

Es uno de los instrumentos legales que fijan las bases para iniciar un proceso de real inserción de los pueblos indígenas y comunidades campesinas a la estructura social, económica y política del sistema constitucional boliviano.

Establece como ejes de la nueva estructura y sistema educativos la participación popular y la interculturalidad. La primera se constituye el columna vertebral de la nueva estructura administrativa del sistema educativo boliviano, porque determina los niveles de organización de la comunidad para su participación en la educación, entendiendo que la participación de la comunidad se opera en el ámbito de la planificación del sistema educativo, la formulación de políticas educativas y la organización curricular, sobre la base de la formulación de demandas de servicios educativos, emisión de opiniones sobre el o los procesos educativos, y el control social para la optimización del funcionamiento del sistema educativo.

Es en esa dirección que la Ley de Reforma Educativa, en su artículo 5, define como objetivos y política de la estructura de participación popular los siguientes:

Responder a las demandas de los ciudadanos, hombres y mujeres, y de sus organizaciones territoriales de base para lograr la eficiencia de los servicios educativos, ampliando la cobertura con igualdad de oportunidades para todos los bolivianos; elevar la calidad de la educación, desarrollando objetivos pertinentes a las características y requerimientos de la comunidad; optimizar el funcionamiento del sistema, mejorando la eficiencia administrativa y eliminando la corrupción por medio del control social; asumir las opiniones de la comunidad educativa, promoviendo la concertación, y asumir las necesidades de aprendizaje de los sujetos de la educación.

Para el cumplimiento de esos objetivos y políticas, la Ley de Reforma Educativa establece, como mecanismos de participación popular, entre otros, las Juntas Escolares conformadas por organizaciones territoriales de base (OTB), en las que hay representación equitativa de hombres y mujeres; los Consejos Educativos de Pueblos Originarios, que atendiendo al concepto de la transterritorialidad tendrán carácter nacional y están organizados en: aymara, quechua, chiquitano, guaraní y amazónico multiétnico, y otros.

Cabe recordar que las comunidades indígenas y campesinas se constituyen en OTB; por lo mismo, su participación se opera en el nivel de las Juntas Escolares. Por otro lado, los pueblos indígenas tienen una participación efectiva y fundamental en los Consejos Educativos de Pueblos Originarios, donde se formulan las políticas educativas y se ejerce el control social respecto a la adecuada ejecución de las políticas educativas, especialmente las referidas a la interculturalidad y el bilingüismo.

La interculturalidad es otro eje del sistema educativo. Implica que la educación debe promover la integración nacional respetando y valorando las diferencias, las costumbres y las lenguas de los pueblos originarios. De ahí que la Ley de Reforma Educativa establece la educación bilingüe como base del respeto a la diversidad cultural y de la meta de construir la unidad nacional en la diversidad, como se desprende de su primer artículo, que define que la educación boliviana es “intercultural y bilingüe, porque asume la heterogeneidad socio-cultural del país en un ambiente de respeto entre todos los bolivianos, hombres y mujeres”.

Como sostiene el antropólogo Álvaro Díez Astete: “la interculturalidad, el respeto mutuo y la reciprocidad entre diferentes culturas, además de reconocer nuestra cualidad boliviana, defiende el derecho nacional a liberarnos y enriquecer nuestra existencia histórica”. Se trata de recuperar la propia identidad y formar bolivianos que sustenten y defiendan su cultura; que tengan autoestima y seguridad en sí mismos, y respeto y valoración del otro; aprendan a ser tolerantes para vivir en la diversidad, y sientan orgullo de su realidad y de ser bolivianos. En resumen, se trata de construir una nueva Bolivia con identidad y personalidad propias, con la esencia de la unidad en la diversidad.

5.2. *La Ley de Participación Popular*

Es otra ley que establece las bases y mecanismos para una presencia real y efectiva de los pueblos indígenas y comunidades campesinas en la estructura social, económica y política del sistema constitucional boliviano, en el proceso de definición de las estrategias de desarrollo humano sostenible a través de la planificación participativa, así como el control social sobre el manejo de los recursos generados por el propio pueblo, y permite una presencia real y efectiva de los indígenas u originarios en las esferas de poder.

Esta ley busca, de manera concreta, superar la secular ausencia de una cultura democrática, característica del Estado boliviano que se manifiesta, entre otros, en el hecho de que la planificación, la gestión y las decisiones se imponían de arriba hacia abajo, con exclusión y marginamiento de los actores sociales que el Estado, además, no reconocía.

La participación popular busca cambiar esa lógica de la imposición vertical y de las exclusiones al establecer sistemas de participación de los actores sociales —nu-

cleados en las OTB,⁷ como las comunidades indígenas o campesinas—en la elaboración de los diagnósticos, en la priorización de los problemas y su respectiva solución, en la planificación y, algo fundamental, en el control social a la gestión del gobierno local. Todo ello, a partir del reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas y comunidades campesinas, así como de las juntas vecinales. Esto implica la modificación del relacionamiento público de lo funcional a lo territorial y la articulación de las referidas organizaciones sociales con los órganos públicos.

La Ley de Participación Popular asigna a los gobiernos municipales la misión de cohesionar sectores sociales heterogéneos, con intereses también heterogéneos, para articularlos al sector público, de manera que el gobierno municipal represente esa heterogeneidad que es multiétnica y pluricultural. En consecuencia, integra dialécticamente los conceptos y prácticas de la democracia formal o representativa y la democracia social o participativa, que en el plano teórico fueron siempre manejados como mutuamente excluyentes.

Esta Ley incorpora a los pueblos indígenas y comunidades campesinas a la estructura socioeconómica y política del Estado. A decir de Rubén Ardaya Salinas: “La Ley de Participación Popular incorpora el reconocimiento socio-cultural de los pueblos indígenas mediante el reconocimiento de sus usos y costumbres en materia de organización socio-económica y representación política. También posibilita que estas unidades socio-culturales puedan convertirse en distritos municipales indígenas con competencias públicas y recursos estatales para resolver sus problemas”.

Este nuevo criterio de articulación de la sociedad a través del principio de la territorialización y la redefinición de la jurisdicción municipal, con el establecimiento del municipio seccional, acaba con el concepto caduco del *radio urbano* y, por ende, con la odiosa diferenciación entre lo urbano y rural que ha separado a los bolivianos. Esto permite que los secretarios generales, jilakatas, mallcus o curakas, sean reconocidos como autoridades por el Estado, con la importancia que ello implica en la perspectiva de la expresión de lo étnico-cultural.

En resumen, la Ley de Participación Popular establece la distribución de los recursos de coparticipación en forma igualitaria por habitante; otorga personalidad jurídica a los pueblos indígenas como sujetos de derechos y obligaciones emergentes de todos los actos civiles definidos por el ordenamiento jurídico nacional; reconoce como representantes de las OTB a las autoridades naturales de los pueblos indígenas elegidas o designadas conforme a sus usos, costumbres y normas consuetudinarias; e

⁷ Según la norma prevista por el artículo 1-I del decreto supremo n° 23.858 de 9 de septiembre de 1994, se entiende por “Organización Territorial de Base, la unidad básica de carácter comunitario o vecinal que ocupa un espacio territorial determinado, comprende una población sin diferencias de grado de instrucción, ocupación, edad, sexo o religión y guarda una relación principal con los órganos públicos del Estado a través del gobierno Municipal de la jurisdicción donde esté ubicada”.

incorpora a los pueblos indígenas⁸ (a través de las OTB) a la planificación participativa y el control social.

A partir de la vigencia de esta ley, los pueblos indígenas y comunidades campesinas, que han obtenido el reconocimiento de su personalidad jurídica, vienen integrándose a la nueva estructura política y en algunos casos han decidido participar directamente en las elecciones municipales de 1995 y las sucesivas. De este modo, pueblos originarios o indígenas como los guaraníes, guarayos, mojeños, chiquitanos, quechua, aymaras y otros, así como las comunidades campesinas, participaron en ellas con candidatos propios y obtuvieron resultados importantes, como la elección de 30 alcaldes y aproximadamente trescientos concejales campesinos e indígenas en todo el país. Esto demuestra que los pueblos originarios o indígenas se van integrando al proceso político, a partir del poder local.

5.3. *La Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria*

Esta Ley tiene por objeto: 1) establecer la estructura orgánica y atribuciones del Servicio Nacional de Reforma Agraria y el régimen de distribución de tierras; 2) garantizar el derecho propietario sobre la tierra; 3) crear la Superintendencia Agraria, la Judicatura Agraria, definiendo los procedimientos para la sustanciación de los procesos agrarios en sede administrativa y sede judicial; 4) regular el saneamiento de la propiedad agraria; y 5) definir al Servicio Nacional de Reforma Agraria como el organismo responsable de planificar, ejecutar y consolidar el proceso de reforma agraria en Bolivia.

Con relación a los pueblos indígenas, la ley incorpora el nuevo régimen de propiedad —Tierra Comunitaria de Origen (TCO)—, garantiza el derecho de los pueblos indígenas sobre ellas, tomando en cuenta las implicaciones económicas, sociales y culturales; partiendo de la nueva concepción de tierra y territorio, se otorgan derechos sobre el suelo, el sobresuelo y el subsuelo. De otro lado, garantiza el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables.

La ley dispone la dotación a título gratuito de tierras fiscales a los pueblos indígenas, con lo que se supera la concepción individualista de la reforma agraria implementada mediante la revolución nacional del 52. Declara la irreversibilidad de las TCO, lo que impedirá en el futuro la apropiación estatal indebida de la tierra y el territorio de los pueblos indígenas.

Asimismo, exime a los pueblos indígenas del pago de impuestos sobre las TCO y a los campesinos sobre sus pequeñas propiedades.

⁸ Conforme a las normas previstas por el artículo 1-II del decreto supremo n° 23.858 de 9 de septiembre de 1994, “se consideran OTB de carácter indígenas las Tentas, Capitanías, Cabildos Indígenas del Oriente; Ayllus y Comunidades Indígenas”.

Finalmente, en el orden institucional, la ley crea la Comisión Agraria Nacional, con participación de los pueblos indígenas y las comunidades campesinas.

6. La emergencia social y las perspectivas

El proceso de inclusión de los pueblos indígenas y las comunidades campesinas en el sistema constitucional boliviano, a través de las decisiones políticas, traducidas en reformas de la Constitución y la adopción de las leyes descritas, no ha sido suficiente para superar la situación de miseria e inequidad en la que aún se desenvuelven. Por el contrario, la situación de inferioridad social, la discriminación y la pobreza se han acentuado. Ello ha motivado que no abandonen sus luchas de reivindicación.

Si bien el proceso no ha sido suficiente, tampoco puede negarse que ha contribuido a crear las condiciones necesarias para que los pueblos indígenas y comunidades sociales puedan emerge en el escenario democrático con acciones políticas orientadas a lograr sus reivindicaciones.

A partir de la implementación de la Ley de Participación Popular, los pueblos indígenas y las comunidades campesinas, al principio a través de alianzas estratégicas con los partidos políticos tradicionales y después mediante su propio instrumento político, accedieron al poder local, asumiendo la conducción de los gobiernos locales autónomos a través de sus autoridades naturales. De una ausencia total en los niveles del poder local hasta las elecciones municipales de 1995, pasaron a tomar el control del 33% de los gobiernos locales autónomos en las elecciones municipales de 1999.

Estos pueblos y comunidades han pasado de la resistencia a la lucha activa, a través de la acción política en el escenario democrático, a cuyo efecto han creado sus propios instrumentos políticos, aunque con algunas diferencias y divisiones internas. Así, a través de sus propios partidos políticos o en alianza con los partidos tradicionales, los pueblos indígenas participaron activamente en las elecciones nacionales de 2002, en las que obtuvieron una significativa votación, al grado que el Movimiento al Socialismo, liderado por el aymara Evo Morales, se convirtió en la segunda fuerza política nacional. Sumadas las diferentes fracciones políticas de los pueblos indígenas, éstos se convirtieron en la primera mayoría nacional.

Esta victoria electoral permitió que por primera vez el Congreso Nacional reflejara esa Bolivia multiétnica y pluricultural, pues los diferentes pueblos indígenas obtuvieron escaños en ambas cámaras.

Pero ese avance no significa una solución los problemas de exclusión y marginamiento que se han mantenido por más de quinientos años. Constituye un avance en el plano político, pero no se superan los problemas en el orden social y económico. Al contrario, la crisis se ha agudizado, motivando los profundos conflictos de febrero y marzo de 2003, que tuvieron su desenlace en la renuncia del presidente constitucional de la República, Gonzalo Sánchez de Lozada.

No obstante la magnitud del problema, la crisis de octubre ha tenido una salida razonable; se ha operado una sucesión presidencial sin violentar ni desconocer el régimen democrático, como sucedía en el pasado. Pero, como una de las soluciones a la crisis, los sectores sociales organizados que protagonizaron los sucesos de octubre, entre ellos los pueblos indígenas y comunidades campesinas, han reiterado el planteamiento de modificar la Constitución mediante una asamblea constituyente, a fin de encarar un proceso en el que se establezcan las nuevas bases jurídico-constitucionales del sistema constitucional que permita construir una nueva Bolivia multiétnica, pluricultural, caracterizada por la unidad en la diversidad.

En ese nuevo escenario político, la perspectiva de los pueblos indígenas es que el proceso constituyente adopte un nuevo sistema constitucional en el que se los incorpore materialmente como parte constitutiva del Estado. Ello supone el cambio del sistema político hacia una verdadera democracia participativa, basada en la inclusión y no la exclusión de los sectores sociales y los núcleos territoriales de base.

Una democracia de inclusión implica la adopción de un sistema político basado en el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural; por lo mismo, la consagración de los sistemas y mecanismos de intervención, procedimientos propios y particulares de gestión de los pueblos indígenas o comunidades campesinas, reconociendo sus valores y principios propios y exclusivos que no pueden ser desconocidos ni suplantados. La articulación de estas prácticas democráticas con el sistema político estatal es un desafío que se debe enfrentar en el proceso constituyente, ya que estos pueblos y comunidades no se sienten expresados en la democracia formal vigente; tienen la convicción de que este régimen no expresa sus valores y principios, que no resuelve sus problemas concretos de existencia, no supera la diferencia secular entre la ciudad y el campo, no soluciona los agudos problemas de la indigencia y extrema pobreza, no supera los problemas de la transculturación y aculturación que se han venido ejerciendo desde las esferas estatales contra ellos.

De otro lado, para superar la exclusión social y económica de los pueblos indígenas es necesario cambiar la actual organización territorial del Estado, para que sobre esa base se pueda modificar el sistema de distribución territorial del poder.

Con relación a la organización territorial del Estado cabe señalar que el constituyente de 1825 no consideró la diversidad étnica y cultural que caracterizaba al Alto Perú; por ello, en vez de adoptar la organización territorial sobre la base del reconocimiento de los pueblos indígenas y comunidades campesinas, optó por los criterios eclesiásticos impuestos durante la colonia. De ahí que, al adoptar el actual modelo de organización, se impusieron fronteras artificiales a los territorios ocupados por los pueblos indígenas y comunidades campesinas, rompiendo su unidad armónica, hecho que agravó la situación de exclusión social a que el Estado sometió a estas mayorías nacionales.

Ante esa realidad corresponde asumir decisiones democráticas que, superando las viejas concepciones, permitan superar el centenario problema de la exclusión de

los pueblos indígenas y comunidades campesinas de la estructura económica, social y política; asimismo, superar las inequidades y desequilibrios regionales en el desarrollo humano sostenible, de manera que se pueda construir la unidad en la diversidad, partiendo de la institucionalización constitucional de las peculiaridades regionales como expresión de la diversidad étnica y cultural del Estado boliviano.

Ello implica que el proceso constituyente debe encarar el problema adoptando decisiones concretas en dos sentidos.

En primer lugar, con relación a la organización territorial, debe reformularse la actual organización para adoptar otra basada en criterios étnicos y culturales, complementada con una distribución equitativa y racional de los recursos naturales, para dar viabilidad económica a los pueblos indígenas y comunidades campesinas, así como a las diferentes regiones de las que formarán parte, de manera que se garantice un desarrollo humano sostenible. Eso significa eliminar el concepto de las provincias y departamentos, para conformar unidades regionales tomando como punto de partida la unidad territorial constituida por el municipio, que se organizará sobre la base de los pueblos indígenas o comunidades campesinas.

En segundo lugar, con relación a la distribución territorial del poder, en el proceso constituyente deberá abandonarse el criterio clásico del unitarismo, es decir, la centralización del poder político, para adoptar un modelo de descentralización política, es decir, un modelo caracterizado por la distribución territorial del poder político.

Una alternativa para ese nuevo modelo de distribución territorial del poder es la adopción de las autonomías regionales. Ello supone que el Estado distribuya el poder único entre poderes territoriales diversos, es decir, proceda a la cesión del poder centralizado a las unidades territoriales regionales constituidas sobre la base de criterios de carácter étnico (nacionalidad), histórico y territorial. Este modelo se diferenciará del federalismo porque las autonomías regionales o comunidades autónomas no alcanzarán el carácter de verdaderos estados con soberanía; simplemente tendrán autonomía política, normativa y administrativa en el marco de la soberanía del Estado unitario y sujetos a las normas previstas por la Constitución y sus respectivos estatutos orgánicos.

El modelo se caracterizará porque en el Estado existirá un único poder constituyente, tanto originario como derivado; la potestad autonormativa de los entes territoriales no será originaria sino derivada, ya que su fundamento emergirá de sus respectivos estatutos orgánicos, los que serán aprobados por el Estado a través de sus órganos centrales. Estos órganos podrán incidir, en su caso, sobre los órganos de las regiones autónomas, lo que significa que la soberanía del Estado primará por sobre la autonomía de las partes.

Este modelo de distribución territorial del poder tendrá un triple objetivo: en primer lugar, racionalizar la distribución territorial del poder del Estado, creando un escalón intermedio entre el ente central y los entes locales; en segundo lugar, superar el conflicto entre el centro y la periferia; en tercer lugar, incorporar al sistema cons-

titucional a los pueblos indígenas con su propia estructura social y política, con sus autoridades naturales, sus costumbres, idioma, cultura y territorio, reconociéndoles autonomía política, normativa y administrativa.

Este modelo se sustentará sobre los siguientes principios: a) el principio de unidad, lo que significa que la titularidad de la soberanía será única y le corresponderá al Estado que mantendrá el poder originario; asimismo, existirá unidad en el ordenamiento jurídico del Estado; b) el principio de autonomía, lo que significa el reconocimiento del derecho de las regiones, constituidas por los pueblos indígenas y comunidades campesinas, a la adopción de decisiones político-administrativas, asumiendo competencias normativas y de ejecución; con la advertencia de que la competencia normativa será de carácter subsidiario, limitada estrictamente al ámbito territorial de la región autónoma; c) el principio de la solidaridad, aplicable al ámbito de la organización económica y financiera de las regiones autónomas, lo que significa que, partiendo de una concepción de pertenencia a un todo común, en el que cada ciudadano suma sus esfuerzos en defensa del interés general, deberán establecerse mecanismos de cooperación y de compensación interregional en la distribución de recursos entre las regiones, con el objeto de lograr un equilibrio económico, adecuado y justo entre las regiones autónomas para lograr un desarrollo humano sostenible; y d) el principio de igualdad, aplicable al ámbito de asignación presupuestaria, lo que significa que en la aprobación del presupuesto general del Estado deberá efectuarse una asignación presupuestaria a las regiones autónomas en función del volumen de servicios y actividades estatales que éstas hubiesen asumido.

En este nuevo modelo la unidad territorial y política —por lo mismo, social y económica— básica serán los municipios constituidos sobre la base de los pueblos indígenas o comunidades campesinas; por lo tanto, éstos serán los ejes articuladores de las autonomías regionales. Los pueblos indígenas y comunidades campesinas deberán tener un papel protagónico en el ejercicio del poder político de las autonomías.

7. A manera de conclusión

Partiendo del análisis descriptivo de la situación de los pueblos indígenas y comunidades campesinas en el sistema constitucional boliviano, a manera de conclusión se puede anotar lo siguiente:

1º No obstante la condición multiétnica y pluricultural del Estado boliviano, los pueblos indígenas y comunidades campesinas han sufrido una constante exclusión de la estructura social, económica y política del Estado, convirtiéndose en una especie de “naciones clandestinas” en su propio territorio.

2º Tanto en la época colonial como en la época republicana, los pueblos indígenas y comunidades campesinas han sido sometidos al despojo de sus tierras y su territorio, a la explotación de su trabajo, colocados en una situación de discrimina-

ción social, económica y política, de manera que se han desenvuelto en la pobreza y la miseria; no obstante, han pervivido.

3º La situación de exclusión y la explotación a la que han sido sometidos los pueblos indígenas ha sido permanentemente resistida por éstos a través de movimientos y luchas de reivindicación, que lamentablemente han fracasado por la apropiación indebida de dichos movimientos por las oligarquías emergentes en cada momento histórico.

4º Si bien se ha desarrollado un proceso de inclusión social, económica y política de los pueblos indígenas y comunidades campesinas, a través de políticas y decisiones estatales concretas, el proceso no fue suficiente para superar los más de quinientos años de exclusión.

5º Durante las últimas décadas, especialmente los primeros años del presente milenio, los pueblos indígenas han protagonizado un proceso de emergencia social, sobre la base de una adecuada organización social y política, logrando ascender a espacios de poder político, convirtiéndose en los actores del nuevo escenario político y del futuro proceso constituyente.

6º En el proceso constituyente que deberá encarar el Estado boliviano, debe superarse la exclusión social, económica y política de los pueblos indígenas, adoptando cambios profundos en el sistema constitucional; entre ellos, una nueva organización territorial y un nuevo modelo de distribución territorial del poder que permita a los pueblos indígenas constituirse en los ejes de las autonomías regionales y, por lo mismo, en los actores centrales de su desarrollo económico y social.

César Montaño Galarza (Ecuador)*

La interpretación jurídica en el caso de las demandas de inconstitucionalidad planteadas ante el Tribunal Constitucional del Ecuador contra el Acuerdo de la Base Aérea de Manta **

1. Introducción

El propósito principal de este artículo es analizar críticamente la resolución 012-2001-TP del Tribunal Constitucional del Ecuador (TCE), fechada el 17 de enero del mismo año,¹ en virtud de las demandas de inconstitucionalidad núms. 032-2000-TC, 035-2000-TC, y 051-2000-TC,² presentadas respecto del *Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de los Estados Unidos de América, concerniente al acceso y uso de los Estados Unidos de América de las instalaciones en la Base de la Fuerza Aérea Ecuatoriana en Manta para actividades aéreas antinarcóticos.*³

* Abogado y doctor en Jurisprudencia, Universidad Nacional de Loja (UNL). Especialista en Tributación. Magíster en Derecho Económico mención Relaciones Económicas Internacionales. Doctor en Derecho Constitucional (c), Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador (UASB-E). Docente del Área de Derecho de la UASB-E. <cesarmontano@uasb.edu.ec>

** Este trabajo ha sido financiado por el Fondo de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

¹ Véase <<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/paginas/T.Constitucional.58.html>> y en <<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/paginas/T.Constitucional.4.html#anchor2023558>>. Hasta la fecha esta Resolución no ha sido publicada en el Registro Oficial del Ecuador.

² Casos acumulados por identidad objetiva. En el primero, la hermana Elsie Hope Monge Yoder y más de mil ciudadanos demandan la inconstitucionalidad del Convenio, por vicios formales y materiales. En el segundo, los diputados Stalin Alfonso Vargas Meza y Edgar Iván Rodríguez, con el informe favorable del defensor del pueblo, que corre a fojas 42 del expediente, presentan demanda de inconstitucionalidad del Acuerdo, por vicios formales y materiales, al amparo del artículo 276, número 1, de la Constitución. En el tercero, el doctor Jorge González Moreno, por sus propios derechos, con el informe favorable del defensor del pueblo que corre a fojas 10 del expediente, presenta la demanda de inconstitucionalidad del Acuerdo, por vicios formales y materiales, al amparo del artículo 276, numeral 1, de la Constitución.

³ Convenio publicado en el Registro Oficial núm. 340, del 16 de diciembre de 1999. Consta de 24 artículos y un Acuerdo Operativo para el núm. 5 del artículo IX del Convenio.

Adicionalmente, haremos referencia a la competencia o incompetencia del TCE para dictaminar *a priori* la conformidad o inconformidad de los instrumentos internacionales con la Constitución Política de la República del Ecuador (CPE); al procedimiento que en el caso concreto del Acuerdo de la Base de Manta (ABM) se ha observado para su aprobación; a la competencia o incompetencia del órgano constitucional para sustanciar las demandas de inconstitucionalidad presentadas contra el Acuerdo; a los posibles criterios de interpretación utilizados por el Tribunal para emitir su resolución. Plantearemos tres escenarios alternativos posibles en los que pudo haberse situado el Tribunal Constitucional del Ecuador por mérito de la resolución emanada para el caso concreto. Finalmente, revisaremos someramente las normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano relacionadas con la responsabilidad que cabría atribuir a quienes participaron en el viciado proceso de formación del Acuerdo de la Base Aérea de Manta.

2. Algunos antecedentes

Antes de la firma del instrumento internacional de marras, con fecha 1 de abril de 1999 el Gobierno ecuatoriano suscribió un “Acuerdo interino”, por medio del cual se entregaban el puerto y el aeropuerto de Manta al Gobierno y a las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos de América. Este instrumento no contenía la denominación de “Acuerdo de Cooperación”; consta con ella sólo desde la versión final que ahora está en vigencia. Las firmas de los dos instrumentos internacionales las hizo el canciller de turno por orden del presidente de la República de la época, sin que previamente conozca del asunto el H. Congreso Nacional en pleno y menos aún el Tribunal Constitucional.

Los eventos referidos tuvieron como actores a personajes bien identificados, como son entre otros, los diputados miembros de la Comisión Especial Permanente de Asuntos Internacionales y Defensa Nacional del Congreso, quienes emitieron un informe que en la parte que interesa dice:

[...] considerar que este proyecto de Acuerdo no se enmarca en ninguno de los seis numerales previstos en el artículo 161 de la Constitución Política de la República y que por tanto, no necesita de la aprobación por parte del Congreso Nacional,

por lo que

[se] resuelve hacer conocer al señor Presidente del Honorable Congreso Nacional su recomendación para que el Proyecto de Acuerdo [...] sea remitido al Ejecutivo para su debida suscripción. [...] Este informe, así como su resolución fue aprobado por unanimidad en la sesión extraordinaria del día miércoles 10 de noviembre de 1999 [...].⁴

⁴ Un amplio desarrollo respecto a los antecedentes e implicaciones del Acuerdo de la Base de Manta se encuentra en Manuel Salgado Tamayo: *¿Guerra sucia en Ecuador? Los documentos secretos de Manta*, La Tierra, Quito, 2000.

Según el politólogo ecuatoriano César Montúfar, la Base de Manta constituye un puesto de operación avanzado que comenzó a funcionar desde abril de 1999 y que resulta de suma importancia para Estados Unidos debido a que por su localización puede servir de apoyo a misiones que cubren la zona de producción que incluye a Colombia, Perú y Bolivia, desde donde se envía la mayor parte de la cocaína que llega a Estados Unidos. Manta ha sido adecuada para funcionar las 24 horas del día, todos los días de la semana, en cualquier condición climática, y desde allí pueden operar aviones de patrullaje marítimo de la Armada estadounidense, encargados de misiones en el océano Pacífico, y aviones del servicio P-3 de las aduanas de Estados Unidos, orientados a misiones denominadas de “alerta temprana”. En el futuro cercano Manta también albergará misiones de aviones AWAC, corrientemente utilizados por Estados Unidos para misiones similares. A estas bases se las ha denominado FOL; son instalaciones que permiten actividades conjuntas de la Fuerza Aérea, la DEA, la Guardia Costera y personal de aduanas de Estados Unidos.⁵ Desde ellas opera un personal permanente de apenas entre seis y ocho miembros, y temporal de “unos pocos cientos”, en los momentos de mayor afluencia. Según un documento informativo del Departamento de Estado norteamericano, su única misión consiste en detectar, monitorear, localizar aviones o barcos que realicen actividades de narcotráfico. Al parecer, las FOL excluyen cualquier otra tarea de orden militar. Además, las aeronaves estacionadas en las FOL trabajan con la información y bajo la planificación operacional que emana del centro de comando y control localizado en Key West, Florida. Ello hace que, en sentido estricto, su operación no sea nacional sino transnacional. Hasta el año 2000 se establecieron, formando un triángulo alrededor de Colombia, cuatro FOL: en Manta (Ecuador), Reina Beatriz (Aruba), Aeropuerto de Hato (Curazao) y Comalapa (El Salvador). Las adecuaciones de Manta, Aruba y Curazao tendrán un valor total 116 millones de dólares, los cuales fueron asignados dentro del paquete inicial de asistencia al Plan Colombia. Su localización y objetivos están concebidos como reemplazo de las operaciones antidrogas que Estados Unidos ejecutaba desde la Howard Air Force Base en Panamá, construida en 1939 y cerrada en mayo de 1999, y que hasta ese momento funcionó como el centro militar estadounidense más importante para misiones de localización, monitoreo, inteligencia y

⁵ El quinto considerando del decreto ejecutivo núm. 1050, publicado en el Registro Oficial núm. 212, de 17 de noviembre de 2003, sobre mejoramiento del aeropuerto de Manta, dice: “Que en el aeropuerto Eloy Alfaro de Manta, la Fuerza Aérea Ecuatoriana mantiene las instalaciones del Ala de Combate No. 23 en las que se incluyen la infraestructura de la Fuerza Aérea Norteamericana en base al convenio con los Estados Unidos de América [...]”; adicionalmente, el artículo 10 dispone: “Las instalaciones militares de la Fuerza Aérea Ecuatoriana, y la construcción de las edificaciones del puesto de avanzada FOL ubicadas en los terrenos adyacentes al aeropuerto Eloy Alfaro, continuarán prestando su servicio de enlace y recepción de autoridades nacionales e internacionales, a cargo de la Fuerza Aérea Ecuatoriana”.

comunicaciones en la lucha antinarcóticos. Sólo para tener una idea de la importancia de Howard en la estrategia antinarcóticos de Estados Unidos en América del Sur, vale indicar que, según información del Departamento de Defensa, en la década de los noventa decolaron de esta base aproximadamente 2000 vuelos antinarcóticos. El triángulo que las FOL forman alrededor de Colombia constituye lo que podríamos llamar una *región contra las drogas*. Las cuatro FOL logran una cobertura del espacio aéreo y marítimo que abarca en su totalidad las posibilidades de acceso y salida de Colombia en todas las direcciones.⁶

Lo que detalladamente cuenta Montúfar muestra que el Ecuador, con la firma del Acuerdo de la Base de Manta, se involucró directamente en el conflicto que libera Colombia, facilitando al gobierno norteamericano que realice una franca intervención con acciones bélicas y de espionaje en el vecino país y, por qué no decirlo, en el entorno latinoamericano. Esa es la verdadera trascendencia de la firma de este cuestionado instrumento, a cambio de promesas de asistencia económica desde el país del norte hacia el Ecuador.

3. Acerca del trámite para la formación de tratados internacionales en la Constitución del Ecuador de 1998

Entrando en materia, el número 1 del artículo 276 CPE taxativamente determina que compete al Tribunal Constitucional ecuatoriano:

Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado, y suspender total o parcialmente sus efectos; [...]

En cambio, el número 5 manda:

Dictaminar de conformidad con la Constitución, tratados o convenios internacionales previo a su aprobación por el Congreso Nacional.

Como se evidencia, las disposiciones transcritas en ninguno de sus pasajes habilita al TCE para realizar el control de constitucionalidad —si se puede llamar de esa manera— respecto de los instrumentos internacionales, llámense pactos, tratados, acuerdos, convenios, cartas, etc., menos aún cuando ya han sido aprobados y ratificados por el Estado ecuatoriano, es decir, *a posteriori*. Dicho examen solo se realizará *a priori* de su aprobación por el Poder Legislativo, según el artículo 162 *in fine* de la Carta Política.

⁶ César Montúfar: “El Ecuador entre el Plan Colombia y la Iniciativa Andina: del enfoque de los ‘efectos’ a una perspectiva de regionalización”, documento preparado para el XXIII Congreso de Latin American Studies Association, Washington D. C., septiembre 2001.

Aparte de cuidar eventuales antinomias jurídicas entre un convenio internacional y la Constitución, la idea que subyace en el texto fundamental al mandar que el órgano constitucional realice un examen preventivo de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales es la de cuidar que no se incurra en responsabilidad externa del Estado ecuatoriano posterior a la suscripción y ratificación del Convenio en cuestión, y, por supuesto, la integridad de la norma fundamental, vale decir además, la unidad de la Constitución y la unidad del ordenamiento jurídico.

En nuestra Carta Política, título sexto, “De la función legislativa”, se enmarca el capítulo 6, que se ocupa “De los tratados y convenios internacionales”; el art. 161 que forma parte de este capítulo manda:

El Congreso Nacional aprobará o improbará los siguientes tratados y convenios internacionales: 1. *Los que se refieran a materia territorial o de límites.* 2. *Los que establezcan alianzas políticas o militares.* 3. Los que comprometan al país en acuerdos de integración. 4. Los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o de la ley. 5. Los que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos. 6. Los que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley. (El destacado es nuestro.)

Entonces, es evidente que los casos en los cuales se requiere aprobación legislativa de los tratados y convenios internacionales están determinados de manera general en la disposición transcrita, de tal forma que cualquier otro tratado o convenio internacional que no verse sobre dichas materias puede ser celebrado, aprobado y ratificado por el presidente de la República, esto en virtud de la habilitación constitucional que consta en el número 12 del artículo 171 CPE, que reza:

Serán atribuciones y deberes del Presidente de la República, los siguientes: [...] 12. Definir la política exterior, dirigir las relaciones internacionales, celebrar y ratificar los tratados y convenios internacionales, previa aprobación del Congreso Nacional, *cuando la Constitución lo exija.* (El destacado es nuestro.)

La última parte de esta norma se refiere precisamente a los casos que se detallan en el artículo 161 CPE.

Conviene emitir de una vez en esta parte al menos dos apreciaciones. La primera: en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no se identifica de manera clara quién tiene la responsabilidad de evaluar si los tratados por aprobarse en el Parlamento se enmarcan o no en alguno de los casos señalados en el artículo 161 CPE. Al parecer y conforme se desarrolló el caso que estudiamos, quien tendría la facultad de dirimir la cuestión es la Comisión Especial Permanente de Asuntos Internacionales y Defensa Nacional del H. Congreso de la República,⁷ con asesoría de la Coordinación Diplo-

⁷ Según el artículo 30 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, ley núm. 139 publicada en el Registro Oficial suplemento 862, del 28 de enero de 1992 (artículo sustituido por ley núm. 114, publicada en Registro Oficial suplemento 373, de 31 de julio de 1998; incluida fe de erratas publicada en Registro Oficial núm. 5, de 17 de agosto de 1998): “Son Comisiones Especializadas Permanentes:

mática del Congreso Nacional del Ministerio de Relaciones Exteriores, según el número 4 del artículo 29 del Reglamento Orgánico Funcional del Ministerio de Relaciones Exteriores,⁸ que entre las funciones de la Coordinación Diplomática del Congreso Nacional contempla:

Asesorar a la Comisión de Asuntos Internacionales del Congreso en los lineamientos de la política exterior ecuatoriana y *materia relativa a los Tratados y Convenios Internacionales*, de conformidad a las instrucciones del Ministro de Relaciones Exteriores. (El destacado es nuestro.)

La segunda: la facultad del Ejecutivo de negociar, suscribir, aprobar y ratificar los tratados y convenios internacionales sin el concurso del Parlamento se refiere a lo que la doctrina del derecho internacional público ha llamado *tratados ejecutivos*, que por su urgencia, poca complejidad y relativa importancia no requieren de la aprobación del cuerpo legislativo de un país.

Sobre lo anotado en el párrafo anterior, la citada Comisión del Congreso en el *Informe de Mayoría sobre los Tratados de Comercio y Navegación entre los Gobiernos de la República del Ecuador y de la República del Perú y el Acuerdo amplio Ecuatoriano Peruano de Integración Fronteriza, Desarrollo y Vecindad entre Ecuador y Perú*, refiriéndose al primero de ellos, entre otras cosas, dijo:

Un tratado como éste pertenece a una especie de convenios internacionales conocidos en el Derecho Internacional Público, en su práctica, su doctrina y su jurisprudencia como “Acuerdos Ejecutivos” (Executive Agreements), “Acuerdos de Ejecución” o “Acuerdos en forma Simplificada”.

Cualquiera de estas denominaciones se refiere a convenios internacionales que por su especial naturaleza no requieren del concurso del órgano legislativo respectivo para su entrada en vigor. Las razones que existen para obviar esa participación son

la de lo Civil y Penal; de lo Laboral y Social; de lo Tributario, Fiscal y Bancario; de lo Económico, Agrario, Industrial y Comercial; de Gestión Pública y Universalización de la Seguridad Social; de Descentralización, Desconcentración y de Régimen Seccional; de Asuntos Constitucionales; de Fiscalización y Control Político; de *Asuntos Internacionales y de Defensa Nacional*; de Asuntos Amazónicos, Desarrollo Fronterizo y de Galápagos; de Defensa del Consumidor, del Usuario, del Productor y el Contribuyente; de la Mujer, el Niño, la Juventud y la Familia; de Salud, Medio Ambiente y Protección Ecológica; de Educación, Cultura y Deportes; de Derechos Humanos; la de Asuntos Indígenas y otras Etnias; de Asuntos Manabitas y, la de Desarrollo Urbano y Vivienda de Interés Social” (el destacado es nuestro). El artículo 40 de la misma ley (artículo sustituido por ley núm 114, publicada en Registro Oficial suplemento 373, de 31 de julio de 1998), manda: “Compete a las Comisiones Especializadas Permanentes del Congreso Nacional, estudiar e informar sobre los proyectos de ley relacionados con las materias de su especialización”.

⁸ Reglamento Orgánico Funcional del Ministerio de Relaciones Exteriores, Acuerdo Ministerial núm. 375, Registro Oficial núm. 100, del 2 de enero de 1997. Este Reglamento en el núm. 5 del art. 21, también dispone que la Asesoría Jurídica tiene como función revisar desde el punto de vista jurídico formal los proyectos de convenios u otros instrumentos internacionales. Así mismo, según el núm. 4 del artículo 53, manda que entre las funciones de la Dirección General de Tratados está la de asesorar a las autoridades de las entidades nacionales sobre procedimientos que deben observarse para la formalización de tratados internacionales.

diversas. Sin embargo, la más común es que tales tratados no requieren de una formal aprobación del órgano legislativo porque su contenido se limita a desarrollar estipulaciones ya pactadas en otro tratado para cuya validez el Parlamento ya ha dado su consentimiento constitucional.⁹

Los acuerdos en forma simplificada, es decir, aquellos que rigen mediante la sola firma o el canje de instrumentos, están regulados por los artículos 12 y 13 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (CVDT). Este tipo de convenios no requiere recurrir a los procedimientos previstos en el derecho nacional respectivo cuando éstos atribuyen el *treaty-making power* a los órganos investidos de las competencias legislativas y ejecutivas, conjuntamente.¹⁰ En suma, los acuerdos simplificados no exigen para su perfeccionamiento la ratificación por parte de la autoridad competente para celebrar el instrumento de que se trate, normalmente los jefes de Estado, basta con su firma y rúbrica.

En relación con el tema que referimos, Marco Monroy Cabra dice:

[...] nada impide que un acuerdo en forma simplificada, que es válido desde el punto de vista internacional, puede a posteriori someterse a aprobación parlamentaria para ajustarse a los procedimientos constitucionales o reglamentarios internos.¹¹

Ahora bien, añadimos que esta opción funcionaría solo si el Parlamento Nacional aprueba el instrumento internacional, caso contrario, no quedaría otra opción que denunciarlo. El mismo autor también explica que, al menos en los casos de Estados

⁹ Registro Oficial núm. 137, 26 de febrero de 1999. En este Informe, la Comisión además argumenta: “Para el tratadista mexicano Carlos Bernal existen excepciones a la regla general de la necesaria concurrencia del Senado mexicano en el proceso de aprobación de un tratado. Dichas excepciones ‘autorizan al ejecutivo a celebrar acuerdos internacionales sin tener la obligación de someter sus instrumentos a la aprobación del Senado’ caso en el cual los ‘convenios ejecutivos tendrán el mismo rango que los tratados’. Así, por ejemplo, según Bernal ‘el Presidente puede quedar facultado por una ley del Congreso o un tratado aprobado previamente por el Senado, a celebrar, sin intervención de éste último, convenios ejecutivos en cumplimiento de o aplicación de los mismos’, o cuando el ejecutivo cuenta ‘con la autorización expresa y anterior del Senado para celebrar un acuerdo internacional’. Para el tratadista chileno de Derecho Internacional Hugo Llanos Mansilla: ‘Si se acepta que un acuerdo internacional pactado en virtud de una ley pueda ponerse en vigencia por simple decreto, la misma justificación de principio existe evidentemente para (esa) clase de convenios que dan cumplimiento o ejecutan lo dispuesto en un tratado vigente. Esto es especialmente claro en los casos que se refieren a tratados que ya habían sido aprobados con anterioridad por el Congreso Nacional y debidamente promulgados a los que se les asigna generalmente en nuestro ordenamiento jurídico un valor equivalente al de una ley’. Adicionalmente, de conformidad con el art. 23 del Convenio de la Base de Manta, que se ocupa de la ‘Entrada en Vigencia y Duración’, éste regirá desde la fecha en que las Partes intercambien notas diplomáticas que indiquen que todos los procedimientos internos para la vigencia del Acuerdo se han cumplido. Por otra parte, el núm. 1 del art. 24 CVDT manda que: ‘Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores’”.

¹⁰ Marco Gerardo Monroy Cabra: *Derecho de los tratados*, 2^a ed., LEYER, Bogotá, 1995, p. 59.

¹¹ Ibídem, p. 59.

Unidos y de Colombia, varios acuerdos simplificados han versado sobre cooperación y temas militares, lo que en nuestro caso de estudio evoca la identificación del ABM con el número 2 del artículo 161 CPE, que refiere a los tratados y convenios internacionales que establezcan alianzas políticas o militares.

Desde la doctrina del derecho internacional público se ha distinguido, por la complejidad del procedimiento en la celebración de los tratados y la necesidad de agilizar los trámites, entre *tratados solemnes* y *tratados simplificados*.¹² Pese a ello, creemos que en uno y otro caso, para la formación de estos instrumentos internacionales se deben observar varias solemnidades, lo que garantiza que ambos tengan la misma connotación jurídica frente a los ordenamientos de los Estados partes. Los primeros requieren de la intervención del Parlamento por ser expresión suprema de la política exterior estatal, que sobre todo en los últimos años es esencial frente a las múltiples formas y objetos de las relaciones internacionales; es más, no se viviría en un Estado democrático si el Poder Legislativo quedase relegado sólo a la vigilancia y supervisión de la política exterior del Estado; los segundos responden a una necesidad de urgencia, de rapidez y simplificación; se ocupan generalmente de materias de la órbita funcional del Poder Ejecutivo —por ejemplo, para desarrollar acuerdos básicos de cooperación.

Bohdan T. Halajczuk y María Teresa del R. Moya Domínguez proveen luces en el asunto. Ellos se refieren a los “acuerdos en forma simplificada” e indican que éstos se concluyen sin intervención formal del jefe del Estado sino del ministro de Relaciones Exteriores o por los agentes diplomáticos, y que entran en vigor inmediatamente después de la firma. Agregan que por lo general se llevan a cabo por medio de un intercambio de notas que comporta el ofrecimiento de una parte y la aceptación de la otra. Añaden:

No existe ninguna jerarquía en cuanto al objeto entre los tratados y los acuerdos en forma simplificada. Actos y acuerdos de gran importancia han sido concluidos en forma simplificada. Con frecuencia se recurre a este procedimiento en los convenios de orden militar (especialmente en los convenios de armisticio) o técnico (acuerdos aduaneros, aéreos, postales, etc.). La simplicidad y rapidez son sus indiscutibles ventajas.¹³

Ellos dejan ver también que en la doctrina anglosajona los acuerdos en forma simplificada fueron comparados con los *gentlemen's agreements*, acuerdos internacionales sin efectos jurídicos obligatorios, meros compromisos de honor y de moral.¹⁴ A esto agregamos que obviamente esa posición ha sido defendida vigorosamen-

¹² Germán Ramírez Bulla: *Política exterior y tratados públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 485-486.

¹³ Bohdan T. Halajczuk y María Teresa del R. Moya Domínguez: *Derecho internacional público*, 3^a ed., Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 101.

¹⁴ Ibídem, p. 101, nota 10.

te por los Estados Unidos, porque encarna múltiples posibilidades de allegar beneficios en orden a sus siempre desmedidos intereses, sobre todo de índole económica, sin adquirir mayores obligaciones.

4. Particularidades del Acuerdo de la Base Aérea de Manta

Surge aquí otra cuestión de trascendencia que conviene revisar; tiene que ver con la naturaleza que se debe reconocer al Acuerdo de la Base de Manta, atendiendo a su tipo dentro de la clasificación de los instrumentos internacionales y a la materia que contiene, que parecería asimilarse a las detalladas en los núms. 1 y 2 del artículo 161 CPE, más cuando atendemos a la objetiva explicación de César Montúfar sobre el papel que desempeña la Base Aérea de Manta en el contexto del Plan Colombia.

Llegados a este punto, es dable que ahora revisemos el alcance de los términos *cooperación* y *alianza*. Según el *Diccionario de la lengua española Espasa* (1998), el primero viene del latín *cooperatio*, “acción y efecto de cooperar; forma de acción social en la que dos o más personas o grupos trabajan juntos o colaboran para realizar una tarea común, con el fin de alcanzar un mismo objetivo, en el que convergen intereses comunes, semejantes o complementarios”; el segundo se entiende como la “acción de aliarse dos o más personas, entidades o naciones; pacto o convención; tratado o convenio de ayuda mutua o defensa de intereses comunes entre dos o más países”.

La CVDT del año 1969, en el artículo 2. I literal *a*, dice que:

Se entiende por Tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

Esta misma Convención en el tercer encabezado dice:

Reconociendo la importancia cada vez mayor de los tratados como fuente del derecho internacional y como medio de desarrollar la cooperación pacífica entre las naciones, sean cuales fueren sus regímenes constitucionales y sociales.

Por lo que habremos de entender que la referencia a los Estados como sujetos del derecho internacional ha sido ampliada en los últimos tiempos a los organismos internacionales e incluso a las personas naturales, como en el caso, por ejemplo, de los tratados que versan sobre los derechos humanos, que a la luz de importante doctrina gozarían de rango constitucional.¹⁵ Para más pistas sobre el asunto, conviene revisar lo dispuesto por el artículo 17 y primer inciso del artículo 18 CPE.¹⁶

¹⁵ En este sentido, recomendamos revisar el trabajo de Pablo Pérez Tremps: “Los derechos fundamentales. Teoría general”, en *Los derechos fundamentales*, coord. Pablo Pérez Tremps, Tribunal Constitucional del Ecuador - Universidad Carlos III de Madrid - Comisión Europea - Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, p. 40.

¹⁶ “Art. 17. El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y

Reconduciendo la discusión, encontramos que un crítico de la brevedad de la definición de *tratado* contenida en la CVDT es Antonio Remiro Brotóns, quien al respecto ha postulado:

La Convención de Viena renunció a la pedagogía —y cayó en la tautología— al limitarse a definir el tratado como un acuerdo “regido por el derecho internacional” [...] Las propuestas hechas en la CDI y en la conferencia para que, de una u otra forma, se precisara en la definición que el objeto del tratado es la generación de obligaciones jurídicas (y de los derechos correspondientes) fueron desestimadas, en una rigurosa demostración de economía del lenguaje, al ser consideradas como superfluas por la mayoría.¹⁷

Este autor sentó la siguiente definición de *tratado*:

[...] la manifestación por escrito de voluntades concordantes imputables a dos o más sujetos de derecho internacional de la que derivan obligaciones y derechos para las partes según las reglas del derecho internacional.¹⁸

De ello y siguiendo a Germán Ramírez Bulla, identificamos que en el concepto de “tratado” se encuentran los siguientes elementos: a) un acto de voluntad, b) unos sujetos de la relación jurídica, c) un fin jurídico, d) un sometimiento a las reglas del derecho internacional.¹⁹ Notemos que estos elementos también son identificables en la generalidad de los *acuerdos* y *convenios* internacionales. Por otra parte, Paul Reuter nos da una definición amplia de *tratado internacional*, que además elimina la forma escrita y reconoce a otros sujetos del derecho internacional diferentes de los Estados; él ha sostenido con buen criterio que el tratado internacional es todo acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho internacional, sometido por éstos a las normas generales de este derecho.²⁰

Ahora bien, atendiendo la definición de *tratado* que contiene la CVDT y, sobre todo, la doctrina y la práctica internacionales, pensamos que se abre la puerta para considerar con el mismo estatus a otros instrumentos que porten una denominación particular; por ejemplo: convenio, carta, pacto, acuerdo, protocolo, concordato; sin perjuicio de que cada instrumento sea utilizado en ámbitos o temas específicos según la costumbre de los sujetos del sistema jurídico internacional.

Ciertamente, no se ha elaborado una regla que ordene sobre la titulación de los tratados;²¹ por eso, el tema no está exento de complicación, ya que no ha faltado

programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos”. El primer inciso del artículo 18 determina: “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”.

¹⁷ Antonio Remiro Brotóns: *Derecho internacional público*, vol. 2, “Derecho de los tratados”, Tecnos, Madrid, 1987, p. 32.

¹⁸ Ibídem, p. 29.

¹⁹ Ramírez Bulla: o. cit., p. 479.

²⁰ Citado por Halajczuk y Moya Domínguez: o. cit., p. 97.

²¹ Ramírez Bulla: o. cit., p. 480.

quién defiende que los tratados incorporan una fuerza y un valor jurídico diferentes de los de los *convenios* y *acuerdos* internacionales. Al parecer, las diferencias entre estos tres tipos de instrumentos están determinadas por los niveles de compromisos jurídicos, políticos e incluso morales que asumen los sujetos que los negocian y suscriben.²²

Como ya se dijo, el tratado de la Base Aérea de Manta se ha denominado como “Acuerdo de cooperación”, que en nuestro parecer surte efectos jurídicos y políticos para las partes; así evitamos caer en la consideración de visiones que reducen el ámbito de incidencia del derecho internacional a uno solo de esos campos que, dicho sea de paso, difícilmente pueden estar separados. Esa denominación —en opinión de Ramírez Bulla— es una de las que mejor revelan el carácter de entendimiento entre las partes sobre las cuales se firman acuerdos; entre ellas se deben mencionar los temas de cooperación técnica, científica, cultural, etc., especialmente de carácter bilateral.²³ Un acuerdo que se titule *de cooperación* bien puede ser el puente que una cualquier intención entre las partes; nos referimos, por ejemplo, a las alianzas políticas y militares, que sin duda requieren del concurso de los Estados que las establecen, mucho más allá de una simple decisión política inicial, es decir, en este supuesto encontramos involucradas directamente también cuestiones presupuestarias y de actuación de la fuerza pública armada, amén de lo que ello significa para la política exterior estatal.

De lo dicho podríamos arribar por ahora a la siguiente conclusión: la materia que encarna el ABM no es simple ni debió ser evacuada con ligereza; los intereses y connotaciones que en él subyacen no son ni de lejos carentes de importancia en el contexto de la política exterior ecuatoriana, ya que precisamente definen una de sus más trascendentales así como peligrosas aristas, pues resulta notorio que el Convenio explicita una posición clara del Ecuador: participar forzadamente en un proyecto transnacional monitoreado por el gobierno norteamericano para luchar contra el flagelo mundial del narcotráfico, pero además, lo que es grave, para secundar la flagrante intervención —con métodos y procedimientos por demás cuestionables— de la potencia del norte en un conflicto con la guerrilla librado por Colombia, nuestro socio y vecino andino, con miras a consolidar su injerencia en toda América. Parece evidente que en el caso analizado se ha roto el *principio democrático*, que se supone es sustancial en un Estado que se rotula “democrático y de Derecho”, y que —atendiendo a la naturaleza del instrumento internacional que se adoptó—, el Gobierno de los Estados Unidos de América, su cuerpo diplomático y técnicos de la materia, sabían mucho mejor que nuestros representantes lo que querían alcanzar con la firma del ABM.

²² Véase al respecto: Michel Virally: *El devenir del derecho internacional*, 1^a ed. en castellano, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pp. 157-163.

²³ Ramírez Bulla: o. cit., p. 482.

5. Las demandas de constitucionalidad y la resolución del Tribunal Constitucional del Ecuador en el caso del Acuerdo de la Base Aérea de Manta

Recordemos que el inicio de la controversia objeto de nuestra atención se radica en el procedimiento observado para que el ABM entrara en vigor, y en la asimilación o desasimilación de éste —por la materia que incorpora— a uno o a varios supuestos señalados en el artículo 161 CPE, lo que define la obligatoriedad o no de someter el Convenio en cuestión a la aprobación del Parlamento Nacional antes de efectuarse la ratificación del Ejecutivo, y lógicamente conocer en este trámite el rol del Tribunal Constitucional del Ecuador.

Los accionantes en cada una de las tres demandas presentadas adujeron que se violaron múltiples normas constitucionales en el trámite para la aprobación del ABM, referidas básicamente al procedimiento para la formación de un instrumento internacional de este tipo, a la vulneración de derechos y garantías de los ciudadanos, y a la soberanía nacional. Asimismo, sostuvieron enfáticamente —sin ausencia de criterio— que el Acuerdo debió ser analizado por el órgano constitucional a la luz de la Ley Fundamental, antes de su eventual aprobación por el poder Legislativo.

Respecto a la *soberanía*, somos de los que piensan que los Estados que contratan o acuerdan internacionalmente con otros sujetos de derecho internacional lo hacen precisamente en ejercicio del poder soberano del pueblo y en igualdad de condiciones; para ello pueden autolimitar sus prerrogativas y potestades, así como reconocer la ampliación de las de sus contrapartes. De la misma manera, cabe la posibilidad de otorgar tratamientos específicos a particulares extranjeros que no necesariamente se extienden de manera general a sus nacionales, como cuando se otorgan exenciones tributarias especiales a los inversionistas foráneos o cuando se restringen algunos de los derechos de participación política sólo a los nacionales de un Estado.²⁴ Si partimos de esta idea, hay que suponer que razones de peso son las que animan a un determinado Estado a conceder tratos preferenciales a otro Estado en virtud de un acuerdo internacional. Tales razones muchas veces pueden obedecer a las políticas que adopte, proyectadas sobre la base de sus intereses en los órdenes social, económico o político. Somos de los que piensan que bastante diferentes tienen que haber sido las consideraciones en el caso del ABM; sólo ello explica el trámite *sui géneris* observado para su aprobación definitiva por el Estado ecuatoriano.

En la interpretación que se haga sobre la materia de la que se ocupa el Acuerdo de la Base de Manta, cabe afirmar que dicho instrumento internacional puede ser asimilado al contenido del número 2 del artículo 161 CPE, referido a que el Parlamento Nacional aprobará o improbará los tratados y convenios internacionales, entre ellos *los que establezcan alianzas políticas o militares*. Por lo tanto, este tipo de

²⁴ Pérez Tremps: o. cit., pp. 27-28.

instrumento internacional requiere de la aprobación del Congreso Nacional y, antes de ella, el dictamen acerca de la conformidad o inconformidad del tratado o convenio con la Constitución, a cargo del Tribunal Constitucional del Ecuador, según el segundo inciso del artículo 162 CPE.²⁵ En este punto no debemos soslayar que el *acuerdo interino* que se firmó no fue nominado como *de cooperación*, y que el adjetivo sólo se utilizó para encubrir lo que verdaderamente representa el instrumento definitivo hoy en vigencia, así como también para evadir su identificación con alguno de los supuestos de la norma en mención.

Ahora nos ocuparemos de revisar someramente el tratamiento otorgado a las demandas de inconstitucionalidad presentadas en el Tribunal Constitucional del Ecuador respecto al Acuerdo de la Base de Manta. En las consideraciones que hace el Tribunal antes de emitir la resolución, provee algunos argumentos que merecen nuestra atención y comentarios:

- *Defiende su competencia para dictaminar los tratados internacionales a priori de la aprobación por el Parlamento.*

Conforme se ha dicho aquí, este criterio habrá de entenderse restrictivamente sólo para los casos señalados en el artículo 161 de la Constitución.

- *La CPE no otorga al TCE competencia para conocer y resolver demandas de inconstitucionalidad de tratados o convenios internacionales.*

Situación correctamente reconocida por el órgano constitucional, pues el examen preventivo de constitucionalidad cuida cualquier antinomia entre la Constitución y el instrumento internacional de que se trate, para que en el futuro no pueda tacharse a este último de inexequible o contrario a la Constitución.

Vale recordar en esta parte que las resoluciones de inconstitucionalidad del órgano constitucional no tienen efecto retroactivo, esto a la luz de lo dispuesto en la primera parte del artículo 278 CPE, cuyo tenor literal consta así:

La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y será promulgada en el Registro Oficial. Entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación y dejará sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional. La declaratoria no tendrá efecto retroactivo, ni respecto de ella habrá recurso alguno.

- *Del tratado impugnado no se establece ninguna clase de reconocimiento o cesión del territorio nacional ecuatoriano a favor de otro Estado, y ni siquiera una limitación del dominio estatal ecuatoriano sobre territorio alguno del Ecuador, donde otro Estado, en virtud del instrumento, ejerza potestad soberana.*

Si bien es cierto que la cesión de territorio —cesión de soberanía— como tal no aparece expresamente a la luz del ABM, existe el reconocimiento de limitaciones del dominio ecuatoriano sobre una porción de su territorio durante un determinado lap-

²⁵ El Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional, adoptado mediante Resolución del Tribunal Constitucional 262, Registro Oficial núm. 492, del 11 de enero de 2002, desarrolla en los artículos 30 a 35 lo referido al control previo de tratados o convenios internacionales.

so; esto se desprende, por ejemplo, del texto de los números 1 y 2 del literal *a* del artículo 2 del Acuerdo.

• *Que el Tratado de la Base de Manta no contiene un pacto que establezca una alianza política o militar, sino un acuerdo de cooperación entre dos Estados con la finalidad específica de combatir el narcotráfico, obligación del Estado ecuatoriano que surge tanto de su legislación interna como de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.*

Pese a que sea verdad que el instrumento internacional referido no establece expresamente una alianza política o militar, se puede inferir la existencia de ella como una situación de hecho que se establece por el cumplimiento de las obligaciones a cargo de cada Estado contratante. De esta forma, el ABM se enmarca en el número 1 del artículo 161 CPE. Además, son contundentes muchas explicaciones que científicas sociales han hecho acerca de la naturaleza y los verdaderos efectos del Acuerdo.

• *Que de acuerdo con los considerandos decimosexto y decimoséptimo, el Convenio impugnado no se refiere a ninguna de las materias señaladas taxativamente en el artículo 161 CPE.*

Según nuestros argumentos esta posición no es aceptable, habida cuenta de la existencia de buen número de señales, aquí mismo expuestas, que bien podrían encaminarnos a concluir lo contrario.

• *Que el Convenio no requería aprobación previa de la Legislatura para su ratificación por el presidente de la República.*

Esta posición del órgano constitucional sería aceptada siempre y cuando el ABM no se identificara con ninguno de los números 1 y 2 del artículo 161 CPE.

• *Que el TCE debe considerar la forma como dejan de tener vigencia las normas de derecho internacional.*

Este planteamiento contiene enjundia y nos encamina a hacer al menos tres referencias puntuales a disposiciones del orden jurídico internacional.

La primera, el artículo 24 CBM, se ocupa de la “Terminación” del instrumento internacional y ordena:

Luego del período inicial de diez (10) años, cualquiera de las Partes podrá denunciar este Acuerdo mediante notificación escrita a la otra Parte. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha de dicha notificación.

La segunda, el número 2 del artículo 42 CVDT, dice:

La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado.

La tercera, el artículo 54 CVDT, expresa:

Terminación de un tratado o retiro de él en virtud de sus disposiciones o por consentimiento de las partes. La terminación de un tratado o el retiro de una parte podrán tener lugar: a) conforme a las disposiciones del tratado, o b) en cualquier

momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes.

- *Que Ecuador y Estados Unidos se han comprometido “a cumplir una serie de obligaciones, los que no pueden dejar de cumplirlos”.*

Este criterio tiene que ver con la eventual responsabilidad externa de los Estados por incumplimiento de una convención internacional, pues en caso de que Ecuador quebrantara alguna cláusula del ABM, el otro Estado podría considerar esta violación como denuncia expresa del instrumento internacional.

Entendemos que las obligaciones que han nacido del Acuerdo no se limitan a los ámbitos de la moral y el honor, sino que, teniendo como soporte un instrumento de naturaleza jurídica, de él derivan obligaciones de derecho. Al efecto, conviene aludir a los artículos 26 y 27 CVDT, que atienden a la observancia de los tratados y que, por su orden, se ocupan del principio *pacta sunt servanda*, y de la imposibilidad de una parte para invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, salvo lo dispuesto en el artículo 46 de la misma Convención, que trata sobre las “Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados”.²⁶

- *Que las únicas formas previstas por el derecho internacional para que un instrumento internacional deje de tener vigencia y, por añadidura, deje de obligar a los Estados se refieren a la verificación del procedimiento de denuncia, además de las otras disposiciones contempladas en el tratado, como cumplimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, mutuo consentimiento, además de las causas contempladas en derecho internacional y sobre las que a este Tribunal no le compete determinar ni juzgar.*

A partir de este argumento podemos darnos cuenta de que el órgano constitucional no realizó una revisión exhaustiva —como el caso demandaba— de los parámetros que fija la Convención de Viena para que un instrumento internacional deje de estar en vigor. Más allá de lo dispuesto en el artículo 24 ABM, nos referimos a todo el articulado contenido en la parte V de la CVDT, que trata sobre la “Nulidad, terminación y suspensión de los tratados”, artículos 42 a 72.

- *Que ni el derecho interno ni la CPE han previsto la posibilidad de la inconstitucionalidad de un instrumento internacional, y que el artículo 162 CPE no prevé la figura de la inconstitucionalidad de un instrumento internacional para que éste sea dejado sin efecto; además, que una eventual declaratoria de inconstitucionalidad no*

²⁶ El art. 46 CVDT dice: “Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

podría dejar sin efectos las obligaciones asumidas por el Ecuador en el marco del derecho internacional.

Son razonamientos lógicos, sustentados en la ausencia de disposición constitucional o legal ecuatoriana que lleve al resultado de declarar inexequible a un instrumento internacional, cuestión que corrobora la especial naturaleza del derecho de gentes y la posición que ocupan la norma fundamental y las demás del ordenamiento jurídico nacional respecto del derecho exterior.

Mediante el primer numeral de la parte resolutiva de la resolución del Tribunal Constitucional del Ecuador, este órgano, a través de una sentencia desestimativa, desecha por improcedentes las demandas de inconstitucionalidad contra el Acuerdo de la Base Aérea de Manta. La resolución fue tomada con cinco votos en favor y cuatro en contra, de allí que sea necesario considerar los argumentos más relevantes esgrimidos por los vocales que salvaron su voto y que pueden darnos algunas luces en el asunto concreto.

6. Los votos salvados en la resolución tomada por el órgano constitucional

En su voto salvado, el vocal Dr. Hernán Rivadeneira Játiva, entre otras cosas, dice:

• *Que la demanda presentada por más de mil ciudadanos ecuatorianos tiene sustentos legales y constitucionales suficientes y por lo mismo no podía desecharse.*

No compartimos este criterio porque la Constitución no contempla la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de un instrumento internacional, mas el TCE —en nuestra opinión y conforme veremos más adelante— pudo advertir al Poder Ejecutivo acerca de la violación de la Carta Fundamental para que éste iniciara los pasos conducentes a subsanar la antinomia jurídica presentada.

• *Que cabe el control de constitucionalidad del tratado porque aún no ha sido conocido por el H. Congreso Nacional.*

Pensamiento que no acogemos porque el Acuerdo de la Base de Manta está en vigencia y, por lo tanto, causa efectos hacia el exterior; su rompimiento unilateral puede generar importantes consecuencias jurídicas y sobre todo económicas para el país. Para este supuesto cobra renovada vigencia el artículo 27 CVDT, que trata sobre el derecho interno y la observancia de los tratados.

• *Que es nulo lo actuado por el TCE, porque, si como se aduce en la resolución de mayoría, el TCE no tiene competencia para conocer y resolver demandas de inconstitucionalidad de tratados y convenios internacionales, no debió siquiera conocer, peor tramitar y resolver un asunto.*

Posición interesante y polémica, ya que por la trascendencia del tema y tomando en cuenta que el órgano constitucional entró a resolver, debió desempeñar un papel protagónico al hacer conocer con criterios jurídicos razonables la violación que ha sufrido la

Constitución y la disminución de la injerencia del Poder Legislativo en la toma de decisiones de política exterior tan importantes como es la de ceder una base aérea a un gobierno extranjero, y para involucrar al país en una alianza política y militar encaminada a inmiscuirse en asuntos delicados de un tercer Estado (Colombia).

• *Que al no cabrer duda sobre la naturaleza de convenio o tratado internacional del “Acuerdo de cooperación” sobre la Base de Manta, cabe que se analice si ese instrumento es de los previstos en el artículo 161 CPE, pues afirma que evidentemente se trata de un instrumento que versa sobre la territorialidad y sobre una alianza política o militar.*

Este criterio lo compartimos plenamente, ya que, como hemos referido, es clara la identificación de la materia que regula el ABM con los supuestos de los números 1 y 2 del artículo 161 CPE.

• *Que el acuerdo tiene que ver sobre la soberanía nacional.*

Esta opinión es acertada, sin perjuicio de que hoy en día la significación del concepto de soberanía no es absoluta ni clara, ni tampoco existe un vademécum único respecto a la extensión del término ni a las materias que cubre. En suma, todo puede tener relación con la soberanía y más cuando hablamos de compromisos del Estado con otros sujetos en el ámbito internacional.

• *Que se requiere el concurso de toda la institucionalidad y la observancia de nuestro ordenamiento jurídico; caso contrario se violenta la vigencia del Estado de Derecho, se rompe el ordenamiento legal y cunde la arbitrariedad y el desatino.*

Este criterio lo compartimos en parte, más si consideramos que, aunque el TCE no haya tenido competencia para sustanciar las demandas de inconstitucionalidad, estaba en la obligación moral y política de sentar precedente y desempeñar un papel histórico emitiendo una resolución exhortatoria para el Ejecutivo. Los elementos que constan en esta opinión evocan los contenidos centrales del *principio de seguridad jurídica* (certeza en el ordenamiento e interdicción de la arbitrariedad), como condición para la vigencia del Estado democrático de derecho.

• *Que el TC sí tiene competencia para tramitar la demanda.*

Cuestión discutible si partimos de la afirmación inicial de que el guardián de la Constitución no puede declarar la inconstitucionalidad de un instrumento internacional que ya está en vigencia y que en su momento no fue objeto de examen o revisión preventiva de constitucionalidad.

• *Que cabe la determinación del incumplimiento hasta la presente fecha del envío al Tribunal Constitucional del Tratado de la Base de Manta, para el dictamen correspondiente previo a la aprobación por el Pleno del Congreso Nacional.*

Por un lado, este pensamiento otorga una pista interesante para ubicar a los responsables del inusual trámite dado al Acuerdo de la Base de Manta en su proceso de formación, y por el otro, desemboca en una confrontación plena con el principio de seguridad jurídica en el plano internacional, toda vez que el Acuerdo está vigente desde 1999.

En su voto salvado, el vocal Dr. Hernán Salgado Pesantes, entre otras cuestiones, argumenta:

- *Que el Tratado materia de la demanda versa sobre materia territorial y es una alianza política e incluso de carácter militar, lo que es indispensable para determinar que debían conocerlo el Parlamento y previamente el TC.*

Criterio que compartimos plenamente.

- *Que su análisis se hace estrictamente desde la perspectiva jurídica constitucional.*

Criterio objetivo aunque carente de consideraciones de otra índole que por fuerza de razón también están involucradas; por ejemplo, desde la óptica de las relaciones internacionales y política exterior, lo que bien podría dar mayores luces en el asunto planteado.

- *Que “[l]a cuestión política, que en el caso sub judice existe y mucha, en nuestro análisis quedó confinada a un segundo plano”.*

Desde una óptica metodológica este pensamiento no resulta de lo más convincente, porque la política y el derecho son elementos sustanciales que proveen sustento a la organización de un Estado y normalmente dejar de lado el manifiesto contenido político de la alta misión del órgano constitucional producirá con seguridad visiones parciales de los asuntos que conozca.

Consistentes con la línea manifestada, creemos que una de las entradas interpretativas de las que el Tribunal Constitucional pudo haber echado mano es la del análisis histórico-sociológico, para desentrañar respecto del caso concreto y de la época precisa el sentir de la sociedad ecuatoriana y de la comunidad política del país, frente al trámite de aprobación del Acuerdo de la Base Aérea de Manta.

- *Que la resolución contiene errores jurídicos fruto del apresuramiento con que se votó.*

Ciertamente, está del todo claro que ese apresuramiento menoscabó el proceso de conocimiento y análisis de elementos sustanciales para interpretar, entender y resolver el caso planteado; el hecho de haber tomado una decisión con tal prisa y frivolidad deja mucho que desear del órgano constitucional.

- *Que lo primero que debió hacer el TCE en la parte considerativa fue establecer su competencia, cuestión de la que se ocupa sólo desde el quinto considerando. Que si en el quinto considerando se acuerda no tener competencia, ¿con qué fundamento jurídico se puede entrar a examinar el fondo?*

Son opiniones que prohijamos y que constituyen un llamado al respeto del derecho procesal. Sin embargo, insistimos en que considerar la incompetencia del TCE para conocer y resolver el caso no lo eximió de desempeñar un papel importante tendente a cuidar la Constitución y el ordenamiento jurídico nacional, es decir, a cumplir su deber. Si bien formalmente el TCE no era competente para resolver el caso presentado, en virtud de sus prerrogativas y de su función fundamental de guardián de la Constitución debió realizar un análisis jurídico

constitucional del caso, tomando en cuenta lo normativo, lo axiológico y lo finalista de la norma fundamental.

• *Que el TCE, pese a declarar que no tiene competencia, entra sin embargo a dilucidar el fondo, lo que se entendería como arrogación de funciones.*

Al respecto, creemos que sobre una eventual arrogación de funciones o, mejor dicho, de competencias, está siempre la misión fundamental de la Corte Constitucional: la de cuidar la Constitución. De allí que pensamos que el órgano constitucional en esta oportunidad perdió una singular ocasión para mostrar con una ejemplar manifestación de sapiencia y objetividad el rumbo errado que tomó el proceso de formación del Acuerdo de la Base Aérea de Manta, por lo demás, burlando expresas disposiciones de la Carta Política ecuatoriana.

• *Que si el TCE carece de competencia, la resolución debe inadmitir la demanda, mas no puede desecharla por improcedente, lo cual sólo cabe si conociendo el caso —porque hay competencia— se determina que no hay razones jurídicas suficientes para declarar la inconstitucionalidad.*

Opinión con la cual nos identificamos y que constituye otro de los principios neurálgicos del derecho procesal, lo que no obstante para que el TCE subsidiariamente realizará su función primordial que se resume en ser el garante de la Constitución y, por tanto, del orden jurídico que ella sustenta.

En su voto salvado, el vocal Dr. Marco Morales Tobar, entre otras cosas, manifiesta:

• *Que la competencia del TC se deriva del número 5 del artículo 276 CPE, que dispone que el TC debe “Dictaminar de conformidad con la Constitución, tratados o convenios internacionales previo a su aprobación por el Congreso Nacional”, esto en relación especialmente con el artículo 161 CPE ya aludido y los artículos 162 y 163, que en conjunto se refieren a los tratados y convenios internacionales y al procedimiento para su aprobación.*

Si bien este criterio es correcto desde una apreciación general, para el caso concreto no tiene mucha connotación debido a que el Acuerdo de la Base Aérea de Manta está vigente.

• *Reconoce la competencia del TC para conocer y resolver la cuestión principal de las demandas.*

Posición que no compartimos por la inexistencia de una regla constitucional que así lo defina; además, la doctrina mayoritaria del derecho internacional no acepta que un tribunal ajeno al ámbito internacional sea el que conozca este tipo de asuntos que cuestionan la base misma de este sistema jurídico.

• *Reconoce que el Ejecutivo tiene la potestad de aprobar directamente tratados y convenios internacionales que no necesitan ser conocidos y aprobados por la Legislatura.*

Esto en los casos de tratados ejecutivos que versan sobre asuntos específicos y que no requieren la intervención de la rama legislativa del poder público, conforme ya hemos explicado.

• Reconoce que se trata de un convenio de cooperación y que tiene que ver con la soberanía del Estado ecuatoriano. Sostiene también que: “Del contenido o materia del Acuerdo en cuestión se determina que estamos frente a un tratado o convenio internacional, de aquellos previstos en los números 1 y 2 del artículo 161 de la Carta Magna, para cuya aprobación la Constitución exige dos requisitos esenciales: 1) dictamen previo del Tribunal Constitucional y 2) deliberación del Congreso Nacional para que en un solo debate lo apruebe, si fuera del caso, con el voto de la mayoría de sus miembros.

Compartimos plenamente estas opiniones.

• Manifiesta que el Acuerdo impugnado tiene que ver con materia territorial y que constituye una alianza política e incluso de carácter militar con el fin de combatir el narcotráfico. También que esta cooperación es militar y política; allí se definen la participación de las fuerzas militares de las dos partes, los derechos y obligaciones que asumen y los aspectos territoriales ya señalados que sirven de soporte al Acuerdo. Manifiesta además, que se afecta a la soberanía nacional y a los derechos humanos.

Creemos que esta posición es correcta y compatible con los ejes de las demandas presentadas al órgano constitucional, lo que permite pensar que el Convenio de la Base Aérea de Manta, además de ser “formalmente inconstitucional”, lo es también en el ámbito material. Por eso, son bienvenidas aquí las esclarecedoras palabras de Juan Larrea Holguín, quien refiriéndose a la relación entre los tratados internacionales y la Constitución del Ecuador ha dicho:

[...] si hay una causa de inconstitucionalidad, sea formal o material, este es un problema que debe resolverse no solo atendiendo a las normas internas del Estado, sino respetando los principios y disposiciones del derecho internacional. El Estado que llegare a la conclusión de que un tratado válidamente celebrado y ratificado resulta inconstitucional, deberá o bien revisar y reformar su derecho interno o acudir a los procedimientos aceptados por el derecho internacional para desahuciar, reformar o llegar a la anulación del tratado, pero no puede unilateralmente hacerse justicia por sí mismo.²⁷

• Que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en su artículo 46, señala que los Estados no pueden alegar como vicio de consentimiento que éste ha sido manifestado en violación de una disposición de derecho interno, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. Que la violación de derecho interno para perfeccionar el consentimiento del Ecuador para adquirir una obligación de derecho internacional ha sido manifiesta, desde que existen claras y evidentes disposiciones constitutivas que lo prohíben.

²⁷ Juan Larrea Holguín: “Supremacía de la Constitución y tratados internacionales”, en FORO, núm. 1, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador - Corporación Editora Nacional, Quito, 2003, pp. 243-244.

cionales que exigen la aprobación legislativa de los instrumentos internacionales en las materias señaladas en el artículo 161 de la Constitución, como la materia territorial, las alianzas militares y las que se refieren a derechos fundamentales de las personas.

• Que la violación afecta no sólo a una norma de derecho interno, sino a la de mayor importancia: la Constitución.

• Que la forma como se ratificó el Tratado de la Base de Manta es manifiestamente contraria a la Constitución, configurándose un vicio de consentimiento en derecho internacional, por lo que este Acuerdo no obliga al Ecuador ni a los Estados Unidos de América, sin los correctivos que se ordenan en el voto salvado al que este voto ampliatorio hace referencia. Al respecto, estima que el TCE debió disponer que el presidente de la República diera cumplimiento con lo prescrito en la CPE en los artículos 276 número 5, y 277 párrafo 7, y envíe al TCE, para su dictamen, el Acuerdo de marras.

Ante estas opiniones cabe al menos un comentario en el sentido de que, como hemos sostenido varias veces, el Acuerdo de la Base de Manta está en vigencia y crea obligaciones para el Estado ecuatoriano hacia el exterior. Por lo tanto, pensamos que no es posible —actualmente— enmarcar el caso en cuestión en las disposiciones citadas por el magistrado, las que en su orden, expresan:

Artículo 276. Competirá al Tribunal Constitucional: [...]

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.

Artículo 277. Las demandas de inconstitucionalidad podrán ser presentadas por:

[...]

El Presidente de la República pedirá el dictamen establecido en los números 4 y 5 del mismo Artículo [276].

7. La interpretación jurídica y el Tribunal Constitucional ecuatoriano

Empezaremos reconociendo que el artículo 161 CPE contiene una *regla*, que delimita de manera amplia y por lo tanto defectuosa los casos en los cuales los tratados y convenios internacionales —para formar parte del ordenamiento jurídico de la República— requieren de aprobación del H. Congreso Nacional. Según la doctrina del derecho constitucional, esa regla desempeñaría el papel de un *parámetro de control* para la acción interpretativa del órgano constitucional.

Pese a que no ha faltado quien diga que donde hay regla no se requiere interpretación, debido a que la propia disposición da a entender su alcance y ámbito de aplicación, pensamos que cabe la acción interpretativa de los jueces constitucionales, ya sea porque pocas fórmulas jurídicas positivas cierran todas las posibilidades de entendimiento para los intérpretes o, como en este caso, porque la norma es demasiado

general y carece de precisas determinaciones para identificar concordancias entre ella y las materias que eventualmente desarrollan los instrumentos internacionales. Entonces, viene bien lo que al respecto ha dicho Konrad Hesse:

La interpretación constitucional [...] resulta necesaria y se plantea como problema cada vez que ha de darse respuesta a una cuestión constitucional que la Constitución no permite resolver de forma concluyente.²⁸

Según este autor, una tradicional teoría de la interpretación persigue revelar la voluntad objetiva de la norma o la subjetiva del constituyente, por medio del análisis del texto, de su proceso de creación, de sus conexiones sistemáticas, de sus antecedentes, así como del sentido y la finalidad de la norma.²⁹

Decidir en sede de jurisdicción constitucional implica contar con un análisis cuidadoso y profundo de la realidad, lo que en un momento dado, y sobre todo al adoptar una decisión y, más que eso, una posición, es precisamente “decisivo”.

Muchas veces las decisiones de un tribunal constitucional implican cuestiones de monta para los intereses de un país; tienen que ver con intereses políticos, sociales (protección de los derechos fundamentales) y económicos. Por tanto, en el caso que nos ocupa, situaciones aparentemente alejadas de los cánones estrictamente constitucionales y jurídicos no pueden quedar al margen del examen de dicho organismo; por ejemplo, las vinculaciones de índole política y económica de Ecuador con los Estados Unidos de Norteamérica y con Colombia. La misión del órgano constitucional es cuidar la Constitución y los altos intereses nacionales a partir del Código Político, ocasionando los menores traumas posibles para la vida del Estado ecuatoriano.

La resolución del TCE se decanta muy superficial y tibiamente por considerar que el ABM no es susceptible de una declaratoria de inconstitucionalidad. Para lograr este efecto, sin duda que tuvieron un peso muy importante elementos de orden extrajurídico que están en el terreno de los intereses políticos y económicos de una potencia extranjera como es Estados Unidos. Es decir, se ha ignorado la posibilidad de desempeñar un papel trascendente al determinar límites mínimos al alcance de ciertas disposiciones constitucionales involucradas en este caso y que por ahora son normas abiertas, generales y “peligrosas”, susceptibles de interpretaciones antojadizas o interesadas. Asoma evidente que no se ha tomado en cuenta la utilización de al menos una teoría de la interpretación, ni de algún método jurídico específico de interpretación de la Constitución —no de la Ley—, al menos no en forma consciente y expresa.

²⁸ Konrad Hesse: *Escritos de derecho constitucional*, 2^a ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 33.

²⁹ Ibídem, pp. 35-36.

El constitucionalista ecuatoriano Julio César Trujillo propone que, a causa de la especial naturaleza de la Constitución, su interpretación requiere, igualmente, de principios y reglas especiales: el principio teleológico, la interpretación evolutiva, el principio de efectividad, el alcance restrictivo de los privilegios y fueros, la presunción de constitucionalidad.³⁰ Lo cierto es que la interpretación constitucional tiene carácter creativo con vinculación a la norma y a la realidad social; la interpretación tendrá que concretarse, lo que supone la comprensión del contenido de la norma, esto vinculado a la precomprensión y al problema concreto a resolver. Para realizar interpretación se necesitan métodos que lleven a una interpretación no declarativa sino integrativa del ordenamiento jurídico.

Como hemos dicho, en el asunto analizado no encontramos la voluntad de un uso intensivo de métodos de interpretación del derecho, al menos de los más generales y tradicionales, como la interpretación literal, gramatical, histórica, teleológica y sistemática. Tampoco se observa una reflexión en torno al cuidado de los principios de unidad de la Constitución, de la concordancia práctica, así como de los criterios de la corrección funcional, de la eficacia integradora, de la interpretación conforme y de la fuerza normativa de la Constitución.

Acudimos ahora al constitucionalista español Javier Pérez Royo, quien sostiene que, si las reglas tradicionales son necesarias para interpretar la Constitución, no son, empero, suficientes, y que por ello la teoría de la interpretación constitucional se ha ideado un método, el *método tópico* como método específico de interpretación de la Constitución. Este instrumento —un tanto impreciso— está determinado por la interacción de política y derecho tal como está institucionalizada en la Constitución democrática en la forma de Parlamento y Tribunal Constitucional.³¹

Desde otra óptica, en palabras de Gadamer, citado por Hesse, la interpretación está vinculada a algo establecido; por eso los límites de la interpretación están donde no hay nada establecido de manera vinculante por la Constitución, donde terminan las posibilidades de una comprensión lógica del texto de la norma o donde determinada solución pueda encontrarse en clara contradicción con el texto de la norma.³² Recordemos lo que también ha dicho Hesse:

El cometido de la interpretación es el de hallar el resultado constitucionalmente “correcto” a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado, de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas, y no, acaso, el de la simple decisión por la decisión.³³

³⁰ Julio César Trujillo: *Teoría del Estado en el Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador - Corporación Editora Nacional, Quito, 1994, pp. 84-86.

³¹ Javier Pérez Royo: *Curso de derecho constitucional*, 7^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 145-146.

³² Hesse: o. cit., p. 48.

³³ Ibídem, p. 35.

A la luz de estas calificadas reflexiones e independientemente de la carencia de instrumentos de la hermenéutica constitucional aplicados al caso, creemos que, en este caso sometido a su conocimiento, el órgano constitucional ecuatoriano debió fijar precedente al menos mediante una *sentencia exhortativa o de llamamiento al Ejecutivo*, para que: a) por medio de los cánones determinados en el derecho internacional, que constan en la CVDT, referidos a los mecanismos de denuncia, nulidad y conclusión de un tratado internacional, obtuviera la anulación del ABM y, de convenir a los intereses nacionales, realizara una nueva negociación del instrumento internacional, y que éste fuera aprobado por la legislatura, de enmarcarse en alguno de los tipos considerados en el artículo 161 CPE; o b) de convenir a los intereses nacionales, encaminara una meditada reforma a la Constitución, orientada a la legitimación del instrumento internacional por el cual Ecuador: 1) cedió el uso de la Base Aérea de Manta a un gobierno extranjero; 2) se involucró en un plan oscuro y con múltiples efectos, liderado por el gobierno norteamericano, que se denomina Plan Colombia; y 3) entró junto con el gobierno norteamericano en la lucha frontal y armada contra el narcotráfico.

Para concluir, es evidente que en el caso concreto no se constata la participación del Tribunal Constitucional del Ecuador haciendo una verdadera “interpretación constitucional”. La falla radica en que el órgano constitucional no hizo una evaluación del tipo o modelo de Carta Política que tiene el Estado ecuatoriano³⁴ y, lógicamente, por falta de ese análisis tampoco ubicó un modo y unos métodos de interpretación específicos para el caso concreto planteado a su conocimiento.

8. Acerca de la responsabilidad de quienes intervinieron en formación del Acuerdo de la Base Aérea de Manta

Arribar al planteamiento de una tesis sobre las normas aplicables por responsabilidad, ante el país y ante la Ley Fundamental, de parte de quienes se encargaron de cumplir el defectuoso proceso de formación del Acuerdo de la Base de Manta, ha implicado un caminar poco alentador.

De la revisión aplicada a múltiples disposiciones del derecho público ecuatoriano sólo encontramos algunas que serían aplicables al caso concreto y que lamentablemente no van más allá de señalar a los responsables ante un incumplimiento de carácter político con el país y con la Ley Fundamental. Ciertamente, al parecer los legisladores miembros

³⁴ Paolo Comanducci (“Modelos e interpretación de la Constitución”, en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, comp. Miguel Carbonell, 2^a ed., Universidad Nacional Autónoma de México, Porrua, México, 2002, pp. 124-137), propone al menos cuatro modelos de Constitución que determinan el modo de interpretación que corresponde a cada uno. Éstos son: modelo axiológico de Constitución como norma; modelo descriptivo de Constitución como orden; modelo descriptivo de Constitución como norma; modelo axiológico de Constitución como orden.

de la Comisión de Asuntos Internacionales y Seguridad Nacional del H. Congreso Nacional, los más directamente implicados en el asunto de marras, serían sólo susceptibles de una responsabilidad política, ante el propio organismo, ante la Constitución y ante el pueblo ecuatoriano. Ahora bien, esa responsabilidad también se expande de manera más o menos directa e intensa, según se trate del Ejecutivo, del presidente del Legislativo, o de los vocales del Tribunal Constitucional.

Empezaremos recurriendo al artículo 120 CPE, que establece el marco general para tratar de descubrir el grado y tipo de responsabilidad de quienes intervinieron en el curioso proceso de formación del Convenio de la Base Aérea de Manta, que hemos referido:

Artículo 120. No habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones.

El ejercicio de dignidades y funciones públicas constituye un servicio a la colectividad, que exigirá capacidad, honestidad y eficiencia.

Así mismo, respecto de la responsabilidad de los diputados, citamos el primer párrafo del artículo 135 constitucional, el artículo 136 y el primer párrafo del artículo 137, que en su orden, disponen:

Artículo 135. Los diputados actuarán con sentido nacional y serán responsables políticamente ante la sociedad, del cumplimiento de los deberes propios de su investigación.

Artículo 136. Los diputados que incurran en violaciones al Código de Ética serán sancionados con el voto de la mayoría de los integrantes del Congreso. La sanción podrá ocasionar la pérdida de la calidad de diputado.

Artículo 137. Los diputados no serán civil ni penalmente responsables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de sus funciones.

A la luz del artículo 60 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, los diputados gozarán de inmunidad parlamentaria durante el período para el cual fueron elegidos, salvo el caso de delito flagrante, que deberá ser calificado por el Congreso Nacional; mientras que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 61 de la misma ley, los diputados no serán responsables penal ni civilmente por las opiniones y votos emitidos en el desempeño de sus funciones. Según el artículo 154 del Reglamento Interno del Congreso,³⁵ los miembros del Congreso Nacional gozan de inmunidad parlamentaria, salvo el caso de delito flagrante; dicha inmunidad incluye la irresponsabilidad por las opiniones que emitan en el Parlamento. De otra parte, según el literal *a* del artículo 6 del Reglamento Interno de las Comisiones Legislativas,³⁶ entre los deberes de los presidentes de las Comisiones está el de velar por la observancia de la Constitución, la Ley Orgánica de la Función Legislativa, el Reglamento Interno del Congreso y este Reglamento.

³⁵ Resolución legislativa 1, Registro Auténtico 1993, del 18 de mayo de 1993.

³⁶ Resolución legislativa 2, Registro Auténtico 1993, del 18 de mayo de 1993.

Las consideraciones tercera y sexta del Código de Ética de la Legislatura³⁷ dicen, en su orden, lo siguiente: “Que los diputados son responsables de sus actos frente a sus mandantes, ante quienes deben rendir cuentas”, y “Que los actores de la política están llamados a actuar con responsabilidad, honestidad, decoro y transparencia en todos los actos de su vida pública y privada”. De la misma forma, los literales *a*, *b* y *d* del artículo 1 del mismo cuerpo de normas, que trata de los principios que debe observar un legislador, disponen, respectivamente: “Ser leal a la Patria y a los valores de la nacionalidad”; “Velar por los derechos de las personas, sus garantías y deberes”, y “Respetar y hacer respetar la Constitución Política de la República, leyes, reglamentos y este Código”. Por otra parte, el artículo 7 manda:

Los actos u omisiones en que incurra un diputado que impliquen incumplimiento o violación de las normas consagradas en este Código, serán calificados como infracciones sometidas a sanción, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar, por los delitos tipificados en las leyes penales.

Acerca de las sanciones, el artículo 9 del mismo Código contempla que éstas pueden ser de dos tipos: suspensión temporal en el ejercicio de sus funciones, o pérdida de la calidad de diputado. En atención al artículo 11:

Sin perjuicio de la potestad disciplinaria otorgada al Presidente del Congreso Nacional, por la Ley Orgánica de la Función Legislativa y su Reglamento, las sanciones previstas en este Código serán impuestas exclusivamente por el Congreso Nacional, según lo dispuesto en el artículo 136 de la Constitución Política de la República.

Toda sanción se impondrá previo dictamen acusatorio del Comité de Excusas y Calificaciones y de acuerdo al procedimiento previsto en este Código.

El número 1 del artículo 171 CPE dispone que serán atribuciones y deberes del presidente de la República, entre otras: cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los tratados y los convenios internacionales y demás normas jurídicas dentro del ámbito de su competencia.

Por otro lado, el número 9 del artículo 130, que trata de los deberes y atribuciones del Congreso Nacional, permite al Parlamento proceder al enjuiciamiento político, a solicitud de al menos una cuarta parte de los integrantes del Congreso Nacional, entre otros, del presidente y vicepresidente de la República y de los vocales del Tribunal Constitucional, durante el ejercicio de sus funciones y hasta un año después de terminadas. También dice que el presidente y vicepresidente de la República sólo podrán ser enjuiciados políticamente por la comisión de delitos contra la seguridad del Estado o por delitos de concusión, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito, y su censura y destitución sólo podrá resolverse con el voto conforme de las dos terceras partes de los integrantes del Congreso. En cambio, los vocales del órgano constitucional podrán ser enjuiciados políticamente por infracciones constitucionales o le-

³⁷ Ley núm. 16, publicada en el Registro Oficial núm. 73, de 24 de noviembre de 1998, calificada con jerarquía y carácter de ley orgánica, dado por resolución legislativa núm. 22-058, publicada en registro oficial núm. 280, de 8 de marzo de 2001.

gales cometidas en el desempeño del cargo. El Congreso podrá censurarlos en el caso de declaratoria de culpabilidad, por mayoría de sus integrantes. La censura producirá la inmediata destitución del funcionario.

De conformidad con el número 2 del artículo 17 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, entre las atribuciones y deberes del presidente del Congreso Nacional está la de velar por la observancia de la Constitución, en el ámbito de sus funciones, de la ley y sus reglamentos. En forma similar se manifiesta el número 2 del artículo 15 del Reglamento Interno del Congreso.

Finalmente, según la parte final del segundo párrafo del artículo 275 CPE, los vocales del Tribunal Constitucional no serán responsables por los votos que emitan ni por las opiniones que formulen en el ejercicio de su cargo.

9. Escenarios alternativos en los que pudo situarse el Tribunal Constitucional del Ecuador a la hora de resolver

Finalmente, creemos conveniente plantearnos al menos tres escenarios posibles, producto de la existencia de este problema jurídico en torno al Acuerdo de la Base Aérea de Manta y su posible ilegitimidad.

Primer escenario: el TCE declara la inconstitucionalidad del Acuerdo de la Base Aérea de Manta. Sobre este supuesto, Ecuador tendría que afrontar responsabilidad externa frente a la otra parte que interviene en el Convenio; el órgano constitucional sienta un precedente que puede afectar la imagen del país en el contexto internacional e incluso puede afectar grandemente las relaciones Ecuador-Estados Unidos de Norteamérica, cuestión poco favorable para nuestro país debido a la alta dependencia comercial y financiera que existe con el país del norte.

De otra parte, la declaratoria de inconstitucionalidad emanada del TCE no es la manera dogmática contemplada en la CVDT para dar por terminado un acuerdo internacional o para perseguir su nulidad o denuncia; además, habría quiebra evidente del principio de derecho internacional *pacta sunt servanda*. Por otro lado, el Tribunal asumiría una competencia que en estricto sentido no tiene, arrogándose por lo tanto atribuciones de las que tampoco goza.

Segundo escenario: el TCE declara válido el Acuerdo de la Base de Manta. Con esta opción que en realidad asumió, el órgano constitucional sienta un nefasto precedente que convalida el criterio del Ejecutivo para los casos en los cuales se negocien tratados y convenios internacionales que comprometan al Estado ecuatoriano sobre las más diversas materias, pues sería una especie de carta blanca para mantener instrumentos internacionales que formal y materialmente contravienen a la norma fundamental del Estado ecuatoriano. También en este caso el TCE asumiría una competencia que en estricto sentido no tiene —la de controlar la constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales—, arrogándose por lo tanto funciones que la Carta Magna no le otorga.

Podemos darnos cuenta de que para haber tomado esta resolución el TCE no necesitó mucho análisis, ni menos una teoría de la interpretación. Lo que sucedió realmente fue que las presiones desde el gobierno de los Estados Unidos Norteamérica fueron tan contundentes como para forzar al Ecuador a sumarse directa o indirectamente a la lucha por los objetivos que persigue el Plan Colombia. En caso de que el Ecuador no hubiese cedido a la pretensión del Gobierno norteamericano, es muy posible que hubiésemos recibido algún tipo de retaliación o trato discriminatorio por parte de dicho Gobierno en materias de mucho interés para el país y que lamentablemente ponen por encima de los cánones jurídicos situaciones de fuerza y expansionismo identificadas en la voluntad de dicha potencia.

Tercer escenario: el papel del TCE en el caso de declararse incompetente para sustanciar las demandas de inconstitucionalidad presentadas. Tal vez desde el punto de vista ortodoxo éste habría sido el camino más adecuado que pudo haber adoptado el órgano constitucional para el caso que analizamos. Pero el deber de este peculiar Tribunal consiste en velar por el respeto de la Constitución, así no se lo haya dotado de los instrumentos que para ello requiere; por eso, irá más allá de lo que formalmente se conoce como el ejercicio de un conjunto de competencias y atribuciones emanadas de la Carta Política, o sea, que llegará a la determinación de razonamientos jurídicos sustentables y objetivos respecto a la presencia de un procedimiento viciado que ha menoscabado la integridad de la Carta Fundamental. En su análisis invocará necesariamente a los valores materiales que están insertos en la misma Constitución. Al respecto, Eduardo García de Enterría dice:

Estos valores no son simple retórica, no son [...] simples principios “programáticos” sin valor normativo de aplicación posible; por el contrario, son justamente la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación.³⁸

10. Consideraciones finales

Para concluir, expondremos solamente tres consideraciones que pensamos son sustanciales para lograr seguridad jurídica en los actos del Estado que conciernen al derecho internacional y, al mismo tiempo, para cuidar el respeto a la Ley Fundamental del país.

1. En el presente caso sí que cabía una sesuda interpretación del Tribunal Constitucional del Ecuador —aunque fuera para tratar de sustentar lo criticable de su resolución—, y para eso debió valerse de una teoría de la interpretación, de varios métodos y técnicas, de tal forma que ni el intérprete ni los

³⁸ Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3^a ed., Madrid, 1994, p. 98.

poderes públicos en su gestión se impusieran con tanto descaro a la Ley Fundamental, porque entonces dejan de interpretarla y respetarla, para cambiarla o quebrantarla, lo que de suyo les está vedado por el ordenamiento jurídico, sus principios fundamentales y el honor del pueblo ecuatoriano.

2. Urge plantear una reforma a la Constitución del Ecuador (artículo 161), orientada a desarrollar de manera pormenorizada los casos en los cuales los instrumentos internacionales deben ser revisados por el órgano constitucional, antes de la eventual aprobación del Parlamento Nacional. Así mismo, esa enmienda señalará a los responsables de hacer la evaluación del tipo y materia que encarna el instrumento internacional que el Estado esté negociando.
3. Quedarnos con la sola determinación constitucional y legal de “responsabilidad política” a cargo de quienes incumplen la Carta Magna en los procedimientos para la formación de los instrumentos internacionales es, por decir lo menos, encubrir actos deshonrosos. De allí que creemos que también es necesario modificar las previsiones que el sistema jurídico ecuatoriano posee para estos casos, apuntando a señalar y sancionar de manera ejemplar —más allá de lo meramente político— a quienes son irreverentes con el código que contiene los mandatos soberanos del pueblo.

San Francisco de Quito, septiembre de 2004.

Bibliografía

- COMANDUCCI, Paolo: “Modelos e interpretación de la Constitución”, en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, comp. Miguel Carbonell, 2^a ed., Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, México, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3^a ed., Madrid, 1994.
- HALAJCZUK, Bohdan, y MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa: *Derecho internacional público*, 3^a ed., Ediar, Buenos Aires, 1999.
- HESSE, Konrad: *Escritos de derecho constitucional*, 2^a ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- LARREA HOGUÍN, Juan, “Supremacía de la Constitución y tratados internacionales”, en *FORO*, núm. 1, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador - Corporación Editora Nacional, Quito, 2003.
- MONTÚFAR, César: “El Ecuador entre el Plan Colombia y la Iniciativa Andina: Del enfoque de los ‘efectos’ a una perspectiva de regionalización”, documento preparado para el XXIII Congreso de Latin American Studies Association, Washington D. C., septiembre 2001.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo: *Derecho de los tratados*, 2^a ed., Leyer, Bogotá, 1995.
— *La interpretación constitucional*, Librería del Profesional, Bogotá, 2002.

- PÉREZ ROYO, Javier: *Curso de derecho constitucional*, 7^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2002.
- PÉREZ TREMPS, Pablo: “Los derechos fundamentales. Teoría general”, en *Los derechos fundamentales*, coord. Pablo Pérez Tremps, Tribunal Constitucional del Ecuador - Universidad Carlos III de Madrid - Comisión Europea - Corporación Editora Nacional, Quito, 2004.
- RAMÍREZ BULLA, Germán: *Política exterior y tratados públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- REMIRO BROTÓNS, Antonio: *Derecho internacional público*, vol. 2, “Derecho de los tratados”, Tecnos, Madrid, 1987.
- SALGADO TAMAYO, Manuel: *¿Guerra sucia en Ecuador? Los documentos secretos de Manta, La Tierra*, Quito, 2000.
- TRUJILLO, Julio César: *Teoría del Estado en el Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador - Corporación Editora Nacional, Quito, 1994.
- VIRALLY, Michel: *El devenir del derecho internacional*, 1^a ed. en castellano, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

Fernando Muñoz León (Chile)*

Notas sobre la Historia constitucional de Chile: génesis y evolución entre 1810 y 1970

1. Introducción

En estas líneas sobre la historia constitucional de mi país, Chile, quisiera reivindicar el valor formativo y ejemplarizador de esta disciplina dentro del iuspublicismo. Entiendo por *Historia constitucional* todo estudio de la evolución de las instituciones político-jurídicas de un país que dicen relación con la organización de los poderes públicos y el reconocimiento de los derechos de los gobernados. En otras palabras, “estudia la génesis, desenvolvimiento y vicisitudes que en el curso del tiempo han experimentado las instituciones políticas y sociales de un pueblo” (Eyzaguirre, s/a, p. 7). Más estrictamente, diré que es el estudio de la génesis y reforma de la Constitución a lo largo de la historia de un país.

La utilidad de estudiar Historia constitucional es, en mi opinión, doble. Por un lado, tiene una utilidad hermenéutica y, por tanto, *jurídica*, en cuanto fundamento del método de interpretación histórico, que acude al contexto en el cual la ley ha sido promulgada y modificada. En este sentido, creo en un método histórico “amplio”, que va más allá de la simple lectura de la “historia fidedigna” de la ley contenida en las actas de las comisiones de estudios y en los debates parlamentarios, en la tramitación legislativa, entre otras fuentes. El método histórico nos debe acercar a la evolución de las instituciones político-jurídicas, antecedente indispensable para comprender de nuestro ordenamiento constitucional presente.

Estudiar historia constitucional también tiene una utilidad *testimonial*. Aquella es el legado que nos permite ser testigos de nuestra historia patria e identificarnos con ella. Los hechos de Portales, Balmaceda, Alessandri; el pensamiento de Mora, los dos Egaña, José Maza, Guzmán; la lectura de Huneeus, Silva Bascuñan, Cea, son

* Ayudante de Derecho Político y de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile. <fjmunoz@uc.cl>

las fuentes a través de las cuales podemos conocer la realidad histórica y presente de nuestra República, otorgándole a través de nuestro conocimiento un nuevo sentido a la vida de quienes nos antecedieron en este suelo. Así, nosotros podemos ser parte de esa larga novela que es la Historia.

En definitiva, estos dos aspectos nos indican que “el conocimiento de la Historia Constitucional de un país forma la mentalidad de los juristas y en un sentido más amplio, de los ciudadanos de ese país” (Campos Harriet, 1997, p. 10). Con esta finalidad como inspiración, acudiremos al período de la Historia constitucional chilena que va desde la Primera Junta de Gobierno en 1810 a las reformas constitucionales aprobadas en el gobierno de Eduardo Frei Montalva en 1970. El ciclo político y constitucional inmediatamente posterior a éste reviste mayor complejidad e importancia presente, por lo que su revisión será abordada en un próximo trabajo. Este estudio tendrá las siguientes características:

- a. Estará centrado en la evolución de las instituciones políticas. Similar trabajo se realizará en otra oportunidad desde la perspectiva de los derechos fundamentales.
- b. Buscará realizar una periodificación o segmentación del período estudiado, a fin de sistematizar su estudio.
- c. Destacará el carácter netamente evolutivo y, en ese sentido, *conservador* del proceso chileno. Este trabajo está presidido por la idea de que la evolución institucional chilena se realiza al compás de los procesos políticos y de manera gradual. En Chile, los aparentes períodos de ruptura no son tales, salvo en lo político; son más fuertes en todo momento las constantes.¹

2. Los reglamentos constitucionales

Nuestra Historia constitucional nace, como es sabido, en el período colonial, época en la cual la corona de España configuró un Régimen de Administración Indiano que determinó la organización política del territorio chileno.² El proceso de independización vivido, tal como en la mayor parte de Hispanoamérica, a partir de la prisión del rey de España Fernando VII a manos de los ejércitos napoleónicos, comenzó con la iniciativa de algunos grupos criollos de formular un tímido régimen de autogobierno. Con este objetivo, y animados por la idea de participar del proceso convocado por el Consejo de Regencia de Cádiz, la élite criolla convocó a un Cabildo Abierto para el 18 de septiembre de 1810. La dinámica política del momento

¹ El período de reorganización autoritaria que Chile vivió entre 1973 y 1980 es una confirmación de este hecho, no un desmentido. Para un estudio al respecto véase Fernando Muñoz: “Árbol genealógico del Consejo de Estado. El constitucionalismo autoritario en nuestra historia”, ponencia presentada al VII Congreso de Ayudantes de Derecho, octubre de 2004, inédita.

² El estudio de ese período escapa del propósito de este trabajo.

indicaba a los dirigentes nacionales que la dirección del país debía quedar en manos de un cuerpo representativo de la sociedad chilena. Así, en el mismo Cabildo del 18 de septiembre, y al compás del grito de “¡Junta queremos!”, se procedió a nombrar una Junta presidida por el Conde de la Conquista, don Mateo de Toro y Zambrano,³ y compuesta por seis vocales “interinos mientras se convocaban los Diputados de todas las provincias de Chile para organizar la que debía regir en lo sucesivo”.

Tal Junta procedió a hacer uso de su potestad reglamentaria para dictar un Reglamento Provisional de la Junta Gubernativa, donde se complementa de manera detallada el ejercicio de la función jurisdiccional y gubernativa de la Junta, creando un cargo de asesor.

Los acontecimientos derivaron en la instalación de un Congreso Representativo. Éste, con vistas a establecer un sistema gubernativo satisfactorio, dictó con fecha 14 de agosto de 1811 un Reglamento para el arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisional de Chile. En él se “delega interinamente el conocimiento de negocios y transgresiones particulares de la ley a un cuerpo colegiado que se instalará con el título de Autoridad Ejecutiva provisoria de Chile”. Este primer Reglamento Constitucional ha sido severamente criticado, pues los comentaristas señalan que en él “no hay claridad en materia de derecho político”; toda vez que, pese a que el “preámbulo dice que se trata de organizar y dividir los poderes [...] es precisamente lo que no hizo” (Campos Harriet, 1997, p. 329). Sin embargo, debo destacar que con él se inaugura el período que denominaremos de los Reglamentos Constitucionales, que será testigo de los primeros esfuerzos de autogobierno nacional.

Este Congreso Representativo, que según el artículo 1º del Reglamento mantiene la titularidad de la soberanía (puesto que es “único depositario de la voluntad del reino”), optó por redactar en aquel texto un reglamento provisorio, cuya vigencia se condicionaba a la dictación futura y eventual de una Constitución (“Su duración es pendiente de la Constitución del caso”). Sin embargo, esta decisión fue duramente criticada por estimarse que el deber de este Congreso era la dictación de una Constitución, no de un instrumento provisorio.

Debo añadir, como un rasgo intensamente criticado del Reglamento de 1811, que aquel establecía un Ejecutivo débil, cuyas atribuciones eran pocas, y además colegiado, toda vez que según el artículo 13 se componía de tres vocales, asesorados por un secretario y un asesor, que se turnarían la presidencia “por meses”. Este Reglamento es meramente orgánico y procesal; se concentra en establecer la ya mencionada Autoridad Ejecutiva, así como determina competencias de aquella y del Congreso. Pero no establece derechos subjetivos ni garantías individuales.

³ Quien tenía hasta ese momento la calidad de brigadier, presidente de la Real Audiencia y capitán general interino y se nombró, en el “desborde entusiasta” vivido durante esa mítica jornada, “presidente a perpetuidad” del nuevo gobierno que se instalaba. No pudo disfrutar mucho tiempo de su cargo; en los últimos días de enero, el anciano Conde de la Conquista hubo de retirarse de sus funciones y falleció (Valencia, 1986, p. 420).

El segundo texto constitucional de la época, denominado Reglamento Constitucional Provisorio, fue sancionado el 26 de octubre de 1812. Elaborado por el gobierno de José Miguel Carrera, en su formulación se ha destacado la influencia del cónsul norteamericano Robert Poinsett.

Este Reglamento está precedido de un extenso Preámbulo, donde se puede leer entre líneas el espíritu independentista que en aquella coyuntura estaba anidando en la dirigencia criolla. Aquellas líneas contienen declaraciones de fuerte interés respecto a la excepcionalidad en que se estaba legislando. El momento crítico por el que atravesaba la Nación exigía reconocer que, toda vez que no “podía ejecutarse una resolución tan urgente con toda aquella detención que era forzosa para que fuese perfecta desde el principio”, en este Reglamento “sólo se trató de atajar el mal inminente del modo que permitían las circunstancias”. Las reglas constitucionales definitivas, pues, habían de ser pospuestas, “dejando el establecerlas para cuando tranquilamente pudiesen hacerlo aquellos a quienes diputasen los pueblos”.

Este texto es bastante avanzado. En cuanto a lo orgánico, si bien reconoce al rey, le asigna el deber de aceptar la Constitución chilena “en el modo mismo que la de la Península”. Una tal disposición era incompatible con la atribución de soberanía al rey, por lo que es indudable que se entendía aceptada la soberanía nacional. En efecto, esta soberanía nacional estaba fuertemente apuntalada en el texto por la prohibición de obedecer toda orden o instrucción proveniente del extranjero. Como detalle curioso, podemos señalar que se declaraba como religión oficial la “Católica Apostólica”, faltando el adjetivo de “Romana” que acompañaba a la denominación de la Iglesia vaticana. Se ha querido explicar esta omisión debido a la prohibición recién mencionada de seguir instrucciones provenientes del extranjero; también, como una intromisión de Poinsett con miras a reducir la importancia del Vaticano y aumentar, gradualmente, la de los Estados Unidos.⁴

Como órgano de gobierno, este segundo Reglamento reconoce a una Junta Superior Gubernativa, cuya organización es tremadamente nítida en comparación con las diversas juntas que hasta el momento habían conducido al país. Compuesta por tres vocales no reelegibles inmediatamente, comparte el escenario público con un Senado compuesto por siete individuos. La labor de este último órgano es consultiva y jurisdiccional; en efecto, presta su dictamen al Gobierno para “resolver en los grandes negocios que interesen la seguridad de la Patria”, asuntos taxativamente descritos en el mismo Reglamento, y le corresponde la realización del juicio de residencia a las autoridades. También figuran en el Reglamento los Cabildos, que son electivos.

⁴ No olvidemos que en la época, el referente era la Revolución Norteamericana; jamás la Revolución Francesa. A modo de ejemplo, podemos recordar que el primer Congreso Representativo se instaló el 4 de julio de 1811.

Ahora bien, este texto también consagra garantías individuales, recogiendo la técnica del constitucionalismo norteamericano y francés. Así, figuran una especie de hábeas corpus, junto con el derecho de cada ciudadano a la seguridad “de sus personas, casas, efectos y papeles”; al proceso legal; a la no incomunicación; al carácter no mortificadorio de las cárceles, antecedente de la moderna prohibición de apremios ilegítimos; a la “libertad legal” de la imprenta —acompañada de una remisión a la ley que deberá evitar que aquélla “degenere en licencia nociva a la religión, costumbres y honor de los ciudadanos y del país”—; y, finalmente, la igualdad “de derecho” de todos los habitantes libres de Chile.

Tremendamente interesante es la disposición 26, que circunscribe la suspensión de la Constitución al extremo “caso de importar a la salud de la Patria amenazada”. Ésta es la raíz histórica de los estados de excepción constitucional en nuestro derecho. Esta previsión va también acompañada de una regla de responsabilidad —cuya naturaleza ignoramos— que sanciona a quien “las altere sin grave motivo”.

El acontecer bélico determinó en un momento que el poder ejecutivo se concentrara en una sola persona, a la sazón don Francisco de la Lastra, con el título de director supremo. Aquél designó una comisión constituyente cuya labor se plasmó en el Reglamento para el Gobierno Provisorio, de 17 de marzo de 1814. La inspiración de aquel documento parecería ser el sistema de dictadura romana. Su texto señala que, frente a la necesidad de “concentrar el Poder Ejecutivo en un individuo, con el título de Director Supremo” debido a las “críticas circunstancias del día” (artículo 1º), se inviste a aquél de “las absolutas facultades que ha tenido la Junta de Gobierno”, las cuales son “amplísimas e ilimitadas”, salvo puntuales materias relativas al estado de guerra y los impuestos que requieren consulta al Senado. Este Senado consultivo se compone de 7 individuos “sin más sueldo que la gratitud de la Patria”.

Es necesario destacar que el principal valor de este período de Reglamentos Constitucionales está representado por el esfuerzo criollo en articular la institucionalidad india y castellana a los nuevos aires de constitucionalismo y liberalismo. A lo largo de nuestra historia, muchos rasgos hispanos penetrados durante el largo período de mestizaje racial y cultural se mantendrán, y serán en gran medida el fundamento de las diferencias de Chile con el resto de América. Autoridad, orden y centralización serán rasgos indianos y coloniales que llegarán hasta el día de hoy y que explican tanto las virtudes como los defectos de nuestro país. Estos rasgos se perfilarán de manera cada vez más nítida a medida que el proceso político decante. Bien podemos decir, pues, que lo que tenemos en este período, coincidente con la denominada “Patria Vieja”, “es una organización provisoria, como ella misma se encarga de apodarse, pero, en el hecho, es ya un intento serio de constituir un gobierno nacional”.⁵

⁵ Campos Harriet (1997), p. 325.

3. Ensayos constitucionales

Las guerras de independencia son el marco político en el cual se suceden los avatares constitucionales de la época. Después de la decisiva batalla de Chacabuco, el 12 de febrero de 1817, y el nombramiento de Bernardo O'Higgins como Director Supremo, se inaugura este período con la *Proclamación de la Independencia de Chile* firmada el 1º de enero de 1818. Poco después, el 12 de febrero del mismo año, se dio a la publicidad el *Manifiesto que hace a las Naciones el Director Supremo de Chile de los motivos que justifican su revolución y la declaración de su Independencia*.

Prontamente, O'Higgins designó una comisión redactora de un texto constitucional, cuya aprobación popular se logró mediante suscripciones abiertas en todas las parroquias. El procedimiento de aprobación estaba contenido en un reglamento dado a conocer junto al texto constitucional preparado por la comisión de estudios. Presentado como *Proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile*, O'Higgins explica que su objetivo con tal texto “no ha sido el de presentarla a los pueblos como una ley constitucional, sino como un proyecto, que debe ser aprobado o rechazado por la voluntad general”.

Promulgada “[e]n el nombre de Dios Omnipotente, Creador y Supremo Legislador”, dicha Constitución está compuesta por cinco títulos y cada uno de ellos por diverso número de capítulos: De los derechos y deberes del hombre en sociedad (De los derechos del hombre en sociedad; De los deberes del hombre social); De la religión del Estado; De la potestad legislativa (De la elección, número y calidad de los senadores; Atribuciones del Senado); Del Poder Ejecutivo (De la elección y facultades del Poder Ejecutivo; Límites del Poder Ejecutivo; De los departamentos o secretarías del Poder Ejecutivo; De los gobernadores de provincia y sus tenientes; De la elección de los subalternos del Poder Ejecutivo; De los cabildos); De la autoridad judicial (De la esencia y atribuciones de esta autoridad; Del Supremo Tribunal Judicario; De la Cámara de Apelaciones).

Esta Constitución destaca por su declaración de que, “[p]erteneciendo a la Nación chilena reunida en sociedad, por un derecho natural e inamisible, la soberanía o facultad para instalar su Gobierno y dictar las leyes que le han de regir”, aquella potestad se llevará a cabo a través de sus diputados reunidos en Congreso o, en la imposibilidad de llevarse a cabo este hecho, a través del Senado instaurado por la misma Constitución. Se mantiene, pues, una lógica de excepcionalidad, donde la plenitud del ejercicio de la soberanía está constitucionalmente postergada, sin que haya en el mismo texto disposición alguna que permita avizorar el plazo o meta a cuyo cumplimiento estaba supeditada la convocatoria a elecciones de diputados.

El Senado es de designación del supremo director, en número de cinco integrantes. Su función, o “instituto”, en palabras del texto, es “esencialmente celar puntual observancia de esta Constitución”. Esta labor es compartida con censores elegidos por cada Cabildo en sus respectivas ciudades y villas, quienes deberán informar al gobernador y subsidiariamente al Senado mismo de su labor.

Sin embargo, el director supremo, auténtico defensor schmittiano de la Constitución, posee fuertes potestades censoras del desarrollo de las labores legislativas. Su posición es central en el ordenamiento político. “Su tratamiento será el de Excelencia; sus honores los de Capitán General de ejército” y está en posesión del “mando y organización de los ejércitos, armada y milicias, el sosiego público y la recaudación, economía y arreglada inversión de los fondos nacionales”. Interesante disposición programática es el artículo 8, título IV, que encomienda al director supremo “mantener la más estrecha alianza con el Gobierno Supremo de las Provincias Unidas del Río de la Plata”, en consideración a “la importancia de nuestra recíproca unión”. Ahora bien, en cuanto a los límites al Poder Ejecutivo, se le prohíbe al director supremo “intervenir en negocio alguno judicial” en los términos más amplios, disponiendo un recurso de amparo. Sin embargo, esto no significa una opción nítida por la separación de poderes en este texto, toda vez que se radica una competencia contenciosa en materias de policía y hacienda en manos de los gobernadores intendentes y sus tenientes. La organización política se completa con los cabildos.

Finalmente, es de interés señalar que en materia de “Autoridad Judicial”, esta Constitución toma una opción semejante a la Constitución norteamericana, estableciendo las autoridades máximas del sistema judicial —un Supremo Tribunal Judicario y una Cámara de Apelaciones— y señalando junto a esta máxima autoridad la presencia de “todos los juzgados subalternos que se hallan establecidos en el Estado y estableciere el Congreso Nacional”. Es decir, remite a la ley la decisión estructural respecto al Poder Judicial.

Esta Constitución estuvo vigente durante la mayor parte del gobierno de O’Higgins, “cuya dictadura no tuvo otro contrapeso que la resistencia que se asiló en el Senado”. En efecto, los senadores “designados por el Director Supremo, supieron mantener alto grado de independencia frente a él, a menudo con indiscutible eficacia” (Silva Bascuñán, 1997, p. 35). Y no podía ser de otra forma; la orgullosa aristocracia criolla, a medida que el peligro “godo” se desvanecía y la conquista de la Independencia se veía más segura, comenzó a manifestar su molestia con el duro gobierno de O’Higgins. Con el objetivo de apaciguar aquellas críticas dirigidas hacia su gobierno, O’Higgins decidió dar paso a una nueva agenda constitucional. A estos efectos, encomendó a su ministro de Hacienda y de Guerra, José Antonio Rodríguez Aldea, la preparación de un proyecto que fue aprobado por una Convención Preparatoria. Esta Constitución tuvo pocos meses de vigencia, desde el 30 de octubre de 1822 al 28 de enero de 1823, por lo cual su importancia radica simplemente en tres breves aspectos.

En primer lugar, esta Constitución introdujo en nuestro ordenamiento el bicameralismo, institución que, a partir de la lógica de representación estamental de nobles y comunes en Gran Bretaña, Francia y otras monarquías, fue desarrollada por la Constitución federalista norteamericana. Es interesante destacar que la justificación histórica de esta institución fue la representación de intereses diversos, como lo eran los de la aristocra-

cracia y el Tercer Estado, o los de los estados y el pueblo numéricamente considerado. Nuestro constitucionalismo recogió de alguna manera esta lógica en la Constitución de 1818, haciendo que el Senado fuera un cuerpo designado por el director supremo y radicando en la Cámara de Diputados la representatividad directa del pueblo. Sin embargo, en 1822, por primera vez, ambos órganos vienen a coexistir en una Constitución. El título IV dispone que la Cámara del Senado se integrará por los ex directores supremos, los integrantes de la Corte de Representantes,⁶ los ministros de Estado, los obispos, un ministro del Supremo Tribunal de Justicia, tres jefes del Ejército, un delegado directorial,⁷ un doctor de cada Universidad, dos comerciantes y dos hacendados.

En segundo lugar, esta Constitución fue la primera en contener en su artículo 3º la descripción de los límites naturales del territorio de Chile: “al sur, el Cabo de Hornos; al norte, el despoblado de Atacama; al oriente, los Andes; al occidente, el mar Pacífico”, añadiendo la propiedad de “las islas del Archipiélago de Chiloé, las de la Mocha, las de Juan Fernández, la de Santa María y demás adyacentes”. Es bien sabido por los estudiantes de Historia de Chile que tales disposiciones no sólo eran irrelevantes a efectos de la Constitución, sino que también nos traerían posteriormente varios problemas diplomáticos.

Finalmente, ella desencadenó la abdicación de O’Higgins, puesto que el artículo 81, que disponía que el director supremo “durará seis años, y podrá ser reelegido una sola vez por cuatro años más”, en la práctica significaba extender la dictadura por 10 años más. Esto, porque al articular dicha disposición con el artículo 84, que señalaba que “se tendrá por primera elección la que ha hecho del actual Director la presente legislatura de 1822”, permitía alargar de la manera indicada el gobierno del director supremo. Esta extensión por medios constitucionales de su propio mandato saturó la paciencia de los críticos de O’Higgins.

A la salida de O’Higgins del poder, y tras una Junta Gubernativa interina creada por el Reglamento Orgánico Provisional del 29 de enero de 1823, asumió el mando Ramón Freire en virtud del Reglamento Orgánico y Acta de Unión del Pueblo de Chile, de fecha 30 de marzo de 1823. Freire convocó a elecciones para un Congreso, el cual, presidido por don Juan Egaña, aprobó un texto constitucional propuesto por él. Promulgada el 29 de diciembre de 1823, es comúnmente conocida como la *Constitución moralista*. “Con sus 277 artículos, la de 1823 es la más extensa de las Cons-

⁶ La Corte de Representantes, compuesta por los ex directores y siete integrantes escogidos por la Cámara de Diputados, es el antecedente del Senado Conservador de la Constitución de 1833, y sus funciones mientras el Senado no esté en funciones serán las de:

- 1º cuidar del cumplimiento de la Constitución y de las leyes;
- 2º convocar el Congreso en casos extraordinarios;
- 3º recibir las actas y poderes de los diputados, aprobarlos o reprobarlos;
- 4º ejercer provisoriamente las facultades del Poder Legislativo.

⁷ Éstos reemplazaron a los intendentes, estaban dotados de mando político y militar, y se nombraban por el Ejecutivo “de acuerdo con el legislativo”, según el artículo 144.

tuciones que hayan regido en Chile, la más minuciosa y, conjuntamente, una de las menos sistemáticas” (Silva Bascuñán, 1997, p. 39).

En lo orgánico, esta Constitución reviste interés en cuanto recoge y sistematiza la organización institucional elaborada en las Constituciones anteriores: un director supremo, que “tiene exclusivamente el ejercicio del Poder Ejecutivo” según su artículo 14; tres ministros de Estado; un Consejo de Estado, compuesto por los ex directores supremos, dos ministros de la Suprema Corte y otros dignatarios civiles y eclesiásticos, al cual se consultará en materias legislativas, en el nombramiento de ministros y “en todos los negocios de gravedad”; un Senado Conservador y Legislativo; una Cámara Nacional que, siendo una “reunión de consultores nacionales en una asamblea momentánea” (artículo 60), desempeña funciones legislativas; asambleas electorales, a cargo de la realización de diversas elecciones y nominaciones; y se formula una detallada reglamentación del Poder Judicial, encabezado por una Suprema Corte de Justicia y una Corte de Apelaciones, cuyas normas de organización se mantendrían vigentes en el ordenamiento nacional hasta la dictación en 1875 de la Ley Orgánica de Tribunales.

Muchas de las normas recogidas en el título XII sobre Poder Judicial, además, fueron recogidas posteriormente como parte de las garantías individuales. Entre ellas destacan: derecho de propiedad, derecho de petición, debido proceso legal, prisión en el hogar propio o en lugares públicos destinados a ese objeto, derecho a la defensa, prohibición de confiscaciones, irretroactividad del tribunal y prohibición de las comisiones especiales, llamadas “comisiones particulares”.

Por cierto, es necesario señalar que en su título XXIII la Constitución se encarga de la *moralidad nacional*, que manda la redacción de un código moral y señala las bases que deberá adoptar dicho cuerpo legal. Como piedra angular de dicha institución se crea la categoría de ciudadano benemérito, espejo de la moralidad pública.

Este texto no contiene normas de modificación; su título XXIV se dedica a la “permanencia de la Constitución y juramento de los funcionarios”. La Constitución moralista, quimérico ordenamiento que puede ser calificado como una constitución extensa y pétrea, reveló rápidamente su disminuida viabilidad, a tal punto que, como señala Jorge Huneeus, “una simple Ley dictada el 10 de enero de 1825, la declaró insubstancial en todas sus partes”⁸ (Huneeus, 1891, p. 51).

A continuación, en un ágil y breve juego de manos, se produjo el experimento federal en nuestro sistema constitucional. Este proceso fue encabezado por José Miguel Infante, quien presidiendo un Consejo Directorial promulgó el 30 de noviembre de 1824 una ley que dividió el país en ocho provincias, y logró que el 4 de julio de 1826 se reuniera un Congreso llamado a elaborar una nueva Constitución de tinte federal. Si bien no se consiguió tal objetivo, en el intertanto, el 11 de julio del mismo

⁸ Los énfasis son del original.

año, se dictó una ley que determinó la organización federal, cuyo rasgo más recordado consistía en la elección popular de gobernadores, municipalidades y hasta de los párrocos. Dentro de aquel conjunto de leyes, debemos destacar para nuestro estudio que por primera vez se dio al gobernante republicano el título de *presidente de la República*, evidentemente extraído de la organización norteamericana,⁹ el cual fue adquirido por Manuel Blanco Encalada el 9 de julio de 1826.

Así las cosas, en enero de 1828 se encomendó a un Congreso la redacción de un texto constitucional que, recibiendo el aporte del teórico español José Joaquín de Mora,¹⁰ fue promulgado como Constitución Política de República de Chile el 8 de agosto de 1828. Es conocida como la *Constitución liberal*.¹¹ Ella tiene una clara superioridad “técnica” en su redacción y estructura, reflejando una madurez constitucionalista que aprovecharían en gran parte los siguientes textos constitucionales. Su capítulo I contiene disposiciones generales relativas a la Nación chilena, “reunión política de todos los chilenos naturales y legales”, el territorio, la religión;¹² su capítulo II, normas de nacionalidad y ciudadanía; el III, un apartado dedicado a los derechos individuales que sería el referente de los textos de 1833, 1925 y 1980.¹³ En lo político, este texto dedicaba sendos capítulos¹⁴ a la forma de Gobierno (“La Nación

⁹ Sin perjuicio de que, como se han encargado de estudiar Bravo Lira, Bertelsen y otros, la figura del presidente de Chile ha acompañado históricamente a nuestro país; nació como tal en la calidad de presidente de la Audiencia y revistió desde entonces el estatus de supremo dirigente del gobierno. “En tiempo de la Colonia el Presidente fue todo: Gobernador civil, patrono de la Iglesia, capitán general del ejército, Presidente de la Suprema Corte de Justicia, esto es, de la Real Audiencia. El poder absoluto de los monarcas de España estaba delegado en sus manos por entero” (Edwards, 1975, p. 7).

¹⁰ La Constitución de 1828 habría “sido producida por los *piyolos*, que siguieron una plantilla compuesta por José Joaquín de Mora, español, liberal y expulsado del país” (Salvat, 1980, p. 249).

¹¹ El credo de Mora era el siguiente: “Deseaba abatir en la sociedad hispano-americana la influencia del fanatismo religioso, que se había ejercido a lo largo de tres siglos; inclinar a la juventud al culto de la inteligencia, y en el terreno político, establecer la tolerancia religiosa, quebrantar la presión de la Iglesia en la vida civil, y echar las bases de los poderes públicos sobre el cimiento del respeto a las garantías individuales y la libertad de prensa” (Donoso, 1959, p. 15).

¹² El artículo 3º estipulaba que “Su religión es la Católica Apostólica Romana, con exclusión del ejercicio público de cualquiera otra”. La lectura hermenéutica que hacía de dicha disposición José Joaquín de Mora era que, *a contrario sensu*, el ejercicio privado de otras religiones era permitido. Así se decía en las páginas de un periódico de la época, llamado *El Constituyente*: “Si las autoridades han de proceder conforme al espíritu y a la letra de la Constitución; si se abstienen de entrometerse en las casas para averiguar lo que se hace en ellas, el artículo 4º confiere a los extranjeros todo lo que puedan desear. Proclamar la tolerancia del culto público, cuando seguramente se pasarían siglos antes de que nadie se aprovechase de esta oferta, sería una fanfarronada inútil, un lujo filosófico”. Citado por Donoso, 1959, p. 18. Esta tesis estaría años más tarde detrás de la ley interpretativa al artículo 5º de la Constitución de 1833, permitiendo una restringida libertad de religión en nuestro país.

¹³ Sin embargo, es necesario señalar que derechos como la libertad de conciencia (“Nadie será perseguido ni molestado por sus opiniones privadas”, artículo 4º) o la igualdad (“Todo hombre es igual delante de la ley”, artículo 125) se encontraban desperdigados por el texto constitucional

¹⁴ Compuestos por un artículo.

chilena adopta para su gobierno la forma de República representativa popular, en el modo que señala esta Constitución”) y la división de poderes (“El ejercicio de la soberanía, delegado por la nación en las autoridades que ella constituye, se divide en tres poderes, que son: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, los cuales se ejercerán separadamente, no debiendo reunirse en ningún caso”). En lo relativo al Poder Judicial, su capítulo IX reiteraba la estructura fundamental ya delineada en 1823.

El Parlamento es bicameral, de inspiración norteamericana: así, “la Cámara se compondrá de miembros elegidos directamente por el pueblo” mientras que “la Cámara de Senadores se compondrá de miembros elegidos por las Asambleas provinciales [...] a razón de dos Senadores por cada provincia”. La elección de ambas corporaciones difería en una semana, realizándose cada dos años una elección en que se renovaba totalmente la Cámara de Diputados y parcialmente la de Senadores. En materia legislativa estaban ampliamente habilitados, dotados de una amplia iniciativa. Sus sesiones ordinarias transcurrían entre el 1 de junio y el 18 de septiembre de cada año. Durante el receso del Congreso, entraría en funciones la Comisión Permanente, instancia compuesta por un senador de cada provincia y potestada con el deber de velar por la observancia de la Constitución y de las leyes.

El Ejecutivo, en tanto, estaba integrado por el presidente, titular del Supremo Poder Ejecutivo, y el vicepresidente, quien en casos de muerte o imposibilidad física o moral desempeñará el cargo de presidente.^{15, 16}

Las Asambleas Provinciales, eternas e invisibles compañeras del constitucionalismo chileno,¹⁷ recibían junto con los Intendentes¹⁸ el gobierno y la administración interior de las provincias. Ellas estaban inspiradas en las legislaturas estaduales del federalismo norteamericano. En efecto, esto explica algunas de sus atribuciones, como la elección de los senadores, que en los Estados Unidos se mantendría hasta la aprobación de la XVII Enmienda en 1913. Dice Huneeus (1891, p. 38) al comparar la institucionalidad de 1828 con la de 1833, que “las Asambleas provinciales a que nos

¹⁵ El problema de quién reemplaza al presidente es complejo. ¿Debemos escoger a alguien especialmente para ello? ¿Basta reemplazarlo por su ministro más importante, y que se provea constitucionalmente de mecanismos de substitución o de nueva elección en caso de que esté imposibilitado de cumplir sus funciones? Es un problema prudencial, no ideológico en mi opinión. Hoy en día, creo incuestionable que se le entregue a su ministro el mando. La potestad, decían los romanos, es delegable; no así la autoridad, que como saber socialmente reconocido no puede ser transmitido con una sencilla orden.

¹⁶ Más correcto hubiera sido decir que ejercería las funciones, que no el cargo, al cual en realidad no accedía.

¹⁷ La Constitución de 1925 también las instituía, con la finalidad de generar poder político local en las provincias. Sin embargo, la ley requerida para su instalación nunca fue dictada.

¹⁸ Nombrados por el presidente, de entre una terna propuesta por cada asamblea provincial. En clase comentamos lo herético de esta propuesta de generación de los intendentes, que históricamente han sido siempre representantes de la autoridad ejecutiva.

hemos referido, fueron desgraciadamente desacreditadas para lo sucesivo al investírselas con las gravísimas atribuciones enunciadas en el artículo 114 de dicha Carta". De entre las 14 atribuciones enumeradas en aquel artículo, destaca el papel político y gubernativo central a que estaban llamadas. Ellas elegían senadores, proponían las ternas de intendentes, establecían municipalidades donde las creyeran convenientes, autorizaban los presupuestos de aquéllas.

La arquitectura política de esta Carta nos muestra un equilibrio sensato, liberal y razonablemente democrático en la generación y el ejercicio del poder. Huneeus, cuando en la década de 1870 comentó la Constitución reinante en aquel momento, proclamó convencido "la ventaja de aquellas ideas [por] sobre los preceptos vigentes" (Huneeus, 1891, p. 38) y afirmó líricamente: "La Constitución de 1828, bellísimo conjunto de principios liberales y de preceptos hábilmente combinados, es una de las más adelantadas que se conocen [...] Desgraciadamente, aquella obra simpática no correspondía a la verdadera y entonces poco satisfactoria situación de la República. Fue dictada medio siglo antes de la fecha en que había debido serlo" (Huneeus, 1891, p. 52- 53).

En efecto, la tranquilidad política no acompañaba a esta institucionalidad, cuyo diseño parecía esperar un país apacible y en marcha. Algunas disposiciones controversiales, como la abolición de los mayorazgos,¹⁹ identificaron en la mente de la dirigencia los malestares del período y la institucionalidad política, ajena a sus intereses y por lo tanto a la realidad política en que le tocaba existir. Por esto, antes de llegar al poder en alas de la victoria militar, "[c]omprendieron que una carta fundamental no puede ser sino una pompa vana e inútil si no responde a las realidades sociales, si no se apoya en los hechos, en las tradiciones, en la historia misma" (Edwards, 1975, p. 6.). Finalmente, el sistema hizo explosión cuando se debió realizar la elección de presidente y vicepresidente. Debido a que ningún candidato obtuvo la mayoría absoluta para la Vicepresidencia, el Congreso debía realizar esta designación. Los resultados fueron de 100 votos para Francisco Ruiz Tagle, 60 para Joaquín Prieto y 45 para Joaquín Vicuña. Este último resultó elegido por el Congreso, con el argumento de que la Constitución no ordenaba expresamente que la elección se hiciera por el Congreso sólo entre quienes habían logrado las dos primeras mayorías relativas.²⁰ La disconformidad provocó la guerra civil de 1829, que terminó el 17 de

¹⁹ Artículo 126: "Quedan abolidos para siempre los mayorazgos, y todas las vinculaciones que impidan el ejanenamiento libre de los fondos". Íntimamente ligada por este artículo a las garantías de la igualdad, esta norma estaba destinada a chocar con la mentalidad y los intereses de una aristocracia vinculada a la propiedad de la tierra. La misma fuerza política fue desatada en las reformas legales y constitucionales que en los años sesenta dieron paso a la reforma agraria; los resultados fueron, ciertamente, tan o más drásticos que en 1829.

²⁰ En 1970 se produjo una situación similar, coincidente con un momento de crisis institucional que finalmente también derivaría en una alteración del ordenamiento constitucional de carácter autoritario.

abril de 1829 en la batalla de Lircay. José Joaquín Prieto fue entonces escogido presidente de la República y comenzó su período el 18 de septiembre de 1831.

Así acaba el período de *ensayos constitucionales*. Su legado es, pese a los conflictos vividos en la época, tremadamente fructífero; adquirimos allí la conciencia de ser una nación independiente y delineamos los rasgos esenciales de la institucionalidad que nos acompañaría a lo largo de nuestra historia republicana. Incluso el desorden experimentado por el país sería determinante en nuestra evolución, pues motivaría la reflexión autoritaria que se volcaría de lleno en la institucionalidad de 1833.

4. La Constitución de 1833 (I). La república autoritaria

Entenderemos al período que se inicia en lo político con el triunfo conservador en la batalla de Lircay, el 17 de abril de 1829, y en lo constitucional con la promulgación de la Constitución de 1833, como un período “autoritario o presidencial, que se caracteriza [...] por que en él triunfa la idea —aunque no se la formule así— de que la autoridad, por representar al derecho, es forma de la sociedad y por tanto ha de tener preeminencia sobre ésta, no para que la sociedad o sus integrantes sirvan a la autoridad y a quienes la ejercen, sino que al revés, para que la autoridad o quienes la encarnan sirvan a los miembros de la comunidad, así como el orden está al servicio del hombre y no éste al servicio de aquél” (Tagle, 1996, p. 198).

En la cabeza del coordinador de las fuerzas revolucionarias de 1829, Diego Portales, latía esta reflexión. Su conocida frase sobre el *peso de la noche* ha sido leída por historiadores y científicos políticos como una declaración de principios: la estabilidad y el orden político sólo se pueden obtener canalizando las fuerzas sociales realmente activas, no combatiéndolas, ignorándolas ni tratando de contenerlas. La Constitución de 1833, inspirada en aquellas ideas pragmáticas y realistas, tuvo vigencia por más de noventa años. Según Alberto Edwards, su mecanismo “es sencillo como el de todas las cosas grandes y verdaderas”, toda vez que “[s]e apoya principalmente en las dos más poderosas tradiciones de organización y gobierno, que nos habían legado tres siglos de coloniaje; la centralización y la autoridad” (Edwards, 1975, p. 7).

Portales tenía una profunda desconfianza de una constitución que no sirviera como instrumento al Gobierno para el cumplimiento de sus fines de seguridad y orden públicos. “A los tontos les caerá bien la defensa del delincuente; a mí me parece mal el que se les pueda amparar en nombre de esa Constitución cuya majestad no es otra cosa que una burla ridícula de la monarquía en nuestros días” (Silva Castro, 1954, p. 100). Portales no comparte que, “de seguir el criterio del jurisperito Egaña, frente a la amenaza de un individuo para derribar la autoridad, el Gobierno debe cruzarse de brazos, mientras, como dice él, no sea sorprendido *infraganti*”.²¹

²¹ Silva Castro, 1954, p. 57. Resulta fascinante leer la carta a Garfias, fechada el 6 de diciembre de 1834 en Valparaíso, de la cual se ha extraído este párrafo en el que Portales se explaya en toda su locuacidad develándonos la tensión entre el poder y el derecho:

Si bien la Constitución de 1828 disponía en su artículo 133 que el “año de 1836 se convocará por el Congreso una gran Convención, con el único y exclusivo objeto de reformar o adicionar” aquella Constitución, la necesidad de adecuar el ordenamiento político al espíritu del nuevo gobierno se hizo sentir prontamente. Se ha dicho que “es probable que el Gobierno no hubiera dado ningún paso de no mediar la intervención de la Municipalidad de Santiago que, por oficio de 17 de julio de 1831, le advertía que la Constitución vigente no estaba de acuerdo con las ideas y en estos casos ‘sucede uno de estos dos males necesarios: la anarquía o el despotismo’” (Salvat, 1980, p. 249).

A fin de generar un proyecto de reforma, el gobierno dicta una ley el 10 de octubre de 1831 mediante la cual convoca a una “Gran convención para la Reforma”. Ella estará integrada por 36 miembros: 16 diputados y 20 ciudadanos “de reconocida probidad e ilustración elegidos por el Congreso en sesión plena”, hombres buenos. Dicha Convención comienza a funcionar el 20 de octubre de 1831, y dentro de ella se

“A propósito de una consulta que hice a don Mariano relativa al derecho que asegura la Constitución sobre prisión de individuos sin orden competente de Juez, pero en los cuales pueden recaer fuertes motivos de que traman oposiciones violentas al Gobierno, como ocurre en un caso que sigo con gran interés y prudencia en este puerto, el bueno de don Mariano me ha contestado no una carta sino un informe, no un informe sino un tratado, sobre la ninguna facultad que puede tener el Gobierno para detener sospechosos por sus movimientos políticos. Me ha hecho una historia tan larga, con tantas citas, que he quedado en la mayor confusión; y como si el papelote que me ha remitido fuera poco, me ha facilitado un libro sobre el *habeas corpus*. En resumen; de seguir el criterio del jurisperito Egaña, frente a la amenaza de un individuo para derribar la autoridad, el Gobierno debe cruzarse de brazos, mientras, como dice él, no sea sorprendido infraganti.

”Con los hombres de ley no puede uno entenderse; y así, ¡para qué, carajo! sirven las Constituciones y papeles, si son incapaces de poner remedio a un mal que se sabe existe, que se va a producir, y que no puede conjurarse de antemano tomando las medidas que pueden cortarlo, pues es preciso esperar que el delito sea infraganti.

”En Chile la ley no sirve para otra cosa que no sea producir la anarquía, la ausencia de sanción, el libertinaje, el pleito eterno, el compadrazgo y la amistad. Si yo, por ejemplo, apreso a un individuo que sé está urdiendo una conspiración, violo la ley. Maldita ley, entonces, si no deja al brazo del Gobierno proceder libremente en el momento oportuno! Para proceder, llegado el caso del delito infraganti, se agotan las pruebas y las contra-pruebas, se reciben testigos, que muchas veces no saben lo que van a declarar, se complica la causa y el Juez queda perplejo. Este respeto por el delincuente o presunto delincuente, acabará con el país en rápido tiempo. El Gobierno parece dispuesto a perpetuar una orientación de esa especie, enseñando una consideración a la ley que me parece sencillamente indígena. Los jóvenes aprenden que el delincuente merece más consideración que el hombre probo; por eso los abogados que he conocido son cabezas dispuestas a la commiseración en un grado que los hace ridículos”.

Toda la admiración que inspira Portales en un conocedor del legado político del ministro no debe cegarnos frente a la censurable doctrina expuesta en estos párrafos. Menos aún si observamos con ojos de constitucionalista, siempre atentos a las palabras que el poder pronuncia en su defensa y justificación para detectar posibles desviaciones de las legítimas atribuciones que el pueblo le entrega y reconoce de manera finalizada hacia la búsqueda del bien común.

destacan por sus aportes Manuel José Gandarillas y Mariano Egaña.²² Ambos representan diversas orientaciones: mientras Gandarillas representa a los sectores partidarios de una reforma menos profunda al texto de 1828, más proclives a un régimen político liberal, Egaña representa al proyecto portaliano y cree en reformas más profundas a la constitución de 1828, especialmente a los poderes del presidente. Se ha dicho de Mariano Egaña que “sus ideas estaban imbuidas por las inglesas y quería establecer en Chile un gobierno monárquico, con un presidente inviolable y elegible indefinidamente, con senadores natos y otros electos” (Salvat, 1980, p. 250). Para defender su visión, entregó a la Convención un proyecto completo de nueva constitución, conocido como el *voto particular de Egaña*. De dicho proyecto se incorporaron una gran cantidad de elementos a la nueva Constitución, quedando fuera de ella los siguientes: se rechazó la elección indefinida del presidente de la República, permitiendo la Constitución sólo una reelección inmediata; se rechazó la idea de un Senado integrado parcialmente por senadores estamentales que representaran instituciones como la iglesia, las universidades, las fuerzas armadas, el poder judicial; se rechazó una norma que disponía al Senado funciones moralizantes; y no se entregó al presidente de la república la facultad de disolver la Cámara de Diputados y llamar a elecciones de parlamentarios en caso de un desacuerdo grave definido por la Constitución entre la Cámara y el presidente, puesto que la Convención argumentó que era una facultad que sólo tenían los jefes de gobierno en un régimen parlamentario.²³

El texto oficial del proyecto quedó redactado a fines de 1832 y el 25 de mayo fue promulgado con el nombre de *Constitución de la República Chilena*, entrando en vigencia como una reforma a la antigua Constitución de 1828.²⁴ Esta constitución se divide en 12 capítulos y tiene un total de 168 artículos permanentes y 7 transitorios. Veremos en seguida los principales rasgos de cada una de las instituciones primordiales.

²² “La Gran Convención discutió la reforma constitucional en sesiones públicas [...] El corifeo era Mariano Egaña, al que seguían unos señores ‘ciegos’ partidarios suyos, por lo que las personas más distinguidas y de mayor opinión en el pueblo se retiraron disgustadas de las sesiones y ni el Presidente de la República ni las amonestaciones de la Convención los hicieron volver”. Salvat, 1980, p. 250.

²³ En el constitucionalismo chileno es frecuente ver cómo los regímenes del parlamentarismo y el presidencialismo son confundidos por el autoritarismo, que entrega al presidente atribuciones que en un sistema parlamentario sirven para que el jefe de Gobierno contrapese el predominio del Congreso. A la inversa, facultades que en un sistema parlamentario son la manifestación de su hegemonía se trasladan a nuestro ordenamiento de manera altamente perturbadora, como ocurrirá con las famosas *leyes periódicas*, como la ley de presupuesto, de las cuales dependía el buen gobierno y que es un despropósito emplear con finalidades partidarias, como ocurrió durante la segunda mitad del siglo XIX. La mirada del constitucionalismo chileno ha estado siempre dirigida a Estados Unidos, Gran Bretaña y, en menor medida, a Francia; sin embargo, la distancia parece haber distorsionado siempre su visión.

²⁴ “De todos modos, la Carta de 1833 fue, oficialmente, una reforma de la de 1828 ‘jurada por el Congreso Nacional’”. Salvat, 1980, p. 249.

En cuanto a la *forma de gobierno*, los artículos 2º, 3º y 4º determinan que el Gobierno de Chile es popular representativo, la República es una e indivisible y la soberanía reside esencialmente en la Nación, que delega su ejercicio en las autoridades que establece esta Constitución. El capítulo de garantías está disperso entre el capítulo V (Derecho público de Chile) y el capítulo X (De las garantías de la seguridad y propiedad), en una técnica legislativa atractiva pero incomprensible. ¿Por qué cada garantía está en uno u otro capítulo? Lo desconozco; la única explicación que se me ocurrió —que se agrupan así las garantías que miran al interés público en uno y las que miran al interés privado en otro— cae cuando en el artículo 132 se prohíbe la esclavitud. Jorge Huneeus, por su parte, opina “que las materias importantísimas de que trata este capítulo (X) son de la misma naturaleza que las que sirven de tópico al capítulo V [...] de lo que se infiere que habría sido más conforme a un plan rigorosamente lógico y metódico, haber consagrado á todas un solo capítulo” (Huneeus, 1891, II, p. 296- 297).

Respecto del presidente de la República, jefe supremo de la Nación, esta Constitución le otorga una aguda preeminencia frente a las otras instituciones. “Crearon, pues, los constituyentes en 1833 su Jefe Supremo de la Nación, modelado en el recuerdo de la estructura colonial [...] usaron, pues, de las expresiones más enérgicas de la lengua para señalar la extensión del poder ejecutivo, y, en la práctica, casi no señalaron a su órbita de facultades límite alguno”, según nos recuerda Alberto Edwards (1975, p. 8). Su mandato se extiende a cinco años, pudiendo ser reelegido por una vez. Para un eventual tercer mandato debe esperar cinco años. Se elige en forma indirecta a través de electores, manteniendo el sistema inspirado en el Colegio Electoral norteamericano. Se exige mayoría absoluta para conquistar la presidencia; ante la hipótesis de que aquella no se logre, será elegido el mandatario por el Congreso.

Sus atribuciones de gobierno comprenden dos áreas: administrativas y legislativas. “La enumeración de esas atribuciones es la más completa y prolífica e las que encierra la Constitución de 1833. Ese artículo 82 es casi un compendio de todo cuanto encierra el concepto del poder público, el *imperium de los latinos*” (Edwards, 1975, p. 8). En lo administrativo, al presidente le corresponde nombrar y remover a su voluntad a los ministros, los consejeros de Estado, diplomáticos, intendentes y gobernadores. En lo legislativo, el presidente tiene un rol muy importante, pues tiene iniciativa de ley mediante los mensajes, puede prorrogar las sesiones ordinarias del Congreso hasta en 50 días, puede convocarlo a sesiones extraordinarias y además tiene la facultad de promulgar las leyes y la potestad reglamentaria para ejecutar las leyes a través de decretos, circulares y otros. También tiene el voto absoluto, es decir, puede rechazar totalmente un proyecto de ley, proyecto que no podrá volver a tratarse hasta el año siguiente.

Por otro lado, le corresponde velar por una correcta administración de justicia, lo cual se traduce en nombrar a los magistrados de tribunales superiores y los jueces de primera instancia previa propuesta del Consejo de Estado. También tiene la facul-

tad de indulto, que ejerce junto con el Consejo de Estado. El único caso en que su indulto no procede es contra personas que han sido penadas por el Congreso por acusación constitucional.

En materia de defensa tiene la facultad de nombrar a los militares, aprobando los ascensos y retiros con acuerdo del Senado; tiene la facultad de disponer de las fuerzas de mar y tierra, o sea, su distribución; y puede declarar la guerra con aprobación del Congreso.

Sobre la Iglesia ejerce el patronato y lo hace con acuerdo del Consejo de Estado. Los derechos que tiene en esta materia son de presentación y el exequáutur; el recurso de fuerza no le corresponde al presidente sino a la Corte Suprema.

También hay atribuciones que se le entregan al presidente para que pueda cumplir su rol de garante de las instituciones, protegiéndolas de cualquier intento que pueda alterar su normal funcionamiento. Ellas se traducen en herramientas restrictivas de libertades, la más clara de las cuales es el estado de sitio. Rezaba el antiguo artículo 161 de nuestra Constitución, que “declarado algún punto de la República en estado de sitio, se suspende el imperio de la Constitución en el territorio comprendido en la declaración”; oscura e imponente disposición que, una vez más, profetiza las ideas de Carl Schmitt sobre el soberano y su poder de excepcionalidad.²⁵ Ella procede por conmoción interior o ataque externo. El mecanismo mediante el cual se resuelve depende de la causa de que se trate: en caso de ataque exterior basta el acuerdo del presidente con el Consejo de Estado. Pero si la causa es interna se requiere del acuerdo del Congreso. Si éste no estuviere en sesiones ordinarias, el presidente puede decretar el estado de sitio con acuerdo del Consejo de Estado, pero con una limitación: al momento de volverse a reunir el Congreso, éste verá si mantiene el estado de sitio o si lo rechaza, tratándolo como una ley pendiente.

A estos poderes el presidente sumaba una serie de poderes “extraconstitucionales” que lo hacían aún más poderoso, destacándose entre ellos la posibilidad de intervenir en el desarrollo de las elecciones a través de la confección de las listas de candidatos y su instrucción a gobernadores e intendentes, con lo cual “el presidente había llegado a ser desde poco antes de la dictación de la Constitución de 1833, el gran elector” (Bravo Lira, 1983, p. 323).

Hablaremos ahora del Consejo de Estado.²⁶ El antecedente directo de este cuerpo está contenido en el Plan de Hacienda y de Administración Pública de 1817, aprobado por el gobierno de Bernardo O’Higgins. Aquel cuerpo, establecido en el artícu-

²⁵ Schmitt dice, en su *Teología política*, que el Soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción; es, en otras palabras, el que puede suspender la normalidad constitucional. Afirma que “la excepción es más interesante que el caso normal. Lo normal nada prueba, la excepción, todo; no sólo confirma la regla, sino que ésta vive de aquella”. Es, pues, garante de la institucionalidad, *guardián de la Constitución*, empleando la expresión acuñada en su polémica con Hans Kelsen.

²⁶ Véase Muñoz: o. cit.

lo 128, llevaba por nombre el de Supremo Consejo de Estado y de Justicia, con características que, heredadas de la antigua Real Audiencia, posteriormente se distribuirían entre el Consejo de Estado y la Corte Suprema. “A su consulta pasarán todos los graves negocios del Estado” señalados en el mismo cuerpo legal, y siempre “tendrá la facultad y ministerio de proponerme cuanto juzgue conducente a la felicidad pública”. Los ministros de Estado eran miembros de aquel Consejo por derecho propio.

Este Consejo es un organismo asesor que en ciertas materias vincula mediante su opinión al presidente. Esto significa, por ejemplo, que para decretar el estado de sitio debe recurrir al Consejo si no está reunido el Senado; lo mismo ocurre con el ejercicio del derecho de patronato sobre la Iglesia, así como con el nombramiento de los jueces, donde interviene el presidente junto con el Consejo de Estado. Otra práctica frecuente era que un proyecto de ley antes de ser enviado al Congreso pasara por el estudio del Consejo.

El Consejo de Estado estaba integrado por representantes de distintas instituciones de la República: los ministros del Despacho, dos miembros de las Cortes Superiores de Justicia, un eclesiástico constituido en dignidad, un general del Ejército o de la Armada, un jefe de alguna oficina de Hacienda, y personas con experiencias en la vida pública (dos ex diplomáticos, dos ex intendentes o ex gobernadores), todos nombrados por el presidente.

En la historia de Chile este Consejo ha tenido mucha importancia; la primera vez que aparece a nivel constitucional, como hemos señalado, es en la Constitución moralista de 1823, con atribuciones similares. Fue derogado por la Constitución de 1925 y la última etapa en que tuvo vigencia fue entre 1974 a 1980, época en que participó como órgano consultivo de la Junta de Gobierno. En tal calidad, le correspondió informar al presidente sobre la redacción de la nueva Constitución. Discutido y criticado, fuertemente aclamado, es sumamente controversial. Creo estar en lo correcto si digo que, rastreando su “genealogía institucional”, este Consejo se revela como hijo de la Real Audiencia que existió en nuestro país durante la época colonial —debido a las funciones consultivas que desempeñaron ambos— y padre del sistema de senadores *institucionales*, más conocidos como *designados*, que figuraron en tantos proyectos de reforma a la Constitución de 1925²⁷ y en el texto constitucional vigente a la fecha de redacción de este artículo.²⁸

El Congreso Nacional, en tanto, era un órgano bicameral integrado por un Senado de 20 miembros que duraban nueve años, elegidos por votación indirecta de electores, y una Cámara de Diputados elegida por votación directa: un diputado por cada veinte mil habitantes y fracción que no bajara de diez mil. Si un distrito tenía treinta

²⁷ Véase Carrasco (1997).

²⁸ Imposible saber por cuánto tiempo más. Los senadores institucionales están en entredicho, se discute hoy su permanencia en el texto constitucional y los proyectos de reforma constitucional están a la espera de los acuerdos políticos necesarios para ser aprobados.

mil habitantes, elegía dos diputados, pero si tenía 29.999 habitantes sólo elegía uno. El Congreso sesionaba ordinariamente entre el 10 de junio y el 10 de septiembre de cada año y las sesiones extraordinarias eran convocadas por el presidente de la República sólo para tratar asuntos presidenciales. Durante el período extraordinario funcionaba una Comisión Conservadora integrada por siete parlamentarios, cuyo deber era velar la observancia de la Constitución y las leyes. Ellos ejercían, como hemos comentado, un control de naturaleza político de la constitucionalidad del ordenamiento. Útil será recordar esto cuando estudiemos la naturaleza del Tribunal Constitucional, que se debate entre lo político y lo jurisdiccional.

El Congreso tiene dos funciones importantes: legislar y fiscalizar las actuaciones del gobierno. Para ejercer su función fiscalizadora, la Constitución le entrega dos instrumentos: la acusación constitucional y el uso de las leyes periódicas como mecanismo de control político sobre el gobierno. Este mecanismo, ciertamente, es de dudosa conveniencia. Una herramienta de presión necesariamente está llamada a ser utilizada; pero cuando el uso de esa herramienta perjudica a los gobernados, como en este caso, es totalmente repudiable su inserción en un ordenamiento constitucional que busca servir a los ciudadanos. En mi opinión, las leyes periódicas eran una herramienta de chantaje antes que de control o fiscalización.

El Poder Judicial, por otra parte, se mantiene integrado por una Corte Suprema, Cortes de Apelaciones, jueces de primera instancia y funcionarios auxiliares. Mantiene la misma estructura que tenía desde la constitución de 1823, en que todos los jueces son nombrados por el presidente previa propuesta del Consejo de Estado.

La estructura constitucional chilena no fue tocada por largo tiempo. Sugestivamente, la primera reforma que se realizó a esta construcción no fue una reforma constitucional propiamente tal, sino una ley interpretativa constitucional. Ésta recayó en el artículo 5º y fue promulgada el 27 de julio de 1865. El objeto de ella era autorizar la libertad de cultos “disidentes”, como se llamaba a los no católicos, dentro de recintos privados, así como permitir a los disidentes fundar y sostener escuelas privadas para la enseñanza de sus propios hijos en las doctrinas de sus religiones.²⁹

5. La Constitución de 1833 (II). La república liberal

En cuanto a las reformas producidas a la Constitución de 1833, la característica común a todas ellas es que en términos generales están dirigidas a fortalecer las libertades públicas y las atribuciones del Congreso Nacional —e indirectamente de los partidos políticos con mayoría en el Congreso—. Desde el surgimiento de los

²⁹ Éste es el primer hito en materia de libertad de enseñanza en el plano constitucional. El segundo será el reconocimiento de la libertad de enseñanza en 1874. El tercero, la reforma denominada Pacto de Garantías, aprobado por el Parlamento como condición al ascenso de Allende. El cuarto, el artículo 19 número 11 de nuestra Constitución.

partidos políticos, en 1857,³⁰ hasta la Guerra Civil de 1891, se producen una serie de reformas a la constitución de 1833 que marcarán el desarrollo institucional de Chile. Ahora bien, el 8 agosto de 1871, al final del gobierno de José Joaquín Pérez, se aprueba la primera reforma a la Constitución. Ella tiene por objeto prohibir la reelección inmediata del presidente de la República; para un segundo mandato deberá esperar cinco años, lo cual no ocurrirá nunca durante la vigencia de aquella Constitución.³¹ Esta reforma frena, pues, el autoritarismo presidencial, poniendo fin también al llamado período de los “decenios”. Una segunda reforma ocurre el 25 de septiembre de 1873, en el gobierno de Federico Errázuriz Zañartu, cuando se rebaja el quórum de las cámaras para sesionar a un tercio, en el caso del Senado, y un cuarto de sus miembros, en cuanto a la Cámara de Diputados.

En 1874, entre el 13 de agosto y el 24 de octubre, se aprueba una verdadera “avalancha” de reformas: se extiende de manera expedita la nacionalidad a los extranjeros que, habiendo residido un año en la República, así lo deseen; se agregan al derecho de petición (artículo 12 número 6º) el derecho de reunión, el derecho de asociación y la libertad de enseñanza;³² se establece la incompatibilidad entre el cargo de diputado y otros cargos públicos: eclesiásticos regulares, párrocos y vicepárrocos, intendentes de provincia, gobernadores de departamento, extranjeros nacionalizados hasta cinco años después del otorgamiento de su carta de nacionalización; la calidad de ministro, sin embargo, no es incompatible con la de parlamentario; se establece la elección de los senadores en votación directa por provincias, así como su renovación cada tres años; se restringen las facultades del presidente durante el estado de sitio; esto, entregándole de manera explícita la atribución de ordenar el traslado de personas que hayan sido detenidas entre las zonas de Caldera y Llanquihue, límite fijado porque era la zona de operación del ferrocarril, fortaleciendo al mismo tiempo la fiscalización o “supervigilancia” de la Comisión Conservadora; se agiliza el mecanismo de la acusación constitucional; se reforma la composición del Consejo de Estado; al cual se incorporan seis parlamentarios con derecho a voz y voto, mientras mantienen sólo derecho a voz los ministros de Estado, los cuales eran a la sazón cinco.

Por otra parte, mediante ley del 12 de enero de 1882, durante el gobierno de Domingo Santa María, se agilizan los trámites de reforma constitucional. Y durante

³⁰ Surgidos a raíz del conflicto administrativo comúnmente conocido como la “cuestión del sacristán”.

³¹ Me atrevo a decir que de esta manera, poco a poco, van desapareciendo de nuestro constitucionalismo los rasgos importados o injertados del constitucionalismo norteamericano. Así también la elección directa de los senadores, más adelante del presidente; la pronta desaparición del vicepresidente.

³² En los artículos 153 y 154 se determinaba que la educación pública sería una atención preferente del gobierno, configurando lo que se conocería como *Estado docente*. Sin embargo, mediante la inserción de esta reforma, los “dos pilares en que se asentó nuestra educación” fueron dos “conceptos en gran medida antagónicos”, por lo cual “no faltaron los intentos por desarrollar uno en desmedro de otro”. Dougnac Rodríguez, 1985, p. 221- 222.

el gobierno de José Manuel Balmaceda, por ley del 9 de agosto de 1888, se amplía el voto eliminando el requisito censitario. Pueden votar entonces los varones solteros mayores de 25 y casados mayores de 21, que sepan leer y escribir y puedan exhibir un documento denominado Boleta de Calificación, cuyo fin es de identificación.

En la Guerra Civil de 1891 influyeron diversos elementos de carácter constitucional en el quiebre de nuestra institucionalidad. Entre ellos, la pretensión del presidente de reformar la Constitución recobrando parte de sus potestades, tanto explícitas como implícitas; la negativa del Congreso de despachar la Ley de Presupuesto; la negativa de Balmaceda de llamar a sesiones extraordinarias del Congreso habiendo sido solicitadas. Así llegó el 10 de enero de 1891, día en que Balmaceda lanzó una proclama pública donde prorrogaba por un año la Ley de Presupuesto y la ley que fijaba las fuerzas de mar y tierra mediante un decreto supremo. El Congreso reaccionó declarando que el presidente había violado la Constitución porque las leyes las aprueba el Congreso y no el presidente por decretos. Balmaceda contestó que el que había violado la constitución era el Congreso, pues a los ministros los nombra el presidente y no el Congreso. La Constitución no contemplaba ninguna salida viable a la crisis, por lo que ésta fue extraconstitucional: un enfrentamiento armado entre el presidente y el Congreso.

¿Qué ocurrió entonces? El proceso de mutación se aceleró. La ductilidad de la Constitución en las manos de la nueva mayoría “parlamentaria” le permitió seguir existiendo durante varios años. “Si lo que nuestra Carta fundamental contiene de absolutismo permitió fundar el orden, los principios parlamentarios en ella encerrados le permiten a ella misma durar y consolidarse bajo el más liberal de los regímenes” (Edwards, 1975, p. 11). Durante este período “semiparlamentario” se produjeron cambios constitucionales circunstanciales y menores. De ellos interesa destacar que, a raíz de la negativa de Balmaceda de convocar a la legislatura extraordinaria, se reformaron las facultades del presidente de la República por ley del 12 de diciembre de 1891, dándoles a las Cámaras la potestad de pedir por escrito se convocara a sesiones extraordinarias del Parlamento. El papel del Consejo de Estado, cada vez más, dejaba de ser determinante para pasar a ser ornamental.

6. La Constitución de 1925

El proceso político parlamentario saturó a la población.³³ Su transformación fue promesa electoral y desafío de gobierno para Arturo Alessandri. Después de un agi-

³³ En su estudio “Intervenciones y fraudes electorales en el período parlamentario: la elección presidencial de 1920”, Millar Carvacho (1978) estudia aquellos “distintos tipos de fraudes [...] que creemos reflejan en gran medida un aspecto importante de las prácticas electorales de toda la etapa parlamentaria”. Tales engaños, que atraviesan todo el arco político y se relacionan con el abuso de posiciones de poder municipales, estatales o sociales, dañaban seriamente la transparencia y veracidad de los escrutinios electorales y, por lo menos en aquel período estudiado, “todas las actuaciones ilícitas

tado gobierno y una salida del poder no menos compleja, en marzo de 1925 vuelve el presidente Arturo Alessandri de su autoexilio en Italia. En ese momento nombra una Comisión encargada de elaborar un proyecto constitucional, así como de proponer la conveniencia de convocar a una asamblea constituyente. Mientras todo el mundo espera el llamado a asamblea, donde los partidos políticos esperan dar la forma definitiva a la nueva Constitución, el presidente decide plebiscitar el proyecto elaborado por la Comisión. En junio de 1925 se realiza el plebiscito en el que la ciudadanía debe pronunciarse por el voto azul o el voto rojo. El primero significa mantener el “régimen parlamentario”, mientras que el voto rojo significa reemplazarlo por el régimen presidencial. Dicho esquema institucional estaba desprestigiado por muchas razones; recordemos que entre 1891 y 1924 hubo 121 gabinetes y 530 personas tuvieron cargo de ministro.

El plebiscito dio como resultado datos importantes para su análisis: cerca del 50% de la población con derecho a voto no sufragó; esta abstención es síntoma de un rechazo de la ciudadanía respecto de la clase política. De los que votaron, más del 70% aprobó el voto rojo, o sea, reformar la Constitución para restablecer el presidencialismo. Fueron tantas las reformas que se terminó por adoptar un texto nuevo que tenía 110 artículos permanentes y 10 transitorios, la que entró en vigencia el 18 de septiembre de 1895.

La nueva Carta reafirma las atribuciones del presidente de la República, restableciendo el sistema presidencial. Esta característica se ve en varias normas. De manera expresa, se dice que los ministros de Estado son de exclusiva confianza del presidente de la República, quien los nombra y remueve a voluntad. Se afirma asimismo que ningún acuerdo de la Cámara de Diputados afecta o afectará la responsabilidad política del ministro. En este punto se suprime del reglamento de la Cámara de Diputados la institución de las interpelaciones, las cuales eran dirigidas a los ministros. Se declaran incompatibles los cargos de ministro de Estado y parlamentario, para evitar influencias mutuas; se acepta la compatibilidad únicamente para el caso de guerra externa. Se le entregan al presidente importantes atribuciones en el proceso de formación de las leyes, en particular en lo relativo a iniciativas exclusivas y urgencias en la tramitación de proyectos de ley. Además, el presidente puede convocar a sesiones extraordinarias del Congreso y prorrogar las sesiones ordinarias. Se suprime las leyes periódicas, salvo la de Presupuesto General de la Nación, la cual cambia su tramitación para evitar que el Congreso pueda

en materia electoral eran efectuadas por los partidos políticos”. El período de gloria del intervencionismo presidencial, cuando aquel jugaba el papel de “Gran Elector”, terminó con la Revolución de 1891 y con las leyes de la “comuna libre”. “Los distintos fraudes y formas de intervención, limitaban notoriamente la libertad e independencia de los ciudadanos y de hecho los resultados electorales del período parlamentario, seguían en gran parte dependiendo de círculos bastante restringidos”. Dinero, violencia, extorsión eran elementos normales en dicho período. Lamentablemente, algunos de aquellos acontecimientos perduraron hasta las reformas realizadas por el Bloque de Saneamiento Democrático, alianza política entre sectores de centro y de izquierda durante el segundo gobierno de Ibáñez.

usarla como un arma de presión política contra el Ejecutivo. Por lo tanto, desde que el presidente envía el proyecto al Congreso, éste tiene un plazo de cuatro meses para discutirla y aprobarla. Si en ese plazo el Congreso no la ha despachado, rige el proyecto del presidente sin modificaciones.

Esta Constitución también suprime algunas autoridades, como el Consejo de Estado y la Comisión Conservadora. Reseñemos, como anticipación de un próximo estudio, que el Consejo se restableció entre 1976 y 1990, época en que tuvo destacada participación en el estudio del proyecto de la Constitución de 1980. Por otra parte, se termina el régimen del patronato y de unidad entre Iglesia y Estado, después de casi cuatro siglos de existencia.

Se crean nuevas instituciones: entre ellas el Tribunal Calificador de Elecciones (TRICEL), las asambleas provinciales y los tribunales administrativos o contenciosos administrativos. De estas tres autoridades, únicamente el TRICEL existió en la práctica; pues nunca se dictaron las leyes especiales para la creación y el funcionamiento de las otras dos.

También se crea el *recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes*, del cual conoce en pleno la Corte Suprema, cuyo objeto es reafirmar la supremacía de la Constitución. Diremos algunas cosas respecto a esta innovación, debido a su interés para los observadores del derecho comparado.

En Chile, la jurisdicción constitucional estuvo en principio vedada para la judicatura; se consideraba que, debido al principio de separación de poderes, el juez no estaba llamado a calificar la constitucionalidad de la ley —labor parlamentaria— sino simplemente a aplicarla. El temor persistente a la labor del juez, pues, ha debilitado históricamente la revisión de constitucionalidad que pueda hacer dicha autoridad. Ahora bien, sería un error pensar por ello que durante la vigencia de la Constitución de 1833 no existían en Chile mecanismos de control de la constitucionalidad de la ley y de los actos del Ejecutivo, como se ha afirmado reiteradamente. Dicho control existía, era de naturaleza política y estaba en manos del Senado Conservador cuando el Parlamento no estaba en período de sesiones ordinarias, y en manos de esta Corporación cuando se encontraba reunida.

Podemos ver este temor en el propio presidente Alessandri. Efectivamente, durante la elaboración del proyecto de reforma constitucional por parte de la comisión redactora, y ante la sugerencia de los comisionados Barros Borgoño y Silva Cortés de introducir un sistema de revisión de la ley similar al norteamericano, el presidente Alessandri destaca que la posibilidad de declarar inconstitucional un acto significaría “un grave peligro, porque se constituiría el Tribunal en Poder Legislativo”.

En la séptima sesión de la subcomisión de reformas constitucionales, el comisionado Barros Borgoño había expresado “la conveniencia que habría en establecer en la nueva Constitución algún poder o autoridad que determine si las leyes que en lo sucesivo se dicten, van o no contra los principios constitucionales”, señalando que podría ejercer tal función “nuestra Corte Suprema, o una Corte especial”. A ello

añade el comisionado Silva Cortés que al proyecto presentado por el presidente en ese sentido “convendría agregar que el Tribunal conocería también de las reclamaciones que se hicieran contra disposiciones legales contrarias a la Constitución”.

La primera propuesta que se recibió al respecto, durante la 28^a sesión de la Subcomisión de Reformas Constitucionales, fue proporcionada por Alessandri. En ella se lee: “Los Tribunales de Justicia, en los negocios de que conozcan con arreglo a la ley aplicarán preferentemente los preceptos de esta Constitución cuando entre ellos y las leyes hubieren oposición”. Inmediatamente, los demás comisionados le señalaron que “no habría conveniencia [...] en entregar esta declaración de inconstitucionalidad a todos los tribunales”.

Finalmente, en oposición a un sistema disperso en que cada juez está llamado a velar por la constitucionalidad de la ley que aplica, se opta por un sistema concentrando; en que será un único órgano nacional, la Corte Suprema, el llamado a inaplicar la ley, mediante el ejercicio de una acción de inconstitucionalidad. Así, en la sesión 29^a de la subcomisión de reformas constitucionales, el ministro de Justicia José Maza propuso la siguiente redacción: “La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para este caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación”. Tal es la forma en que nuestro derecho recibe esta institución.

La primera reforma a esta Constitución se aprueba en 1943, siendo presidente don Juan Antonio Ríos, y tiene por objeto fortalecer o reforzar la autoridad del presidente de la República. Ella entrega al presidente la iniciativa exclusiva para proyectos de ley sobre modificación de la división política y administrativa de la República, sobre servicios públicos y empleos pagados en la administración del Estado, así como aquellos que se refieran a aumentos de sueldo o gratificaciones para los empleados públicos. Esta reforma pretende racionalizar el gasto público, evitando la dispersión que produce la intervención de los parlamentarios —y a través de ellos los partidos políticos.

Esta misma reforma autoriza al presidente para dictar decretos de emergencia económica y realizar gastos no autorizados por la ley en casos de emergencia. En este sentido se reglamentaron muy bien las causales para dictar estos decretos de gastos extraordinarios, fijando como máximo el 2% del total del presupuesto nacional.

Por otro lado, esta reforma elevó a rango constitucional a la Contraloría General de la República, la cual había sido creada por ley en 1927; ella tiene por función esencial fiscalizar la inversión y los gastos del fisco, así como sus ingresos. La Contraloría además tiene estas mismas atribuciones respecto de las municipalidades y de los servicios públicos que señalen las leyes.

En el año 1957 se aprueba una segunda reforma, la cual permite la doble nacionalidad entre chilenos y españoles, exigiéndose 10 años de residencia para poder

optar a este beneficio. Además, ese año se establece el recurso de reclamación ante la Corte Suprema cuando se ha cancelado la carta de nacionalidad. También se elimina como causal de pérdida de la nacionalidad chilena la nacionalización en país extranjero cuando debe hacerse por exigencias del país extranjero para vivir ahí.

En 1959 hay una tercera reforma que aumenta de tres a cuatro años el período de los regidores, para racionalizar las elecciones.

En el año 1963 se aprueba una reforma constitucional que se refiere al derecho de propiedad, permitiendo la expropiación de predios rústicos, abandonados o mal explotados pagando al expropiado un 10% del valor de la propiedad al contado y el saldo en cuotas con un máximo de 15 años. Su finalidad es proporcionar el marco jurídico a la reforma agraria.

En 1967 se materializa una reforma más profunda al estatuto constitucional de la propiedad mediante la ley 16.615, que sustituye al artículo 10 número 10 de la Constitución en lo que se refiere a la regulación de este derecho. En efecto, la reforma significa que queda entregado a la simple ley el modo de adquirir la propiedad, usar, gozar y disponer de ella, y establecer las limitaciones y obligaciones que permiten asegurar su función social y hacerla accesible a todos. En virtud de esta remisión se dicta la ley 16.640 sobre reforma agraria, el 28 de julio de 1967.

En 1970, bajo el mando del presidente Frei Montalva, se elabora una nueva reforma a la Constitución del 25 a través de la ley 17.284. Ella dispone varios aspectos de importancia: derecho a sufragio para los analfabetos y mayoría de edad a los 18 años; posibilidad de delegar facultades legislativas en el presidente de la República, el cual podrá legislar a través de decretos con fuerza de ley; ampliación de las circunstancias en que el presidente puede llamar a plebiscito para reformar la Constitución, especialmente para aquellos casos en que se produzca un desacuerdo grave entre el Congreso y el presidente; creación del Tribunal Constitucional, importante innovación. Este tribunal está integrado por cinco miembros: tres representantes del presidente de la República, nombrados con acuerdo del Senado, y dos miembros por la Corte Suprema. Tiene como competencia pronunciarse y resolver sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, tratados internacionales y decretos con fuerza de ley.

Por último, entre diciembre de 1970 y enero de 1971, el partido de gobierno y la oposición allendista acuerdan firmar un Estatuto de Garantías Constitucionales para garantizar el respeto de ciertos derechos ciudadanos durante el nuevo gobierno de la Unidad Popular. Ya el estudio de esta reforma debe ser abordado en conjunto con el estudio del período 1971-1990, donde las tensiones políticas y las diversas alternativas modelan el rostro actual del constitucionalismo chileno.

7. Comentarios finales

Finalmente, una consideración personal. El estudio de la Historia constitucional debe devolver la confianza en los métodos republicanos y democráticos a quien, a

primera vista, observe la Constitución gestada en 1980 y se lamente de la imposibilidad de formular un tal documento en democracia. Todas aquellas virtudes que normalmente se presentan como innovaciones de la Constitución de 1980 fueron introducidas a la Constitución de 1925 por reformas constitucionales (Tribunal Constitucional, derecho a voto a los mayores de 18 años y a los analfabetos, mención expresa a la delegación de facultades legislativas en el texto constitucional) o legales (Consejo Superior de Seguridad Nacional), o bien fueron proyectos que lucharon denodadamente por su aprobación (recurso de protección). Algunos, finalmente, fueron estudiados y denunciados por la doctrina (inconstitucionalidad del vacío legal en materia de contencioso-administrativa). El quiebre institucional de 1973 y el colapso del Estado de derecho, cuya normalidad sólo regresó con la plena vigencia de la Constitución en 1990, ha impregnado la visión de los observadores de un fuerte escepticismo hacia los procedimientos republicanos. Ese escepticismo no se justifica y puede ser una grave cojera en la formación de los futuros juristas de nuestro país. Pero el estudio de ese período quedará para otra oportunidad.

Bibliografía

- BERTELSEN REPETTO, Raúl: “La institución presidencial en Chile”, en *Revista de Derecho Público*, nº 21-22, 1977, pp. 45-52.
- BRAVO LIRA, Bernardino: “La función consultiva, un vacío secular dentro del régimen de gobierno en Chile, 1874- 1973”, en *Revista de Derecho Público*, nº 21-22, 1977, pp. 157-176.
- “La Constitución de 1833”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 10, 1983, pp. 317-329.
- BULNES SANFUENTES, Francisco: “El Senado en la Constitución de 1925 y en la de 1980”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13, 1986, pp. 7- 24.
- CAMPOS HARRIET, Fernando: “¿Quién es el autor del ‘Catecismo Político Cristiano’?”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, nº 2, 1961, p. 53- 60.
- *Historia Constitucional de Chile*, Jurídica de Chile, 1997.
- CARRASCO DELGADO, Sergio; MORRISON M., Robert: “Estudio comparativo de los proyectos de reforma a la Constitución Política del Estado de 1925 presentados con fecha 7 de julio de 1964, 30 de noviembre de 1964 y 17 de enero de 1969”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 6, 1979, p. 149- 182.
- *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*, Jurídica de Chile, 1980.
- “Proyectos de reformas de iniciativa de parlamentarios, a las Constituciones Políticas de la República de Chile de 1925 y 1980”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVIII, 1997, p. 289- 303.
- D'ORS, Álvaro: *Ensayos de teoría política*, U. de Navarra, 1979.

- DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio: “La educación en Chile bajo la Constitución de 1833”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, nº 10, 1985, p. 221-230.
- DONOSO, Ricardo: “José Joaquín de Mora y la Constitución de 18282”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, nº 1, 1959, pp. 13-24.
- EDWARDS VIVES, Alberto: “La Constitución de 1833”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 2, 1975, p. 5- 11.
- *La organización política de Chile*, Editorial del Pacífico, 1972.
- EYZAGUIRRE GUTIÉRREZ, Jaime: *Historia constitucional de Chile. Apuntes de clase*. Universitaria, s/a.
- *Historia de las instituciones políticas y sociales de Chile*, Universitaria, 1977.
- HUNEEUS, Jorge: *Obras de Jorge Huneeus*, tomos I y II: *La Constitución ante el Congreso*, Santiago, Imprenta Cervantes, 2^a ed., 1891.
- MILLAR CARVACHO, René: “Intervenciones y fraudes electorales en el período parlamentario: la elección presidencial de 1920”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, nº 7, 1978, p. 179- 191.
- OYARZÚN, Manuel: *El Consejo de Estado. Su marcha a través de la historia. ¿Es necesaria su existencia?* Memoria para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, 1904.
- SALVAT MONGUILLOT, Manuel: “La Gran Convención (Notas sobre los orígenes de la Constitución de 1833)”, en *Revista de Derecho Público*, nº 27, 1980, p. 249-254.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: *Tratado de derecho constitucional*, tomo III: *La Constitución de 1980. Antecedentes y génesis*, Jurídica, 1997.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, y SILVA GALLINATO, María Pía: “Derechos humanos en la Constitución de 1925”, en *Ius et Praxis*, año 9, nº 1, 2003, pp. 245-257.
- SILVA CASTRO, Raúl: *Ideas y confesiones de Portales*, Editorial del Pacífico, 1954.
- TAGLE MARTÍNEZ, Hugo: *Curso de historia del derecho constitucional*, vol. III, Santiago, Jurídica de Chile, 1996.
- VALENCIA AVARIA, Luis: *Anales de la República. Textos constitucionales de Chile y Registro de los ciudadanos que han integrado los poderes Ejecutivo y Legislativo desde 1810*, Andrés Bello, 1986.
- VIDAL GARCÉS, Carlos: *Una reforma constitucional (Supresión del Consejo de Estado)*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas, 1899.

II. Derecho procesal constitucional

- *René Baldívieso Guzmán (Bolivia)*
Apuntes sobre derecho procesal constitucional boliviano
- *Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)*
Los procesos y procedimientos constitucionales ante la jurisdicción constitucional en Venezuela
- *Francisco José Eguiguren Praeli (Perú)*
El nuevo Código Procesal Constitucional peruano
- *Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen (Perú)*
El nuevo Código Procesal Constitucional del Perú:
una visión introspectiva
- *César Landa (Perú)*
El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano
- *Luis Alberto Huerta Guerrero (Perú)*
Lineamientos para el estudio, análisis y enseñanza
del derecho procesal constitucional

René Baldívieso Guzmán (Bolivia)*

Apuntes sobre derecho procesal constitucional boliviano **

Nota preliminar

Damos esta denominación al presente trabajo por su contenido y propósito, pues se trata de un análisis sucinto y esquemático de aquellos aspectos legales y jurisdiccionales que vienen sustentando un *derecho procesal constitucional boliviano* como disciplina jurídica reciente, cuyo impulso y presencia en el país han cobrado actualidad desde el momento en que se creó un órgano especializado, el Tribunal Constitucional, para ejercer el control de constitucionalidad concentrado, es decir, desde el 12 de agosto de 1994, cuando se lo incorporó como parte del Poder Judicial, aunque reconociéndole su independencia, y más aún desde que inició su labor jurisdiccional dentro del marco establecido por la Constitución Política del Estado y la Ley del Tribunal Constitucional de 1º de abril de 1998, instrumentos fundamentales a los cuales ha venido sujetando sus funciones; a la Constitución que lo creó y le asigna sus atribuciones, y a la Ley del Tribunal nº 1836 que desarrolla la preceptiva de la Ley Fundamental referida a la cuestión, como se explica en este trabajo al que hemos dividido en seis partes:

Una primera en la que se exponen algunas consideraciones generales sobre el tema relativas a los antecedentes de lo que ahora conocemos como *derecho procesal constitucional*, insertando breves referencias doctrinales; una segunda en la que nos

* Decano del Tribunal Constitucional de Bolivia. <tribunal@tc.gov.bo; rbaldivieso@yahoo.com>

** Con la creación del Tribunal Constitucional en Bolivia (1994), se ha dado origen e impulso a un Derecho Procesal Constitucional cuyo contenido debe merecer una adecuada difusión para su comprensión y uso en la práctica, pues resulta ser una rama jurídica imprescindible en el ejercicio del control de constitucionalidad.

El autor de este trabajo agradece a la Fundación Konrad Adenauer por haberle brindado espacio y oportunidad para desarrollar un tema vinculado a lo que podría ser la dinámica del derecho procesal constitucional boliviano.

proponemos identificar las fuentes que nutren esta disciplina jurídica; una tercera que nos permite referirnos a la delimitación que hace la Ley Fundamental entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional; una cuarta para tratar los recursos de hábeas corpus y de amparo constitucional como los medios idóneos consagrados internacionalmente en la protección de la libertad y de los derechos fundamentales de la persona. Nos hemos referido con algún detenimiento a dichos recursos porque están vinculados a los sistemas de protección de los derechos humanos en el ámbito internacional y ocupan los primeros lugares en la estadística de las causas despachadas por el Tribunal Constitucional de Bolivia, pues en la última gestión ambos representan el 83% de las 2402 causas ingresadas; una quinta, dedicada a señalar los demás procedimientos constitucionales, cuya naturaleza y fines identificados con el control de constitucionalidad, los hace partícipes del derecho procesal constitucional; finalmente, en la parte sexta formulamos algunas conclusiones que más bien podrían servir de resumen del tema desarrollado.

La jurisprudencia que ha de citarse, especialmente para los casos de hábeas corpus y amparo constitucional, abona por la importancia que ella reviste como fuente del derecho procesal constitucional, pues en su contenido también se puede advertir que se fijan reglas procesales que emergen de una interpretación de las normas constitucionales, sobre todo en cuanto son relativas a la tutela efectiva que debe darse a los derechos fundamentales de las personas cuando ellos han sido vulnerados. Consideraremos que era necesaria esta breve explicación para comprender mejor los alcances y utilidad del trabajo que a continuación se exponen.

1. Consideraciones generales

Las Constituciones son el texto fundamental y básico al que los países deben su estructura organizativa, en lo jurídico y político, es decir que configuran el marco del que no podrían apartarse ni los poderes públicos ni las personas, o sea que sus actos, dicho en el más amplio sentido, se acomoden a los dictados de la Constitución y, consiguientemente, al ordenamiento jurídico en general. Ello supone que tienen una normatividad a la cual adecuar su conducta dentro de las relaciones sociales que se dan en un Estado, reguladas por normas jurídicas de carácter coercitivo, de modo que si hay inobservancia de ellas y surgen conflictos de diversa índole, éstos deben ser resueltos por los órganos jurisdiccionales requeridos expresamente para tal objeto.

La Constitución asume en tal sentido la calidad de norma suprema, erigiéndose por ello “en fundamento y límite del resto del ordenamiento jurídico del país”, al representar “un sistema de fuentes del derecho, los órganos competentes y los procedimientos para la producción de dichas fuentes; impone al ordenamiento jurídico los valores fundamentales en los cuales debe inspirarse y a los cuales debe servir; establece, asimismo, los principios técnico-jurídicos a través de los cuales debe instrumentarse toda esa orientación teleológica” (Torres del Moral, 1991).

Lo anotado permitirá ubicarnos en el lugar desde el cual sea posible ver a la Constitución en su momento dinámico, esto es, en cuanto se la aplique realmente en el ejercicio de la justicia constitucional. La afirmación es válida para el objeto de nuestro estudio, pues si bien una Constitución comprende normas y principios que tienen primacía dentro de un marco jurídico determinado, es la persona —como beneficiaria directa de los postulados constitucionales que le significan sustento de su libertad, de sus derechos, de su dignidad, de la realización de los valores supremos del derecho— quien precisa de mecanismos idóneos para su concreción y protección debidas.

Esta manera de enfocar la cuestión nos lleva a precisar las garantías que se otorgan para el ejercicio real de estos derechos y el respeto a los valores que se hallan formulados en ese contenido normativo y principista de la Constitución, ya que ellos no pueden quedarse en su texto sin haberlos concretado o materializado, y sin hacerlos efectivos en las situaciones planteadas, a riesgo de causar una frustración individual o colectiva, según el caso, y mostrar la ineeficacia de los mecanismos destinados a brindar la protección de los derechos y garantías fundamentales, medios jurídico-procesales instituidos con esa finalidad, es decir que igualmente participan del carácter finalista o teleológico del derecho como conjunto de normas que rigen la conducta humana dentro de la sociedad.

Vemos así cuán necesaria es la defensa de la Constitución, no sólo para asegurar la solidez y vigencia de todo el ordenamiento jurídico, sino a fin de hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales de las personas, algo que, desde luego, tanto en el plano nacional como internacional, se ha venido haciendo y se tiene que hacer, usando de los propios medios que la misma Constitución provee. “La defensa, que por cierto, debe ser la que nosotros, como juristas, podemos hacer —dice el esclarecido constitucionalista peruano Domingo García Belaunde, para quien, además, hay una defensa física, otra política y finalmente una defensa jurídica— y dentro de ella, la más moderna, la más trascendente, es sin lugar a dudas, la defensa procesal de la Constitución”.¹ No podemos menos que destacar tan convincente criterio que proviene de uno de los más notables juristas del Perú, conocido en América y Europa, teniendo en cuenta que esa defensa implica preservar la vigencia y aplicación de las normas constitucionales para los efectos que antes hemos indicado, otorgando la tutela adecuada al ejercicio de los derechos fundamentales por los medios que la propia Constitución reconoce, medios que configuran precisamente el *derecho procesal constitucional*, cuyo contenido y dinámica se hallan no sólo en los procedimientos señalados expresamente para usar de los recursos constitucionales, sino también en los fallos del Tribunal Constitucional, caso boliviano, que forman su jurisprudencia, por ser resoluciones que tienen carácter vinculante.

¹ “La defensa de la Constitución a través del derecho procesal constitucional”, 15 de junio de 1999.

Quisiéramos en esta parte citar, por su pertinencia, algunos criterios concorrentes al tema expuestos por el insigne procesalista uruguayo Eduardo Couture (1987) en sus *Fundamentos del derecho procesal civil*, los cuales, aunque referidos a un área especializada, son dignos de tomarse en cuenta si recordamos que el derecho civil, sustantivo o adjetivo, ha nutrido a varias ramas del saber jurídico. En el citado libro encontramos el siguiente concepto: “[...] a falta de realización espontánea [del derecho], sólo el proceso es el instrumento idóneo para dirimir por acto de juicio, imparcial, irrevocable, coercible, emanado de autoridad, el conflicto surgido”. Pero antes dice: “En el plano de la doctrina el proceso es uno solo, aunque el conflicto se produzca en diferentes ámbitos”. Eso es lo que ocurre en la jurisdicción constitucional cuando conoce y resuelve los casos que le son planteados, pues si bien los procedimientos —de índole pragmática por su naturaleza— son asignados con la debida correspondencia a los diferentes recursos constitucionales, éstos de alguna manera guardan concordancia con las reglas procesales que son de uso y aceptación general, dentro del derecho comparado, adecuadas a la esencia y finalidad de tales recursos, a través de los que se persigue preservar la supremacía de la norma constitucional en las diferentes cuestiones que deben ser resueltas bajo ese imperativo.

Nos aproximamos así al tema objeto del trabajo: *derecho procesal constitucional boliviano*, con un enfoque que pretende más bien abarcar aspectos de orden práctico. Partimos, pues, de una normativa que, aunque propia del ámbito nacional, creamos que es coincidente con la que se tiene en otros países y en los instrumentos internacionales especialmente referidos a los sistemas de protección de los derechos humanos, en el entendido de que los tribunales o salas constitucionales en Latinoamérica y en Europa tienen líneas comunes de actuación en su labor específica de ejercer el control de constitucionalidad, “que es la vía más efectiva de defensa de la Constitución”, produciendo en cierto modo patrones comunes en la protección de los derechos fundamentales de las personas, campo en el que la similitud de esfuerzos y de propósitos en los países donde se tienen órganos especializados es la nota característica de ese afán que ha surgido de una creciente preocupación universal, casi inmediatamente después de la segunda guerra mundial. De ahí que el referirnos al Tribunal Constitucional de Bolivia, fuente directa y generadora de un naciente y vigoroso derecho procesal en la materia, no será algo ajeno a este fenómeno del siglo XX y principios del siglo XXI en lo que a jurisdicción constitucional se refiere, pues “[...] los tribunales constitucionales cumplen así un papel, no sólo de defensa, sino también de creación del orden constitucional”.

Se tiene pues como una realidad, la existencia de esa disciplina jurídico-procesal, cuya denominación le han dado ilustres juristas como García Belaunde: *derecho procesal constitucional*, que nos parece correcta y adecuada porque responde a una exigencia lógica, técnica y pragmática, pues el *derecho constitucional*, como tal, como disciplina jurídica independiente que forma parte del *derecho público*, tiene su propio objeto: “determinar la naturaleza y organización fundamental del Estado”; que

halla su complemento indispensable en el *derecho procesal constitucional*. De ese modo identificamos mejor esta disciplina jurídica dentro de los cánones definidos por Couture, pues al *derecho procesal* como disciplina central le añadimos la característica específica y explicativa de *constitucional*. Creemos facilitar de ese modo una percepción lógica y técnica, y una referencia conceptual clara sobre los alcances y fines de una rama jurídica de reciente data. Esto nos lleva a reiterar que está justificada la denominación de *derecho procesal constitucional* como la vía apropiada para hacer operativos todos aquellos medios que posibiliten un eficaz control de constitucionalidad.

2. Trascendencia del derecho procesal constitucional boliviano

Formuladas de esa manera las consideraciones generales precedentes, que explican además el objeto y los alcances del trabajo, nos proponemos en seguida señalar las regulaciones propias del derecho procesal constitucional en Bolivia, que no son otra cosa que los procedimientos instituidos para hacer efectivos los diferentes recursos a través de los cuales el Tribunal cumple su especial tarea de ejercer el control de constitucionalidad. Con ello no pretendemos hacer distinción alguna con la forma y el contenido de las instituciones que conforman el derecho procesal constitucional de otros países; lo consideramos más bien como un aporte a esa reciente disciplina. Hacemos por ello una sucinta referencia a los procedimientos asignados a cada uno de los recursos que la Constitución boliviana ha establecido, especial y preferentemente a los que pertenecen al sistema de protección de los derechos humanos.

En este propósito diremos que desde la creación del Tribunal Constitucional es posible referirse a un derecho procesal constitucional. Si bien anteriormente la Corte Suprema tuvo atribuciones para pronunciarse en asuntos atinentes a cuestiones constitucionales como son el recurso de inconstitucionalidad, el recurso directo de nulidad, posteriormente la revisión de las resoluciones dictadas en hábeas corpus y amparo constitucional, fue porque estaba vigente un control de constitucionalidad difuso, pues no se tenía pensado aún instituir un órgano jurisdiccional especializado siguiendo el modelo europeo, lo que ocurrió recién en 1994. Por ello las decisiones adoptadas dentro de las acciones o recursos de inconstitucionalidad, por ejemplo, sólo tenían efecto entre partes, una diferencia sustancial con las decisiones del Tribunal Constitucional, que resultan ahora tener efecto general, *erga omnes*, como lo dispone la propia Constitución Política del Estado en su artículo 121.II: “La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una Ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, hace inaplicable la norma impugnada y surte plenos efectos respecto a todos. La sentencia que se refiera a un derecho subjetivo controvertido, se limitará a declarar su inaplicabilidad al caso concreto”.

Nos parece, en ese sentido, que el derecho procesal constitucional es un ancho cauce al que desembocan, como afluentes enriquecedores, las experiencias procesa-

les de la materia recogidas en los diferentes países donde se tiene control de constitucionalidad encomendado exclusivamente a un órgano especializado creado por la propia Constitución, como sucede en Bolivia.

Pero más allá de establecer diferencias, ahora poco relevantes salvo por su valor histórico, entre la jurisdicción constitucional de hoy y la ejercida antes de 1994, en el caso de Bolivia, nos interesa señalar el aporte que a través de ella se viene dando al derecho procesal constitucional, pues entendemos que al estar esa jurisdicción enmarcada principalmente por las atribuciones y facultades que la Constitución y la ley le confían al Tribunal, éste ha asumido responsabilidades trascendentales en esa área jurisdiccional, más aún si existe el *derecho internacional de los derechos humanos* que viene impulsando la aplicación eficaz de los mecanismos para protegerlos. Habrá que admitir, entonces, que esta preocupación ha resultado ser prioritaria en los ámbitos señalados, pues hay una concepción común que se tiene de los derechos humanos y, por tanto, puede afirmarse que los sistemas de protección de ellos guardan no sólo similitudes sino que ese proceso de internacionalización ha dado lugar a la creación de organismos como, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas decisiones sientan jurisprudencia internacional en la materia.

La dinámica procesal, dentro del control de constitucionalidad en Bolivia, está pues determinada por la aplicación de los diferentes procedimientos asignados expresamente a cada uno de los recursos que instituye la Constitución, once en total, con la particularidad, en cuanto a su trámite mismo, de ser todos ellos sumarios, es decir, breves; de ahí que el despacho de causas se realiza en meses, sin la posibilidad de que alguno de ellos pueda llegar al año, antecedente que viene a ser la nota que los diferencia de aquellos trámites que estuvieron a cargo de la jurisdicción ordinaria. La celeridad que se les imprime, abona en favor de una administración de justicia pronta y oportuna. Esta característica es una de las motivaciones para que el movimiento de causas sea creciente en el Tribunal Constitucional. La estadística así lo refleja. Sólo como un dato ilustrativo y comparativo a la vez, indicaremos que en el primer año de funciones jurisdiccionales (junio de 1999 a junio de 2000) se despacharon 1225 causas. En el lapso comprendido entre junio de 2003 a junio de 2004 el número de causas fue de 2.400, para decirlo en cifras redondas.² Dentro de esta cantidad, los recursos de amparo constitucional y de hábeas corpus representan más del 84% con la siguiente distribución: 62,60% recursos de amparo constitucional y 22,74% de hábeas corpus. Esta referencia estadística por supuesto que tiene una finalidad informativa destinada a mostrar la carga procesal que el Tribunal Constitucional debe atender y la intensidad con la que se desenvuelve el derecho procesal constitucional por el uso de los diferentes procedimientos en virtud de los cuales el Tribunal ejerce

² Se toma el lapso de junio 2003 a junio 2004 porque el Tribunal Constitucional inició sus funciones jurisdiccionales a partir del 1 de junio de 1999.

las atribuciones señaladas en la Constitución Política del Estado y reiteradas en la ley nº 1836 que le es inherente.

En nuestro criterio, de acuerdo con lo expuesto, tendríamos así un tríptico donde encontramos las fuentes del derecho procesal constitucional boliviano por ser sus generadores directos la Constitución, la ley nº 1836 y la jurisprudencia. Más adelante ampliamos este punto de vista.

3. Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional

A partir del 12 de agosto de 1994, fecha en la que fueron promulgadas las reformas constitucionales de la época, se tiene en Bolivia una clara delimitación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, punto que vale la pena destacar. Sobre la primera es el parágrafo III del artículo 116 de la Ley Fundamental que se pronuncia en los siguientes términos: “III. La facultad de juzgar en la vía ordinaria, contenciosa y contenciosa administrativa y de hacer ejecutar lo juzgado corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales y jueces respectivos, bajo el principio de unidad jurisdiccional”. Por consiguiente, el amplio campo de la jurisdicción ordinaria encuentra su demarcación precisa en este precepto. A su vez, el parágrafo IV del citado artículo 116 formula el enunciado básico que crea la jurisdicción constitucional de la siguiente manera: “IV. El control de constitucionalidad se ejerce por el Tribunal Constitucional”. Vendrán luego los artículos 119, 120 y 121 de la CPE que configuran el marco dentro del cual ejerce sus funciones que le han sido señaladas por la Constitución, dentro de la independencia que ella misma le reconoce y el carácter irreversible de sus resoluciones (artículos 119.I y 121.I CPE).

Estos son los presupuestos constitucionales sobre los que desarrolla su actividad jurisdiccional, ampliamente regulados en la ley nº 1836 de 1º de abril de 1998 que contienen el detalle de los diversos procedimientos de cada uno de los recursos, en forma correlativa a las atribuciones que el artículo 7 de dicha ley le confiere al Tribunal Constitucional, reiterando las fijadas por el artículo 120 de la Ley Fundamental a la vez que reafirmando el carácter independiente del Tribunal, aparte de que sus primeros artículos (1 al 6) pueden considerarse normas rectoras por referirse a cuestiones esenciales como la independencia y fines del Tribunal Constitucional; presunción de constitucionalidad; infracción de la Constitución; interpretación constitucional; obligatoriedad del Tribunal para pronunciarse en los diferentes asuntos y carácter nacional de la jurisdicción. Estos principios, según criterio nuestro, asumen el valor de normas rectoras porque están llamadas a orientar y, en su caso, a definir la actividad jurisdiccional sentando reglas básicas para que el Tribunal adopte resoluciones ajustadas a la Constitución, interpretándola en una dimensión integradora del orden jurídico en general en el que resulta imperioso sostener la primacía de la norma constitucional. Antonio Torres del Moral (1991), a tiempo de abogar por la importancia de la jurisdicción constitucional, opinión que compartimos, dice de ella que “ha

contribuido notablemente a la integración de la Constitución en el ordenamiento jurídico, al que encabeza y nutre de sentido, exigiendo que se le sometan todos los poderes públicos, incluido el Parlamento”.

Dicho esto, reiteramos que las fuentes del derecho procesal constitucional en Bolivia se las encuentra: a) principalmente en el texto de los artículos 116.IV, 119, 120 y 121 de la Constitución, que instauran la jurisdicción constitucional encomendada a un órgano exclusivo (Tribunal Constitucional); b) en la Ley del Tribunal Constitucional nº 1836 donde, a tiempo de reiterar la prerrogativa institucional de su independencia, vinculatoriedad de sus resoluciones, presunción de constitucionalidad, etc., enumera las once atribuciones del Tribunal y señala los diferentes procedimientos para cada una de ellas, que desde luego tienen carácter sumario, en el entendido de que esa brevedad responde a la urgencia de resolver cuestiones constitucionales, especialmente las relacionadas con los derechos fundamentales, carácter sumario que la diferencia de la jurisdicción ordinaria en la que siempre era posible que se diera una duración mayor que la esperada, justificada o no, de los trámites inherentes al control difuso de la constitucionalidad que le estaba encomendada; c) finalmente, en la jurisprudencia del Tribunal, sustentada por sus fallos, dado el carácter de obligatoriedad que tienen de acuerdo con el artículo 4 de la ley nº 1836, parte final, que dice: “Los tribunales, jueces y autoridades aplicarán a sus decisiones la interpretación adoptada por el Tribunal Constitucional”, texto que lo reafirma el artículo 44.I de la citada ley: “Los poderes públicos están obligados al cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por el Tribunal Constitucional. Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional, son obligatorias y vinculantes para los Poderes del Estado, legisladores, autoridades y tribunales”.

4. Defensa de la libertad y de los derechos fundamentales

El control de constitucionalidad está dirigido a preservar la vigencia y aplicación de la Ley Fundamental, es decir, la supremacía de ésta para su debido acatamiento, que habrá de redundar principalmente en beneficio de la persona como destinataria de toda norma jurídica, más aún cuando están en juego sus derechos fundamentales. Pero también resultarán favorecidos la vigencia del Estado de derecho y el sistema democrático. Es así que en algunas constituciones se proclama como premisa al Estado social y democrático de derecho. Veamos algunos textos que corroboran lo afirmado: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público” (Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, artículo 1.I). “España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” (Constitución de España, artículo 1.1). Las últimas reformas introducidas a la Constitución boliviana en febrero de 2004 amplían el artículo 1º.II definiendo a Bolivia como un “Estado Social y Democrático

de Derecho que sostiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la igualdad y la justicia”.

Diríamos por ello, sin temor a equivocarnos, que la defensa y protección de los derechos fundamentales, en la práctica, contribuyen a la mayor dinámica del derecho procesal constitucional, dado que son los recursos de *hábeas corpus* y de amparo constitucional los más requeridos por quienes consideran lesionados sus derechos, y los que más absorben el trabajo de los órganos jurisdiccionales: jueces y tribunales. El artículo 7º de la Constitución boliviana enumera esos derechos en el siguiente orden: a) a la vida, la salud y la seguridad; b) a emitir libremente sus ideas y opiniones por cualquier medio de difusión; c) a reunirse y asociarse para fines lícitos; d) a trabajar y dedicarse al comercio, la industria o a cualquier actividad lícita, en condiciones que no perjudiquen al bien colectivo; e) a recibir instrucción y adquirir cultura; f) a enseñar bajo la vigilancia del Estado; g) a ingresar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional; h) a formular peticiones individual y colectivamente; i) a la propiedad privada, individual y colectivamente, siempre que cumpla una función social; j) a una remuneración justa por su trabajo que le asegure para sí y su familia, una existencia digna del ser humano; k) a la seguridad social, en la forma determinada por esta Constitución y las leyes.

Esta enumeración de derechos se encuentra precedida por el artículo 6.II de la Constitución, precedencia justificada por cuanto tiene naturaleza principista al establecer que “La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado”, texto que, por otra parte, viene a ser el presupuesto y sustento de los derechos enunciados en el antes citado artículo 7 de la Constitución, a la vez que compromete al Estado a darles protección adecuada mediante los procedimientos que en nuestro caso están señalados en la ley nº 1836 para ser activados ante la jurisdicción constitucional.

La jurisprudencia constitucional a su vez, por su carácter vinculante en Bolivia, le sirve —según dijimos— de fuente al derecho procesal de la materia, pues en algunas de sus resoluciones se fijan reglas procedimentales cuando así requiere el caso, imprescindibles para garantizar la eficacia de los mecanismos necesarios a la vigencia y aplicación de la Ley Fundamental en favor de quienes se consideren o estén afectados en sus derechos; de ahí el título de este capítulo IV. Como un ejemplo anticipado de esto, podemos dar el hecho de que, dentro de los alcances del artículo 19 de la Constitución, que instituye el amparo, la jurisprudencia ha dado una dirección por la cual se entiende que este recurso tiene los caracteres de subsidiariedad y de inmediatez.

En la abreviada extensión de este trabajo, pese a nuestro deseo de hacerlo más amplio, no podría caber el detalle de cada uno de esos procedimientos, razón por la cual hemos visto conveniente puntualizar, en principio, los casos de *hábeas corpus* y *de amparo constitucional*, teniendo en cuenta que estos recursos constituyen más del 83% del total de las causas que ingresan al Tribunal Constitucional, y por ser los

mecanismos idóneos universalmente conocidos y consagrados para la protección de los derechos fundamentales de las personas. Esa mayor activación de los recursos de hábeas corpus y de amparo significa, de por sí, poner en movimiento un derecho procesal constitucional que, inclusive, debe articularse con los instrumentos internacionales si el caso lo requiere. Nos parece por ello oportuno citar lo que se afirma de los Tribunales Constitucionales: “Con la creación de los Tribunales Constitucionales, el Derecho Procesal Constitucional se ha enriquecido considerablemente, pues a la función primordial por la que fueron creados, la defensa del orden objetivo, otras tareas les fueron encomendadas, entre ellas el respeto de los derechos constitucionales. Tarea fundamental que en palabras del gran procesalista italiano Mauro Capelletti, constituye la jurisdicción constitucional de la libertad” (Castañeda Otsu y otros, 2003; presentación de la coordinadora de la publicación).

No obstante, intentaremos completar el trabajo haciendo una referencia indicativa y sucinta de los otros recursos, incluyendo el hábeas data, que configuran básicamente el derecho procesal constitucional, de modo que se tenga una idea más amplia de cómo se viene sustentando esta disciplina, puesto que cada uno de los recursos tiene un procedimiento asignado por la Ley del Tribunal Constitucional (artículo 7). Entre tanto, veamos —con cierta prioridad— los medios procesales que le permitan a la persona defender su libertad y sus derechos fundamentales.

4.1. *Hábeas corpus*

Si nos atenemos al ejercicio prioritario y cotidiano de los derechos fundamentales, sin duda alguna es el de la libertad el que ha merecido mayor atención en su tutela a través del hábeas corpus, tanto que, aparte del texto constitucional (artículo 18), la Ley del Tribunal Constitucional (artículo 89) prevé otras violaciones que pueda alegar quien se considere indebidamente detenido, procesado o preso, que se relacionen con la privación o limitación de la libertad personal en cualquiera de sus formas, ampliando de esta manera el radio de acción de la tutela que brinda el hábeas corpus. No olvidemos que la libertad física del individuo le sirve como medio legítimo e insustituible para ejercer otros derechos fundamentales. Lo más trascendental ahora, para nosotros, está en que en la Constitución Política del Estado, con las modificaciones de 20 de febrero de 2004, ese derecho figura como uno de los valores supremos, junto con la igualdad y la justicia, sobre los que se asienta el Estado social y democrático de derecho. Así lo dice el artículo 1.II de la Constitución boliviana: “Es [Bolivia] un Estado Social y Democrático de Derecho que sostiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico, *la libertad, la igualdad y la Justicia*”, importante contenido axiológico para los efectos de control de constitucionalidad.

De alguna manera se anticipó a esta proclama constitucional el procedimiento que debe seguirse en la interposición del hábeas corpus, al reconocer prerrogativas especiales en favor del recurrente: puede ser presentado ante la Corte Superior del

Distrito, juez de partido o juez de instrucción en provincias, de modo que el interesado siempre tendrá la posibilidad real de formular su demanda, la que puede estar firmada sólo por él, sin necesidad de la intervención de profesional abogado, así como él puede actuar personalmente en la audiencia respectiva. Los menores de edad, incapacitados o analfabetos podrán presentarse mediante otra persona que actúe a su nombre sin necesidad de poder expreso. Inclusive el juez que atiende el recurso podrá salvar los defectos u omisiones de derecho que fueren advertidos. Hay pues una flexibilidad admitida por la ley para facilitar la presentación del recurso de hábeas corpus, justificable por cierto tratándose de la libertad de la persona. Los artículos 89 y 90 de la Ley del Tribunal Constitucional son los que se refieren a estos aspectos procedimentales, mientras que el artículo 91 regula aquellas incidencias que deben producirse durante la audiencia fijada por el juez, la que deberá efectuarse dentro de las 24 horas siguientes a la presentación del recurso. En su caso podrán habilitarse días y horas extraordinarios para que se efectúe.

Dada la trascendencia y los alcances de este recurso, hay que considerar la audiencia fijada por el juez o tribunal, como el actuado imprescindible y determinante para que se adopte la resolución que corresponda basándose en los elementos de convicción aportados en la audiencia, antecedente que, por otra parte, servirá a la revisión que debe efectuar el Tribunal Constitucional de acuerdo con las facultades que le reconoce la Ley Fundamental. “La autoridad judicial —dice el párrafo II del artículo 18 de la Constitución que instituye el hábeas corpus— señalará de inmediato día y hora de audiencia pública, disponiendo que el actor sea conducido a su presencia. Con dicha orden se practicará citación personal o por cédula en la oficina de la autoridad demandada, orden que será obedecida sin observación ni excusa, tanto por aquella cuanto por los encargados de las cárceles o lugares de detención sin que éstos, una vez citados, puedan desobedecer arguyendo orden superior”.

La transcripción del texto precedente muestra la importancia de la audiencia como actuado procesal, porque en ella ha de proporcionarse al tribunal o juez de hábeas corpus todos los elementos de convicción necesarios para pronunciarse sobre la demanda y, en consecuencia, conceder o no la libertad, sobre la base de una valoración de las circunstancias fácticas del caso a fin de establecer si se dio una indebida persecución o detención. Aparte de ello requiere la presencia del recurrente en la audiencia, como de la autoridad pública denunciada, sin que pueda suspenderse la audiencia por ningún motivo. La parte final del párrafo II del citado artículo 18 de la CPE, dice: “La decisión que se pronuncie se elevará en revisión, de oficio, ante el Tribunal Constitucional, en el plazo de veinticuatro horas, sin que por ello se suspenda la ejecución del fallo”, naturalmente si éste hubiera dispuesto la libertad del recurrente, salvo que incidencias procesales concurrentes en el trámite, que efectivamente se dan en la práctica, no permitan adoptar esa decisión y resulte ella diferida o en suspenso.

Asimismo, la obligatoriedad o coercibilidad de las resoluciones emitidas por el juez o tribunal de hábeas corpus están respaldadas por lo que dispone la última parte

del artículo 18 de la Constitución: “V. Los funcionarios públicos o personas particulares que resistan las decisiones judiciales, en los casos previstos por este artículo, serán remitidos por orden de la autoridad que conoció del ‘Hábeas Corpus’, ante el Juez en lo Penal para su juzgamiento como reos de atentado contra las garantías constitucionales”. El incumplimiento de esta previsión constitucional está tipificado como delito en el artículo 179 bis del Código Penal, por desobediencia a resoluciones en procesos de hábeas corpus y amparo constitucional, previendo una pena de reclusión de dos a seis años y una multa de cien a trescientos días. Hay casos en los que se ha instaurado el respectivo proceso penal, en la vía ordinaria, para la aplicación de esta norma penal.

Habíamos dicho, por otra parte, que el trámite de este recurso es sumario, o sea, breve, razón por la cual los plazos para emitir la resolución alcanzan a los veinte días hábiles computables desde el sorteo de la causa respectiva. Se dijo también que la brevedad en estos trámites era imprescindible para atender satisfactoriamente la urgencia de la solicitud de libertad. Esta dinámica procesal se da en la práctica, diferenciándola del pasado en que los trámites concluían en años, cuando ya el resultado, aunque fuera favorable, dejaba de tener incidencia en la suerte del recurrente y, posiblemente, en otras situaciones emergentes del caso, es decir, un resultado inocuo y hasta frustrante.

La jurisprudencia en materia de hábeas corpus ha sentado líneas que forman parte del derecho procesal constitucional, en cuanto fija reglas de orden procedimental en los trámites, por lo que creemos conveniente destacar este hecho citando lo esencial de la sentencia respectiva:

[...] la garantía constitucional establecida por el art. 18 CPE en resguardo de la libertad individual, no está supeditada a la existencia de otros recursos, como erróneamente señala el tribunal de hábeas corpus en el fallo que se revisa; sino que dada la naturaleza de este recurso, una vez constatada la acción u omisión ilegal o indebida, en una de las formas establecidas en el art. 89.I de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC), corresponde al órgano jurisdiccional que conoce el Recurso brindar la inmediata protección, disponiendo se repare el acto ilegal demandado, con la aplicación de las responsabilidades establecidas por el art. 91.5 de la indicada Ley [...].³

Esta línea jurisprudencial es clara, pues no podría irse por la improcedencia del hábeas corpus con el fundamento de que está pendiente alguna otra cuestión en el proceso penal, por ejemplo una apelación de la resolución judicial que haya determinado la detención preventiva del imputado. Ciertamente que aquí se da una regla de orden procedimental, a través de la jurisprudencia.

En otro caso se establece lo siguiente:

La jurisprudencia constitucional en sus diferentes fallos, ha establecido que el derecho a la libertad física, supone un derecho fundamental de carácter primario para el

³ SC 37/2004-R de 14 de enero.

desarrollo de la persona, entendimiento que se sustenta en la norma prevista por el art. 6.II CPE, pues en ella el constituyente boliviano ha dejado expresamente establecido que la libertad es inviolable, y respetarla es un deber primordial del Estado. Atendiendo esta misma concepción es que creó un recurso exclusivo, extraordinario y sumarísimo a fin de que el citado derecho goce de especial protección en caso de que se pretenda lesionarlo o esté siendo lesionado.

Bajo esta premisa fundamental, debe entenderse que toda autoridad que conozca de una solicitud en la que se encuentre involucrado el derecho a la libertad física, tiene el deber de tramitarla con la mayor celeridad posible. O cuando menos dentro de los plazos razonables, pues de no hacerlo podría provocar una restricción indebida del citado derecho.⁴

Al pronunciarse el Tribunal por la celeridad en los trámites de hábeas corpus, cumple la previsión de la Ley Fundamental (artículo 116.X),⁵ pero al mismo tiempo señala el efecto negativo que podría tener la demora en el despacho de estos recursos y hacer que la detención preventiva se convierta en restricción indebida a la libertad física de la persona.

4.2. Amparo constitucional

Hemos hecho un examen somero del recurso que la Constitución otorga para resguardo de la libertad de la persona: el hábeas corpus. Hasta 1967 era el único recurso constitucional consagrado para ese objeto, y si bien desde la primera Ley Fundamental (1826) hubo preocupación por garantizar su ejercicio, no se había pensado aún en el mecanismo idóneo que efectivizase esa garantía. Así resulta del artículo 149 de la Constitución de 1826 que decía: “La Constitución garantiza a todos los bolivianos su libertad civil, su seguridad individual, su propiedad, y su igualdad ante la ley, ya premie o castigue”. En los artículos siguientes a este precepto, 150, 151 y 152, están enunciados los derechos a la libre expresión, libre tránsito e inviolabilidad del domicilio. O sea que estaban proclamados, junto con la libertad, los otros derechos fundamentales, pero sin el respaldo de un procedimiento que garantizara su efectividad, salvo los medios propios de la justicia ordinaria —por supuesto, sin la característica de inmediatez para otorgar la tutela.

Esta situación cambió radicalmente cuando la Asamblea Constituyente de 1967 incorporó a la Constitución el recurso de amparo constitucional a través del artículo 19, instaurado desde entonces como medio de protección de los derechos fundamentales de la persona. Así lo establece en su párrafo I el citado precepto constitucional: “Fuera del recurso de ‘Hábeas Corpus’ a que se refiere el artículo anterior, se establece el recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de

⁴ SC 1109/2004-R de 16 de julio.

⁵ La primera parte de este párrafo dice: “La gratuitad, publicidad, celeridad y probidad en los juicios son condiciones esenciales de la administración de justicia”. Consideramos útil la transcripción del texto por su carácter esencialmente principista.

los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de las personas reconocidos por esta Constitución y las leyes". Tales derechos —según se ha visto— se encuentran enumerados expresamente en el artículo 7 de la Constitución de manera que todos ellos, en caso de ser vulnerados, están garantizados en su ejercicio por el amparo constitucional. Es el propio artículo 19 que lo consagra, el que fija el procedimiento a seguirse, con mayores exigencias formales que las del hábeas corpus. En efecto, debe interponer la persona que se considere afectada o agraviada, o por medio de otra que tenga suficiente poder, ante las cortes superiores en las capitales de departamento, o ante los jueces de partido en las provincias. El trámite como lo establece la propia Constitución es sumarísimo. Cabe destacar que el Ministerio Público está facultado también para interponer este recurso "cuando no lo hiciere o no pudiere hacerlo la persona afectada". No es muy frecuente que se presenten estos casos, pero el legislador vio la conveniencia de dar esta facultad al Ministerio Público en el entendido de que "tiene como finalidad promover la acción de la Justicia, defender la legalidad, los intereses del Estado y la sociedad, conforme a lo establecido en la Constitución y las leyes de la República", dice el artículo 124 de la Ley Fundamental. Esta misma prerrogativa tiene el defensor del pueblo por la naturaleza de sus funciones reconocida en la ley que regula su desenvolvimiento, ya que puede interponer el recurso sin necesidad de tener poder para ello, de acuerdo con las atribuciones que le señala la Constitución en su artículo 130.I: "El Defensor del Pueblo —dice este precepto— tiene la facultad de interponer los recursos de inconstitucionalidad, directo de nulidad, amparo y Hábeas Corpus, sin necesidad de mandato".

Hay pues amplitud en los alcances de este recurso por cuanto la tutela que brinda abarca un vasto catálogo de los derechos consagrados en la Ley Fundamental, sin que ello por supuesto signifique limitación alguna si consideramos lo que dispone el artículo 35 de la Constitución: "Las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno". Esta norma viene a ser lo que se denomina *cláusula abierta* y le permite al Tribunal mayor campo de acción tutelar para el ejercicio jurisdiccional cuando se trata del indicado recurso.

A propósito del amparo constitucional, advertimos que es uno de los que encabezan la estadística en su interposición con respecto a otros recursos, pues viene a ser el 62% del total de causas presentadas al Tribunal, no obstante estar sujeto a más requisitos formales que el de hábeas corpus, los que se encuentran señalados por el artículo 97 de la Ley del Tribunal Constitucional; unos son de forma y subsanables (parágrafos I, II y V); otros sustanciales (parágrafos I, III y VI) que al omitírselos a tiempo de su presentación pueden determinar el rechazo del recurso.

Por el propio texto constitucional, según habíamos adelantado, el amparo constitucional es *subsidiario*, vale decir que para su interposición válida deben haberse

agotado previamente los medios que la ley ordinaria otorga para la defensa de los derechos vulnerados; de lo contrario se habrá causado su improcedencia. Sin embargo, como veremos en los casos de jurisprudencia, se ha establecido una excepción al principio de subsidiariedad cuando los medios reconocidos en la vía ordinaria no podrían tener eficacia para evitar daños irreparables al derecho invocado cuya protección inmediata se reclama.

Debe responder, asimismo, al requisito de *inmediatez* de modo que su presentación no sea extemporánea. En este sentido, la jurisprudencia ha establecido el plazo de seis meses, puesto que ni en la Constitución ni en la ley nº 1836 se indica plazo alguno para su interposición. Por ello habíamos afirmado que la jurisprudencia del Tribunal también constituye fuente de nuestro derecho procesal constitucional si vemos, por una parte, que mediante ella se regula un plazo procesal y, por otra, por su carácter vinculante debe aplicarse en todos los casos análogos. No obstante, es la propia jurisprudencia la que establece excepciones al plazo de seis meses, al considerar que éste se interrumpe cuando la impugnación del acto vulneratorio se plantea mediante otro procedimiento que resulta errado.

Está de más decir que en el procedimiento del amparo constitucional, al igual que en el hábeas corpus, la audiencia pública reviste singular importancia, por su incidencia determinante en el acopio de elementos de convicción imprescindibles para el juez o tribunal de amparo. Lo afirmado se corrobora por lo dispuesto en el artículo 19 de la CPE en su parágrafo IV: “La resolución final se pronunciará *en audiencia pública* inmediatamente de recibida la información del denunciado y, a falta de ella, lo hará sobre la base de la prueba que ofrezca el recurrente [...]” (las cursivas son nuestras).

Veremos en seguida los casos de jurisprudencia que se refieren a los extremos antes señalados. El siguiente tiene que ver con el carácter subsidiario del amparo constitucional:

La amplia y uniforme jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional ha establecido que conforme al mandato del art. 19 de la CPE, el amparo constitucional otorga protección, siempre que no exista otro medio o recurso inmediato para hacer cesar los actos ilegales u omisiones indebidas que vulneren los derechos y garantías fundamentales citados por la parte recurrente: que uno de los principios que rigen este recurso, es el principio de subsidiariedad que marca su naturaleza protectora; en cuyo mérito toda persona que pretenda la tutela en esta jurisdicción a través del amparo, deberá previamente acudir ante la autoridad que lesionó sus derechos y garantías, interponiendo los recursos establecidos por ley.

En el caso que se examina, la parte recurrente pretende que, mediante el amparo constitucional se ordene al SNC (Servicio Nacional de Caminos) que deje sin efecto, ante el Banco Mercantil S.A. [...] la ejecución y cobro de las boletas de seriedad de propuestas siendo así que los personeros legales de la referida Empresa [reurrente], ante la comunicación oficial efectuada por el Gerente General del SNC, en sentido de haberse decidido solicitar al Banco que proceda a la ejecución de aquellas boletas de garantía, debieron haber interpuesto el recurso de revocatoria ante aquella autoridad y

en caso de no ver satisfecho su requerimiento, plantear el recurso jerárquico [...] extremo que no aconteció [...].⁶

La jurisprudencia citada en su parte esencial define, como en otras sentencias sobre situaciones análogas, la subsidiariedad del recurso de amparo constitucional. En cuanto a la inmediatez de éste, indicamos en seguida la jurisprudencia pertinente, en lo principal de su pronunciamiento:

En el caso que se examina, el Amparo ha sido demandado después de más de 7 meses de que la Jueza de manera ilegal hubiera declarado la ejecutoria de la sentencia de primera instancia, desnaturalizando de ese modo su esencia, porque uno de los elementos primordiales que caracterizan y son inherentes al fundamento mismo de este recurso es precisamente la inmediatez de la protección jurídica que se pretende; sin embargo los demandantes no han cumplido con este requisito de buscar la protección jurídica inmediata, inviabilizando, por extemporánea, la aplicación de la garantía prevista en el art. 19 de la Constitución Política del Estado, máxime si tuvieron inmediato conocimiento de los actos y resoluciones que ahora buscan sean declarados nulos.

En el siguiente caso, sin embargo, encontramos la excepción a los principios de inmediatez y de subsidiariedad del amparo, a través de la propia jurisprudencia constitucional cuando las circunstancias, de una manera evidente, muestran que, aun existiendo otros medios a los cuales puede acudir el recurrente, los mismos resultarían ineficaces y, en consecuencia, tornarse en irreparable la lesión causada por el acto ilegal denunciado si no se busca su reparación inmediata. Dice la jurisprudencia aludida:

En el caso que se revisa, los recurridos han actuado de manera ilegal al impedir —como se tiene examinado— que los actores y sus hijos ocupen las habitaciones que tienen alquiladas en su inmueble, y al cortar el suministro de los servicios de agua potable y luz eléctrica, *ya que para lograr el desalojo de la vivienda por falta de pago de alquileres, existe la vía legal* pertinente, sin que a nadie le esté permitido hacerse justicia por mano propia (art. 1282 CC), todo lo que hace procedente la tutela que buscan los esposos [...], máxime por tratarse del derecho a la vivienda de una familia, *cuya protección debe ser inmediata, aunque existieren otros medios legales a tal fin.*⁷

Cabe aquí referirse a un caso de jurisprudencia constitucional, en el que se incorpora una regla procesal para los recursos de amparo cuando establece que debe notificarse con la demanda al tercero interesado. Hasta antes de esta jurisprudencia la notificación alcanzaba sólo al recurrente y recurrido; ahora, con esta decisión del Tribunal Constitucional debe también convocarse al tercero interesado, es decir, a quien pudiera ser afectado por el recurso al tener expectativas vinculadas al resultado y efectos del fallo. Éste es el alcance que tiene la sentencia constitucional 1351/2003-R, de 16 de septiembre.

⁶ SC 714 /2004-R de 11 de mayo.

⁷ SC 199/2003-R de 21 de febrero.

4.3. *Hábeas data*

En el primer trimestre de 2004 se incorporaron reformas trascendentales a la Constitución boliviana,⁸ quince en total, entre las cuales figura el *hábeas data*, institución ya vigente en otros países de la región. Es el artículo 23 que se refiere a este recurso, del que transcribimos lo esencial:

Toda persona que creyere estar indebidamente impedida de conocer, objetar y obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético, informativo, en archivos o bancos de datos públicos o privados que afecten su derecho fundamental a la intimidad o privacidad personal o familiar, a su imagen, honra y reputación reconocidos en esta Constitución podrá interponer el recurso de Hábeas Data ante la Corte Superior del Distrito o ante cualquier Juez de Partido a elección suya.

El trámite de este recurso, según el precepto citado, está sujeto al procedimiento que rige para el recurso de amparo constitucional. Dada la reciente incorporación de esta garantía a la Ley Fundamental, en Bolivia sólo se han tenido hasta el momento tres causas ingresadas que han permitido ya sentar líneas jurisprudenciales que constituyen precedentes que le permitirán al Tribunal dar la dirección adecuada en sus decisiones en esta clase de recurso. En todo caso, con esta nueva figura incorporada a la Constitución boliviana se tiene una verdadera trilogía garantista para la defensa de los derechos fundamentales de la persona: *hábeas corpus*, amparo constitucional y *hábeas data*.

5. Otros procedimientos constitucionales

En la parte final de este trabajo nos referimos a los otros procedimientos asignados a cada uno de los recursos detallados en el artículo 7 de la Ley del Tribunal Constitucional y que son también bases del derecho procesal constitucional, si consideramos que todos ellos son mecanismos que la propia Constitución ha instituido, para ser luego desarrollados dentro de ese marco, en la ley nº 1836 (Ley del Tribunal Constitucional). El texto del artículo 1º.II de esta ley hace un importante enunciado de los fines del Tribunal Constitucional: “Son fines del Tribunal Constitucional ejercer el control de constitucionalidad y garantizar la primacía de la Constitución, el respeto y vigencia de los derechos y garantías de las personas, así como la constitucionalidad de las convenciones y tratados”. Éste es un precepto fundamental de la citada ley, pues responde al contenido de las normas constitucionales que regulan de manera general su funcionamiento y atribuciones, estas últimas consignadas en el artículo 120 de la Ley Fundamental.

⁸ Se toma el lapso de junio 2003 a junio 2004 porque el Tribunal Constitucional inició sus funciones jurisdiccionales a partir del 1 de junio de 1999.

Para tener una rápida idea de la estructura y sistemática de la Ley del Tribunal, que desarrolla su organización, funciones y atribuciones haremos una somera referencia de su contenido:

Tiene cuatro títulos: *primero*, Disposiciones generales; *segundo*, De la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional; *tercero*: De las disposiciones comunes de procedimiento; *cuarto*: De los procedimientos constitucionales. Cada uno de estos títulos está dividido en capítulos y artículos. Particularmente interesa a este trabajo el *título cuarto*, dedicado a los “procedimientos constitucionales”, cuya aplicación en la práctica resulta ser el elemento dinámico del derecho procesal constitucional boliviano, según hemos visto al examinar los recursos de hábeas corpus y de amparo aunque de una manera resumida, sin prescindir desde luego de lo esencial de cada uno de ellos. De acuerdo con el artículo 7 de la citada ley, el Tribunal Constitucional, según se indica en cada subtítulo, que lleva la indicación del articulado respectivo, ejerce las siguientes atribuciones:

5.1. Recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad (artículos 54 al 58)

Tiene por objeto establecer la compatibilidad de leyes, decretos o resoluciones de carácter general que se hayan impugnado, con las normas constitucionales, o sea que se trata de un control normativo. De acuerdo con el artículo 120.I de la Constitución, están legitimados para interponer este recurso: el presidente de la República, cualquier senador o diputado, el fiscal general de la República y el defensor del pueblo. La sentencia dictada tiene efectos de carácter general (*erga omnes*) y debe dictársela en el plazo de treinta días desde el sorteo de la causa. La jurisprudencia, en este orden, ha señalado que esa inconstitucionalidad puede darse en la forma, en el fondo o en ambos a la vez. Citamos el caso pertinente:

A este efecto cabe señalar que el recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad tiene por finalidad el control objetivo de las disposiciones legales ordinarias para establecer su compatibilidad o incompatibilidad con los principios, declaraciones, preceptos y normas de la Constitución, con el objeto de realizar una depuración del ordenamiento jurídico del Estado. Por lo que corresponde a este Tribunal, a la luz de los fundamentos expuestos por los recurrentes y el alegato formulado por el personero legal del Congreso Nacional determinar si la ley impugnada es constitucional o inconstitucional.

Que este Tribunal, conforme a la doctrina del Derecho Constitucional, ha establecido en su jurisprudencia que una norma puede ser inconstitucional por la forma o por el fondo. En el primer caso cuando en su elaboración, sanción y promulgación se infringe el procedimiento legislativo previsto en la Constitución; y en el segundo cuando su contenido es el que vulnera los mandatos de la Ley Fundamental. Así se ha entendido a partir de la SC 082/2000 de 14 de noviembre que dice: “... conforme lo ha precisado la doctrina constitucional una disposición legal puede ser impugnada de inconstitucional por su origen o por su contenido. En el primer caso, cuando en su elaboración y aprobación no se han cumplido ni respetado los procedimientos establecidos por el texto constitucional para tal efecto o se las ha elaborado y aprobado en una instancia o

por autoridad no establecida por la Constitución. En el segundo caso, cuando la disposición legal, a pesar de haber sido elaborada y aprobada conforme a los procedimientos y formas establecidas por el texto constitucional contiene normas que son incompatibles con los principios y normas de la Constitución Política del Estado” [...]

Que analizada la Ley impugnada en el marco de los fundamentos precedentemente expuestos, este Tribunal llega a la conclusión de que el procedimiento empleado por el Congreso Nacional en su elaboración y aprobación ha vulnerado la norma prevista en el art. 47 de la Constitución en cuanto a la validez del acto legislativo [...].⁹

Sin duda alguna este fallo, junto con otros similares, se incorpora en el ámbito del derecho procesal constitucional boliviano.

5.2. Recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad (artículos 59 al 67)

Se lo plantea dentro de un proceso judicial o administrativo cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial aplicable a aquellos procesos. Es el propio juez, tribunal o autoridad administrativa el que puede promover este recurso, de oficio o a instancia de parte, y debe presentárselo antes de la ejecutoria de la sentencia, por una sola vez. Si la sentencia declara la inconstitucionalidad de la ley, decreto o resolución no general, tendrá los mismos efectos señalados en el artículo 58 de la ley nº 1836, esto es: abrogatorio o derogatorio. Es importante señalar que, dentro de este recurso, el Tribunal no tiene competencia para pronunciarse sobre fallos, sentencias o resoluciones que dicte el Poder Judicial mediante sus tribunales o jueces. La previsión resulta lógica puesto que este tipo de resoluciones judiciales pueden impugnarse utilizando los propios procedimientos de la jurisdicción ordinaria. Esto no significa, empero, que esa falta de competencia debe interpretársela en forma general, al punto de haberse considerado erróneamente que el Tribunal no tendría competencia para pronunciarse contra resoluciones adoptadas por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial. El artículo 66 de la Ley del Tribunal Constitucional ha sido entendido —algunas veces— con esos alcances porque no se ha tomado en cuenta que sólo se dan *dentro del recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad* y nada más. Vale esta aclaración, pues todavía hay alguna aislada insistencia en darle esa equivocada interpretación.

En el caso que en seguida citamos, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales los artículos 53 de la ley nº 1817 del Consejo de la Judicatura de 22 de diciembre de 1997 y 24 de la Ley de Organización Judicial, dentro de un proceso administrativo seguido a un juez, con el fundamento, entre otros, que se indica a continuación:

⁹ SC 009/2003 de 3 de febrero.

El art. 116.VI de la Constitución Política del Estado establece que “los magistrados y jueces son independientes en la administración de justicia y no están sometidos sino a la Constitución y la Ley. *No podrán ser destituidos de sus funciones, sino previa sentencia ejecutoriada*”, normativa ésta que, al tratarse de las disposiciones generales del Poder Judicial, comprende a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Magistrados del Tribunal Constitucional, Vocales de Corte y Jueces de la República, que son los encargados de administrar justicia en el país.

[...] De lo anterior se establece que la previsión contenida en el art. 53 de la Ley del Consejo de la Judicatura, en sentido de que “los funcionarios judiciales que hubieren cometido faltas muy graves y sobre los que hubiere recaído sentencia ejecutoriada, serán sancionados con la destitución de sus cargos”, se aparta de manera inadmisible del texto y el sentido del precepto constitucional del art. 116.VI antes mencionado, puesto que pretende dar un tratamiento jurídico distinto al cese de funciones de los ministros, magistrados, vocales y jueces, siendo que conforme al texto y sentido del orden constitucional, todos ellos sólo pueden ser destituidos previa *sentencia condonatoria ejecutoriada*, de lo que se establece que el art. 53 de la Ley del Consejo de la Judicatura contradice el orden constitucional antes aludido.¹⁰

Los puntos esenciales de la transcripción de las dos sentencias se refieren al control normativo de constitucionalidad que ejerce el Tribunal, el uno abstracto o general y el otro concreto, ambos de orden correctivo o a posteriori; de ahí nuestro interés por mencionarlos expresamente.

5.3. Recursos de inconstitucionalidad contra tributos, impuestos o tasas creados o suprimidos en contravención de la Constitución (artículos 68 al 70)

Procede el recurso tratándose de este tipo de contribuciones impositivas que no se hayan aprobado de acuerdo con normas constitucionales. Debe ser interpuesto por el sujeto pasivo del tributo, o sea, por quien se considere afectado por la norma impositiva, dirigiendo la demanda contra la autoridad que los aplique o pretenda aplicarlos, acompañando la resolución u ordenanza que así lo disponga. Es decir, tiene que hacerse conocer el texto de la disposición legal que se impugna por haber creado, modificado o suprimido un tributo sin ajustarse a las previsiones constitucionales. La sentencia declarará la aplicabilidad de la norma legal cuestionada, con costas al demandante, o su inaplicabilidad al caso concreto.

5.4. De los conflictos de competencias y controversias (artículos 71 al 75)

El Tribunal Constitucional actúa en los casos en que se hubiera suscitado conflicto de competencias o controversias entre los poderes públicos, la Corte Nacional Electoral, las administraciones departamentales y los gobiernos municipales, cuando

¹⁰ SC 534/2002-R de 8 de mayo.

no haya sido posible resolver tales situaciones por la vía de la inhibitoria o declinatoria. Es así que los artículos 72 y 73 de la ley nº 1836 regulan el procedimiento para cada una de ellas. El Tribunal Constitucional, dentro de los quince días siguientes a la radicatoria de la causa, emitirá sentencia dirimitoria y “remitirá el proceso al órgano público que declarare competente”, debiendo suspenderse el trámite de la causa principal hasta que se resuelva el conflicto o la controversia.

5.5. *De las impugnaciones del Poder Ejecutivo a las resoluciones camarales, prefecturales y municipales (artículos 76 al 78)*

Se trata acá de la facultad que tiene el Poder Ejecutivo para impugnar las resoluciones camarales, prefecturales, así como ordenanzas y resoluciones municipales si las considera contrarias a la Constitución Política del Estado. Esta demanda será planteada por el presidente de la República contra el presidente de la respectiva Cámara (senadores o diputados), el prefecto del departamento o el alcalde municipal. Si el Tribunal Constitucional la declara probada, anulará la resolución impugnada; si, por el contrario, resulta improbadada, la declarará subsistente.

5.6. *Del recurso directo de nulidad (artículos 79 al 85)*

Este recurso tiene antigua data en Bolivia. Se lo instituyó para impugnar los actos y resoluciones de quien usurpe funciones que no le competen, o los actos de quien ejerza jurisdicción o potestad que no emane de la ley. Desde 1994 se ha hecho extensivo este recurso contra las resoluciones dictadas o actos realizados por autoridad judicial que esté suspendida de sus funciones o hubiera cesado. El artículo 120.6 de la Constitución, al señalarle esta atribución al Tribunal, expresa que conocerá y resolverá “[l]os recursos directos de nulidad interpuestos en resguardo del artículo 31º de esta Constitución”. Este último precepto, a su vez, sanciona con nulidad “[...] los actos de los que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de los que ejerzan jurisdicción o potestad que no emane de la ley”.

Para el uso de este recurso en la práctica, consideramos necesario transcribir el primer párrafo del artículo 80 de la Ley del Tribunal Constitucional: “*La persona agraviada* presentará directamente el recurso al Tribunal Constitucional, acreditando su personería y acompañando copias, fotocopias legalizadas o testimonio de la resolución que le cause agravio y otros antecedentes que estime pertinentes” (las cursivas son nuestras y destacan al sujeto procesal, que debe ser la persona agraviada para tener legitimación activa).

El recurso se lo interpondrá en el plazo de treinta días, desde la ejecución del acto o de la notificación con la resolución impugnada, y la sentencia que dicte el Tribunal declarará: infundado el recurso si considera que la autoridad demandada actuó con jurisdicción y competencia; o la nulidad de la resolución o acto si el Tribu-

nal encuentra que la autoridad obró sin jurisdicción o sin competencia, o hubiere dictado la resolución después de haber cesado en sus funciones o estando suspendida de ellas.

5.7. *De las consultas sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, decretos o resoluciones (artículos 105 al 107)*

Como se verá más adelante, se trata ahora de las consultas sobre *proyectos* de ley, decretos o resoluciones a fin de que el Tribunal se pronuncie declarando la constitucionalidad o inconstitucionalidad, para lo que tiene un plazo de treinta días. Estas consultas deben ser formuladas por el presidente de la República, el presidente del Congreso Nacional, el presidente de la Corte Suprema de Justicia, previa aprobación de Sala Plena, en el caso de proyectos de ley en materia judicial y reforma de los códigos. La opinión del Tribunal será a través de una declaración constitucional que vinculará al órgano que efectuó la consulta. Si el Tribunal declara la constitucionalidad del proyecto consultado, no se podrá interponer posterior recurso sobre las cuestiones consultadas.

5.8. *De las consultas sobre la constitucionalidad de leyes, decretos o resoluciones aplicables a un caso concreto (artículos 108 al 112)*

La consulta, en este caso, recae sobre una disposición legal vigente que debe ser aplicada a un caso concreto, y podrán hacerla el presidente de la República, el presidente del Congreso Nacional mediante resolución cameral o congresal, y el presidente de la Corte Suprema de Justicia con aprobación de Sala Plena. La consulta será absuelta en el plazo de treinta días; entre tanto quedará en suspeso la aplicación de la norma al caso concreto. La declaración constitucional emitida por el Tribunal es obligatoria para el órgano consultante, así como para la persona física o jurídica, individual o colectiva, que pudiere resultar afectada por ella.

Está prevista la imposibilidad de que el órgano que efectúe la consulta pueda interponer, posteriormente, recurso de inconstitucionalidad de la ley, decreto o resolución que haya sido declarada constitucional por el Tribunal.

5.9. *De la constitucionalidad de tratados o convenios internacionales (artículos 113 al 115)*

Si existiera duda fundada sobre la constitucionalidad de los tratados o convenios internacionales, será el presidente del Congreso Nacional quien, previa resolución congresal o cameral, enviará en consulta al Tribunal Constitucional antes de su ratificación por el Poder Legislativo. Dentro del trámite respectivo, luego de recibida la consulta el Tribunal Constitucional dispondrá la citación del ministro de Relacio-

nes Exteriores a fin de que en el término de quince días exprese su opinión fundada sobre la consulta. Luego el Tribunal, en el plazo de quince días, emitirá la declaración constitucional pertinente, que tendrá carácter vinculante. Si declara que el tratado o convenio es contrario a la Constitución, no podrá ser aprobado. Si esta declaración sólo afecta a algunas cláusulas del tratado, no impedirá su aprobación siempre que se formule reserva en la que conste la decisión del Tribunal Constitucional.

5.10. De las demandas respecto al procedimiento de reformas de la Constitución (artículos 116 al 119)

Esta atribución está indicada en el inciso 11 del artículo 7 de la Ley del Tribunal Constitucional y tiene por objeto velar por el cumplimiento de los requisitos formales en el procedimiento de reforma de la Constitución, de manera que no se ingresa al contenido material de la reforma, es decir, al fondo de éste, sino a precautelar la observancia de las formalidades que legitimen la aprobación legislativa de las reformas propuestas.

El presidente de la República o cualquier senador o diputado podrán plantear la demanda sobre infracciones al procedimiento de reforma de la Constitución. Una vez admitida la demanda, el Tribunal Constitucional oirá al presidente de la República, al presidente del Congreso o a los presidentes de las cámaras legislativas, según el caso. Estas autoridades deberán responder a la demanda en el plazo de quince días, luego de lo cual el Tribunal, haya respuesta o no, dictará sentencia en el plazo de treinta días, resolución que se concretará a establecer la observancia o inobservancia de las formalidades del procedimiento de reforma. En este último caso, el Tribunal dispondrá que sea reparado el defecto u omisión a fin de hacer viable la reforma.

6. Conclusiones

En esta parte final del trabajo formulamos algunas conclusiones que pueden tomarse como resumen de lo expuesto, en el que destacamos lo más esencial de su contenido, de manera que permita formarse una idea precisa, aunque general, sobre la vigencia y la dinámica que viene adquiriendo el *derecho procesal constitucional boliviano* desde que fue creado el Tribunal Constitucional:

1. Es indudable que desde 1994 se tiene en Bolivia una nueva disciplina jurídica en permanente desarrollo: el derecho procesal constitucional, como conjunto de normas que regulan el ejercicio del control de constitucionalidad encomendado al Tribunal, según las atribuciones señaladas por la Ley Fundamental.

2. De acuerdo con ello, el control de constitucionalidad es concentrado porque está a cargo de un órgano especialmente creado para tal efecto, en el artículo 116.I y IV de la Constitución, cuya organización y funcionamiento están reglamentados por la Ley 1836. La norma constitucional indicada dice: "I. El Poder Judicial se

ejerce por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Tribunal Constitucional, las Cortes Superiores de Distrito [...] IV. El control de constitucionalidad se ejerce por el Tribunal Constitucional”.

3. Están delimitadas por el artículo 116.III y IV de la Constitución las dos jurisdicciones: la ordinaria y la constitucional. La primera está regulada por las diferentes leyes que conforman el ordenamiento jurídico del país. La segunda por los artículos 116.I y IV de la Constitución y por la ley nº 1836 de 1º de abril de 1998; esta última establece las normas procesales a las que deben sujetarse los once recursos, que enumera en su artículo 7.

4. En este sentido el derecho procesal constitucional boliviano, como rama jurídica de reciente data, está sustentado por el régimen constitucional establecido en los artículos 116.I.IV, 119, 120 y 121 de la Constitución, por la ley nº 1836 del Tribunal y por la jurisprudencia de este órgano jurisdiccional.

5. La Constitución Política del Estado, como instrumento con jerarquía suprema, instituye el Tribunal Constitucional; la ley nº 1836, que le es inherente, norma su organización, funciones y atribuciones; y la jurisprudencia constitucional, formada por las resoluciones, sentencias y declaraciones del Tribunal, porque sus decisiones, en la práctica, constituyen la aplicación de la justicia constitucional en los casos concretos planteados. El carácter vinculatorio de estas decisiones hace de ellas otra fuente indiscutible del derecho procesal constitucional, según hemos visto en el desarrollo de este trabajo, a lo que debemos añadir el texto del artículo 121.I de la Constitución: “Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso ulterior alguno”. Se advierte en esta norma una finalidad que permite asegurar una sólida coherencia en la aplicación del ordenamiento jurídico en el marco de la Constitución Política del Estado.

6. El desarrollo y la aplicación del derecho procesal constitucional boliviano, a través de las fuentes señaladas, constituyen una base sustancial y positiva del Estado social y democrático de derecho adoptado en nuestro país.

Bibliografía

- ACADEMIA BOLIVIANA DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES (Francisco Fernández Segado y otros): *Derecho procesal constitucional*, El País, Santa Cruz, 2002.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio A.: *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Jurídica, Santiago de Chile, 2001.
- CASTAÑEDA OTSU, Susana (coord.), y otros: *Derecho procesal constitucional*, Jurista, Lima, 2003.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: *Los procesos de amparo y habeas corpus. Un análisis comparado*, Lima, 2000.
- Constitución española*, Civitas, Madrid, 1986.
- Constitución Política del Estado*, Ley 1836 del Tribunal Constitucional, Edición Oficial.
- COUTURE, Eduardo: *Fundamentos de derecho procesal civil*, 3^a ed. (póstuma), De Palma, Buenos Aires, 1985.
- DERMIZAKY PEREDO, Pablo: *Derecho constitucional*, 3^a ed., Serrano, Cochabamba, 1996.
- DÍAZ ZEGARRA, Walter: *Los procesos constitucionales*, Palestra, Lima, 1999.
- FERRER MC GREGOR, Eduardo: *Derecho procesal constitucional*, 4^a ed., tomo I, Porrúa, México, 2003.
- GACETA OFICIAL DE BOLIVIA: *Constitución Política del Estado*, La Paz, 2004.
- GACETA OFICIAL DE BOLIVIA: *Ley del Tribunal Constitucional*, La Paz, 1999.
- Ley de la Constitución Federal*, Informaciones de la República Federal de Alemania, 2^a ed., 1996.
- Ley de la Corte Constitucional Federal*, Fundación Konrad Adenauer, Documentos de Trabajo, La Paz, 1994.
- LÓPEZ GUERRA, Luis: *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Boletín Oficial del Estado, 1998.
- RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio: *Jurisdicción constitucional*, 2^a ed. actualizada, Grupo Editorial Kipus, Cochabamba, 2004.
- TORRES DEL MORAL, Antonio: *Estado de derecho y democracia de partidos*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1991.
- TRIGO, Ciro Félix: *Derecho constitucional boliviano*, Atenea, La Paz, 2003.

Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)*

Los procesos y procedimientos constitucionales ante la jurisdicción constitucional en Venezuela **

1. Introducción

El sistema de justicia constitucional en Venezuela puede considerarse que es de carácter mixto o integral, pues combina el denominado método difuso de control de la constitucionalidad de las leyes, como poder-deber que tienen todos los jueces, al decidir casos concretos, de desaplicar leyes que consideren contrarias a la Constitución aplicando preferentemente el texto fundamental; con el denominado método concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos de rango y valor de éstas, ejercido exclusivamente y con poderes anulatorios por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.¹

El primero de dichos métodos de control de constitucionalidad, cuya consagración expresa en el ordenamiento jurídico se remonta a 1897,² está ahora expresamente consagrado en el artículo 334 de la Constitución de 1999, que establece:

* Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela. Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado, La Haya. <abrewercarias@cantr.net>

** Para la elaboración de este trabajo, hemos partido de los siguientes trabajos anteriores: “La legitimación activa ante la Jurisdicción Constitucional”, ponencia preparada para el II Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, San José, Costa Rica, julio 2004; “Aspectos de la legitimación activa ante la Jurisdicción Constitucional en Venezuela”, en *Justicia, libertad y derechos humanos. Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2003, tomo II, pp. 715-747; “La qualité pour agir devant la juridiction constitutionnelle au Venezuela”, en *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, París, 2004, pp. 761-780; “Standing to raise constitutional questions”, ponencia preparada para el Congreso Internacional de Derecho Comparado, Brisbain, Australia, 1002.

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías: *El sistema mixto e integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995; *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*, Jurídica Venezolana, Caracas, 2000.

² Artículo 20 del Código de Procedimiento Civil de 1897. Véase Allan R. Brewer-Carías: *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989, pp. 127 y ss.

Artículo 334. 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, aún de oficio, decidir lo conducente.

En esta forma, a propuesta nuestra en la Constitución de 1999,³ se consolidó constitucionalmente el método de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, como ya había ocurrido en otros países como Colombia, desde 1910 (artículo 4); Guatemala, en 1965 (artículo 204); Bolivia, en 1994 (artículo 228); Honduras, en 1982 (artículo 315) y Perú, en 1993 (artículo 138). La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004⁴ ha ratificado esta potestad judicial, al disponer en el artículo 5, párrafo 1º, 4, lo siguiente:

De conformidad con lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, todo tribunal de la República podrá ejercer el control difuso de la constitucionalidad únicamente para el caso concreto, en cuyo supuesto dicha sentencia estará expuesta a los recursos o acciones ordinarias o extraordinarias a que haya lugar; quedando a salvo en todo caso, que la Sala Constitucional haga uso, de oficio o a instancia de parte, de la competencia prevista en el numeral 16 de este artículo y se avoque a la causa para revisarla cuando ésta se encuentre definitivamente firme.

El desarrollo del método difuso de control de la constitucionalidad, sin embargo, a pesar de la claridad constitucional y legal con la cual se ha consolidado, ha comenzado a ser ilegítimamente limitado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, al cercenarles a los jueces la potestad que necesariamente deben tener en la aplicación de dicho método, de interpretar las normas y principios constitucionales en relación con las leyes que precisamente deben aplicar o desaplicar en los casos concretos que decidan. Así, en la sentencia nº 833 de 15 de mayo de 2001 (caso *Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao vs. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*), la Sala Constitucional al interpretar el artículo 334 de la Constitución, estableció “con carácter vinculante [...] en qué consiste el control difuso, y en qué consiste el control concentrado de la Constitución”; y al preguntarse si en ejercicio del control difuso un juez puede interpretar los principios constitucionales y, con base en ellos, suspender la aplicación de una norma, señaló:

Fuera de la Sala Constitucional, debido a las facultades que le otorga el artículo 335 de la Constitución vigente, con su carácter de máximo y última intérprete de la Constitución y unificador de su interpretación y aplicación, no pueden los jueces

Este estudio ha sido publicado más recientemente, ampliado, en Allan R. Brewer-Carías: *Études de Droit public comparé*, Bruylant, Bruselas, 2002, pp. 525-934. Véase además, Allan R. Brewer-Carías: *La justicia constitucional*, tomo VI, *Instituciones políticas y constitucionales*, Jurídica Venezolana, Caracas, 1996, pp. 86 y ss.; y Allan R. Brewer-Carías: *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano*, tomo II, Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 883 y ss.

³ Véase nuestras propuestas respecto del artículo 7 en Allan R. Brewer-Carías: *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, tomo II, Fundación de Derecho Público, Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 24-34, 94-105.

⁴ *Gaceta Oficial* nº 37.942 de 19-5-2004.

desaplicar o inaplicar normas, fundándose en principios constitucionales o interpretaciones motu proprio que de ellas hagan, ya que el artículo 334 comentado no expresa que según los principios constitucionales, se adelante tal control difuso. Esta es función de los jueces que ejercen el control concentrado, con una modalidad para el derecho venezolano, cual es que sólo la interpretación constitucional que jurisdiccionalmente haga esta Sala, es vinculante para cualquier juez, así esté autorizado para realizar control concentrado.

Esta sentencia de la Sala Constitucional, en realidad, es una más que muestra la tendencia a la concentración de la justicia constitucional en la jurisdicción constitucional, lo cual es contrario a las previsiones constitucionales.

Ahora bien, el segundo método de control de la constitucionalidad existente en Venezuela es el del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y de otros actos estatales, el cual, con antecedentes en el siglo XIX, se atribuye exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual se ha configurado definitivamente en la Constitución de 1999 como una jurisdicción constitucional (artículos 266,1; 334 y 336 de la Constitución). Como tal es la llamada a conocer de una serie de procesos y procedimientos constitucionales con el objeto de garantizar la supremacía constitucional en forma concentrada, que rebasan el clásico control de constitucionalidad de las leyes.

Antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la jurisdicción constitucional en Venezuela siempre se había atribuido al más alto tribunal de la república y no a un órgano jurisdiccional especializado, de manera que, conforme a la Constitución de 1961, por ejemplo, la jurisdicción constitucional se ejerció por la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena.⁵ Una de las novedades de la Constitución de 1999 fue precisamente la creación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 262), a la cual ahora se le ha atribuido la jurisdicción constitucional (artículo 266,1), consistente en la potestad anulatoria de las leyes y demás actos de igual rango y jerarquía o dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, así como en el ejercicio de otras competencias en materia de justicia constitucional enumeradas en el artículo 336.

Como sucede en la casi totalidad de las jurisdicciones constitucionales que muestra el derecho comparado,⁶ por supuesto que se trata de una jurisdicción que en principio se caracteriza única y exclusivamente por el *objeto* de control. En principio, sólo se refiere a los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (donde se incluyen las leyes), así como a las sentencias dictadas en materia constitucional; por lo que *no es* una jurisdicción que se pueda caracterizar sólo por el *motivo* de control (inconstitucionalidad). Además, conoce de otras cuestiones de orden constitucional, como las omisiones del legislador y la resolución de conflictos de rango constitucional entre los órganos del Poder Público.

⁵ Véase Brewer-Carías: *Debate constituyente*, o. cit., tomo II, pp. 131 y ss.

⁶ Véase Brewer-Carías: *Judicial Review in Comparative Law*, o. cit., pp. 190 y ss.

En otras palabras, lo que se atribuye a la Sala Constitucional no es el control concentrado de la constitucionalidad *de todos los actos estatales*, sino sólo de *determinados y específicos actos estatales*: los dictados por los órganos que ejercen el Poder Público denominados leyes o que tengan rango legal o los dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución. Además, y por vía extraordinaria, se le atribuye a la sala Constitucional la revisión de las sentencias dictadas en materia constitucional (amparo, por ejemplo). Como sala del Tribunal Supremo de Justicia, al igual que todas las otras salas que lo componen, la Sala Constitucional tiene la misión de garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales y, como todas las otras salas, puede considerarse el máximo y último intérprete de la Constitución, con el deber de velar por su uniforme interpretación y aplicación (artículo 335, primer aparte).

Esto corrobora que, conforme al sistema venezolano, al corresponder la justicia constitucional a todos los tribunales de la República, todos tienen la potestad de interpretar la Constitución. Lo único que diferencia la interpretación constitucional que haga la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de la que hagan las otras salas de éste y los demás tribunales de la República, particularmente cuando ejerce el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, es que aquélla puede ser vinculante y ésta no. Ése es el sentido del segundo aparte del artículo 335 de la Constitución al señalar que:

Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo y demás tribunales de la República.

Esta norma, además, debe interpretarse en su propio contexto: el carácter vinculante no puede recaer sobre cualquier frase o razonamiento interpretativo que contenga una sentencia de la Sala Constitucional. Al contrario, se requiere de una interpretación expresa de la Sala “sobre el contenido o alcance de las normas constitucionales y principios constitucionales”. Es decir, lo vinculante es la *interpretación constitucional* (de alguna norma o principio constitucional) y no cualquier interpretación normativa. Por tanto, no tiene carácter vinculante la interpretación que pueda hacer la Sala Constitucional de alguna ley o de cualquier norma de rango legal o reglamentario.

Ahora bien, nuestro interés en las presentes notas es identificar los distintos procesos y procedimientos constitucionales cuyo conocimiento se atribuye a la Sala Constitucional como jurisdicción constitucional, con particular énfasis en la precisión de las reglas relativas a la legitimación activa y pasiva que se requiere para actuar en ellos, que es lo que permite identificar y distinguir si se está en presencia de un proceso constitucional donde siempre existe una litis o contradictorio, de los procedimientos constitucionales en los cuales no existe tal contradictorio. Distinguiremos así, a través del análisis de las diversas acciones, recursos o solicitudes que se pueden formular ante la Sala Constitucional para el control de la constitucionalidad, lo que son los procesos constitucionales, propia y procesalmente hablando, en los

cuales tiene que establecerse una litis o contradictorio entre un demandante y unos demandados que deben ser citados, de lo que son procedimientos constitucionales, en los cuales no se plantea tal contradictorio. La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de 2004 sólo ha regulado expresamente las normas procesales del proceso constitucional en el caso de la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes, pero no respecto de otros procesos constitucionales, respecto de los cuales las reglas procesales deben construirse conforme a la doctrina jurisprudencial de la propia Sala Constitucional.

2. Los procesos constitucionales ante la jurisdicción constitucional

2.1. El proceso constitucional de control de la constitucionalidad de las leyes iniciado mediante la acción popular de inconstitucionalidad

El primer proceso constitucional que se desarrolla ante la jurisdicción constitucional, y que ha sido históricamente el que ha caracterizado al sistema venezolano, es el que tiene por objeto que la Sala Constitucional juzgue con poderes anulatorios y a instancia de cualquier persona mediante acción popular⁷ la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales de igual rango o valor que éstas.

En efecto, de acuerdo con el artículo 334 de la Constitución, y conforme a una tradición que se remonta a 1858,⁸ corresponde a la Sala Constitucional conocer de los procesos de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos de valor o rango de ley, al disponer que le “corresponde exclusivamente [...] como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley”.

Conforme al artículo 336 de la Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, como jurisdicción constitucional, tiene las siguientes atribuciones de control concentrado de la constitucionalidad de determinados actos estatales, con poderes anulatorios:

1. Declarar la nulidad total o parcial de las *leyes nacionales* y demás actos con *rango de ley* de la Asamblea Nacional que colidan con esta Constitución.
2. Declarar la nulidad total o parcial de las *Constituciones y leyes estatales*, de las *ordenanzas municipales* y demás actos de los cuerpos deliberantes de los estados y municipios, dictados en *ejecución directa e inmediata* de la Constitución y que colidan con ésta.

⁷ Véase Brewer-Carías: *La justicia constitucional*, tomo VI, “Instituciones políticas y constitucionales”, o. cit., pp. 137 y ss.

⁸ Ibídem, pp. 131 y ss.

3. Declarar la nulidad total o parcial de los *actos con rango de ley* dictados por el Ejecutivo nacional que colidan con esta Constitución.
4. Declarar la nulidad total o parcial de los *actos en ejecución directa e inmediata* de la Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público.

El artículo 5º, párrafo 1º, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 ha precisado estas atribuciones de la Sala Constitucional, al atribuirle poderes para:

6. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad. La sentencia que declare la nulidad total o parcial deberá publicarse en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela, determinando expresamente sus efectos en el tiempo.
7. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estadales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los estados, municipios y del Distrito Capital, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que colidan con ella, mediante el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad. La sentencia que declare la nulidad total o parcial deberá publicarse en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela y en la *Gaceta Oficial* estadal o municipal que corresponda, determinando expresamente sus efectos en el tiempo.
8. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo nacional, que colidan con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad. La sentencia que declare la nulidad total o parcial deberá publicarse en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela.
9. Declarar la nulidad total o parcial de los actos dictados por cualquier órgano en ejercicio del Poder Público, en ejecución directa e inmediata de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando colidan con ésta y que no sean reputables como actos de rango legal.

En relación con este “control concentrado de la constitucionalidad” de las leyes y demás actos estatales de rango legal o dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, que con poderes anulatorios ejerce la Sala Constitucional como jurisdicción constitucional, el artículo 5, párrafo 3º de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 dispone que:

Sólo corresponderá a la Sala Constitucional en los términos previstos en esta Ley, la cual no podrá conocerlo incidentalmente en otras causas, sino únicamente cuando medie un *recurso popular de inconstitucionalidad*, en cuyo caso no privará el principio dispositivo, pudiendo la Sala suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del recurrente

sobre las disposiciones expresamente denunciadas por éste, por tratarse de un asunto de orden público. Los efectos de dicha sentencia serán de aplicación general, y se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, y en la Gaceta Oficial del Estado o Municipio según corresponda.

Sin embargo, como se analizará más adelante, al contrario de lo dispuesto en esta norma, la Sala Constitucional ha creado un incidente de constitucionalidad para conocer, aun de oficio, del control concentrado de la nulidad de las leyes.

Ahora bien, lo más importante que debe destacarse comparativamente del sistema venezolano de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes es que la legitimación activa para intentar las acciones que originan el proceso constitucional corresponde a cualquier persona, configurándose la acción como una *actio popularis*. Por ello, el artículo 21, párrafo 9º de la ley orgánica de 2004 ha establecido que la legitimación activa para ejercer la acción de inconstitucionalidad, corresponde a:

Toda persona natural o jurídica, que sea afectada en sus derechos o intereses por una ley, reglamento, ordenanza [...] emanado de alguno de los órganos del Poder Público Nacional, Estadal o Municipal.

Conforme a esta norma, por tanto, todo habitante de la República con capacidad jurídica puede intentar la acción de inconstitucionalidad contra las leyes, sin distingo alguno, sean emanadas de la Asamblea Nacional, de los Consejos Legislativos de los estados de la federación o de los Concejos Municipales (ordenanzas). Por tanto, en el nivel nacional, la acción popular procede incluso contra las leyes aprobatorias de tratados.⁹ La ley orgánica acoge, por tanto, la doctrina de la acción popular en cuanto a que legitima para intentar el recurso no sólo a los ciudadanos sino a “toda persona natural o jurídica”.¹⁰

Ahora bien, en cuanto a la popularidad de la acción debe clarificarse el sentido de la regulación de la ley orgánica, cuando exige que el acto impugnado en alguna forma afecte los “derechos o intereses” del recurrente.¹¹ Esta precisión del artículo 21, párrafo 9º de la ley orgánica (equivalente al artículo 112 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976) podría considerarse, en cierta forma, como una reducción de la popularidad de la acción a límites razonables: exige la lesión de los derechos o intereses del recurrente, pero puede, por supuesto tratarse de un simple interés, aun cuando específico. Por ejemplo, si se tratase de una ley de un estado, se podría exigir ser residente de dicho estado o tener bienes o intereses en

⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías: “El control de la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de Tratados Internacionales y la cuestión constitucional de la integración latinoamericana”, *Revista de Derecho Público*, nº 44, Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, pp. 225-229.

¹⁰ Véase Brewer-Carías: *La justicia constitucional*, tomo VI, “Instituciones políticas y constitucionales”, o. cit., pp. 144 y ss.

¹¹ Cfr. Allan R. Brewer-Carías: *Las garantías constitucionales de los derechos del hombre*, Jurídica Venezolana, Caracas, 1976, p. 53.

él, de manera que la ley impugnada pueda lesionar los intereses del recurrente y éste pueda tener un simple interés en la constitucionalidad de la ley. Si, por ejemplo, se trata de la impugnación de una ordenanza municipal, se podría exigir, al menos, que el recurrente fuera residente del municipio respectivo o, por ejemplo, tuviera bienes en él, de manera que sus derechos o su simple interés pudieran ser lesionados. En estos casos, por supuesto, no se perdería el carácter popular de la acción.

Si se tratase de una ley nacional, en cambio, cualquier habitante del país con capacidad jurídica podría, en principio, impugnar la ley, pues su interés simple en la constitucionalidad estaría lesionado por la ley inconstitucional. Sin embargo, aun en estos casos, algunas precisiones a la legitimación activa podrían surgir: si se tratase, por ejemplo, de la impugnación de una ley que estableciera una discriminación respecto a las mujeres, violatoria de la Constitución por discriminatoria, la acción, en principio, no podría ser intentada sino por una mujer.¹² La ley orgánica, sin quitarle la popularidad de la acción, puede considerarse que la precisa al grado de que exista una lesión potencial al interés del recurrente, por su residencia, por su condición o por la situación de sus bienes.

En este sentido, la antigua Corte Suprema de Justicia en Corte Plena, con motivo de la impugnación por vía de acción popular del Código Orgánico Tributario, había apreciado la legitimación del accionante en su condición de contribuyente así:

Tal como se alega en la demanda, la accionante —persona jurídica constituida— aparece con el interés legítimo que exige el artículo 112 de la Ley de la Corte para demandar la nulidad de disposiciones del Código Orgánico Tributario que es un acto legislativo de efectos generales, por cuanto es contribuyente de impuesto sobre la renta que solicitó reintegro, y por eso le conciernen las normas del Código Orgánico Tributario, en especial las que son objeto de la nulidad demandada en este caso.¹³

En todo caso, las dudas acerca de la extensión de la restricción a la popularidad de la acción¹⁴ fueron dilucidadas por la antigua Corte Suprema de Justicia, la cual había considerado que la exigencia del artículo 112 de la derogada ley orgánica (que se recoge en la ley de 2004), en el sentido de que la ley impugnada afecte los derechos e intereses del accionante, no significa que la acción popular se hubiera eliminado, ni que se hubiese establecido una especial exigencia de legitimación activa para solicitar de la Corte Suprema el ejercicio del control de la constitucionalidad. El

¹² Véase en contrario, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena de anulación del artículo 970 del Código de Comercio, en *Jurisprudencia de Ramírez y Garay*, 1^{er} semestre, 1964, p. 599, cit. por Humberto J. La Roche: *El control jurisdiccional de la constitucionalidad en Venezuela y Estados Unidos*, Maracaibo, 1972, p. 100.

¹³ Véase la sentencia de 15-10-85 en *Revista de Derecho Público*, nº 25, Jurídica Venezolana, Caracas, 1986, p. 110.

¹⁴ Véase L. H. Farías Mata: “¿Eliminada la Acción Popular del Derecho Positivo venezolano?”, en *Revista de Derecho Público*, nº 11, Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 5-18.

objetivo de la acción popular, dijo la Corte, es la “defensa objetiva de la majestad de la Constitución y de su supremacía”, y si es cierto que la Ley Orgánica de la Corte Suprema requiere que el accionante sea afectado “en sus derechos e intereses”, esta expresión debe interpretarse en forma “rigurosamente restrictiva”.¹⁵ Con base en ello, la antigua Corte Suprema de Justicia llegó a la conclusión de que:

Cuando una persona ejerce el recurso de inconstitucionalidad en los términos del artículo 112 de su ley, *debe presumirse*, al menos relativamente, que el acto recurrido en alguna forma afecta los derechos o intereses del recurrente en su condición de ciudadano venezolano, salvo que del contexto del recurso aparezca manifiestamente lo contrario, o que el mismo fuere declarado inadmisible conforme al artículo 115 de la ley de la Corte.¹⁶

Más recientemente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia nº 1077 de 22-8-2001, ha puntualizado sobre la legitimación activa en la acción popular, lo siguiente:

Por otra parte, existe en nuestro ordenamiento la acción popular de inconstitucionalidad, donde cualquier persona capaz procesalmente tiene interés procesal y jurídico para proponerla, sin necesidad de un hecho histórico concreto que lesione la esfera jurídica privada del accionante. Es el actor un tutor de la constitucionalidad y esa tutela le da el interés para actuar, haya sufrido o no un daño proveniente de la inconstitucionalidad de una ley. Este tipo de acciones populares es excepcional.¹⁷

El artículo 21, párrafo 9º de la ley orgánica dispone, además, que el fiscal general de la República y demás funcionarios a quienes las leyes les atribuyen tal facultad, pueden también “solicitar la nulidad del acto, cuando éste afecte un interés general”. En el caso del defensor del pueblo, conforme al artículo 281.3 de la Constitución, tiene competencia para interponer acciones de inconstitucionalidad.

Ahora bien, la ley orgánica de 2004 estableció una innovación sustancial en materia de control de la constitucionalidad de las leyes, consistente en establecer un verdadero proceso, al disponer que la acción popular constituya una “demanda” y prescribir la necesidad de “citar” a quienes se considera como demandados.

En cuanto a la demanda, el artículo 21, párrafo 10º dispone que en ésta se debe indicar con toda precisión la ley o acto impugnado, las disposiciones constitucionales o legales cuya violación se denuncie y las razones de hecho y de derecho en que se funde la acción. Si la nulidad se concreta a determinados artículos, a ellos se debe hacer mención expresa en la solicitud, indicándose respecto de cada uno la motiva-

¹⁵ Sentencia de la Corte en Pleno de 30-6-1982, en *Revista de Derecho Público*, nº 11, Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, p. 138.

¹⁶ Ibídem. De acuerdo con este criterio, por tanto, como lo ha dicho la Corte Suprema en Sala Plena, la acción popular en definitiva “puede ser ejercida por cualquier ciudadano plenamente capaz”. Sentencia de 19-11-1985, en *Revista de Derecho Público*, nº 25, Jurídica Venezolana, Caracas, 1986, p. 131.

¹⁷ Caso *Servio Tilio León Briceño*, sentencia nº 1077 de la Sala Constitucional de 22-9-2000. Véase en *Revista de Derecho Público*, nº 83, Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 247 y ss.

ción pertinente. A la demanda se debe acompañar un ejemplar o copia del acto impugnado, el instrumento que acredite el carácter con que actúe el demandante, si no lo hace en nombre propio, y cualesquiera otros documentos que considere necesarios para hacer valer sus derechos.

El Juzgado de Sustanciación de la Sala Constitucional (artículo 19, párrafo 5º LOTSJ), tal como lo dispone el en el artículo 21, párrafo 12º de la ley orgánica, en el auto de admisión debe ordenar “la citación del representante del organismo o del funcionario que haya dictado el acto”, y debe ordenar “la citación de los interesados, por medio de carteles que se publicarán en un diario de circulación nacional, para que se den por citados, en un lapso de 10 días hábiles siguientes: contados a partir de la publicación del cartel o de la notificación del último de los interesados”. El recurrente está obligado a consignar un ejemplar del periódico donde fue publicado el cartel, dentro de los tres días siguientes a su publicación, de manera que el incumplimiento de esta obligación se entiende que desiste del recurso y se debe ordenar el archivo del expediente.

En el auto de admisión de la demanda también debe citarse al fiscal general de la República, si éste no hubiere iniciado el juicio, quien debe consignar un informe hasta el vencimiento del plazo para presentar los informes, y al procurador general de la República en el caso de que la intervención de éste en el procedimiento fuere requerida por estar en juego los intereses patrimoniales de la República.

Durante el lapso de comparecencia de los interesados para hacerse parte en el juicio, también alegando un simple interés en la constitucionalidad, es decir, con el mismo carácter popular de la acción, pueden comparecer interesados dándose por citados con el carácter de coadyuvantes del demandante o como demandados, defensores de la constitucionalidad de la ley. Es decir, en el proceso constitucional de la constitucionalidad de las leyes, una vez intentada y admitida una acción popular, cualquier persona que pueda ser lesionada en sus derechos e intereses puede coadyuvar en la impugnación o en la defensa del acto recurrido, siempre que reúna las mismas condiciones del demandante.¹⁸

2.2. El proceso constitucional de control de la constitucionalidad de las leyes como incidente con motivo del control difuso de constitucionalidad efectuado por otras salas del Tribunal Supremo

Como se ha dicho, una de las formas específicas para el ejercicio de la justicia constitucional en Venezuela es la posibilidad que tiene todo juez de la República, incluyendo las otras salas del Tribunal Supremo, de ser juez de la constitucionalidad

¹⁸ Tal como lo precisaba la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 en su artículo 137: “Sólo podrán hacerse parte en los procedimientos a que se refieren las secciones Segunda y Tercera de este Capítulo, las personas que reúnan las mismas condiciones exigidas para el accionante o recurrente”. Esta norma desapareció en la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004.

de las leyes. Se trata del método denominado de control difuso de la constitucionalidad de leyes, que existe en Venezuela desde el siglo XIX, regulado, además de en el artículo 334 de la Constitución, antes citado, en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, que establece:

Artículo 20: Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia.

El principio del control difuso también se recogió en el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal, con este texto:

Artículo 19: *Control de la Constitucionalidad.* Corresponde a los jueces velar por la incolumidad de la Constitución de la República. Cuando la ley cuya aplicación se pida colidiere con ella, los tribunales deberán atenerse a la norma constitucional.

Ahora bien, con motivo del ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, particularmente por las otras salas del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala Constitucional ha venido desarrollando un mecanismo de control abstracto, vía incidente, de constitucionalidad de las leyes, desarrollando incluso poderes de control de oficio de la constitucionalidad. Es decir, partiendo del control difuso, la Sala Constitucional ha desarrollado otro mecanismo de control concentrado de la constitucionalidad, al declarar la nulidad con efectos generales de disposiciones legales por vía de lo que ha llamado incidente de constitucionalidad.

En efecto, mediante sentencia nº 1225 de 19 de octubre de 2000, la Sala Constitucional trató el tema referente a la derogación tácita de leyes preconstitucionales por la entrada en vigencia de la Constitución, respecto de lo cual señaló que correspondiéndole “declarar la derogatoria con efectos *erga omnes y pro futuro* de una norma de rango legal vía la cláusula derogatoria única constitucional, en virtud del monopolio que en materia de protección constitucional le asigna la Constitución”, tal poder podría “desplegarlo la Sala aun de oficio en los casos que le toque resolver, o a través de un recurso directo de inconstitucionalidad [...]”. Sin embargo, al constatar la Sala la posibilidad de que, mediante el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las leyes previsto en el artículo 334 de la Constitución, otras salas del Tribunal Supremo o cualquier tribunal de la República pudieran desaplicarlas “respecto al caso concreto, sin tener que emitir pronunciamiento alguno sobre su derogación, pero sí sobre su incongruencia material con alguna norma constitucional”, precisó que:

En atención a la incidencia en el ordenamiento jurídico de tal cuestión, el Tribunal o Sala desaplicante deberán remitir a esta Sala Constitucional copia de la decisión, a la cual anexarán copia de los autos, con el fin de someterlo a la revisión correspondiente, todo en obsequio de la seguridad jurídica y de la coherencia que debe caracterizar al ordenamiento jurídico en su conjunto.¹⁹

¹⁹ Véase en *Revista de Derecho Público*, nº 84, Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 259-260

Esta doctrina jurisprudencial, particularmente en relación con las otras salas del Tribunal Supremo, ha sido ahora regulada expresamente en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, al imponerse la obligación a sus salas de informar a la Sala Constitucional sobre las decisiones que adopten en materia de control difuso, a los efectos de que ésta resuelva en abstracto sobre la inconstitucionalidad de la ley respectiva. En efecto, en el artículo 5º, párrafo 1º.22 de la Ley Orgánica se atribuyó a la Sala Constitucional competencia para efectuar el “examen abstracto y general sobre la constitucionalidad de una norma previamente desaplicada mediante control difuso de la constitucionalidad por una Sala del Tribunal Supremo de Justicia, absteniéndose de conocer sobre el mérito y fundamento de la sentencia pasada con fuerza de cosa juzgada”; a cuyo efecto, en el artículo 5º, párrafo 5º, se dispuso:

De conformidad con el numeral 22 de este artículo, cuando cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia haga uso del control difuso de la constitucionalidad, únicamente para un caso concreto, deberá informar a la Sala Constitucional sobre los fundamentos y alcances de la desaplicación adoptada para que ésta proceda a efectuar un examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión, absteniéndose de revisar el mérito y alcance de la sentencia dictada por la otra Sala, la cual seguirá conservando fuerza de cosa juzgada. En caso que el examen abstracto de la norma comporte la declaratoria total o parcial de su nulidad por inconstitucional, la sentencia de la Sala Constitucional deberá publicarse en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y en la Gaceta Oficial del Estado o Municipio, de ser el caso.

Por supuesto, en este caso, la Sala Constitucional estaría obligada a iniciar el proceso constitucional de inconstitucionalidad de las leyes, abriendo el contradictorio y citando, mediante cartel, a todos los que puedan tener interés en ello, aplicando analógicamente el procedimiento del proceso constitucional de inconstitucionalidad de las leyes regulado para cuando se inicia mediante acción popular.

2.3. *El proceso constitucional de control preventivo de la constitucionalidad de los tratados*

En el artículo 336, ordinal 5º, de la Constitución de 1999 se estableció una innovación en materia de control de constitucionalidad, al regularse la competencia de la Sala Constitucional en relación con los *tratados internacionales*, para:

5º. Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con esta la Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación.

Se incorporó así al sistema de justicia constitucional venezolano, un proceso de control de constitucionalidad (que se recoge en el artículo 5, párrafo 1º.10 de la Ley Orgánica) que tuvo su origen en los sistemas constitucionales europeos, como el francés y el español, y que existe en Colombia,²⁰ mediante el cual se permite el con-

²⁰ Véase Brewer-Carías: *La justicia constitucional*, tomo VI, “Instituciones políticas y constitucionales”, o. cit., p. 590.

trol de la constitucionalidad de un tratado internacional suscrito por la República, antes de su ratificación y, en su caso, antes de su aprobación por ley. Esta atribución de la Sala Constitucional, por supuesto, no elimina la posibilidad de que mediante una acción popular cualquier persona pueda iniciar un proceso constitucional contra la ley aprobatoria de un tratado. Lo que se persigue con esta atribución es que en forma preventiva, es decir, antes de la ratificación del tratado y en su caso, antes de que se sancione la ley aprobatoria, la Sala Constitucional pueda pronunciarse sobre su constitucionalidad.

Ahora bien, en relación con este proceso constitucional de control preventivo de la constitucionalidad de los tratados, debe destacarse lo siguiente:

Primero, la legitimación activa para la solicitud de control preventivo de constitucionalidad por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo se reserva al presidente de la República o a la Asamblea Nacional como órgano colegiado. La norma no le atribuye la iniciativa al presidente de la Asamblea Nacional, por lo que la solicitud debe ser aprobada por decisión mayoritaria de la Asamblea. Esto implica, en todo caso, que conforme a la Constitución, en este caso de control preventivo (antes de la ratificación) de los tratados, no puede ejercerse una acción popular para que el Tribunal Supremo realice tal verificación constitucional. La acción popular, en cambio, como se dijo, podría intentarse contra las leyes aprobatorias de los tratados, una vez sancionadas y publicadas.

La solicitud que formule el presidente de la República o la Asamblea Nacional, por supuesto, debe ser motivada, en el sentido de que debe argumentar sobre las dudas de conformidad o inconformidad del tratado con la Constitución. Ello, necesariamente, debe llevar a la sala Constitucional a abrir un contradictorio.

Segundo, lo que el Tribunal Supremo en Sala Constitucional debe verificar es “la conformidad con la Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación”. Puede tratarse de cualquier tratado internacional, sea que para su validez se requiera o no de ley aprobatoria; y aun cuando no requiera ley aprobatoria, la Asamblea Nacional podría solicitar este control de constitucionalidad.

Tercero, se destaca que la solicitud de control debe formularse antes de la ratificación del tratado, es decir, después de su suscripción por el Ejecutivo nacional, pero antes de su ratificación.

Por último, debe señalarse que, de acuerdo con la Constitución, esta solicitud de control tiene por objeto verificar la conformidad del tratado constitucional con la Constitución; por lo cual, si el tratado no resulta conforme con la Constitución, entonces no puede ser ratificado. De ello puede resultar, en todo caso, una iniciativa de reforma constitucional para entonces adaptar la Constitución al tratado. Esto, por lo demás, fue lo que ocurrió en Europa —por ejemplo, en Francia y en España— luego de suscribirse el Tratado de Maastrich de 1992 de la Unión Europea, que fue sometido a control constitucional ante el Consejo Constitucional francés y el Tribunal Constitucional español, los cuales lo consideraron contrario a las respectivas Constitucio-

nes; se produjo entonces, en ambos países, la reforma de sus Constituciones para adaptarlas al Tratado de la Unión Europea y así poder ratificarlo.²¹

Es evidente, en todo caso, que si la Sala Constitucional considera en su decisión que el tratado internacional es conforme con la Constitución, entonces no podría posteriormente ejercerse contra la ley aprobatoria del tratado una acción popular de inconstitucionalidad.

Un mecanismo de control de constitucionalidad de este tipo, en todo caso, es muy importante en procesos de integración económica regional, pues en la práctica llevaría a la ratificación de los tratados respectivos sólo después de la verificación de su constitucionalidad por el Tribunal Supremo y evitar, así, la impugnación posterior de la ley aprobatoria de los tratados, como ocurrió en Venezuela en los casos de los tratados relativos al Acuerdo de Integración de la ahora Comunidad Andina.²²

Ahora bien, dado el interés general envuelto en el ejercicio de esta competencia por la Sala Constitucional, estimamos que, en ausencia de un procedimiento específico establecido legalmente para el desarrollo de este proceso, el que se desarrolle ante la Sala Constitucional debe configurarse como tal, de manera de asegurar el desarrollo de un contradictorio, conforme a lo cual toda persona pueda tener el derecho de hacerse parte y argumentar en él, sea a favor de los argumentos de cuestionamiento constitucional del tratado o en defensa de éste. Por tanto, la Sala Constitucional, en este caso, si bien la legitimación activa se reserva al presidente de la República y a la Asamblea Nacional, debería aplicar analógicamente el procedimiento previsto en el artículo 21, párrafo 12º de la ley orgánica antes comentado, y citar a los interesados por cartel, para que se hagan parte en el proceso, sea coadyuvando la solicitud del presidente o de la Asamblea, sea asumiendo la defensa de la constitucionalidad del tratado, abriendo la posibilidad del contradictorio.

2.4. *El proceso constitucional de control preventivo de la constitucionalidad de leyes sancionadas antes de su promulgación*

Otro medio de control preventivo de la constitucionalidad de las leyes es el previsto en el artículo 214 de la Constitución, respecto de las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional. El presidente de la República, al recibir la ley sancionada para su promulgación, puede solicitar a la Sala Constitucional, en el lapso que tiene para promulgar las leyes, que ésta la revise por cuestiones de constitucionalidad. La legi-

²¹ Véase en general Allan R. Brewer-Carías: *Implicaciones constitucionales de los procesos de integración regional*, Jurídica Venezolana, Caracas, 1998, pp. 75 y ss.

²² Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 10-7-1990 y los comentarios en Allan R. Brewer-Carías: “El control de la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de Tratados Internacionales y la cuestión constitucional de la integración latinoamericana”, *Revista de Derecho Público*, nº 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, pp. 225 a 229.

timación activa para iniciar este proceso se reserva al presidente de la República,²³ por lo que con esta regulación se ratifica el criterio jurisprudencial de la improcedencia de la acción popular contra las leyes sancionadas, antes de su promulgación ejecutiva y su publicación.

La solicitud que formule el presidente de la República para que la Sala Constitucional se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de una ley o de algunos de sus artículos, antes de la promulgación de la ley, por supuesto, tiene que estar fundamentada y argumentada en derecho.

Ahora bien, sobre este proceso constitucional debe destacarse que también es una innovación de la Constitución de 1999, que lo ha regulado desvinculándolo del llamado *veto presidencial* a las leyes, que siempre implica su devolución a la Asamblea Nacional. En efecto, en Venezuela se ha regulado tradicionalmente el veto presidencial a las leyes, ahora regulado en el artículo 214 de la Constitución, de manera que, una vez que una ley se ha sancionado, el presidente de la Asamblea Nacional debe remitirla al presidente de la República para su promulgación. El presidente, dentro del lapso de diez días que tiene para la promulgación, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede solicitar a la Asamblea Nacional, mediante exposición razonada, que modifique alguna de las disposiciones de la ley o levante la sanción a toda ley o parte de ella. En esos casos, la Asamblea debe decidir acerca de los aspectos planteados por el presidente por mayoría absoluta de los diputados presentes y le remitirá la ley para su promulgación. En este caso, el presidente debe proceder a promulgar la ley dentro de los cinco días siguientes a su recibo, sin poder formular nuevas observaciones ante la Asamblea.

En la Constitución de 1961, sin embargo, se disponía que, cuando el veto presidencial se hubiese fundado en la inconstitucionalidad de la ley, entonces, dentro del término que tenía para promulgar la ley luego de su devolución al Congreso, el presidente podía acudir a la Corte Suprema de Justicia, solicitando su decisión acerca de la inconstitucionalidad de aquélla. Este sistema de control preventivo de constitucionalidad estaba ligado al veto presidencial y debía pasar primero por la devolución de la ley al Congreso, con base en argumentos de inconstitucionalidad (artículo 173).

En la Constitución de 1999, sin embargo, como se dijo, este sistema se cambió radicalmente, y el artículo 214, si bien regula el veto presidencial, luego, en párrafo aparte, establece que:

Cuando el Presidente o Presidenta de la República considere que la ley o alguno de sus artículos es inconstitucional solicitarán el pronunciamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el lapso de diez días que tiene para promulgar la misma. El Tribunal Supremo de Justicia decidirá en el término de quince

²³ La Sala Constitucional ha considerado que se trata de una legitimación activa exclusiva del presidente de la República. Véase sentencia nº 194 de 15-2-2001 en *Revista de Derecho Público*, nº 85-88, Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 416 y ss.

días contados desde el recibo de la comunicación del Presidente o Presidenta de la República. Si el Tribunal negare la inconstitucionalidad invocada o no decidiere en el lapso anterior, el Presidente o Presidenta de la República promulgará la ley dentro de los cinco días siguientes a la decisión del Tribunal o al vencimiento de dicho lapso.

Conforme a esta norma, la posibilidad de que el presidente de la República someta al pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia la inconstitucionalidad de una ley sancionada que se le haya enviado para su promulgación no está, por tanto, ligada al veto presidencial a la ley y su devolución a la Asamblea, sino que en el lapso de diez días que tiene para su promulgación, puede dirigirse directamente al Tribunal Supremo, sin necesidad de devolverla previamente a la Asamblea Nacional.

Ahora bien, dado el interés general envuelto en la publicación de las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional, si bien la Constitución exige que la Sala Constitucional resuelva la solicitud presidencial en un breve lapso quince días contados desde el recibo de la comunicación del presidente, ello no debe impedir que en el proceso constitucional que debe abrirse, cualquier persona, inclusive los diputados que votaron la ley, se puedan hacer parte en el proceso, sea como coadyuvantes de las objeciones de inconstitucionalidad formuladas por el presidente de la República, sea como defensores de la constitucionalidad de la ley sancionada, con base en su simple interés en la constitucionalidad y dada la tradición de la popularidad del control de constitucionalidad de las leyes. A tal efecto, al recibir la solicitud del presidente de la república, la Sala Constitucionalidad debe hacer pública la solicitud a los efectos de garantizar el contradictorio del proceso, emplazando y citando a los interesados para que se puedan hacer parte.

2.5. El proceso constitucional de control de la inconstitucionalidad de la omisión del legislador y de los otros órganos del Poder Público

Otro proceso constitucional novedoso en materia de justicia constitucional que establece la Constitución de 1999 es el denominado control de la constitucionalidad de las omisiones de actuación de los órganos legislativos.²⁴ En tal sentido, el artículo 336 de la Constitución atribuyó a la Sala Constitucional competencia para:

7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estadal o nacional, cuando hayan dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las hayan dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia ha reiterado esta competencia de la Sala Constitucional en el artículo 5, párrafo 1º, asignándole potestad para:

²⁴ Es una institución que tiene su origen en el sistema portugués; véase Brewer-Carías: *Judicial Review in Comparative Law*, o. cit., p. 269.

12. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo Municipal, Estadal o Nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos generales esenciales para su corrección, sin que ello implique usurpación de funciones de otro órgano del Poder Público, o extralimitación de atribuciones;

La Ley Orgánica agregó, además, en el mismo artículo, la competencia general de la Sala Constitucional para:

13. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones de cualquiera de los órganos que ejerzan el Poder Público de rango nacional, respecto a obligaciones o deberes establecidos directamente por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Estas normas, sin duda, consagran una amplísima potestad de control de las conductas omisivas del legislador atribuida a la Sala Constitucional y que supera el inicial antecedente portugués. En efecto, en el supuesto de la Constitución portuguesa, la legitimación para requerir el ejercicio de esta potestad de control de constitucionalidad la tenían el presidente de la República, el ombudsman o los presidentes de las regiones autónomas;²⁵ en cambio, en el texto de la Constitución de 1999 no se establece condicionamiento alguno a la legitimación, por lo que, tratándose de omisiones normativas,²⁶ el mecanismo para impulsar su control puede recibir el mismo tratamiento de una *acción popular*, es decir, bastaría el simple interés en la constitucionalidad para intentar la acción.

Aún cuando la ley orgánica no reguló procedimiento alguno en este caso, la naturaleza popular de la acción debería conducir a un proceso contradictorio, en el sentido de que la Sala debería citar al titular del órgano omiso y, además, mediante cartel, a todas las personas interesadas, a los efectos de que puedan hacerse parte en el proceso, aplicando analógicamente el procedimiento para los casos de control de la constitucionalidad iniciados mediante la acción popular.

2.6. El proceso constitucional de las controversias constitucionales entre los órganos del Poder Público

El Tribunal Supremo, en Sala Constitucional, también tiene competencia, conforme al artículo 336 de la Constitución, para:

9. Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquier de los órganos del Poder Público.

²⁵ Véase ibídem, p. 269.

²⁶ O como lo ha calificado la Sala Constitucional: “Silencio legislativo y el funcionamiento anormal legislativo”. Véase sentencia nº 1819 de 8-8-2000, caso *René Molina vs. Comisión Legislativa Nacional*, en *Revista de Derecho Público*, nº 83, Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 266.

Sobre esta competencia (que recoge el artículo 5º, párrafo 1º.15 de la ley orgánica), la “Exposición de motivos” de la Constitución precisó lo siguiente:

La Constitución establece como competencia de la Sala Constitucional resolver las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos que ejercen el Poder Público. Al respecto, destacan dos elementos esenciales: en primer lugar, que se trata de controversias entre cualesquiera de los órganos que la Constitución prevé en la distribución horizontal o vertical del Poder Público y, en segundo lugar, que deben tratarse de controversias constitucionales, es decir, de aquellas cuya decisión depende del examen, interpretación y aplicación de normas constitucionales, tales como las que se refieren al reparto competencial entre los diferentes órganos del Estado, especialmente, las que distribuyen el poder en los niveles nacional, estadal y municipal.

De esta forma, todas aquellas controversias constitucionales entre la República y alguno de los Estados o Municipios, es decir, entre el poder central y el descentralizado territorialmente, serán resueltas por la Sala Constitucional dentro del procedimiento que se establecerá en la ley orgánica respectiva. En todo caso, esta atribución tiene por objeto que la Sala Constitucional como garante y máximo defensor de los principios consagrados en el Texto Fundamental ajuste la actuación de los órganos que ejercen el Poder Público, al cauce constitucional.

De lo anterior resulta que esta competencia de la Sala Constitucional, como jurisdicción constitucional, tiene por objeto resolver los conflictos constitucionales que se planteen entre los órganos que ejercen el Poder Público, tanto en su distribución vertical (República, estados y municipios), como en su división horizontal en el nivel nacional (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Poder Ciudadano, Poder Electoral) y en el nivel estadal y municipal (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo).

Es decir, se trata de la resolución de controversias sobre atribuciones *constitucionales* entre los órganos que ejercen del Poder Público; que son distintas de las controversias administrativas que se puedan suscitar entre la República, los estados, municipios u otro ente público, las que compete ser resueltas por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 266.4), como jurisdicción contencioso-administrativa.

Esto exige distinguir, por supuesto, las controversias constitucionales de las controversias administrativas, tal y como lo ha precisado el Tribunal Supremo de Justicia al señalar que para identificar la controversia constitucional es necesario

[q]ue los sujetos entre los cuales se presente la misma, sean aquellos que tienen asignada, en forma expresa, atribuciones para tales actuaciones o normas en el propio texto constitucional, esto es, instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se contiene en el propio texto constitucional, a diferencia de otras, en las que la configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario;

y en sentido contrario:

No estaremos en presencia de la controversia constitucional a que se refiere la norma bajo examen, cuando las partes en la misma no poseen el carácter de órganos el Poder Público, con atribuciones consagradas en el texto Constitucional, lo cual excluye

no sólo a particulares, sino también a funcionarios vicarios o quienes no posean el carácter de órganos, aun cuando por virtud de norma expresa tengan atribuidas funciones públicas o sean autoridad pública.²⁷

En todo caso, la legitimación activa para intentar un recurso a los efectos de dirimir controversias constitucionales corresponde a los órganos del Poder Público que sean parte en la controversia. Como fue precisado en un voto salvado a la sentencia nº 7 de la Sala Constitucional de 1-2-2000:

La legitimación para interponer esta solicitud está restringida a los titulares de los órganos susceptibles de entrar en conflicto; y en ningún caso ha sido concebida esta vía en la jurisdicción constitucional para dirimir controversias intersubjetivas entre particulares, ni entre éstos y los órganos públicos, para los cuales el ordenamiento jurídico ha establecido distintas vías judiciales, dentro de las que se encuentra la acción de amparo.²⁸

Sin embargo, en este caso de las controversias constitucionales entre órganos del Poder Público, si bien la ley orgánica no ha establecido un procedimiento específico, sin duda que se trata de una litis, en la cual hay un órgano estatal demandante y un órgano estatal demandado. En tal sentido, en la Ley Orgánica se ha regulado el procedimiento para la resolución de controversias administrativas, que bien podría ser aplicado por analogía en estos casos. Dicho procedimiento, en efecto, exige que la controversia se inicie mediante demanda escrita que debe interponer la entidad interesada, donde debe exponer en forma clara y detallada el asunto de que se trate, e indicar la otra entidad contra quien obra la acción (artículo 21, párrafo 23º). Admitida la demanda, el Juzgado de Sustanciación debe emplazar a la entidad demandada para que comparezca ante el Tribunal Supremo de Justicia, en un plazo de 20 días hábiles, más el término de la distancia, en caso de que sea procedente, para que consignen el fundamento de sus pretensiones, en relación con la materia litigiosa y las razones de hecho y de derecho en que se funde (artículo 25, párrafo 25). Incluso, en estos casos, la ley orgánica prevé que, vencido el plazo para el cual fue emplazada la entidad demandada y no compareciese, de oficio se le designará un defensor para que lo represente en el proceso, al cual se le notificará, a fin de que comparezca, dentro de los cinco días hábiles siguientes para la aceptación y juramentación. Las funciones del defensor cesan al hacerse parte en el juicio el representante del ente, quien en tal caso debe continuar en el estado en que se encuentre el juicio (artículo 21, párrafo 27).

²⁷ Ibídem.

²⁸ Voto salvado del magistrado Héctor Peña Torrelles, caso *José Amando Mejía y otros*, en *Revista de Derecho Público*, nº 81, Jurídica Venezolana, Caracas, 2000.

2.7. *El proceso constitucional de la interpretación constitucional*

Debe mencionarse, además, entre las competencias de la Sala Constitucional como jurisdicción constitucional, la atribución que tiene para conocer de recursos abstractos de interpretación de la Constitución, los cuales han sido creados por la propia Sala Constitucional, mediante la interpretación que le ha dado al artículo 335 de la Constitución, que atribuye al Tribunal Supremo el carácter de “máximo y último intérprete de la Constitución”.

En efecto, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el artículo 42.24 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia sólo atribuía competencia a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema para interpretar los “textos legales, en los casos previstos en la Ley”. En esa misma tradición, la Constitución de 1999 estableció como competencia del Tribunal Supremo de Justicia el “conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales”, pero “en los términos contemplados en la ley” (artículo 266.6), atribución que debe ser ejercida “por las diversas Salas conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley” (único aparte, artículo 266). Por ello, el artículo 5, párrafo 1º, de la ley orgánica de 2004 atribuye a todas las salas del Tribunal Supremo, competencia para:

52. Conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la ley, siempre que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso previsto en la ley para dirimir la situación si la hubiere.

Ahora bien, a pesar de que el ordenamiento jurídico venezolano sólo regulaba y regula el recurso de interpretación respecto de textos legales, la Sala Constitucional ha considerado, sin embargo, que “no requieren los ciudadanos de leyes que contemplan, en particular, el recurso de interpretación constitucional, para interponerlo”,²⁹ procediendo a crear un recurso autónomo de interpretación de las normas constitucionales, no previsto constitucional ni legalmente, basándose para ello en el artículo 26 de la Constitución, que consagra el derecho de acceso a la justicia, del cual dedujó que, si bien dicha acción no estaba prevista en el ordenamiento jurídico, tampoco estaba prohibida, y agregó que, por lo tanto:

No es necesario que existan normas que contemplen expresamente la posibilidad de incoar una acción con la pretensión que por medio de ella se ventila, bastando para ello que exista una situación semejante a las prevenidas en la ley, para la obtención de sentencias declarativas de mera certeza, de condena, o constitutivas. Este es el resultado de la expansión natural de la juridicidad.³⁰

²⁹ Este criterio fue luego ratificado en sentencias de fecha 9-11-2000 (nº 1347), 21-11-2000 (nº 1387) y 5-4-2001 (nº 457), entre otras.

³⁰ Sentencia nº 1077 de la Sala Constitucional de 22-9-2000 (caso *Servio Tulio León Briceño*), en *Revista de Derecho Público*, nº 83, Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 247 y ss.

La acción de interpretación de la Constitución, como lo precisó la Sala Constitucional, es una acción de igual naturaleza que la de interpretación de la ley,³¹ es decir, tiene por objeto obtener una sentencia declarativa de mera certeza sobre el alcance y contenido de las normas constitucionales, que no anula el acto en cuestión, pero que busca un efecto semejante, ya que en estos casos coincide el interés particular con el interés constitucional, y añadió:

La finalidad de tal acción de interpretación constitucional sería una declaración de certeza sobre los alcances y el contenido de una norma constitucional, y formaría un sector de la participación ciudadana, que podría hacerse incluso como paso previo a la acción de inconstitucionalidad, ya que la interpretación constitucional podría despejar dudas y ambigüedades sobre la supuesta colisión. Se trata de una tutela preventiva.³²

En cuanto a la legitimidad necesaria para interponer la demanda, la Sala Constitucional ha señalado que el recurrente debe tener un interés particular en el sentido de que:

Como persona pública o privada debe invocar un interés jurídico actual, legítimo, fundado en una situación jurídica concreta y específica en que se encuentra, y que requiere necesariamente de la interpretación de normas constitucionales aplicables a la situación, a fin de que cese la incertidumbre que impide el desarrollo y efectos de dicha situación jurídica.

La Sala precisó además que se “está ante una acción con legitimación restringida, aunque los efectos del fallo sean generales”, por lo cual señaló que “puede declarar inadmisible un recurso de interpretación que no persiga los fines antes mencionados, o que se refiere al supuesto de colisión de leyes con la Constitución, ya que ello origina otra clase de recurso”.

En la antes mencionada sentencia nº 1077 de 22-9-2001, la Sala Constitucional reiteró su criterio sobre la legitimación activa para intentar el recurso de interpretación, señalando que el recurrente debe tener un “interés jurídico personal y directo”, de manera que en la demanda se exprese con precisión, como condición de admisibilidad, “en qué consiste la oscuridad, ambigüedad o contradicción entre las normas del texto constitucional, o en una de ellas en particular; o sobre la naturaleza y alcance de los principios aplicables; o sobre las situaciones contradictorias o ambiguas surgidas entre la Constitución y las normas del régimen transitorio o del régimen constituyente”.³³

³¹ Ibídem.

³² Ibídem.

³³ Ibídem. Adicionalmente, en otra sentencia, nº 1029 de 13-06-2001, la Sala Constitucional atemperó el rigorismo de declarar inadmisible el recurso si no precisaba el contenido de la acción, ya que señaló que “La solicitud deberá expresar: 1. Los datos concernientes a la identificación del accionante y de su representante judicial; 2. Dirección, teléfono y demás elementos de ubicación de los órganos involucrados; 3. Descripción narrativa del acto material y demás circunstancias que motiven la acción”.

En todo caso, estimamos que, en el supuesto de la acción de interpretación constitucional, también se está en presencia de un proceso constitucional, que requiere de un accionante, debiendo abrirse el proceso a un contradictorio; pues así como puede haber personas con interés jurídico en determinada interpretación de la Constitución, igualmente puede haber otras personas con interés jurídico en otra interpretación. En tal sentido, la Sala debe emplazar y citar a los interesados para garantizarles que puedan hacerse parte en el proceso y alegar a favor de una u otra interpretación del texto constitucional.

Debe indicarse, además, que en sentencia nº 1347, de fecha 9-11-2000, la Sala Constitucional delimitó el carácter vinculante de las interpretaciones establecidas con motivo de decidir los recursos de interpretación, al señalar:

Las interpretaciones de esta Sala Constitucional, en general, o las dictadas en vía de recurso interpretativo, se entenderán vinculantes respecto al núcleo del caso estudiado, todo ello en un sentido de límite mínimo, y no de frontera intraspasable por una jurisprudencia de valores oriunda de la propia Sala, de las demás Salas o del universo de los tribunales de instancia.

2.8. *El proceso constitucional de la revisión de sentencias en materia constitucional*

Tradicionalmente, el control concentrado de la constitucionalidad se ha construido en torno al objeto de control, habiéndose referido en general a las leyes, a los actos con rango legal o con valor de ley y a los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

Sin embargo, en los sistemas mixtos o integrales de control de la constitucionalidad, al combinarse el control difuso con el control concentrado, se han previsto mecanismos extraordinarios para la revisión de sentencias dictadas por los tribunales de instancia en materia constitucional, atribuyéndose el conocimiento de tales recursos de revisión a la jurisdicción constitucional, como órgano de control concentrado de control de constitucionalidad.

En tal sentido, el artículo 336 de la Constitución atribuye a la Sala Constitucional competencia para:

10. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva.

Esta competencia ha sido recogida en el artículo 5, párrafo 1º.16 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, como competencia excepcional para que la Sala Constitucional pueda revisar, a su juicio y discreción, mediante un recurso extraordinario³⁴

³⁴ Véase en general, José V. Haro G.: “El mecanismo extraordinario de revisión de sentencias definitivamente firmes de amparo y control difuso de la constitucionalidad previsto en el artículo 336, numeral 10 de la Constitución”, en *Revista de Derecho Constitucional*, nº 3 (julio-diciembre), Sherwood,

que se puede ejercer contra sentencias de *última instancia* dictadas por los tribunales de la República, incluidas las otras salas del Tribunal Supremo, en materia de amparo constitucional o dictadas en ejercicio del método difuso de control de la constitucionalidad de las leyes.

Esta potestad revisora de la Sala, como lo propusimos a la Asamblea Nacional Constituyente,³⁵ es de ejercicio discrecional a los efectos evitar que se pueda abrir un recurso, de obligatoria admisión y decisión por la Sala, contra todas las sentencias referidas, lo cual sería imposible de manejar por la cantidad de casos. De allí la discrecionalidad que tiene la Sala Constitucional para escoger los casos en los cuales juzga conveniente conocer del recurso de revisión. En definitiva, como lo ha señalado la Sala Constitucional en su sentencia nº 727 de 8 de abril de 2003, la norma constitucional

[n]o dispone, de manera alguna, la creación de una tercera instancia en los procesos cuyas decisiones son sometidas a revisión. El precepto constitucional que se refirió lo que incorpora es una potestad estrictamente excepcional y facultativa para la Sala Constitucional que, como tal, debe ejercerse con la máxima prudencia en cuanto a la admisión y procedencia de recursos de revisión de sentencias definitivamente firmes.³⁶

En la propuesta que formulamos ante la Asamblea Nacional Constituyente el 31 de octubre de 1999 sobre el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, consideramos que en la Constitución

[t]ambién debería atribuirse a la Sala Constitucional una competencia para conocer de un recurso extraordinario de revisión que pueda intentarse contra las sentencias de *última instancia* en las cuales se resuelvan cuestiones constitucionales relativas a las leyes, de conocimiento discrecional por la Sala. En esta forma, en materia de cuestiones de constitucionalidad, la Sala Constitucional de la Suprema Corte, a su juicio, podría tener la última palabra en estas materias y en los casos en los que estime necesario estatuir con fuerza de precedente y uniformizar la jurisprudencia.³⁷

Ahora bien, ante la ausencia de legislación reguladora de la jurisdicción constitucional, ha sido la Sala Constitucional la que ha construido sucesivamente, mediante su labor interpretativa, los contornos del recurso extraordinario de revisión y el alcance de su potestad revisora. Ya a finales de 2000, como consecuencia de las sentencias nºs 1, 2, 44 y 714 de ese mismo año, la Sala resumía el conjunto de reglas o condiciones que debía presentar una sentencia para que procediera dicho recurso, así:

Caracas, 2000, pp. 231-266; Adán Febres Cordero: “La revisión constitucional”, en *Nuevos estudios de derecho procesal. Libro homenaje a José Andrés Fuenmayor*, vol. I, Tribunal Supremo de Justicia, colección Libros Homenaje, nº 8, Caracas, 2002 pp. 489-508.

³⁵ En cierta forma, el recurso es similar al denominado *writ of certiorari* del sistema norteamericano. Véase Brewer-Carías: *Judicial Review in Comparative Law*, o. cit., p. 141; véanse los comentarios de Jesús María Casal: *Constitución y justicia constitucional*, Caracas, 2000, p. 92.

³⁶ Caso *Revisión de la sentencia dictada por la Sala Electoral en fecha 21 de noviembre de 2002*), en *Revista de Derecho Público*, nº 93-96, Jurídica Venezolana, Caracas, 2003.

³⁷ Véase Brewer-Carías, *Debate constituyente*, o. cit., p. 105.

1º) La sentencia que se pretenda someter a revisión debe haber cumplido con la doble instancia, bien sea por la vía de la apelación o de la consulta, por lo cual no debe entenderse como una nueva instancia.

2º) La revisión constitucional se admitirá sólo a los fines de preservar la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales o cuando exista una deliberada violación de preceptos de ese rango, lo cual será analizado por la Sala Constitucional, siendo siempre facultativo de ésta su procedencia.

3º) Como corolario de lo anterior, a diferencia de la consulta, el recurso de revisión constitucional no procede *ipso iure*, ya que éste depende de la iniciativa de un particular, y no de la del juez que dictó la decisión, a menos que la propia Sala Constitucional de oficio así lo acuerde, tomando en cuenta siempre la finalidad del recurso.³⁸

Posteriormente, mediante sentencia nº 93 de 6 de febrero de 2001 (caso *Olimpia Tours and Travel vs. Corporación de Turismo de Venezuela*), la Sala comenzó a ampliar su propia competencia revisora, agregando como objeto de revisión otras sentencias dictadas por las Salas del Tribunal Supremo u otros tribunales, distintas de las dictadas en materia de amparo o de control difuso de constitucionalidad, afirmando su potestad para revisar, además de éstas, las siguientes:

3. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional.

4. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional. En estos casos hay también un errado control constitucional.³⁹

La Sala Constitucional, por otra parte, en sentencia nº 727 de 8 de abril de 2003 continuó precisando las sentencias que pueden ser objeto del recurso extraordinario de revisión, indicando que, además de las sentencias de amparo constitucional y las sentencias de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas fundamentadas en un errado control de constitucionalidad, pueden ser objeto del recurso de revisión:

(iii) Las sentencias que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional y (iv) Las sentencias que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por

³⁸ Véase sentencia de 2-11-2000 (caso *Roderick A. Muñoz P. vs. Juzgado de los Municipios Carache, Candelaria y José Felipe Márquez Cañizales de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo*), en *Revista de Derecho Público*, nº 84 (octubre-diciembre), Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 367.

³⁹ Véase en *Revista de Derecho Público*, nº 85-88, Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 414-415.

los demás juzgados del país apartándose u obviando, expresa o tácitamente, alguna interpretación de la Constitución que contenga alguna sentencia de esta Sala con anterioridad al fallo que sea impugnado.⁴⁰

De esta forma, la Sala Constitucional amplió el ámbito de su potestad constitucional revisora de sentencias dictadas en juicios de amparo o con motivo de control difuso de la constitucionalidad, abarcando otras sentencias, incluso las dictadas por las otras Salas del Tribunal Supremo, lo que constituye una limitación no autorizada en la Constitución al debido proceso y al derecho a la cosa juzgada, con importantes repercusiones en el ámbito de la seguridad jurídica y del Estado de derecho. La Sala Constitucional, en efecto, luego de analizar la garantía del debido proceso en relación con la revisión extraordinaria de sentencias definitivamente firmes, en sentencia nº 93 de 6 de febrero de 2001 (caso *Olimpia Tours and Travel vs. Corporación de Turismo de Venezuela*), extendió su potestad revisora en relación con sentencias que —por supuesto, a juicio de la propia Sala— “se aparten del criterio interpretativo de la norma constitucional que haya previamente establecido la Sala”. Para ello simplemente se preguntó: “¿puede esta Sala, de conformidad con lo establecido en la Constitución, revisar las sentencias definitivamente firmes diferentes a las establecidas en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución que contraríen el criterio interpretativo que esta Sala posee de la Constitución?”. La respuesta la formuló la Sala interpretando el artículo 335 de la Constitución, en particular en cuanto establece el carácter vinculante de las interpretaciones que establezca la Sala sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales; del cual dedujo que “las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales y juzgados de la República están obligados a decidir con base en el criterio interpretativo que esta Sala tenga de las normas constitucionales”; concluyendo con la afirmación de que la Sala posee entonces potestad para revisar tanto las sentencias definitivamente firmes expresamente establecidas en el numeral 10 del artículo 336 “así como las sentencias definitivamente firmes que se aparten del criterio interpretativo de la norma constitucional que haya previamente establecido esta Sala”, lo que en el fondo no es más que una concepción errada del juzgador al realizar el control de la constitucionalidad, y así se declara.⁴¹

Esta doctrina,⁴² por lo demás, particularmente en relación con la revisión de sentencias de las otras salas del Tribunal Supremo de Justicia, fue recogida por la

⁴⁰ Caso *Revisión de la sentencia dictada por la Sala Electoral en fecha 21 de noviembre de 2002*, en *Revista de Derecho Público*, nº 93-96, Jurídica Venezolana, Caracas, 2003.

⁴¹ Ibídem, pp. 412-414.

⁴² En sentencia de la Sala Constitucional nº 899 de 31-5-2002, la Sala se había arrogado la competencia para de oficio dejar sin efecto dediciones judiciales que considerase quebrantaban preceptos constitucionales. Véase en *Revista de Derecho Público*, nº 85-88, Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 393-394.

Ley Orgánica del Tribunal Supremo al disponer, en el artículo 5º, párrafo 4º, la potestad de la Sala para:

Revisar las sentencias dictadas por una de las Salas, cuando se denuncie fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, o que haya sido dictada como consecuencia de un error inexcusable, dolo, cohecho o prevaricación; asimismo podrá avocarse al conocimiento de una causa determinada, cuando se presuma fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, aun cuando por razón de la materia y en virtud de la ley, la competencia le esté atribuida a otra Sala.

Ahora bien, de esta doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional para ejercer el control de constitucionalidad respecto de cualquier sentencia, debe destacarse la autoatribución que la Sala Constitucional se ha hecho de poderes de control de oficio, rompiendo entonces el principio dispositivo, como lo decidió en la sentencia nº 331, de 13 de marzo de 2001 (caso *Henrique Capriles R. vs. Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Tragamonedas*).⁴³

Incluso, la Sala ha establecido que el incidente de control de la constitucionalidad de oficio lo puede ejercer la Sala mediante la institución del avocamiento, que la propia Sala creó antes de la entrada en vigencia de la ley orgánica de 2004, al negarle el monopolio que tenía en esa materia la Sala Político-Administrativa.⁴⁴

Esta doctrina del avocamiento ha sido recogida por la ley orgánica de 2004, al establecer la atribución de cualesquiera de las salas del Tribunal Supremo de Justicia, en las materias de su respectiva competencia, para recabar de cualquier tribunal de instancia, *de oficio o a instancia de parte*, con conocimiento sumario de la situación, cualquier expediente o causa en el estado en que se encuentre, para resolver si se avoca y directamente asume el conocimiento del asunto o, en su defecto, lo asigna a otro tribunal (artículo 18, párrafo 11º). Dadas las repercusiones de esta atribución generalizada, la propia ley orgánica dispuso que “esta atribución deberá ser ejercida con suma prudencia y sólo en caso grave, o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudique ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública, la decencia o la institucionalidad democrática venezolana, y se hayan desatendido o mal tratado los recursos ordinarios o extraordinarios que los interesados hubieren ejercido” (artículo 18, párrafo 12º).

⁴³ Véase en *Revista de Derecho Público*, nº 85-88, Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, p. 391.

⁴⁴ Véase sentencia nº 456 de 15 de marzo de 2002 (caso *Arelys J. Rodríguez vs. Registrador Subalterno de Registro Público, Municipio Pedro Zaraza, Estado Carabobo*), en la cual la Sala se declaró competente para conocer de solicitudes de avocamiento en jurisdicción constitucional, respecto de juicios de amparo, en *Revista de Derecho Público*, nº 89-92, Jurídica Venezolana, Caracas, 2002.

Al admitir la solicitud de avocamiento, la Sala debe oficiar al tribunal de instancia, requiriendo el expediente respectivo, y puede ordenar la suspensión inmediata del curso de la causa y la prohibición de realizar cualquier clase de actuación. Serán nulos los actos y las diligencias que se dicten en desacuerdo por el mandamiento de prohibición (artículo 18, párrafo 13º). La sentencia sobre el avocamiento la debe dictar la Sala competente, la cual puede decretar la nulidad y subsiguiente reposición del juicio al estado que tiene pertinencia, o decretar la nulidad de alguno o algunos de los actos de los procesos, u ordenar la remisión del expediente para la continuación del proceso o de los procesos en otro tribunal competente por la materia, así como adoptar cualquier medida legal que estime idónea para restablecer el orden jurídico infringido (artículo 18, párrafo 14º).

2.9. *El proceso constitucional sobre colisión (vigencia y derogación) de leyes*

Conforme a una tradicional competencia que tenía la antigua Corte Suprema de Justicia (artículo 215.5 de la Constitución de 1961), el artículo 336 de la Constitución de 1999 le atribuye al Tribunal Supremo competencia para:

8. Resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál de éstas debe prevalecer.

Este mecanismo de control, antes que un control abstracto de constitucionalidad, es un control respecto de la vigencia de las leyes en casos de derogación tácita en aplicación del artículo 218 de la Constitución que dispone que “las leyes se derogan por otras leyes”. Sin embargo, como lo ha señalado la Sala Constitucional, “no se puede pretender que a través de este mecanismo se resuelvan cuestiones de inconstitucionalidad”.⁴⁵

En efecto, en los casos en los cuales se dicte una ley que contrarie las disposiciones de otra ley, sin que contenga una derogación expresa, si la derogación tácita no es evidente pueden plantearse situaciones en las cuales las dos leyes pueden considerarse aplicables. En estos supuestos, el Tribunal Supremo, a instancia de parte mediante el recurso de colisión, debe resolver la que pueda existir entre dos disposiciones legales que regulan el mismo supuesto en forma diferente, y que por lo mismo se encuentran en conflicto,⁴⁶ y declarar cuál de ellas debe prevalecer, lo que implica considerar como derogada la que no prevalece.

Sobre este recurso, la Sala Constitucional ha ratificado la doctrina jurisprudencial que había sentado la Sala Plena de la antigua Corte Suprema de Justicia en sentencia de 31 de octubre de 1995 (caso *Alí José Venturini B.*), la cual transcribió en

⁴⁵ Véase sentencia nº 265 de 25-04-2000 en *Revista de Derecho Público*, nº 82 (abril-junio), Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 146.

⁴⁶ Véase sentencia nº 356 de 11-05-2000 en *Revista de Derecho Público*, nº 82 (abril-junio), Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 147.

sentencia nº 265 de 25 de abril de 2000, en la que se dispuso lo siguiente sobre el procedimiento respectivo:

1. La Corte conoce del mismo a instancia de parte interesada, tal como lo prevé el artículo 82 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. [...].
2. Se trata de un verdadero y propio recurso, en el sentido de que se solicita a la Corte se dirima un conflicto planteado por la preexistencia de normas que aparentemente coliden.⁴⁷

En cuanto al procedimiento, estimamos que la Sala, en estos casos de colisión, debe igualmente abrir un contradictorio, aplicando analógicamente el procedimiento en casos de acción popular, citando a los interesados para que se hagan parte en el proceso.

3. Los procedimientos de control de la constitucionalidad de ciertos actos estatales

Además de los procesos constitucionales de control de constitucionalidad antes identificados —en los cuales en general debe abrirse un contradictorio, dada la demanda o solicitud fundamentada que los motiva—, ante la jurisdicción constitucional en Venezuela se desarrollan dos procedimientos constitucionales de control de constitucionalidad en los cuales, al contrario, puede decirse que no se abre un contradictorio ni se entraña una litis, dado que se trata de procedimientos obligatorios y automáticos establecidos para el control de constitucionalidad de determinados actos estatales, en particular, de ciertas leyes orgánicas y de los decretos de estados de excepción.

3.1. *El procedimiento de control de constitucionalidad obligatorio de ciertas leyes orgánicas*

Conforme al artículo 203 de la Constitución, la Sala Constitucional debe pronunciarse sobre la constitucionalidad del carácter orgánico de las *leyes orgánicas que así hayan sido calificadas por la Asamblea Nacional, antes de su promulgación*. No se trata, por tanto, de un procedimiento de control de constitucionalidad establecido respecto de cualquier ley orgánica, sino de sólo aquellas así calificadas por la Asamblea Nacional, ya que hay otras leyes orgánicas así calificadas directamente en el texto constitucional, respecto de las cuales no se requiere el control obligatorio de constitucionalidad por la Sala Constitucional.

Puede decirse, entonces, que en este caso no existe un verdadero proceso, pues no hay ni demanda ni fundamentación requerida alguna que cuestione la calificación

⁴⁷ Véase sentencia nº 265 de 25-04-2000 en *Revista de Derecho Público*, nº 82 (abril-junio), Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 146

de la ley como orgánica. No habiendo una legitimación activa atribuida a un órgano o persona específica para requerir este control, éste debe realizarse de manera automática, para lo cual la Asamblea Nacional está obligada a remitir la ley sancionada a la Sala Constitucional. Adicionalmente debe señalarse que la Sala Constitucional ha admitido que, en los casos de delegación legislativa al presidente de la República mediante leyes habilitantes, cuando éste al dictar un decreto-ley lo califique como de carácter orgánico, debe también remitirlo a la Sala Constitucional para que ésta verifique la constitucionalidad del calificativo de orgánico.⁴⁸

En todo caso, la Sala Constitucional debe decidir la cuestión en el término de diez días contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación, y si declara que la ley no es orgánica, entonces ésta pierde ese carácter.

3.2. El procedimiento de control de constitucionalidad obligatorio de los decretos de estado de excepción

De acuerdo con el artículo 339 de la Constitución, el decreto que declare el estado de excepción debe en todo caso ser remitido por el presidente de la República a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, para que ésta se pronuncie sobre su inconstitucionalidad. Por ello, el artículo 336 le atribuye a la Sala competencia expresa para:

6. Revisar, en todo caso, *aun de oficio*, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República.

Sobre este supuesto de control de constitucionalidad (que recoge la Ley Orgánica en su artículo 5º, párrafo 1º.11), la “Exposición de motivos” de la Constitución indicó:

En lo que se refiere a la protección de los derechos humanos, la Sala Constitucional tendrá importantes funciones. En primer lugar, con el objeto de reforzar la protección de los derechos humanos reconocidos y garantizados expresa o implícitamente en la Constitución, se acoge un mecanismo consagrado en alguna Constitución de América Latina, en virtud del cual la Sala Constitucional debe, en todos los casos y aun de oficio, controlar la constitucionalidad de los decretos que declaran estado de excepción. Esta será la única competencia que podrá ejercer de oficio la Sala Constitucional y ello por tratarse de la protección de los derechos humanos, razón por la cual se ha previsto expresamente en texto constitucional.

En efecto, esta atribución de control de constitucionalidad obligatorio constituye otra novedad introducida por la Constitución de 1999, conforme al antecedente de Colombia (artículo 241.7). En Venezuela se ha agregado, sin embargo, la posibilidad

⁴⁸ Véase sentencia nº 1716 de 19-9-2001, Decreto-Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares (decreto nº 1437 de 30-8-2001), en *Revista de Derecho Público*, nº 85-89, Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 418 y ss.

de ejercicio de esta atribución por la Sala, *de oficio*. Se trata, en efecto, del único supuesto constitucional en el cual la Sala puede actuar de *ex officio*, una vez que el decreto se haya publicado en la *Gaceta Oficial*.

En ejercicio de este control, la Sala Constitucional puede pronunciarse no sólo sobre la constitucionalidad de los decretos que declaran el estado de excepción, sino sobre la constitucionalidad de su contenido conforme a lo dispuesto en los artículos 337 y siguientes de la Constitución. En particular, la Sala debe verificar, al decretarse el estado de excepción y restringirse alguna garantía constitucional, si el decreto contiene, por ejemplo, efectivamente, la necesaria *regulación* sobre el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe (artículo 339).

Conclusión

De lo anteriormente expuesto resulta, por tanto, que el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y otros actos estatales se desarrolla en Venezuela, ante la Sala Constitucional, a través de diversos procesos y procedimientos constitucionales de control. En los primeros, es decir, en los procesos constitucionales puede decirse que siempre debe tratarse una litis entre partes, iniciándose siempre mediante una demanda o solicitud de inconstitucionalidad que debe estar fundamentada en derecho; en los procedimientos constitucionales, en cambio, el control judicial es automático.

Septiembre 2004

Francisco José Eguiguren Praeli (Perú)*

El nuevo Código Procesal Constitucional peruano

La reciente aprobación del Código Procesal Constitucional peruano, mediante ley n° 28.237 publicada el 31 de mayo del 2004, cuya vigencia se iniciará luego de seis meses, resulta un hecho de particular trascendencia nacional y continental. De un lado, porque se trata del primer código de un país latinoamericano que aborda, de manera orgánica, integral y sistemática, el conjunto de los procesos constitucionales y los principios procesales que los sustentan. De otro, porque la norma recoge importantes avances e innovaciones, provenientes de los aportes de la doctrina y jurisprudencia de la materia, a la par de corregir vacíos y deficiencias observados en el funcionamiento y tratamiento judicial de la legislación precedente. Debe recordarse que la norma pionera fundamental este campo, la Ley n° 23.506 de Hábeas Corpus y Amparo, data de fines de 1982, y ha sufrido modificaciones parciales que, en la mayoría de casos, se dictaron para restringir sus alcances y eficacia.

La forma de elaboración y aprobación de este Código Procesal Constitucional ha sido también peculiar y novedosa, pues el anteproyecto no surgió de una comisión oficial, creada o convocada por los poderes Legislativo o Ejecutivo, sino de la iniciativa espontánea de un grupo de profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, vinculados a esta materia en lo académico y profesional. En efecto, a lo largo de ocho años Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez, Arsenio Oré Guardia, Jorge Danós Ordóñez, Samuel Abad Yupanqui y Francisco Eguiguren Praeli se reunieron periódicamente para preparar el texto de un anteproyecto que fue varias veces objeto de revisión y mejoramiento.

* Jefe del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Constitucional. Ex director ejecutivo de la Comisión Andina de Juristas. Ex director general de la Academia de la Magistratura del Perú. Juez ad hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. feguigur@amauta.rcp.net.pe

La realidad política y jurídica vivida en nuestro país durante el régimen fujimorista obligó a suspender varias veces la elaboración y discusión del anteproyecto, a la espera de contar con un escenario democrático que permitiera y justificara la presentación de esta propuesta a las autoridades legislativas y gubernamentales. Fue así que recién en octubre del 2003, la última versión del anteproyecto fue publicada en un libro, difundida por los autores y presentada oficialmente ante el Congreso, donde se convirtió en un proyecto legislativo multipartidario que se aprobó rápidamente, con mínimas modificaciones a la versión original.

Debe precisarse que la propuesta de Código, con la intención de facilitar su aprobación y entrada en vigencia, se elaboró dentro de los marcos y límites fijados por las actuales normas constitucionales referidas al control de constitucionalidad y las garantías constitucionales. Ello ha determinado que, en algunos casos (que afortunadamente no son muchos), no se haya podido introducir todos los cambios deseados por los autores del anteproyecto, en temas tales como la ampliación de la competencia del Tribunal Constitucional en materia de procesos constitucionales destinados a la protección de derechos, que sigue limitada a los casos con sentencia desestimatoria del Poder Judicial, o la eliminación de procesos constitucionales como la acción de cumplimiento o el hábeas data (que, propiamente, es un amparo especializado).

En cuanto a su estructura, el Código cuenta con un Título preliminar y trece títulos, compuesto por 121 artículos, siete disposiciones finales y dos transitorias. En el Título preliminar se fijan algunos principios y criterios generales; existe un título que reúne disposiciones generales comunes para los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, y otro título para las disposiciones generales comunes a los procesos de inconstitucionalidad y acción popular. Sin perjuicio de ello, existen también títulos específicos para la regulación detallada de cada uno de estos procesos, así como para el proceso competencial. Cabe destacar que el Código deja de lado la tradicional denominación de *garantías constitucionales*, que reemplaza por la más moderna y técnica de *procesos constitucionales*.

1. El Título preliminar del Código

El Código cuenta con un Título preliminar compuesto de nueve artículos. En el artículo II se señala como *fines* de los procesos constitucionales “garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”. En el artículo III se establecen como *principios procesales* la dirección judicial del proceso, el impulso de oficio, la gratuidad, la economía, la inmediación y socialización procesales. Se impone al juez y al Tribunal Constitucional la obligación de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente excluidos por el Código, así como adecuar las formalidades al logro de los fines perseguidos por los procesos constitucionales. Añade el Código que, cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el

juzgador declarará su continuación. La gratuitud que rige para estos procesos no obstará para que la sentencia judicial definitiva pueda imponer como condena el pago de costas y costos.

El artículo V del Título preliminar dispone que el contenido y los alcances de los *derechos constitucionales* deberán *interpretarse* de conformidad con lo estipulado en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Perú es parte y por las sentencias de los órganos de la jurisdicción internacional de la materia. Si bien esta norma recoge lo estipulado en la cuarta de las disposiciones finales y transitorias de la Constitución¹ de 1993, agrega la referencia concreta a las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos, haciendo explícito el carácter vinculante de éstas para la jurisdicción interna. Esta atingencia es muy importante, dado el aporte que en los últimos años viene haciendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la aplicación e interpretación de diversos derechos consignados en el Pacto de San José, contribución acogida en numerosas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional.

Pero debe también recordarse que esta disposición de la Constitución tuvo una inclusión casi subrepticia y desapercibida en dicha Carta, pues los constituyentes fujimoristas suprimieron de manera expresa la referencia que hacía la Constitución de 1979 al *rango constitucional de las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales*, con la intención (después explicitada) de desvincularse del cumplimiento de estas normas y de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De allí que la existencia de la cuarta disposición final y transitoria de la Carta de 1993, ahora también recogida y desarrollada en el artículo V del Título preliminar de este Código, permite afirmar, conforme lo ha asumido el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, que al interpretarse los derechos constitucionales de conformidad con los tratados sobre derechos humanos, éstos tienen rango constitucional. Incluso se podría decir que hasta rango supraconstitucional, pues si las normas de los pactos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, y las sentencias de los órganos jurisdiccionales creados por éstos, sirven como marco o parámetro para determinar la interpretación del contenido y alcances de los derechos constitucionales, aquellos preceptos internacionales no sólo tendrían un rango similar sino superior a las normas constitucionales de la materia.

El artículo VI del Título preliminar del Código se ocupa del control de la *supremacía de la Constitución* y de los efectos del denominado *control difuso o incidental* de inconstitucionalidad. Este *control difuso* tiene como sustento los artículos 51° y 138°, segundo párrafo, de la Constitución peruana,² que obligan a todo juez o magis-

¹ Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución: “Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

² Constitución, artículo 51°: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente [...]”.

trado, en cualquier tipo de proceso judicial, a preferir la norma constitucional sobre disposiciones legales o de inferior jerarquía en caso de existir conflicto entre éstas, ordenando la inaplicación (para el caso concreto) de la norma considerada inconstitucional. El Código precisa que esta prevalencia en la aplicación del precepto constitucional se hará siempre que ello sea relevante para la decisión del caso y que no haya forma de interpretar la norma cuestionada de conformidad con la Constitución.

El artículo VI establece también que los jueces no podrán inaplicar (mediante el control difuso) una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal Constitucional, en un proceso de inconstitucionalidad, o por el Poder Judicial, en un proceso de acción popular. Sin duda que estamos ante un claro límite a la aplicación del control difuso en sede judicial, que encontramos justificado no sólo porque apunta a afianzar el papel rector que debe corresponder al Tribunal Constitucional en este campo, sino en aras de dar coherencia y unidad de criterio a la decisión sobre la vigencia de las normas dentro del ordenamiento jurídico. Ello se complementa con el señalamiento por esta norma del Código respecto a que los jueces interpretarán las leyes y normas legales conforme a la interpretación que hagan de ellas las sentencias dictadas por el TC. Conviene tener presente que ni la Constitución ni la Ley Orgánica del Tribunal asignan expresamente a este órgano el carácter de *supremo intérprete de la Constitución*, refiriéndose a él como “órgano de control de la Constitución”. No obstante, el TC, en muchas de sus sentencias sobre inconstitucionalidad, ha establecido que asume este rol de último y supremo intérprete de la Constitución, criterio que compartimos y que se ve fortalecido con la norma del Código que comentamos.

En el pasado, se dieron múltiples casos en que los jueces y tribunales ordinarios, en sentencias que quedaron firmes, resolvieron inaplicar normas cuya constitucionalidad había sido previamente confirmada por el TC, creando incertidumbre jurídica sobre la validez y vigencia de tales normas. Siendo que en el Perú no se contempla la “cuestión de inconstitucionalidad” del sistema español, que remite necesariamente al TC la apreciación y decisión definitiva sobre la eventual inconstitucionalidad de una norma suscitada incidentalmente en cualquier proceso judicial, la limitación de los alcances del control difuso judicial —cuando el TC ya se ha pronunciado desestimando la inconstitucionalidad de una norma— aporta un mínimo de certeza y orden al sistema jurídico. También cabe considerar que existen casos de sentencias judiciales definitivas (de segunda instancia) en procesos de amparo que inaplican una ley por calificarla de inconstitucional, sin que esta decisión pueda llegar a revisión al TC, dado que la Constitución restringe su competencia en esta materia a los procesos con sentencia judicial denegatoria de la acción.

Artículo 138º, segundo párrafo: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

Por todo ello, esta disposición del Código contribuye a la mayor coherencia en cuanto a la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico, a la par que atempera la inconveniente “dualidad” y falta de articulación que aún subsiste en el control de constitucionalidad, a cargo del Poder Judicial y el TC, en el “modelo” peruano. Lo que no debe olvidarse es que la declaración de inconstitucionalidad de una ley o norma, en cualquier tipo de proceso, debe ser siempre asumida como una medida “última” o extrema, luego de haber intentado sin éxito encontrar alguna interpretación aceptable y razonable del precepto analizado, que lo haga *conforme y compatible con la Constitución*, pauta de interpretación que recoge esta norma del Código.

El artículo VII establece que las sentencias del TC que adquieran la autoridad de cosa juzgada constituirán *precedente vinculante* cuando el Tribunal así lo disponga, pudiendo el propio TC apartarse de dicho precedente expresando los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan y justifican esta decisión. Con ello se aporta a la coherencia y previsibilidad de las decisiones judiciales en materia constitucional, superando una marcada deficiencia apreciada en los últimos años que impidió el establecimiento de una verdadera jurisprudencia. A su vez, se deja a criterio del TC determinar cuáles de sus sentencias o qué parte de éstas fijan un precedente vinculante, evitando el otorgamiento mecánico de este carácter a todas sus decisiones.

2. La protección de los derechos constitucionales: los procesos de hábeas corpus, amparo y hábeas data

La Constitución peruana de 1993 se ocupa en su título V de las “Garantías Constitucionales”. El artículo 200° de la Carta Política, en sus numerales 1, 2 y 3, establece los alcances básicos de los procesos de hábeas corpus, amparo y hábeas data, respectivamente; todos ellos procedentes frente al hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que amenaza o vulnera determinados derechos constitucionales específicos. Nótese que estas acciones proceden preventivamente contra amenazas al derecho (que deben ser ciertas e inminentes) o ante la violación concreta, pudiendo interponerse contra autoridades estatales o frente a particulares.

La diferencia sustancial entre estos tres procesos constitucionales está referida a los derechos específicos que cada uno protege. Así, el *hábeas corpus* tutela la libertad individual y los derechos constitucionales conexos con ella, tales como las vulneraciones a la seguridad e integridad personal, detención arbitraria, incomunicación, privación de defensa legal al detenido, hostigamiento policial, etc. El *hábeas data* protege dos derechos: a solicitar y obtener información que posean las entidades públicas, con el sólo pago del costo que suponga el pedido, salvo en materias referidas a la intimidad personal, seguridad nacional o excluidas por ley, y la protección de los datos personales sensibles, referidos a la intimidad personal y familiar, respecto a su uso o suministro por parte de los “servicios informáticos” (registros, bancos de datos o archivos), sea que correspondan a entidades públicas o privadas. Por su parte,

el *amparo* protege todos los demás derechos constitucionales no cautelados por el hábeas corpus y el hábeas data; precisa la norma su improcedencia (directa) contra las normas legales o frente a resoluciones judiciales emanadas de un “procedimiento regular”. Finalmente, la *acción de cumplimiento*, prevista en el numeral 6 del artículo 200° de la Constitución, procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar lo dispuesto por una norma legal o acto administrativo.

El Código, en su título I, contiene las *disposiciones generales comunes a estos procesos*, que se complementan con el tratamiento particular de cada uno de éstos en otros títulos específicos de la ley. En cuanto al hábeas corpus, el amparo y el hábeas data, el artículo 1° del Código dispone que su finalidad es retrotraer las cosas al estado anterior a la amenaza o violación de un derecho constitucional.

Una innovación muy importante del Código, prevista en el segundo párrafo de su artículo 1°, consiste en señalar que *si la amenaza o violación del derecho cesa, luego de presentada la demanda, por decisión voluntaria del agresor o deviene en irreparable, la sentencia declarará fundada la acción* y precisará los alcances de la resolución, requiriendo al emplazado para que no reitere la conducta dañosa bajo apercibimiento de imponerle medidas coercitivas. Ello constituyente un claro avance respecto de la anterior ley, que disponía que si la vulneración del derecho cesaba o se convertía en irreparable, sin importar que ello sucediera después de interpuesta la demanda, la acción sería declarada necesariamente improcedente.

En el artículo 3° se regula la procedencia de estos procesos cuando *la acción se dirige contra un acto que se ejecuta en aplicación de una norma legal incompatible con la Constitución*. Nótese que no se trata de una acción directa contra la ley (sólo factible mediante una acción de inconstitucionalidad) sino contra actos concretos que se realizan en cumplimiento de ésta, por lo que, de declararse fundada la demanda, la sentencia dispondrá, además de la protección y el restablecimiento del derecho, la inaplicación de la norma legal, considerada inconstitucional, para el caso concreto.

El artículo 4° del Código habilita la procedencia del hábeas corpus y el amparo cuando la vulneración del derecho proviene de una *resolución judicial firme, dictada con manifiesto agravio de la libertad individual o de la tutela procesal efectiva*, respectivamente. Esta tutela procesal efectiva comprende el acceso a la justicia y el debido proceso, y tiene como componentes específicos el libre acceso ante el órgano jurisdiccional, el derecho a probar, a la defensa y al contradictorio, a la igualdad sustancial dentro del proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos en la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a los medios impugnatorios, a que no se revivan procesos fenecidos, a la observancia del principio de legalidad procesal penal, etc. La acción será improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución judicial que dice afectarlo. La referencia a la *tutela procesal efectiva* sustituye a la expresión *proceso regular*, que utilizan la Constitución y la legislación anterior.

Un tema que ha merecido especial atención en el Código es el relativo a las *causales de improcedencia* de los procesos destinados a la protección de los derechos fundamentales (artículo 5º), a fin de corregir muchas de las distorsiones cometidas en la utilización e instrumentación de tales procesos, sobre todo tratándose del amparo. Así, se precisa que serán improcedentes las acciones cuya petitorio de la demanda no se refiera directamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado. Con ello se evita que por esta vía se pretenda discutir asuntos que no son estrictamente de índole constitucional, o que no se desprenden del ámbito de la protección constitucional de un derecho. También será improcedente la acción cuando existan otros procesos judiciales específicos igualmente satisfactorios y protectivos del derecho vulnerado, estableciendo el carácter residual o excepcional del amparo, ante la inexistencia o carencias de otros procesos comunes. Por esta misma razón, el amparo será improcedente si el afectado recurrió previamente a otro proceso judicial para la defensa del derecho invocado.

Igualmente se precisa que serán improcedentes los procesos promovidos contra resoluciones firmes recaídas en otro proceso constitucional (haciendo impertinente el amparo contra amparo, por ejemplo), así como los procesos cuya demanda se interponga luego de haber cesado la vulneración al derecho o devenido en irreparable en sede constitucional. También serán improcedentes los procesos interpuestos contra resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura, respecto a destitución o ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones sean motivadas y hayan sido dictadas con previa audiencia al interesado, o los procesos promovidos contra resoluciones de contenido jurisdiccional del Jurado Nacional de Elecciones, salvo que se haya vulnerado la tutela procesal efectiva.

El artículo 22º del Código contiene novedades importantes respecto a la *actuación y ejecución de las sentencias* por los jueces. Las sentencias dictadas en procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento se actuarán conforme a sus propios términos por el juez que conoció de la demanda y tienen prevalencia sobre cualquier sentencia de otros procesos judiciales. Se faculta al juez a utilizar medios de apercibimiento para asegurar el cumplimiento de la sentencia por el obligado a realizar prestaciones de dar, hacer o no hacer, tales como la imposición de multas fijas o acumulativas, determinadas discrecionalmente por el juzgador según la capacidad económica del obligado, o a disponer la destitución del responsable.

2.1. *El proceso de hábeas corpus*

2.1.1. *Los derechos protegidos*

La Constitución peruana señala que el hábeas corpus protege la libertad individual y los derechos conexos con ésta; creemos que, en rigor, debería referirse a la libertad y seguridad personales, pero este asunto no es motivo del presente trabajo. El artículo 25º del Código sigue el mismo criterio establecido en la ley n° 23.506, en el

sentido de que contiene una enumeración extensa y enunciativa (no taxativa) de los principales derechos protegidos por medio de este proceso constitucional. Así, se menciona su procedencia frente a detenciones arbitrarias, es decir, cuando éstas se realizan sin que medie mandato judicial escrito y motivado o flagrante delito; cuando el detenido es arbitrariamente incomunicado o privado del derecho a ser asistido por un abogado defensor desde el momento de la citación o detención policial; cuando se impide el libre tránsito o una persona es expatriada o separada del lugar de su residencia, sin que medie mandato judicial, o es objeto de vigilancia domiciliaria o seguimiento policial injustificados; etc.

Pero el Código introduce como novedad la mención expresa (o mejor formulación) de la protección del hábeas corpus respecto a algunos otros derechos, tales como la integridad personal y el derecho a no ser sometido a torturas o tratos inhumanos; a no ser forzado a prestar juramento o declarar reconociendo la propia culpabilidad (autoinculpación o autoincriminación) o la del cónyuge y parientes; a decidir voluntariamente sobre la prestación del servicio militar; a no ser objeto de desaparición forzada; a no ser privado del documento nacional de identidad y a obtener o renovar el pasaporte; el derecho del detenido o recluso de recibir un trato razonable y proporcionado respecto a las condiciones en que cumple el mandato de detención.

Adicionalmente, se aprecia como cambio importante que el derecho a la inviolabilidad del domicilio pasa a ser protegido por el hábeas corpus y ya no por el amparo, mientras que los derechos a la libertad de conciencia y a guardar reserva sobre sus convicciones o creencias de cualquier índole reciben ahora tutela del amparo y ya no del hábeas corpus.

2.1.2. *Las modalidades de hábeas corpus*

El hábeas corpus *preventivo* está contemplado en el artículo 2 del Código, precisando que la amenaza de violación del derecho debe ser cierta y de inminente realización. El tradicional hábeas corpus *reparador*, que procede frente a las detenciones arbitrarias y persigue la obtención de la libertad, se halla previsto en el artículo 25, inciso 7 del Código. También se contempla el hábeas corpus *restringido* (artículo 25, inciso 13), destinado a poner fin a afectaciones de la libertad personal que, sin llegar a ser una detención, suponen molestias y perturbaciones a aquélla, como el seguimiento policial o la vigilancia domiciliaria injustificados.

El hábeas corpus *correctivo* se regula en el artículo 25, inciso 17, y es procedente para el cambio de las condiciones a que se encuentra sometido un recluso o una persona válidamente detenida, cuando éstas carecen de razonabilidad o proporcionabilidad y suponen una afectación indebida a la dignidad, calidad humana, salud, integridad o seguridad personal de quien se encuentra privado de la libertad. El denominado hábeas corpus *traslativo* se recoge en el artículo 25, inciso 14, que lo hace

procedente para ejecutar la excarcelación dispuesta por el juez para el procesado que cumple detención prolongada o el recluso que permanece en prisión a pesar de haber cumplido su condena. Finalmente, el hábeas corpus *instructivo*, contemplado en el artículo 25, inciso 16, regula el procedimiento a seguir en caso de detenciones que suponen una desaparición forzada.

2.1.3. *Algunos aspectos procesales*

El Código reitera que la legitimación para interponer la demanda de hábeas corpus corresponde al agraviado o a cualquier persona en su nombre, sin necesidad de contar con poder o representación; tampoco se requiere firma de abogado ni mayores formalidades. También la puede interponer el defensor del Pueblo. La demanda se puede presentar por escrito, verbalmente, mediante fax, correo o cualquier medio electrónico de comunicación. Es competente para conocer de este proceso cualquier juez penal, sin importar el turno. No caben recusaciones, salvo por parte del agraviado, y los funcionarios judiciales no pueden excusarse. Las actuaciones judiciales son improrrogables y los jueces deben habilitar día y hora para ellas; en este procedimiento no interviene el Ministerio Público.

Cuando el hábeas corpus se refiere a detenciones arbitrarias o agresiones a la integridad personal, el juez debe constituirse inmediatamente al lugar donde se produce la afectación del derecho y resolver en dicho acto, y su resolución debe cumplirse sin esperar a la notificación. En los otros casos, el juez decidirá si se constituye en el lugar o cita al agresor para que explique su conducta, y dictará resolución en el término de un día natural. Tratándose de detenciones que supongan una desaparición forzada, si el juez no recibe de las autoridades o funcionarios emplazados información satisfactoria sobre el paradero o destino del agraviado, deberá adoptar todas las medidas que contribuyan a su hallazgo, dando aviso al Ministerio Público para que realice las investigaciones; puede incluso comisionar a otros jueces del distrito judicial donde se estima pueda encontrarse el desaparecido. Si la demanda se interpuso contra un miembro de la Policía o de la Fuerza Armada, el juez solicitará a la autoridad superior que informe dentro de las veinticuatro horas.

2.2. *El proceso de amparo*

2.2.1. *El carácter excepcional del amparo*

La Ley 23.506 de Hábeas Corpus y Amparo estableció, en el artículo 6º numeral 3, la improcedencia de estas acciones “cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria”. Con ello se dejaba a criterio y libre elección del agraviado interponer el amparo u otro proceso judicial para la defensa de su derecho constitucional afectado. La expresión *vía judicial ordinaria* ha sido entendida como referida

tanto al antiguo *juicio ordinario* (hoy denominado *proceso de conocimiento* en el Código Procesal Civil) como a cualquier otro proceso judicial especial disponible y destinado a la protectiva del derecho.

La intención de los autores del proyecto que dio lugar a dicha ley 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. Si bien la 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 lo hace idóneo o no para la tutela de un derecho, aspecto que no puede quedar librado a la mera voluntad o elección del accionante. De otro lado, porque la norma facilitó la indebida utilización del amparo por muchos litigantes, aprovechando su carácter de proceso de tutela de urgencia, para la discusión de asuntos que, estrictamente, no suponían la protección del contenido constitucionalmente protegido de un derecho o, incluso, ni siquiera de un derecho directamente reconocido por la Constitución.

Es por ello positivo que el Código Procesal Constitucional, en el artículo 5º numeral 2, establezca que el amparo será improcedente cuando “existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado [...].” En consecuencia, el amparo adquiere un *carácter excepcional o residual*, atendiendo a su naturaleza de proceso constitucional y no ordinario, destinado a la protección de un derecho constitucional, cuando se afecta el contenido constitucionalmente protegido de aquél y no aspectos secundarios o de índole legal, asuntos estos últimos que deben ventilarse por las vías judiciales comunes. Así, el amparo será procedente para la tutela de urgencia de un derecho constitucional a falta de otras vías judiciales específicas igualmente protectivas y satisfactorias. Es claro que para declarar esta improcedencia del amparo no basta que existan otros procesos judiciales disponibles, lo que siempre es factible, sino que éstos resulten suficientemente satisfactorios para tutelar la pretensión.

Con esta decisión del Código no se desprotege al derecho constitucional, sino que se encamina su defensa hacia la vía procesal que, por las características y el objeto de la pretensión, permitan la adecuada tutela del derecho. Asimismo, se pone coto a una de las más severas distorsiones producidas mediante la instrumentación del amparo, ocasionada por la actuación poco rigurosa de muchos abogados y litigantes que, lamentablemente, no supo ser corregida por el órgano judicial. Es importante tener presente que en el proceso de amparo no existe propiamente una etapa probatoria, por lo que se podrán desestimar acciones cuya resolución requiera la ejecución de pruebas, causas sujetas a complejo análisis técnico o de probanza, y las que demandan un mayor debate judicial, que es impropio de un proceso de urgencia como el amparo. Sin perjuicio de ello, el Código mantiene, en su artículo 5º numeral 3,

como causal de improcedencia del amparo que el agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para reclamar tutela del derecho constitucional.

2.2.2. *Los derechos protegidos por el amparo*

Como se sabe, el proceso de amparo protege una amplia cantidad de derechos constitucionales, es decir, todos aquellos que no tienen tutela por medio del hábeas corpus y el hábeas data. De allí que el Código, en su artículo 37º, siga el criterio razonable anteriormente adoptado en la ley 23.506, consistente en enumerar específicamente buena parte de los derechos protegidos y consignar al final del precepto un inciso (en este caso el 25) que incluye a “los demás derechos que la Constitución reconoce”. Se observan, no obstante, dos innovaciones importantes en esta materia: de un lado, la mención específica de algunos otros derechos; de otro, la referencia a derechos no protegidos por el amparo.

En el primer caso, sin perjuicio de la reiteración en el listado enumerado de derechos —como el de no ser discriminado por causa alguna; la libertad de expresión e información; el ejercicio público de cualquier confesión religiosa; las libertades de contratación, de asociación, de creación artística, de reunión, de trabajo, de sindicación, de participación política, de petición; la propiedad y herencia; la nacionalidad; el derecho a la educación, etc.—, el Código menciona ahora expresamente los derechos a la igualdad, al honor, reputación, intimidad personal, propia voz e imagen, rectificación frente a informaciones inexactas o agraviantes, tutela procesal efectiva (antes denominado a la jurisdicción y proceso), seguridad social, a la remuneración y pensión.

En el segundo caso, el Código dispone en el artículo 38º que “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”. Esta norma se complementa con lo dispuesto en el artículo 5º, numeral 2, que torna improcedente el amparo cuando “los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”. Se trata, pues, de circunscribir al amparo a su condición de proceso constitucional, estrictamente referido a la protección de derechos constitucionales; y de proceso excepcional, de tutela de urgencia, distinto de los procesos judiciales ordinarios o especiales de otra índole.

El fundamento de esta norma es corregir una grave distorsión observada en la utilización e instrumentación indebida del amparo. A menudo los litigantes hacen referencia en su demanda a un derecho recogido en la Constitución, pero sólo para sustentar una pretensión que, estrictamente, no tenía carácter constitucional o que tampoco formaba parte del contenido esencial del derecho protegido constitucionalmente, sino a aspectos de regulación legal o de naturaleza secundaria, que no deben tutelarse por medio del amparo. Así, por ejemplo, es evidente que el derecho de propiedad incluye la protección de la posesión, pero la posesión —por sí misma— no

es un derecho constitucional, por lo que el mero poseedor que no es propietario no puede invocar la defensa de este derecho en un amparo. A su vez, la Constitución protege con el amparo derechos como la libertad de contratación o la de asociación, pero ello no autoriza a que cualquier discrepancia o desavenencia suscitada en la ejecución de un contrato o en la marcha de la entidad asociativa se pretenda dilucidar o resolver por el amparo, salvo aquellos aspectos directamente ligados al contenido esencial constitucionalmente protegido del derecho.

2.2.3. *Medida cautelar y suspensión del acto reclamado*

El artículo 15º del Código se ocupa de las medidas cautelares y de la suspensión del acto reclamado, que son aplicables a los procesos de amparo, hábeas data y cumplimiento. Éstas proceden cuando resulten necesarias para asegurar la eficacia ulterior de la pretensión y de la sentencia, siempre que exista apariencia del derecho reclamado y peligro de perjuicio por la demora del proceso. El juez, al momento de concederla, tendrá que poner atención en la posible irreversibilidad de la medida cautelar.

La medida se dictará y ejecutará sin escuchar a la parte demandada; la apelación no tiene efecto suspensivo, por lo que la medida cautelar se ejecuta a pesar de interpuesta la impugnación. Con ello se eliminan las notorias restricciones vigentes a las medidas cautelares en el amparo, que las tornaban engorrosas y, muchas veces, ineficaces. Y es que la legislación anterior exigía correr traslado del pedido de medida cautelar tanto al demandado como al fiscal civil, disponiendo que, si se concedía la medida, su apelación tenía efectos suspensivos, lo que impedía su ejecución hasta la decisión definitiva de segundo grado.

Sin embargo, el Congreso introdujo una injustificada modificación en el proyecto original del Código, respecto a las medidas cautelares en amparos dirigidos contra actos administrativos provenientes de municipalidades y gobiernos regionales, otorgándoles un procedimiento especial francamente cuestionable. Su tramitación no corresponderá a los jueces sino a la Sala de la Corte Superior; del pedido se correrá traslado al demandado, abriendose un incidente (por cuerda separada) con participación del Ministerio Público y previendo incluso el informe oral. La resolución será apelable ante la Corte Suprema con efecto suspensivo, lo que determina que no se ejecute la medida concedida hasta la decisión final. Con ello, en estos casos, se reiteran todas las deficiencias y críticas aplicables actualmente a la medida cautelar en el amparo. Asimismo, se establece una inaceptable (e inconstitucional) distinción en función de la naturaleza particular del emplazado, lo que vulnera la igualdad dentro del proceso.

Respecto a la *vigencia y extinción de la medida cautelar* decretada, el artículo 16º del Código dispone que ésta sólo se extingue cuando la resolución que pone término al proceso adquiere la autoridad de cosa juzgada; de modo que no será revocada en el supuesto de que una sentencia de primer grado desestime la demanda. Si la

sentencia final es estimatoria del amparo, la medida cautelar se convierte en medida ejecutiva, conservando sus efectos hasta la plena satisfacción del derecho o hasta que el juez expida una resolución modificatoria o extintiva en la fase de ejecución. En cambio, si la sentencia final desestima la demanda, se procederá a la liquidación de costas y costos del proceso cautelar; quien sufrió la medida podrá solicitar responsabilidad y el juez concederle adicionalmente el pago de daños. El juzgador también podrá imponer una multa a quien solicitó la medida cautelar.

2.2.4. *Algunos aspectos procesales*

El titular del derecho afectado es el *legitimado* para interponer el amparo (artículo 39º). Pude también hacerlo su representante procesal, con el sustento de poder que no tiene que estar inscrito en los Registros Públicos. Tratándose de la defensa del ambiente y de otros derechos difusos reconocidos por la Constitución, la acción puede ser promovida por cualquier persona o por instituciones sin fines de lucro dedicadas a este objeto. El defensor del Pueblo también se encuentra legitimado para interponer el amparo en el ámbito de sus competencias (artículo 40º). El artículo 41º contempla la *procuración oficiosa*, habilitando a cualquiera a interponer el amparo en favor de alguien de quien no tiene representación, siempre que éste se encuentre imposibilitado de hacerlo directamente y que ratifique la demanda y la actividad procesal realizada cuando se halle en posibilidad de hacerlo.

El plazo de *prescripción* (denominado de *caducidad* por la anterior ley) para la interposición de la demanda de amparo es de sesenta días hábiles, contados desde que se produjo la afectación del derecho, siempre que el agraviado haya tenido conocimiento del acto lesivo y haya estado en posibilidad de interponerla. Tratándose de amparo contra resoluciones judiciales, el plazo de prescripción se computa desde que la resolución quedó firme, debiendo interponerse la demanda dentro de los treinta días hábiles de notificada la resolución que manda cumplir la decisión. En el artículo 44º se detalla la forma de cómputo del plazo de prescripción en distintos supuestos; destaca la referencia a que en caso de amenaza no corre el cómputo de dicho plazo hasta cuando la agresión se produce; si la vulneración se origina en una omisión, el plazo no transcurre mientras ésta subsista.

Para que la demanda de amparo sea procedente, se requiere antes el *agotamiento de la vía previa*; en tal supuesto, el plazo de prescripción sólo empezará a correr luego de cumplido este requisito. El artículo 46º del Código contempla las *excepciones* a la obligación de agotar la vía previa: a) cuando una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, se ejecute sin esperar a que se venza el plazo para que quede consentida; b) cuando por el agotamiento de la vía previa la agresión podría convertirse en irreparable; c) cuando la vía previa no se encuentra regulada o ha sido innecesariamente iniciada por el afacetado; d) cuando la vía previa no es resuelta dentro del plazo previsto para su resolución.

El juez podrá *rechazar liminarmente* la demanda en caso de que ésta sea manifiestamente improcedente, por encontrarse en algunas de las causas sindicadas en el artículo 5º del Código. Si el amparo persigue el derecho de rectificación, también cabe el rechazo liminar si no se acredita haber dirigido una comunicación previa al director del medio de comunicación para que la realice. Si la resolución de rechazo liminar por improcedencia es apelada, el juez pondrá al demandado en conocimiento del recurso. En el proceso de amparo no cabe reconvención ni abandono, pero sí desistimiento. Procede la acumulación subjetiva de oficio cuando de la demanda o contestación el juez observa la necesidad de incorporar a la relación procesal a terceros no emplazados, si la decisión a recaer en el proceso pudría afectarlos. También cabe la acumulación de procesos de amparo, de oficio o a pedido de parte, en el juez que primero previno.

El amparo se interpone ante el juez civil; si se promueve contra una resolución judicial, se hace ante la Sala Civil de la Corte Superior respectiva. De la demanda se correrá traslado por cinco días; si se interponen excepciones, defensas previas o pedidos de nulidad del auto admisorio, se correrá traslado por dos días al demandante. El juez podrá realizar las actuaciones que estime necesarias, sin necesidad de notificación; podrá citar a una audiencia única a las partes y sus abogados para los esclarecimientos del caso. Dictará sentencia en la misma audiencia o en un plazo que no excederá de cinco días de culminada ésta. La sentencia es apelable dentro de los tres días de notificada.

El trámite de la apelación supondrá conceder tres días al apelante para que exprese agravios, corriendo traslado de éstos por un término similar a la otra parte. El Código ha eliminado, creemos que acertadamente, la intervención del Ministerio Público en esta instancia, que contemplaba la legislación anterior y resultaba innecesariamente dilatoria. Se citará para la vista de la causa, en la que podrá solicitarse el informe oral de los abogados. Se expedirá sentencia dentro de los cinco días posteriores a la vista. Sin perjuicio de las disposiciones generales sobre ejecución de sentencias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, el artículo 59º del Código consigna diversos apremios y requerimientos especiales para el cumplimiento de la sentencia de amparo, lo que puede incluir la apertura de proceso administrativo al funcionario responsable y su superior, así como sanciones por desobediencia.

2.3. *El proceso de hábeas data*

2.3.1. *Los derechos protegidos*

El proceso de hábeas data protege, específica y exclusivamente, el derecho de acceso a la información en poder de instituciones públicas, es decir, a solicitarla y obtenerla sin necesidad de expresión de causa y con el sólo pago del costo de la atención del pedido; así como el derecho a la protección y control del registro y la circulación de los datos personales (autodeterminación informativa) en resguardo de la intimidad. Como es frecuente en otros ordenamientos nacionales, el Código ex-

tiende al hábeas data las principales reglas procesales propias del amparo, con algunas pocas peculiaridades.

Respecto al *acceso a la información* que obre en poder de cualquier entidad pública o estatal, el artículo 61º, numeral 1, del Código precisa que ello incluye a la información que estas instituciones generen, produzcan, procesen o posean, y a la contenida en expedientes terminados o en trámite, estudios, opiniones, dictámenes, informes técnicos, datos estadísticos o cualquier otro documento. También se indica que no importa la forma de expresión en que se encuentre contenida dicha información, la que puede ser gráfica, sonora, visual, electromagnética o de cualquier otro soporte material.

Creemos importante precisar que esta información existente en entidades públicas debe tener un “contenido público”, es decir, que no esté referida a aquellos aspectos excluidos por el propio artículo 2º, numeral 5, de la Constitución —o sea, vinculada a la intimidad personal, seguridad nacional o materias expresamente excluidas de acceso público por la ley—. Este derecho constitucional, cuyo ejercicio es protegido procesalmente y estimulado por el Código, permite contribuir a la mayor transparencia y acceso público de la información, así como a la ruptura de la *cultura del secreto* tradicionalmente aplicada por la Administración Pública, lo que constituye un indudable avance para la democratización y el control ciudadano de la gestión de las entidades estatales.

En el caso del derecho a la *autodeterminación informativa*, su configuración autónoma es un fenómeno más bien reciente, como resultado y efecto del vertiginoso desarrollo de la informática y de las nuevas tecnologías de la comunicación. Involucra la protección y el control del titular del derecho frente al registro, la utilización y transmisión informática de sus datos personales, sean los de carácter íntimo o “sensibles”, como los que —a pesar de no tener estrictamente dicho carácter— igualmente merecen ser objeto de control y reserva.

El derecho a la autodeterminación informativa y la protección frente al uso informático de los datos personales fue incorporado a nuestro ordenamiento constitucional recién con la Carta de 1993, aunque sin una denominación específica y con notorias insuficiencias y limitaciones. Ello no sólo desdibuja y restringe severamente sus alcances, sino que afecta sus posibilidades de aplicación y eficacia. Y es que el derecho a la autodeterminación informativa supone brindar protección frente a posibles riesgos o abusos derivados del registro y la utilización informática de los datos personales, proporcionando al titular afectado las facultades siguientes: acceder o conocer las informaciones y datos relacionados con su persona existentes en archivos, registros o bancos de datos informatizados; actualizar la información o rectificar los datos inexactos; lograr la exclusión o supresión de los “datos sensibles”, que no deben ser objeto de registro ni de difusión, a fin de salvaguardar la intimidad personal o de impedir la eventual discriminación, así como poder oponerse a su transmisión y difusión.

Es de lamentar que el inciso 6º del artículo 2º de la Constitución peruana de 1993³ recoja este derecho en forma defectuosa e insuficiente, pues sólo autoriza expresamente al titular a oponerse a que se suministren informaciones que afecten su intimidad personal y familiar. Una interpretación literal de esta norma constitucional, que obviamente descartamos, no incluiría el derecho de la persona a acceder (conocer y recibir) a la información o datos que le conciernen y que se hallan registrados en el banco de datos. Y sin esta facultad, mal pueden ejercitarse acciones como solicitar y exigir la rectificación o actualización de datos inexactos o falsos ni, mucho menos, la supresión de datos sensibles o reservados que afectan la intimidad personal o familiar.

Sin perjuicio de estas deficiencias de la norma constitucional respecto al contenido y los alcances del derecho a la autodeterminación informativa, resultó un avance la ley n° 27.490 (Ley que regula las Centrales Privadas de Información de Riesgos y de Protección al Titular de la Información). En su artículo 13º se consigna como derechos de la persona, cuyos datos se encuentran registrados, el acceso a la información referida a sí misma; el derecho de modificar o cancelar la información que sea ilegal, inexacta, errónea o caduca; así como el derecho a rectificar la información que haya sido suministrada y adolezca de tales vicios. La ley n° 27.863 añadió como derecho del titular la actualización de la información sobre pagos parciales o totales realizados.

En este marco, adquiere mayor relevancia el aporte del Código, pues en su artículo 61º, numeral 2, se desarrolla la norma constitucional y se corrigen las insuficiencias anotadas, señalando expresamente como derechos del titular conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a la persona, que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros, de entidades públicas o privadas que brinden servicio o acceso a terceros. Igualmente se contempla el derecho a hacer suprimir o impedir que se suministren informaciones o datos de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales, mención más amplia que no sólo protegería la intimidad personal o familiar sino también la eventual afectación del derecho a no ser discriminado por la información personal que se recoge o trasmite por medios informáticos.

2.3.2. *Las entidades que pueden ser emplazadas con el hábeas data*

Otra deficiencia de la norma constitucional comentada está referida a la poco clara determinación de las entidades o instituciones que pueden ser emplazadas, en ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa, por el titular de los datos personales mediante el hábeas data. La norma comentada señala que se trata de “ser-

³ Constitución, artículo 2º inciso 6: “Toda persona tiene derecho: [...] A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”.

vicios informáticos”, sean computarizados o no, públicos o privados. Con ello cabría entender que se refiere a entidades cuya actividad está relacionada con la recolección, el archivo, la sistematización, la transmisión y el suministro de datos de manera informática, con la finalidad de brindar servicio informativo, de registro o de consulta destinado al público o a terceros.

Sin embargo, la denominación *servicios informáticos* resulta equívoca, pues una interpretación literal sugiere que sólo involucraría a instituciones públicas o empresas privadas que proporcionan o venden servicios informáticos a terceros. Si ello fuera así, se podría llegar al absurdo de que ciertos registros, archivos o bancos de datos personales que poseen ciertos organismos estatales (Ministerio del Interior, Dirección de Migraciones, Policía, Municipalidades) o ciertas entidades privadas podrían quedar excluidos de los alcances de la norma constitucional, alegando que no son un “servicio”, por cuanto la finalidad de sus sistemas informáticos es servir de apoyo a su actividad funcional interna, mas no suministrar informaciones a terceros ni poner dichos datos a disposición o consulta del público en general.

No creemos que esta interpretación restrictiva de la norma constitucional sea la más razonable. Debe entenderse que se puede interponer el hábeas data contra entidades estatales o privadas cuando sus registros, bancos de datos o archivos sobre datos personales brindan servicios e información a terceros o pueden ser consultados por el público.

2.3.3. *Algunos aspectos procesales*

Al proceso de hábeas data le son aplicables las mismas reglas procesales que al amparo (artículo 65º). No obstante, una diferencia particular es que se ha eliminado la exigencia de la legislación anterior de agotar la *vía previa*, denominación que impropiamente se refería al envío de una carta notarial de requerimiento al emplazado, con 15 días de anticipación, antes de la interposición de la demanda judicial. Ahora, el artículo 62º del Código plantea como requisito que la solicitud conste en documento de fecha cierta, sin que se atribuya a este requerimiento el carácter de *vía previa*.

El plazo para que el emplazado dé respuesta o atienda al pedido es de diez días útiles, tratándose de información solicitada a entidades estatales, y de dos días útiles cuando versa sobre la protección de datos personales. Vencidos dichos plazos y a falta de una acción satisfactoria del requerido, procederá la interposición del hábeas data ante el juez civil. La observancia de estos plazos puede eliminarse en caso de acreditarse que su cumplimiento puede crear el peligro de un daño irreparable. Otra diferencia importante respecto al amparo es que la exigencia de patrocinio de abogado resulta facultativa. Ello es positivo y justificado, pues en muchos casos el pedido de información no ofrece mayor complejidad jurídica, lo que no amerita el concurso de abogado y facilita la más amplia utilización de este proceso, al reducir el costo de interposición y tramitación del hábeas data.

3. El control de constitucionalidad y legalidad de las normas: acción popular y de inconstitucionalidad

El Código se ocupa en el título VI de las disposiciones generales aplicables tanto a los procesos de inconstitucionalidad como de acción popular, dado que ambos suponen un control de la regularidad constitucional y legal de las normas de carácter general y del principio de jerarquía en el ordenamiento normativo (artículo 75°). Ello sin perjuicio, claro está, de la regulación especial y separada que reciben cada uno de estos procesos constitucionales en los títulos VII y VIII, respectivamente.

El proceso de acción popular se tramita y resuelve exclusivamente ante el Poder Judicial, mientras que el de inconstitucionalidad se dirige directamente ante el Tribunal Constitucional. Las sentencias firmes de ambos órganos en esta materia adquieren autoridad de cosa juzgada, son vinculantes para todos los poderes públicos y tienen efectos generales desde el día siguiente de la fecha de su publicación (artículo 82°). Si la demanda es declarada fundada, ello acarreará la derogación de la norma cuestionada. Los jueces suspenderán la tramitación de procesos de acción popular cuando involucren normas cuya inconstitucionalidad se encuentre pendiente de resolución ante el Tribunal Constitucional, hasta que éste expida la sentencia respectiva (artículo 80°).

3.1. El proceso de acción popular

El proceso de acción popular, según precisa el artículo 76°, procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera sea la autoridad pública de que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma que la Constitución o la ley señalan. La demanda puede ser interpuesta por cualquier persona (artículo 84°), ante la Sala de la Corte Superior de Lima que corresponda según la materia, cuando se trata de normas de alcance nacional; si la norma tiene carácter regional o local, será competente la sala de la materia de la Corte Superior del distrito judicial donde se ubica el órgano emisor (artículo 85°).

El plazo de prescripción para la interposición de la demanda de acción popular es de cinco años, contados a partir del día siguiente de la fecha de publicación de la norma cuestionada (artículo 87°). La Sala deberá pronunciarse sobre la admisibilidad de la demanda en un plazo no mayor de cinco días desde su presentación (artículo 88°). El auto admisorio se publicará por una vez en el *Diario Oficial*, así como una síntesis de la demanda, corriendo traslado al órgano emisor de la norma, según las especificaciones consignadas en el artículo 89° del Código. Los plazos para la contestación de la demanda, para la realización de la vista de la causa y la expedición de sentencia son, en cada caso, de diez días.

La sentencia podrá ser apelada, dentro de los cinco días de notificada, ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; también se elevará en consulta a ésta en caso de no plantearse apelación. La sentencia final se dictará dentro de los

diez días posteriores a la vista de la causa y será publicada en el *Diario Oficial*, lo que hará las veces de la notificación. A diferencia de lo que sucede en el proceso de inconstitucionalidad, el artículo 94° del Código trae como importante novedad la posibilidad de que se decrete una *medida cautelar*, siempre que la sentencia de primer grado sea estimatoria de la demanda, lo que supondrá la suspensión de la eficacia de la norma cuestionada.

La sentencia del proceso de acción popular que declara fundada la demanda no sólo tiene efectos generales y derogatorios de la norma inconstitucional o ilegal, sino que también puede establecer su *nulidad con efectos retroactivos*. En tal supuesto, la sentencia determinará sus efectos en el tiempo (artículo 81°, tercer párrafo). Ésta es una diferencia sustancial respecto a las sentencias fundadas en los procesos de inconstitucionalidad, que no tienen efecto retroactivo por disposición expresa del artículo 204°, segundo párrafo de la Constitución.

3.2. El proceso de inconstitucionalidad

Siguiendo lo establecido por el artículo 200°, numeral 4, de la Constitución, el artículo 77° del Código dispone que el proceso de inconstitucionalidad procede contra las normas de rango legal —es decir, leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados internacionales, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales— que contravengan la Constitución por razones de fondo o de forma. El artículo 75°, en su segundo párrafo, agrega que puede demandarse la inconstitucionalidad de las leyes, decretos legislativos o de urgencia que hayan regulado o modificado materias reservadas a leyes orgánicas, sin haberse aprobado con los requisitos y formalidades propios de éstas.

Siguiendo al artículo 203° de la Constitución, el Código dispone que están *legitimados para interponer el proceso de inconstitucionalidad* el presidente de la República, el veinticinco por ciento del número legal de congresistas, el fiscal de la Nación, el defensor del Pueblo; los presidentes de los gobiernos regionales, con acuerdo de su Consejo, y los alcaldes de los gobiernos locales, con acuerdo del Concejo Municipal; en estos dos últimos casos, sólo en asuntos de su competencia. También están facultados para demandar la inconstitucionalidad cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas, salvo cuando se cuestiona una ordenanza municipal, caso en que se requerirá el 1% de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda la cifra antes señalada. Asimismo, están legitimados los colegios profesionales, en materias de su especialidad. En el artículo 99° del Código se detalla la forma en que cada una de las instituciones y personas legitimadas pueden interponer la demanda, para efectos de su representación procesal.

En el artículo 100° se señala que el plazo para interponer la demanda de inconstitucionalidad es de seis años, contados desde la fecha de su publicación; en el caso de los tratados, en cambio, el plazo es de sólo seis meses. Los artículos 101° y 102°

precisan los requisitos mínimos que debe contener la demanda y los anexos que deben acompañarla, manteniendo en lo esencial lo regulado actualmente por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional nº 26.435; la novedad es la exigencia de acompañar una copia de la norma objeto de la demanda, indicando la fecha exacta de su publicación.

Interpuesta la demanda, el Tribunal Constitucional deberá pronunciarse sobre su admisión en un plazo que no puede exceder de diez días (artículo 103°). El Código introduce una interesante diferencia entre las causales de inadmisibilidad de la demanda y las de su improcedencia. Así, la demanda será declarada inadmisible (artículo 103°) si carece de alguno de los requisitos de contenido o anexos antes señalados; si se tratara de una omisión subsanable, se otorgará al demandante un plazo no mayor de cinco días para hacerlo. En cambio, según el artículo 104°, el TC podrá declarar liminarmente la improcedencia de la demanda en caso de que ésta haya sido interpuesta vencido el plazo de prescripción, cuando el Tribunal haya desestimado anteriormente una demanda de inconstitucionalidad por razones de fondo sustancialmente iguales a la pretensión, o si carece de competencia para pronunciarse sobre la norma impugnada.

El Código, en el artículo 105°, dispone la improcedencia de medidas cautelares tratándose de un proceso de inconstitucionalidad. Atendiendo al interés público del proceso, el TC deberá impulsar de oficio su desarrollo, prescindiendo de la actividad o interés de las partes. El proceso sólo termina por sentencia (artículo 106°) Corrido traslado de la demanda, el Código establece que el plazo para contestarla será de treinta días (artículo 107°), y de diez días útiles ulteriores a ésta para la vista de la causa. Los abogados de las partes podrán realizar informe oral en la vista de la causa; la sentencia deberá dictarse dentro de los treinta días posteriores a la producción de dicha vista (artículo 108°).

Conforme señala la Constitución, el artículo 81° del Código establece que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma de rango legal tiene alcance general y carácter derogatorio, pero no efecto retroactivo ni puede reabrir procesos judiciales concluidos donde se haya hecho aplicación de la norma declarada inconstitucional. Las únicas excepciones a la regla de irretroactividad de los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad son la materia penal, para la aplicación de la retroactividad benigna, y cuando la sentencia se pronuncie sobre normas de materia tributaria que se hayan dictado violando el artículo 74° de la Constitución. En este último supuesto, el Tribunal deberá señalar expresamente los efectos en el tiempo de su decisión, lo que abriría la posibilidad de que tales sentencias puedan tener efecto retroactivo. En todo caso, siempre en materia tributaria, el Tribunal deberá resolver en la sentencia lo pertinente a las situaciones jurídicas que se verificaron mientras la norma declarada inconstitucional estuvo en vigencia. Por la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal no recobran vigencia las disposiciones legales que ésta hubiera derogado (artículo 83°).

Reflexión final

Ciertamente este Código Procesal Constitucional introduce avances importantes, con la intención de contribuir a la mejor protección de los derechos fundamentales y a la preservación de la constitucionalidad. El hecho de que la norma tenga como marco lo dispuesto por la vigente Constitución sólo ha impuesto algunas limitaciones, en especial respecto al acceso restringido ante el Tribunal Constitucional en los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, o a la no participación del TC como última instancia en los casos en los que se aplica el control difuso de constitucionalidad. Lo que sí resulta cuestionable es la incorporación por el Congreso de un trato diferenciado para la tramitación y efectos de las medidas cautelares, en los procesos de amparo, cuando el demandado es un gobierno municipal o regional. Creemos que se trata de una decisión inconveniente, a la par de inconstitucional.

Pero, en definitiva, el Código apuesta a fortalecer el papel de la judicatura en el manejo y la resolución de estos procesos constitucionales. Dependerá pues de su capacidad jurídica, y de su compromiso real con los valores y derechos constitucionales, si los nobles propósitos de este Código Procesal Constitucional peruano se ven realizados.

Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen (Perú)*

El nuevo Código Procesal Constitucional del Perú: una visión introspectiva **

1. A modo de presentación

El novísimo Código Procesal Constitucional,¹ elaborado dentro de los marcos y límites fijados por la actual Constitución Política del Estado,² es sin duda alguna el primero de la historia nacional del Perú y el primer código latinoamericano que aborda de manera orgánica, integral y sistemática el conjunto de procesos constitucionales³ y los principios procesales que la sustentan “de manera adecuada e innovadora”.⁴ Es un cuerpo normativo que contiene herramientas útiles para conseguir la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de las personas.⁵

Al regular los procesos constitucionales, de modo claro, eficaz y seguro, el nuevo Código cumple el deber constitucional de defender la Carta Magna para todos los

* Vicepresidente del Tribunal Constitucional del Perú. Doctor Honoris Causa por la Universidad Enrique Guzmán y Valle. Catedrático principal de Derecho Agrario-Ambiental de las universidades de San Martín de Porres e Inca Garcilaso de la Vega. Profesor honorario de la Universidad San Agustín de Arequipa. Miembro de número de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado (Lima). jbardelli@tc.gob.pe

** Con la colaboración del Dr. Hugo Palomino Enríquez.

¹ Aprobado mediante ley 28.237, publicada el 31 de mayo del presente año. Entrará en vigencia (*vacatio legis*) el 1º de diciembre próximo.

² Constitución de 1993.

³ Las acciones de hábeas corpus y amparo estaban normadas desde 1982 por la ley 23.506; las acciones de inconstitucionalidad, por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; la acción de hábeas data y acción de cumplimiento, por la ley 26.301, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 3 de mayo de 1994.

⁴ Julio Fernández Cartagena: “La acción de amparo en el Código Procesal Constitucional”, en *El Peruano*, 10 de agosto del 2004.

⁵ La iniciativa y elaboración del anteproyecto estuvo a cargo de cinco destacados constitucionalistas peruanos: Juan Monroy Galvez, Francisco Eguiguren Praeli, Jorge Danos Conde y Samuel Abad Yupanqui.

ciudadanos y, en consecuencia, garantizar la promoción y vigencia de los derechos fundamentales, lo cual permite establecer el Estado de derecho como una primera aproximación.

En este sentido, el Código ha fijado claramente sus objetivos, dotando de efectividad inmediata a los derechos constitucionales de todas las personas para consecuentemente fortalecer el Estado de derecho.

En cuanto a su estructura, el novísimo instrumento⁶ está integrado por un Título preliminar y trece títulos de 121 artículos, siete disposiciones finales y dos disposiciones transitorias.

El presente artículo tiene el propósito de ofrecer una corta referencia didáctica de los alcances del Código Procesal Constitucional peruano, abordando de modo secuencial: el Título preliminar, los derechos constitucionales, los principios procesales, el control de la supremacía de la Constitución, el control difuso, las sentencias del Tribunal Constitucional, la improcedencia de procesos constitucionales, las sentencias en los procesos constitucionales, el proceso constitucional de amparo, las medidas cautelares en el proceso constitucional de amparo, el proceso constitucional de hábeas corpus, las facultades del juez y el proceso competencial.

2. El Título preliminar

Establece como principios procesales: la dirección judicial del proceso, el impulso de oficio, la gratuitad, la economía, la inmediación y socialización procesales.

Limita la interpretación de los jueces constitucionales⁷ sólo a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales supranacionales, restando valor a lo que establezcan los comités de Naciones Unidas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Se impone al juez y al Tribunal Constitucional la obligación de adecuar las formalidades al logro de los fines perseguidos por los procesos constitucionales, fijándose nuevos criterios para el pago de costas y costos del proceso.

Reconoce el valor obligatorio de la interpretación del Tribunal Constitucional⁸ y de los tribunales internacionales.

3. Los derechos constitucionales

Prescribe que deben interpretarse de conformidad con lo estipulado en los tratados internacionales sobre derechos humanos y por las sentencias de los órganos de jurisdicción internacional.

⁶ El texto fue promulgado en ceremonia solemne en el Tribunal Constitucional, al cual asistió el jefe de Estado.

⁷ Artículo V del Código Procesal Constitucional.

⁸ Artículo VI del Código procesal Constitucional.

4. Principios procesales

Se consagran en el novísimo Código principios específicos aplicables a los procesos constitucionales, los cuales tienen el propósito de velar por la supremacía constitucional y el respeto de los derechos humanos:

4.1. Principio de gratuidad en la actuación del demandante

Conforme a este principio, los procesos constitucionales están exonerados del pago de tasas judiciales.

4.2. Principio de dirección judicial del proceso

Según este principio, el juez es el encargado de dirigir e impulsar el proceso y deberá hacerlo de conformidad con el Código Procesal Constitucional.

4.3. Principio de inmediación

Todas las actuaciones se realizan ante el juez; esta función es indelegable bajo sanción de nulidad.

4.4. Principio de economía

Según éste, el proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales, por cuanto en materia procesal constitucional no existe etapa probatoria. No obstante, se admiten medios probatorios que no requieren actuación, salvo que el juez lo crea indispensable y siempre que ello no afecte la duración del proceso.

4.5. Principio de socialización

De acuerdo con este principio, el juez debe evitar la desigualdad entre las partes que pueda afectar de alguna manera el desarrollo o resultado del proceso.

5. Control de la supremacía de la Constitución

Prescribe que la declaración de inconstitucionalidad de una norma sólo se hará cuando no sea posible interpretarla de conformidad con la Constitución. Los jueces no podrán inaplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal Constitucional.

5.1. *Control difuso*

De existir incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. “De este modo el artículo V del Título Preliminar consagra legislativamente la interpretación conforme a la Constitución como método de interpretación de las leyes, que debe ser usado obligatoriamente por el administrador de justicia. Es decir el Juez debe estar seguro de que no existe una forma razonable de encontrar compatibilidad entre la norma y la Constitución. Sólo en caso de no existir tal posibilidad se preferirá la norma Constitucional”.⁹

6. Sentencias del Tribunal Constitucional

Establecerán un precedente vinculante cuando el Tribunal así lo disponga. El propio Tribunal podrá apartarse de dicho precedente expresando los fundamentos que lo sustentan y justifican.

En efecto, un cambio importante ha sido introducido en el artículo VII del Título preliminar del novísimo Código: las sentencias del Tribunal que adquieran autoridad de cosa juzgada¹⁰ constituyen precedente vinculante siempre que así lo declare expresamente el Tribunal Constitucional.

7. **Improcedencia de procesos constitucionales**

El Código dispone que serán improcedentes las acciones cuyo petitorio de la demanda no se refiera directamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado o cuando existan otros procesos judiciales igualmente satisfactorios y protectivos del derecho vulnerado, estableciendo el carácter residual o excepcional de estos procesos constitucionales ante la inexistencia o carencias de otros procesos comunes.¹¹

También son improcedentes los procesos promovidos contra resoluciones firmes recaídas en otro proceso constitucional o contra resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura respecto a la destitución o ratificación de jueces y fiscales siempre que dichas resoluciones sean motivadas y hayan sido dictadas con previa

⁹ Fernández Cartagena: o. cit.

¹⁰ Ibídem. Citando a Néstor Sagüés: “Habrá cosa juzgada sólo cuando exista un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, sea ésta favorable o no al actor, es decir la sentencia no podrá discutirse en otro juicio de amparo u ordinario y dada la identidad del sujeto, objeto y causa, es oponible en toda circunstancia aunque solamente en los puntos sobre los que haya versado”.

¹¹ El Código deja así de lado el modelo del amparo como vía adicional a las paralelas para implantar un régimen subsidiario.

audiencia al interesado en los procesos promovidos contra resoluciones de contenido jurisdiccional del Jurado Nacional de Elecciones, salvo que se haya vulnerado la tutela procesal efectiva.¹²

De otro lado, el proceso constitucional de amparo deviene en improcedente¹³ cuando existan vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.

Sin embargo, existe el supuesto excepcional,¹⁴ tratándose de un manifiesto agravio a la tutela jurisdiccional efectiva, que abarca el acceso a la justicia y el debido proceso, que puede ser válidamente invocado para iniciar un proceso contra resoluciones judiciales firmes.

8. Sentencias en los procesos constitucionales

Las sentencias dictadas en procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento se actúan conforme a sus propios términos por el juez que conoció de la demanda y tienen prevalencia sobre cualquier sentencia de otros procesos judiciales.

9. El proceso constitucional de amparo

El Código ha regulado el amparo como una expresión de la tutela jurisdiccional de urgencia, y ha privilegiado una cognición sumaria de la cuestión debatida en reemplazo de la cognición plena.¹⁵

No es declarativo de derechos, sino que a través de él se pueden resarcir aquellos derechos que, estando plena e indubitablemente acreditados, son objeto de transgresión. Es un mecanismo procesal de tutela de urgencia y satisfactiva.

El Código introduce una novedad respecto de la finalidad del proceso constitucional de amparo. En efecto, el amparo no sólo servirá para reponer las cosas al estado anterior a la amenaza o violación de los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio,¹⁶ sino que será procedente en aquellos casos en que la agresión o amenaza cese después de presentada la demanda o cuando la agresión se vuelva irreparable.

Al respecto, Julio Fernández Cartagena sostiene que “en efecto, atendiendo al agravio producido, en estos casos el juez declarará fundada la demanda precisando

¹² En este sentido existe la tesis de que el Congreso de la República del Perú no pude modificar los artículos 142 y 181 de la Constitución Política en tanto no sean reformados conforme con su artículo 206.

¹³ Artículo 5 inciso 2.

¹⁴ Artículo 4.

¹⁵ Omar Ciro Roldán: “Una nueva justicia constitucional peruana”, en *El Peruano*, 28 de junio del 2004.

¹⁶ Debe emplearse sólo cuando es realmente necesario.

los alcances de su decisión y disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda. De esta manera el Código deja claro que la amenaza o violación de derechos constitucionales constituye un serio agravio a las bases del sistema jurídico, motivo por el cual se ha extendido su ámbito de aplicación a aquellos supuestos en los que cese el agravio o si éste se vuelve irreparable cuando el proceso se encuentra en trámite”.¹⁷

Puede utilizar válidamente el amparo para cuestionar las afectaciones al debido proceso.

9.1. Carácter residual del proceso constitucional de amparo

No se podrá acudir al amparo en defensa de los derechos constitucionales si existe una vía ordinaria *ad hoc*, dado que este proceso tiene carácter subsidiario o residual, como en el caso de la legislación colombiana.¹⁸

9.2. Medidas cautelares en el proceso constitucional de amparo

La interposición de la demanda de amparo no suspende por sí misma los efectos del acto administrativo lesivo. Para suspender dicho acto se deberá solicitar una medida cautelar. De este modo los jueces están habilitados para disponer cualquier medida cautelar compatible con las peculiaridades del proceso. El juez, para otorgar la medida cautelar, deberá verificar la existencia de una serie de requisitos.¹⁹ Además de la apariencia del derecho reclamado y el peligro de perjuicio por la demora del pedido cautelar, debe ser adecuado para garantizar la eficacia ulterior de la pretensión.²⁰

No obstante, el Código ha optado por no considerar a la caución como requisito para otorgar la medida cautelar. Adicionalmente, se establece que las medidas cautelares se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación es concedida sin efecto suspensivo.²¹

¹⁷ Fernández Cartagena: o. cit.

¹⁸ En el artículo 86 de la Constitución colombiana, el proceso constitucional de amparo se denomina *acción de tutela*: “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 a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales constitucionales, cuando crea que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública [...] 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 irremediable”.

¹⁹ Artículo 15 del Código Procesal Constitucional.

²⁰ Al respecto, Julio Fernández precisa que con ello “los jueces efectúan una revisión de la pertinencia de la medida cautelar solicitada, en relación con la finalidad práctica que se quiere lograr en el proceso”.

²¹ Esta norma se diferencia de la actualmente vigente pues opta por la ejecución inmediata, aplazando el contradictorio y la posibilidad de impugnar para después de dictada y ejecutada la medida.

El juez al momento de concederla tendrá en cuenta la posible irreversibilidad de la medida cautelar.

La medida se dicta y ejecuta sin escuchar a la parte demandada; la apelación no tiene efecto suspensivo en ésta.

El conocimiento y la tramitación de las medidas cautelares que tengan por objeto suspender los efectos de los actos administrativos provenientes del ámbito de aplicación de los gobiernos locales y gobiernos regionales corresponde en primera instancia a la sala competente de la Corte Superior del distrito judicial correspondiente; el pedido se correrá traslado al demandado abriéndose un incidente con participación del Ministerio Público²² y en segunda y última instancia por la Corte Suprema.

10. El proceso constitucional de *habeas corpus*

En principio, la identificación de lo que significa la libertad personal y a la vez se le garantiza, no sólo frente al Estado sino también ante los particulares, son postulados de sumariedad y urgencia, los que procesalmente se incorporan o refuerzan. A este respecto, se “trata de un acierto del Código la ejecución inmediata de la medida cautelar, pues con ello se procura la efectividad de las resoluciones judiciales”.

A través de 17 incisos, se articulan técnicas que permiten una eficaz salvaguarda de los derechos de la libertad, que no sólo es la libertad física propiamente, sino también la libertad de movimiento, de tránsito, de la integridad personal —que una persona no sea maltratada en la comisaría o no reciba tratos inhumanos—. Existen hasta cuatro tipos de *habeas corpus*.

Se trata de un proceso para cuya tramitación sólo se exigen requisitos mínimos imprescindibles, que puede presentarse incluso a través de medios electrónicos de comunicación u otro idóneo.

Es de naturaleza sumarísima, que finalizará en 24 horas, cuya base se encuentra en la gravedad de la violación de la libertad personal, y se reconoce expresamente la legitimidad de la Defensoría del Pueblo para interponerla.

10.1. *Habeas corpus restringido*

Procede ante una continua vulneración de la libertad personal.

²² De la solicitud se corre traslado por tres días, con la contestación expresa o ficta, la Sala de la Corte Superior debe resolver dentro del plazo de tres días, salvo que se haya solicitado un informe oral, en cuyo caso se computa el plazo desde el día siguiente de su realización. La resolución de la sala, de la Corte Superior, será recurrible con efecto suspensivo ante la Corte Suprema.

10.2. Habeas corpus correctivo

Procede ante actos lesivos a la integridad personal —física, psicológica o moral.

10.3. Habeas corpus traslativo

Se aplicará cuando se produzca mora en el proceso judicial u otras graves violaciones del debido proceso y de la tutela judicial efectiva.

10.4. Habeas corpus instructivo

Procede frente a la detención y la desaparición de una persona por una autoridad o un particular.

11. Facultades del juez

Se faculta al juez a utilizar medios de apercibimiento para asegurar el cumplimiento de la sentencia por el obligado a realizar prestaciones de dar, hacer o no hacer, tales como la imposición de multas fijas o acumulativas, determinadas discrecionalmente por el juzgador según la capacidad económica del obligado o a disponer la destitución del responsable.

12. Proceso competencial

Tiene lugar por los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas por la Constitución o leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los Poderes del Estado, los órganos constitucionales y los gobiernos regionales o municipales.

César Landa (Perú)*

El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano

1. Presentación

En los últimos tiempos asistimos a un debate, cada vez más importante, en torno a la sistematización y formulación del derecho procesal constitucional como una disciplina autónoma y dotada de principios propios. Esta situación se ha visto reflejada, principalmente, en los aportes que la doctrina viene realizando de forma creciente sobre él. Sin embargo, si bien en el plano de la doctrina los aportes para la formulación de una teoría general del derecho procesal constitucional muestran un importante avance, no podemos afirmar lo mismo del nivel legislativo, pues generalmente las normas relativas a los procesos constitucionales son normas específicas y, en la mayoría de los ordenamientos constitucionales, permanecen aún dispersas.

De esta manera, el ordenamiento jurídico peruano se ha convertido, a partir de la publicación del Código Procesal Constitucional (en adelante CPC),¹ en el primero de América Latina² en sistematizar y codificar las normas que regulaban en forma dispersa los procesos constitucionales. Sin embargo, a nuestro parecer, la trascendencia del nuevo Código peruano está en otro lugar, pues no sólo se debe a la legítima expectativa que ha venido a ocupar, sino también a que ha introducido innovaciones importantes en casi todas las instituciones que se perfilan como privativas del derecho procesal constitucional.

* Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. <mdc@pucp.edu.pe>

¹ El Código Procesal Constitucional fue publicado por ley n° 28.237, en el *Diario Oficial El Peruano* el 31 de mayo de 2004, y entrará en vigencia a partir del 1 de diciembre de 2004.

² Sin embargo, debemos reconocer que dos provincias argentinas ya contaban con sus respectivos códigos procesales constitucionales, si bien con alcances territoriales limitados; tales son los casos de la ley 8.369 de la provincia de Entre Ríos —que, como refiere Sagüés, es un código— y el Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán (ley 6.944). Cfr. Néstor Pedro Sagüés: “La codificación del derecho procesal constitucional”, en *Themis. Revista de Derecho*, n° 43, Segunda Época, Lima, 2001, p. 8, nota a pie 3.

Las novedades introducidas por el Código Procesal Constitucional peruano pueden advertirse a lo largo de su articulado, algunas más trascendentes que otras. Estos cambios han alcanzado también a la institución del amparo, la cual ha sufrido, en la práctica diaria, serias distorsiones, por cierto ajena a su naturaleza y finalidad. Precisamente, el proceso constitucional de amparo es la institución que nos corresponde estudiar en esta oportunidad, más que en sus aspectos procedimentales, en sus aspectos sustantivos, a la luz de la nueva regulación que el nuevo Código Procesal Constitucional ha venido a introducir.

2. El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional

2.1. La Constitución Política de 1993 y el proceso de amparo

La Constitución Política de 1993 ha mantenido el proceso constitucional de amparo, reconocido, por vez primera en el ordenamiento peruano, en la Constitución de 1979.³ En efecto, señala el inciso 2 del artículo 200º de la Constitución que procede la acción de amparo contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los derechos fundamentales, distintos de los que protegen el *hábeas corpus* y el *hábeas data*. Agrega que el amparo no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular.⁴

2.2. El Código Procesal Constitucional y el proceso de amparo

Dentro de este marco, el Código Procesal ha venido a regular el proceso constitucional de amparo, por un lado, a través de disposiciones generales aplicables también a los procesos de *hábeas corpus*, *hábeas data* y de cumplimiento (título I, CPC), y, por otro, en disposiciones que regulan en estricto, y de forma exclusiva, el proceso constitucional de amparo (título III, CPC), cuya finalidad, según ha establecido el nuevo Código (artículo 1º, CPC), como no puede ser de otra manera, es la protección y tutela de los derechos fundamentales. Para ello, dichos procesos buscarán reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental.

³ Enrique y Francisco Chirinos Soto: *Constitución de 1993, lectura y comentario*. Lima: Norman, 1994, pp. 435-438.

⁴ César Landa: *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Lima: Palestra, 2^a ed., 2003, pp. 201.

2.2.1. *Concepto y naturaleza del proceso de amparo*

El proceso constitucional de amparo es un proceso autónomo que tiene como finalidad esencial la protección de los derechos fundamentales frente a violaciones actuales o a amenazas inminentes de su transgresión. Sin embargo, debemos precisar que el proceso de amparo no protege todos los derechos fundamentales, sino a un grupo de ellos que son distintos de la libertad personal o los derechos conexos a ella, así como del derecho a la información pública o del derecho a la autodeterminación informativa, que tienen, respectivamente, procesos constitucionales específicos para su tutela.

Si bien la protección de los derechos fundamentales es la finalidad primordial del proceso de amparo, es del caso resaltar que este proceso no constituye una forma ordinaria o común de protección de dichos derechos; por el contrario, es un instrumento extraordinario o excepcional de protección. Es por ello que se afirma que el amparo es un instrumento de tutela de urgencia, es decir, “que sólo actúa ante la falta de otros mecanismos procesales que resuelvan eficazmente la cuestión”.⁵ Esta posición respecto de la naturaleza del amparo ha sido recogida por el Código Procesal Constitucional (artículo 5°-2), que establece, *a contrario sensu*, que el amparo sólo será procedente cuando no existan otras vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección de un derecho fundamental amenazado o vulnerado.

2.2.2. *Presupuestos sustantivos del proceso constitucional de amparo*

Los procesos constitucionales, en general, son susceptibles de ser conocidos tanto por el Poder Judicial como por el Tribunal Constitucional (artículo IV, CPC). En tal sentido, la justicia ordinaria es competente para conocer en primer y segundo grado los procesos de amparo y el Tribunal Constitucional para, en última y definitiva instancia, vía un recurso de agravio constitucional, revisar estas decisiones judiciales en materia de derechos fundamentales que la Constitución tutela. Éste sólo es factible de interponerse cuando concurren determinados presupuestos sustantivos:

- a) Se afecta o amenaza de manera inminente un derecho fundamental (en principio lo serán aquellos derechos previstos en el artículo 37° del CPC, pero también los no previstos en la Constitución, según se colige de su artículo 3° y del artículo 37°.25 del CPC) que tiene un sustento constitucional directo, o cuando se afectan los aspectos constitucionalmente protegidos de éste (artículo 38°, CPC) pero distintos de la libertad individual y derechos fundamentales conexos a ella, así como del derecho de acceso a la información pública y el derecho a la autodeterminación informativa.

⁵ Néstor Pedro Sagüés: *Derecho procesal constitucional 3. Acción de amparo*. Buenos Aires: Astrea, 2^a ed. actualizada y ampliada, 1988, p. 262

- b) El hecho lesivo se produce en función de un acto comisivo u omisivo de cualquier autoridad, funcionario o persona —natural o jurídica— (artículo 2°, CPC), como podría ser la expedición de una ley, de una resolución judicial, de un acto administrativo de autoridad o funcionario, o de una orden, acto o disposición de un particular.⁶
- c) No existen vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias en el ordenamiento constitucional (artículo 5°.2, CPC) para la protección del derecho fundamental afectado. Por ello, en principio, el amparo debe ser un proceso subsidiario que no reemplace a otros medios ordinarios de defensa judicial.⁷

2.2.3. Características del proceso de amparo

El proceso constitucional de amparo es un proceso autónomo que se caracteriza por que:⁸

- a) El juez constitucional tiene una función tutelar de los derechos fundamentales en función de aplicación de determinados principios procesales como el principio de dirección judicial del proceso, de economía procesal, de concentración, de socialización, de impulso de oficio, de elasticidad y el principio *pro actione o favor processum* (artículo III, CPC). Así, una vez iniciado el proceso se expresa en lo sumario de él la suplencia procesal a favor del reclamante, el impulso judicial de oficio o la actuación de diligencias a pedido del juez, la cosa juzgada favorable a la víctima y el control difuso de la Constitución, básicamente.
- b) Se realiza según el canon del principio sustantivo —*in dubio pro homine*— y adjetivo —*favor processum*—, según los cuales los derechos fundamentales y los procesos que los tutelan se interpretan extensivamente y las limitaciones a éstos se interpretan restrictivamente. Por ello, el juez podría fallar *ultra petita* (otorgando más allá de lo demandado) o *extra petita* (concediendo algo no demandado). Además, la interpretación de los derechos funda-

⁶ Faustino Cordón Moreno: *El proceso de amparo constitucional*. Madrid: La Ley, 1987, pp. 14-21.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, exp. n° 976-2001-AA/TC de fecha 13 de marzo de 2003, en el recurso extraordinario interpuesto por don Eusebio Llanos Huayco contra la resolución de la Sala Civil de la Corte Superior de Huánuco; oportunidad en la cual el TC estableció que “en nuestro país el amparo es un proceso, por llamarlo así, alternativo, es decir, al que se puede acudir no bien se culmina con agotar la vía previa y siempre que con él se persiga la protección de derechos reconocidos en la Constitución [...]”.

⁸ Miguel Sánchez Morón: *El recurso de amparo constitucional. Características actuales y crisis*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 21-38; José Cascajo Castro y Vicente Gimeno Sendra: *El recurso de amparo*. Madrid: Tecnos, 1984, pp. 81 y ss.

mentales protegidos por el proceso de amparo debe hacerse en concordancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (artículo IV, CPC).

- c) Se incoa cuando la violación de los derechos fundamentales se produce por actos derivados de la aplicación de una norma (artículo 3°, CPC) o cuando el agravio se produce directamente, tanto por una *ley autoaplicativa* que no requiere de ningún acto o decisión para su ejecución, como por una *ley medida* que afecta de manera particular a una persona, sin respetar el carácter general y abstracto de las normas legales.
- d) Se interpone también contra una autoridad jurisdiccional cuando, fuera de un procedimiento de su competencia, emite resolución o disposición que lesione un derecho fundamental, según se desprende de los artículos 4° y 37°.¹⁶ o, dentro de un proceso judicial irregular, se producen vicios formales —*in procedendo*—, es decir, errores adjetivos en el proceso, o vicios sustantivos —*in indicando*—, es decir, por la aplicación de leyes incompatibles con la Constitución.⁹
- e) También lo puede postular un particular contra actos o hechos de otro particular (artículo 2°, CPC), siempre que se hayan vulnerado directamente derechos fundamentales subjetivos. Ello en la medida en que el proceso de amparo tiene eficacia horizontal de un particular frente a otro particular —*Drittewirkung der Grundrechte*— de manera directa a partir de la violación del propio texto constitucional e indirecta a través de la aplicación de leyes y reglamentos que la desarrollan inconstitucionalmente.¹⁰
- f) No cabe interponerlo contra resoluciones judiciales que hayan sido expedidas respetando el derecho fundamental a la tutela procesal efectiva, es decir, sin afectar el acceso a la justicia y el debido proceso (artículo 4°, CPC). Pero tampoco en procesos regulares y basados en normas legítimas; no obstante, esta valoración de lo que es o no es irregular o ilegítimo queda reservada a favor de los jueces constitucionales en tanto intérpretes supremos de la Constitución.¹¹

⁹ José Manuel Bandres Sánchez-Cruzat: *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*. Pamplona: Aranzadi, 1992, pp. 93-110, 135-154 y 182-206.

¹⁰ Jesús García Torres y Antonio Jiménez-Blanco: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1986, pp. 11-46.

¹¹ Luis María Diez-Picazo: “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo”, en *REDC*, nº 40, CEC, Madrid, 1994, pp. 15-18; asimismo, la contestación de Pedro Cruz Villalón: “Sobre el amparo”, en *REDC* nº 41, CEC, Madrid, 1994, pp. 11-12 y 14-15.

- g) No existe una etapa probatoria formal (artículo 9°, CPC), pero son procedentes aquellos medios probatorios que no requieren actuación, lo cual no obsta para que el juez constitucional pueda y deba valorar la carga de la prueba aportada por el demandante, así como solicitar la que considere necesaria para resolver el caso —claro está, sin que se afecte la duración del proceso—. Ello es así en busca de la verdad constitucional, dado que el amparo es un proceso sumario y extraordinario.
- h) El amparo no reemplaza a los medios de defensa judicial ordinarios, en la medida en que el juez ordinario es competente para inaplicar una norma legal si la interpreta como contraria a la Constitución (de conformidad con el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución). El carácter excepcional del proceso de amparo lo impide (artículo 5°.2, CPC). Por ello, el juez constitucional debe valorar que el amparo no sea un recurso directo contra resoluciones expedidas en otro proceso, ni se utilice luego de haber prescrito la acción judicial, ni sea un recurso adicional que cree una cuarta instancia, ni sirva contra providencias cautelares de otros procesos.¹²
- i) Procede cuando se hayan agotado las vías previas y no existan otros medios idóneos de defensa judicial que protejan los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto dichos jueces y tribunales ordinarios y/o administrativos están también obligados a cumplir la Constitución. Por ello, procede el amparo sólo cuando esos otros procesos o procedimientos no sean eficaces para tutelar los derechos afectados constitucionalmente, incluso dentro de un debido proceso formal.
- j) Existen determinadas excepciones al agotamiento de la vía previa, tales como: 1) si una resolución administrativa, que no sea la última en esta vía, es ejecutada antes de vencerse el plazo para quede consentida; 2) si el agotamiento de la vía previa conlleva a que la afectación del derecho fundamental a tutelar pudiera convertirse en irreparable; 3) si la vía previa no se encuentra regulada o el demandante recurrió a ella sin que sea necesaria; y 4) si no se resuelve la vía previa dentro de los plazos pre establecidos para su resolución (artículo 45° y 46°, CPC). En tal sentido, el agotamiento de la vía previa queda relegado a una condición de innecesario, siempre condicionado a que se trate de evitar un daño irremediable, que se caracterice por ser inminente, urgente, grave e impostergable.¹³ Finalmente, en caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa, el juez debe preferir dar trámite a la demanda de amparo (art. III y 45°, CPC).

¹² Joan Oliver Araujo: *El recurso de amparo*. Palma: Facultad de Palma de Mallorca, 1986, pp. 237-240.

¹³ Cordón Moreno: o. cit., pp. 64-78.

- k) La validez del fallo constitucional que adquiere la calidad de cosa juzgada tiene sólo efecto *inter partes*; sin embargo, si de ella se desprenden principios de alcance general y si el Tribunal Constitucional así lo expresa en la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, se convierte en precedente vinculante para situaciones análogas, donde se produzca la identidad entre el hecho, la circunstancia y el derecho demandado (artículo VII, CPC). No obstante, el Tribunal Constitucional puede apartarse del precedente vinculante siempre que exprese los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta.

Las características del proceso de amparo ponen de manifiesto la posición tutelar de los derechos fundamentales, al consagrarse este proceso como una emanación de la tutela de la dignidad de la persona humana. Ello es así en la medida en que ésta constituye un principio constitucional y un derecho fundamental que se traduce en que “la defensa de la persona y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, según se ha consagrado en el artículo 1º de la Constitución.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional es la máxima instancia judicial para conocer y resolver las resoluciones denegatorias del proceso de amparo, y a través de este proceso puede declarar la inaplicación de una norma legal o la nulidad de un proceso judicial siempre que se hayan violado derechos fundamentales que protege, en particular, el derecho a la tutela procesal y al debido proceso, de conformidad con los artículos 139º-3 y 200º-2 de la Constitución.

2.2.4. Proceso de amparo contra normas

La relativa novedad que trajo la Constitución de 1993 es que la acción de amparo no procede contra las normas legales, disposición que ya se encontraba recogida, *a contrario sensu*, en el artículo 3º de la ley nº 23.506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, la cual señalaba: “Las acciones de garantías proceden aun en el caso que la violación o amenaza se base en una norma que sea incompatible con la Constitución. En este supuesto, la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo procedimiento”. Así también lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional en la sentencia del caso de la Telefónica.¹⁴

Sobre ese supuesto, si bien no cabe postular una acción de amparo directamente contra una norma legal, en cambio sí cabe accionarla contra los actos violatorios de los derechos fundamentales que se occasionen con motivo de la aplicación de dicha norma. De modo que el impedimento constitucional se refiere a interponer una ac-

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, exp. nº 1124-2001-AA/TC. Recurso extraordinario interpuesto por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra la sentencia expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima.

ción de amparo contra una norma legal en abstracto —*abstrakte Normenkontrolle*— y no a interponerla contra los efectos particulares de una norma —*Verfassungsbeschwerde*— o cuestionarla en vía incidental en un proceso judicial ordinario —*konkrete Normenkontrolle*.¹⁵

Sin embargo, la práctica legislativa ha dado lugar a la dación de leyes que no siempre emanan de un procedimiento regular, ni responden al principio de la generalidad, abstracción, impersonalidad y atemporalidad propio de una norma legal, muchas veces debido a las exigencias propias del Estado social contemporáneo o de la mala praxis legislativa de legislar situaciones o a personas particulares —directa o indirectamente—.¹⁶ Por el contrario, en las últimas décadas los gobiernos han entendido que necesitaban de leyes-medida o concretas, con destinatarios particulares y de aplicación inmediata.¹⁷ Este hecho ha afectado derechos fundamentales, incluso sin necesidad de que medien actos materiales de ejecución de las normas legales.

Así, pese a que estas leyes-medida pueden afectar derechos fundamentales de una persona, ésta no puede interponer una acción de inconstitucionalidad, ya que no tiene legitimidad procesal activa para demandar, directamente, la inconstitucionalidad de dicha ley, salvo que reúna cinco mil firmas, de conformidad con el artículo 203°.5 de la Constitución. Esto plantea la cuestión de la procedencia o no de la interposición de una acción de amparo contra una ley de contenido particular, admitida en el derecho constitucional comparado.¹⁸

Al respecto, cabe recordar el uso y abuso gubernamental en la afectación del derecho fundamental a la propiedad, a través de leyes, como lo fueron los casos de las leyes de expropiación en favor del Club Yurimaguas o la expropiación de un predio en Chanchamayo, normas que fueron incoadas por inconstitucionales por el fiscal de la Nación y resueltas por el ex Tribunal de Garantías Constitucionales. También, tenemos los casos de los decretos-leyes dictados durante el gobierno de facto en 1992, mediante los cuales se destituyó a magistrados judiciales y demás funcionarios; en esa misma situación se encuentran los decretos-leyes que resolvieron, legis-

¹⁵ Francisco Fernández Segado: “El nuevo ordenamiento constitucional del Perú; aproximación a la Constitución de 1993”, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado: *La Constitución peruana de 1993*, Lima: Grijley, 1994, pp. 102-103.

¹⁶ Pedro Cruz Villalón: “El recurso de amparo constitucional. I. El juez y el legislador”, en Pedro Cruz Villalón, Luis López Guerra, Javier Jiménez Campo y Pablo Pérez Tremps: *Los procesos constitucionales. Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla, 27 y 28 de setiembre de 1991)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 120-122.

¹⁷ Carlos De Cabo Martín: *Contra el consenso, estudio sobre el estado constitucional y el constitucionalismo en el Estado social*, México D.F.: UNAM, 1997, pp. 312 y ss.

¹⁸ Peter Häberle: “Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit”, en *JöR*, 45, 1997, p. 109. Existe traducción al castellano de C. Ruiz Miguel: Peter Häberle: “El recurso de amparo en el sistema germano-federal”, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 252.

lativamente, contratos del Estado con particulares prohibiéndoles a los afectados la interposición de acciones de amparo.

No obstante, también existen ejemplos de leyes ordinarias dictadas por el Congreso que han afectado, legislativamente, a personas o entidades determinadas. Tal como sucedió con la intervención gubernamental de la Universidad Particular San Martín de Porres, el receso de la Universidad Privada Los Ángeles o la modificación de los contratos de estabilidad tributaria celebrados por empresas particulares con el Estado.¹⁹

No cabe duda de que la Constitución de 1993 impide, expresamente, la procedencia del amparo contra normas legales, pero dados estos ejemplos y otros casos, esta disposición debería ser interpretada restrictivamente, en tanto la ley tiene un valor democrático y constitucional que no puede ser vulnerado, por vías paralelas, mediante leyes-medida que vulneren derechos fundamentales de determinados ciudadanos o garantías institucionales de entidades protegidas por la Constitución.

Si bien la Constitución peruana ha tomado partido por una concepción formal de la ley, que hace depender su validez del órgano competente y el cumplimiento de los procedimientos pertinentes,²⁰ ello no garantiza que las leyes vayan a ser generales, abstractas e intemporales. Por el contrario, pueden vulnerar, como lo han venido haciendo, cualquier derecho fundamental de las personas, sin posibilidad de que los afectados puedan accionar, directamente, en la vía judicial contra ellas, a pesar que dichas leyes tengan un carácter personal, concreto y temporal.

Es claro entonces que no resulta constitucionalmente razonable que el afectado no pueda incoar directamente, mediante la acción de amparo, las leyes generales violatorias de la Constitución. Ello, sin embargo, no es óbice para que se pueda postular un proceso de amparo contra una norma legal autoaplicativa, es decir, aquella norma legal de contenido particular que no requiere actos de mediación reglamentarios o de otro tipo para vulnerar directamente derechos fundamentales. En este mismo sentido, se ha llegado a sostener en la doctrina que, al no existir un remedio judicial frente a la violación de derechos fundamentales mediante leyes autoaplicativas, “el recurso de amparo frente a ellas podría tutelar esa vulneración”.²¹ Cabe pre-

¹⁹ César Landa: “Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional”, en *Pensamiento Constitucional*, MDC-Fondo Editorial de la PUCP, 1995, pp. 86-89; asimismo, Samuel Abad: “El amparo contra leyes”, en *LAC*, nº 3, Lima, 1994. p. 14.

²⁰ Javier Pérez Royo: *Las fuentes del derecho*. Madrid: Tecnos, 1985, pp. 83-84.

²¹ Manuel Aragón Reyes: “Problemas del recurso de amparo”, ponencia presentada en el *Seminario sobre la Reforma del Recurso de Amparo*, organizado por el Instituto de Derecho Público de la Universidad Carlos III de Madrid, realizado el 25 de abril de 2003. en <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/semrecamp-ponmar.htm>.

cisar que la legitimidad procesal activa del afectado para postular una demanda contra leyes particulares sí existe en otras experiencias comparadas, incluso contra normas legales generales, como el amparo mexicano contra leyes.²²

Entre tanto, existen dos opciones procesales para afrontar este vacío normativo.²³ En primer lugar, la persona afectada podría interponer una acción de amparo, como control concreto, para que se inapliquen los actos derivados de la ejecución de la norma legal autoaplicativa, por ser violatoria de la Constitución; supuesto en el cual coincidirían la ineficacia con la invalidez de la norma. Lo que podría sustentarse en el principio de la posición preferente —*preferred freedom*— de los derechos fundamentales de la libertad sobre las leyes de carácter patrimonial más aún autoaplicativas. En segundo lugar, el defensor del pueblo puede, como uno de los titulares de la acción de inconstitucionalidad y encargado de proteger los derechos fundamentales y constitucionales de la persona y la comunidad, plantear acciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, a fin de salvar la indefensión en la que se encontraría la persona afectada.

2.2.5. *Proceso de amparo contra resoluciones judiciales*

El proceso de amparo procede contra las resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, esto es, afectando el acceso a la justicia y el debido proceso, salvo cuando dicha resolución ha sido consentida por el agraviado (artículo 4º, CPC). Si bien, la intangibilidad de la cosa juzgada está condicionada a que el proceso haya sido regular, es decir, conforme con el debido proceso legal, se da la excepción de la procedencia de la acción de amparo contra las resoluciones judiciales.

Esto pone en cuestión las relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional; de ahí que se haya llegado a afirmar que una de las funciones del Estado, la jurisdicción, es ejercida simultáneamente y dentro del mismo ordenamiento, por dos órganos distintos (el complejo orgánico del Poder Judicial y el órgano único que es el Tribunal Constitucional), uno de los cuales, que por eso es propiamente supremo, controla la actuación del otro, siquiera sea sólo desde el punto de vista de su adecuación a la Constitución.²⁴

²² Jorge Carpizo, José Cossío y Héctor Fix-Zamudio: “La jurisdicción constitucional en México”, en García Belaunde y Fernández Segado (coords.): o. cit., pp. 762 y ss.

²³ Antonio Cano Mata: *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1986, pp. 230-233; Oliver Araujo: o. cit., pp. 276-283 y 297-303; asimismo, Cascajo Castro y Gimeno Sendra: o. cit., pp. 110-112.

²⁴ Francisco Rubio Llorente: “El recurso de amparo”, en Francisco Rubio Llorente y Javier Jiménez Campo: *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, 1998. p. 55.

Esto es posible únicamente cuando el proceso judicial se haya realizado incumpliendo los principios constitucionales de la tutela judicial y el debido proceso, no sólo formal o adjetivo, sino también que no haya sido llevado de acuerdo con el debido proceso material o sustantivo —esto es, de conformidad con leyes que sean incompatibles con la Constitución, que es lo mismo que decir no conformes con la tutela de los derechos fundamentales.

No obstante, se ha llegado a afirmar que “el amparo se ha convertido en un juicio contradictorio del juicio ordinario, como una cuarta instancia (en un país que sólo [sic] tiene tres) o como una articulación no prevista dentro de las causales de nulidad procesal”.²⁵ Sin embargo, corresponde al Tribunal Constitucional, por vía del amparo, resolver, ponderadamente, sobre el fondo y la forma de los procesos judiciales ordinarios cuando éstos hayan violado derechos fundamentales y, en particular, el debido proceso y el acceso a la justicia.

Ahora bien, como la violación de los derechos fundamentales se produce a través de una resolución del Poder Judicial, es del caso analizar la relevancia del control constitucional del Tribunal sobre la actuación judicial ordinaria; sobre todo porque los jueces constitucionales no son jueces encargados de tutelar la legalidad, sino la constitucionalidad.²⁶ Sin embargo, esta tarea constitucional también le compete, excepcionalmente, al juez común, cuando usa el control difuso para examinar la compatibilidad de una regla legal con la constitucional, según prevé el segundo párrafo del artículo 138º de la Constitución.

Pero es al Tribunal Constitucional al que le corresponde de pleno derecho examinar la resolución judicial elevada en revisión y apreciar la norma legal aplicada por el juez, cuando de su constitucionalidad depende la decisión final sobre la demanda de amparo, por cuanto una errónea o falsa aplicación o interpretación de ésta en el curso del proceso judicial puede haber afectado el derecho fundamental demandado.

Así, en un proceso de amparo contra una resolución judicial que haya aplicado una norma legal cuestionada en su legitimidad constitucional, el Tribunal Constitucional puede abordar la litis desde una línea jurisprudencial estricta o flexible, dada la doble función constitucional del amparo, ya sea como función subjetiva u objetiva.²⁷

²⁵ Domingo García Belaunde: “El amparo contra resoluciones judiciales: nuevas perspectivas”, en LTC, nº 6, Lima, 1991. p. 66.

²⁶ Oliver Araujo: o. cit, pp. 215-218.

²⁷ Martin Düwel: *Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen*. Baden.Baden: Nomos, 2000, pp. 247-261; asimismo, Sabine Hain: *Die Individualverfassungsbeschwerde nach Bundesrecht*. Baden Baden: Nomos, 2002, pp. 130-135; aquí se postula el espinoso tema del amparo como un proceso de tutela de los intereses individuales o de realización de los fines del Estado; el cual la autora resuelve integrando ambas funciones en el doble carácter del amparo. Ello es un efecto reflejo del doble carácter de los derechos fundamentales, para los que tiene sentido su existencia.

Se produce una *interpretación estricta* del amparo cuando los jueces constitucionales examinan el derecho fundamental demandado con base en el expediente judicial ordinario y otorgan mérito constitucional suficiente a los actuados judiciales. Por esta tesis de la automoderación —*self restraint*— el amparo cumple una dimensión subjetiva, mediante la cual se tutelan situaciones concretas en que se hallan los particulares,²⁸ en función de lo cual el juez constitucional asume lo resuelto por el juez ordinario *iure et de iure*. Con estos actuados indiscutibles se pasa luego a realizar un examen de la motivación y relevancia constitucional del derecho fundamental demandado.

Se postula una *interpretación flexible* del amparo cuando los jueces constitucionales adquieren plena jurisdicción sobre el fondo y la forma del proceso, realizando un examen constitucional de la motivación del fallo y de la relevancia de lo actuado judicialmente —*judicial activism*—. Con base en la tesis que postula la dimensión objetiva del amparo, que va más allá de los intereses particulares en juego, los jueces constitucionales asumen competencia para examinar el juicio ordinario con un canon constitucional propio del supremo intérprete de la Constitución, pudiendo revisar todo el proceso (desde el examen del acto lesivo, la validez o no de una norma legal, hasta el valor probatorio de las pruebas); es decir, revisando y reformando constitucionalmente la actuación judicial concreta que sea necesaria con la finalidad de asegurar el orden constitucional objetivo.²⁹

Sin embargo, no es de extrañar que esta conducta procesal propia del activismo judicial sea objeto de controversia; ello debido a que esta corriente jurisprudencial puede terminar suplantando la actuación procesal ordinaria por una actuación procesal constitucional sin límites o con límites discretionales muy difusos. Pero la solución a los excesos no se resuelve asumiendo una conducta jurisprudencial de autolimitación, sino revisando la actuación procesal ordinaria, cuando sea oportuna y necesaria, incluso hasta sus últimas consecuencias, en aras de tutelar o no el derecho fundamental demandado en vía del amparo.

Por ello, en la histórica sentencia del caso *Lüth*, de 15 de enero de 1958, el Tribunal Constitucional Federal Alemán estableció que el Tribunal Constitucional debe examinar si el tribunal civil ha juzgado con acierto el alcance y el efecto de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho civil. Pero de ahí se deriva al tiempo el límite de su labor revisora: no es asunto del Tribunal Constitucional examinar en su integridad las sentencias del juez civil; sólo debe examinar el llamado *efecto de*

²⁸ Diez-Picazo (o. cit., pp. 30-33) fustiga las tesis del ex magistrado del Tribunal Constitucional español, Pedro Cruz Villalón, por sostener una concepción objetivista del amparo, en “El recurso de amparo constitucional. I. El juez y el legislador”, o. cit., pp. 118-119.

²⁹ Pablo Pérez Tremps: “El recurso de amparo constitucional. II. Aspectos procesales”, en Cruz Villalón, López Guerra, Jiménez Campo y Pérez Tremps: o. cit., p. 124.

irradiación de los derechos fundamentales sobre el derecho civil y hacer valer aquí también el contenido de valor de la norma constitucional.³⁰

A fin de realizar esta ponderada actuación extraordinaria, el Tribunal Constitucional debe asegurar un canon interpretativo para el control de constitucionalidad, que parte de precisar el objeto y la medida de la revisión del fondo y la forma del fallo judicial ordinario. Así, el objeto de la motivación del recurso extraordinario de control de una resolución judicial debe ser materia de un examen de razonabilidad y coherencia y la medida debe ser materia de un examen de suficiencia.³¹

Por el *control de la razonabilidad* el Tribunal Constitucional asume competencia para revisar si objetivamente el proceso judicial es relevante para resolver el derecho constitucional subjetivo demandado de violación. Por el *control de coherencia o racionalidad* se debe examinar si el acto lesivo se vincula directamente con el proceso o decisión judicial impugnada. En el *examen de suficiencia*, en tanto, se analiza la intensidad o proporcionalidad que sea necesaria de revisión del proceso o una decisión judicial, a fin de cautelar el derecho fundamental.

Pero, el examen constitucional sobre el proceso judicial no sólo hace justicia a los actos objeto de la controversia, sino también la aplicación de una norma legal, en tanto causa de la lesión judicial *in iudicando* o *in procedendo*. En el primer supuesto, para examinar si constitucionalmente existe una falsa o errónea aplicación o interpretación de la ley al caso concreto y, en el segundo supuesto, para verificar constitucionalmente si se han producido vicios adjetivos de procedimiento que afecten un derecho fundamental.

De ninguna manera es lo mismo examinar judicialmente los hechos lesivos que sostienen una demanda, que limitarse a enjuiciar si fue correcto o no el entendimiento de la ley por el juez. Si bien, en principio, las cuestiones de mera legalidad son materia de la jurisdicción ordinaria, mientras que las cuestiones constitucionales son materia de la jurisdicción constitucional, ello no debe llevar a olvidar que en la tutela de los derechos fundamentales se puede demandar tanto ante la justicia ordinaria como ante la justicia constitucional, subsidiariamente.

Así, pues, al Tribunal Constitucional no le corresponde pronunciarse sobre interpretaciones de la legalidad, cuando no dependa de ellas, de manera directa, la realización del derecho fundamental demandado.³² Pero la jurisprudencia del propio

³⁰ BverfGG 7, 198.

³¹ Dados los problemas comunes del recurso de amparo y la cuestión de inconstitucionalidad, véase Javier Jiménez Campo: "El control de constitucionalidad de la ley en el derecho español", en Rubio Llorente y Jiménez Campo: o. cit., pp. 74-84.

³² Sentencia del Tribunal Constitucional, exp. n° 649-2002-AA/TC. Recurso extraordinario interpuesto por Calcosza S.A. contra la sentencia expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la acción de amparo. En este fallo, el Tribunal Constitucional recordó que "b) la constitucionalidad o no de esta norma es relevante para la resolución del proceso, pues el acto concreto de aplicación se produjo con el cierre de partida, teniendo como fundamento el precitado artículo 171°. c) No es posi-

Tribunal Constitucional peruano ha sido constante en señalar que la verificación o no de las objeciones procesales y probatorias o el cumplimiento de los requisitos procesales no son materia que deba ser dilucidada en sede constitucional.³³

Entonces, si bien el proceso de amparo no habilita al Tribunal Constitucional a convertirse en una superinstancia judicial ordinaria, donde se revise el fondo y la forma de un proceso ordinario relativo a la tutela de derechos subjetivos de naturaleza legislativa, sí lo habilita, en cambio, para que, a través del proceso de amparo, adquiera plena jurisdicción, a fin de examinar en función de un canon de interpretación constitucional el fondo y la forma del asunto materia de la litis constitucional (artículo 41° y 42°, LOTC). Es decir, dada la denegatoria judicial del amparo, el Tribunal Constitucional adquiere competencia para revisar el proceso judicial ordinario, por vicios *in iudicando* o *in procedendo*, siempre que de ello dependa directamente la tutela del derecho fundamental demandado y a riesgo de convertirse en una instancia casatoria en esta materia.³⁴

Ello es así, por cuanto en la función de control constitucional de los fallos judiciales ordinarios el Tribunal Constitucional no puede separar el derecho constitucional alegado de los hechos que son materia de la controversia. Es decir que los magistrados constitucionales deben realizar un análisis constitucional tanto de la ley aplicable como de los actos procesales impugnados, más aún si la acción de amparo es el único medio idóneo de defensa de un derecho fundamental vulnerado por un proceso judicial que no haya sido eficaz para tutelarlo.

Por eso, dada la fuerza normativa de la Constitución, el supremo intérprete de la Constitución debe preferir las normas constitucionales sobre una disposición legal y/o una sentencia judicial, con lo cual cumple con su función de control de la Constitución (de conformidad con el artículo 201° de la Constitución) y el principio jurídico de la supremacía constitucional (de conformidad con los artículos 51° y 138°, segundo párrafo, de la Constitución), para lo cual, el Tribunal Constitucional debe demostrarlo a través de un *test* de la razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad esboza-

ble interpretar el citado artículo de conformidad con la Constitución, pues resulta evidentemente inconstitucional y vulneratorio de los derechos de defensa y igualdad, conforme se ha sostenido en los fundamentos precedentes".

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional, exp. n° 899-2000-AA/TC. Recurso extraordinario interpuesto por don Manuel Espinoza García contra la sentencia expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas cien, su fecha 31 de julio de 2000, que declaró improcedente la acción de amparo. En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional declara que "se concluye que la presente acción de garantía no resulta idónea para los fines que se persigue de reajuste del monto de su deuda, por carecer de etapa probatoria necesaria para el esclarecimiento de dicha reclamación".

³⁴ Dado el abuso del amparo, en España se ha llegado a debatir acerca de la eliminación del derecho a la tutela judicial efectiva del elenco de los derechos protegidos por el amparo constitucional. Véase al respecto Àngela Figueruelo: *El recurso de amparo: estado de la cuestión*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2001, pp. 95-99; de otro lado, Rubio Llorente: o. cit., pp. 52-53.

do, en la medida que le permite, ponderadamente, valorar la validez de la sentencia judicial y/o la compatibilidad de la norma impugnada de constitucionalidad.

2.2.6. *Proceso de amparo y tutela procesal efectiva*

Resulta importante delinear los principios y derechos que tutelan un proceso judicial, toda vez que la mayoría de los procesos de amparo recaen contra resoluciones judiciales. En tal sentido, se puede señalar que en nuestro sistema constitucional se encuentran sentadas, enunciativamente, las garantías de un proceso litigioso, en función del cual toda persona tiene derecho a la tutela procesal efectiva, es decir, al debido proceso y al acceso a la justicia.³⁵

Si se parte de concebir que el Poder Judicial es, constitucionalmente, el organismo encargado de administrar justicia en nombre del pueblo, le corresponde entonces asegurar el derecho que reclamen los justiciables, para lo cual es necesario delimitar un conjunto de principios y garantías jurisdiccionales básicos (artículo 4º, CPC). En virtud de ello, se pueden ejercer, enunciativamente, los siguientes principios y derechos implícitos o explícitos:³⁶

- a) *Derecho de libre acceso al órgano jurisdiccional.* Es el derecho que permite acudir ante los jueces y tribunales para obtener de ellos una sentencia o mandato judicial. El derecho a la acción viabiliza este derecho a la jurisdicción, el mismo que también es un deber porque el ciudadano está vinculado al ordenamiento jurídico, conforme lo establece el artículo 38º de la Constitución. En consecuencia, “si una ley incurre en cualquier violación del derecho a la tutela judicial efectiva [...] será una ley constitucional”.³⁷
- b) *Derecho a la libertad probatoria.* Se parte del supuesto de quien demanda debe probar, judicialmente su pretensión; así como el derecho a poder aportar, oportunamente, las pruebas que considere necesarias en un proceso.
- c) *Derecho de defensa.* Es el derecho de defenderse de la demanda, mediante la asistencia de un abogado. Este derecho, a su vez, se descompone en el derecho a ser informado, inmediatamente y por escrito, de la demanda (artículo 139º.15 de la Constitución), a ser oído, a elegir al defensor, y en la obligatoriedad de contar con un defensor de oficio y defensa eficaz, facultades establecidas en el artículo 139º.4 de la Constitución.
- d) *Derecho a la igualdad sustancial en el proceso.* En virtud del cual en todo proceso se debe garantizar la paridad de condiciones entre las partes: los

³⁵ Bandres Sánchez-Cruzats: o. cit., pp. 75-90.

³⁶ Néstor Pedro Sagüés: *Elementos de Derecho constitucional*, tomo 2, Buenos Aires: Astrea, 1993, pp. 340 y ss.

³⁷ Jesús González Pérez: *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1984, p. 267.

abogados, el fiscal, el abogado de oficio. Ello, en función del derecho fundamental a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 2º-2 de la Constitución.

- e) *Derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley.* Este derecho tiene que ver con que no se pueden crear tribunales ni juzgados de excepción ni parajudiciales. En esa medida, la creación previa de cualquier órgano jurisdiccional debe darse a partir de una ley del Congreso, la que debe establecer la competencia, jurisdicción e investidura —*tenure*— del juez o tribunal.³⁸ De ahí la necesidad de que, por un lado, no quepa su creación por un acto administrativo del Poder Ejecutivo, y, por otro, que la jurisdicción militar, comunal o arbitral deben estar sometidos, en última instancia, a la justicia ordinaria y constitucional. Es más, dada la especialidad de ellas, sus competencias y resoluciones deben interpretarse restrictivamente y en función de los derechos fundamentales.³⁹ En definitiva, el derecho al juez natural se expresa, no tanto en el juez competente o lugar, sino como aquel juez ordinario legalmente predeterminado por ley, ello en la medida en que, del juez natural, se infiere el derecho al juez imparcial.
- f) *Derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho.* Es el derecho de todo justiciable a que las sentencias estén motivadas; es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican, según lo dispone el artículo 139º.5 de la Constitución.
- g) *Derecho a acceder a medios impugnatorios regulados.* Aquí radica el derecho de recurrir razonablemente las resoluciones judiciales, mediante medios de impugnación suficientes y eficaces previstos en el ordenamiento, ante instancias superiores de revisión final. Para tal fin, se ha consagrado la pluralidad de instancias, en el artículo 139º.6 de la Constitución. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional es la instancia de fallo final de las reso-

³⁸ Así, en sendas sentencias, en el caso *Calmell del Solar* (exp. n° 0290-2002-HC/TC) y *Bedoya de Vivanco* (exp. n° 1076-2003-HC/TC), el Tribunal Constitucional ha señalado, respecto del derecho al juez predeterminado por ley que, “por un lado, comporta la predeterminación (y no sólo la determinación) del órgano judicial y también la de su competencia. Desde esta última perspectiva, la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez *ad hoc*. Y por otro, que tales reglas de competencia, objetiva y funcional, sean previstas en una ley orgánica, conforme se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 139º, inciso 3, y 106º de la Constitución. “La predeterminación legal del juez significa, [...] que la ley, con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso, según las normas de competencia que se determine en la Ley”.

³⁹ Víctor García Toma: *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*, tomo II. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1998, pp. 543-461.

luciones denegatorias de los procesos de amparo, según el artículo 202°.2 de la misma Constitución.

- h) *Derecho a la imposibilidad de revivir procesos feneidos.* Este derecho está reconocido indirectamente en el artículo 139°.2 y 5 de la Constitución. Existe, en nuestro ordenamiento, doctrina, legislación y práctica judicial que entiende que la cosa juzgada, para que sea válida, tiene que haber sido arreglada y conforme al derecho.⁴⁰
- i) *Derecho a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales.* Este derecho garantiza que, una vez que una resolución ha sido expedida, ésta debe ser ejecutada dentro de un plazo razonable. Cualquier dilación indebida que medie entre el momento de la expedición de la sentencia y su ejecución podría traer como consecuencia que la tutela que se pretende otorgar a un derecho carezca de objeto y oportunidad.
- j) *Derecho a la observancia del principio de legalidad procesal penal.* El principio de legalidad procesal penal significa que, para que los tribunales puedan declarar la existencia de un delito e imponer una pena, deben ser realizados dentro del proceso penal previsto en las leyes,⁴¹ según dispone el artículo 2°.24.d de la Constitución.

2.2.7. Proceso de amparo y medida cautelar

Un tema que hacía, potencialmente, eficaz a la acción de amparo era la potestad de solicitar con la demanda una medida cautelar, para que se ordenara, judicialmente, la suspensión provisional del acto reclamado. Ello con el propósito de evitar que se consumara el daño, según disponía el artículo 31° de la ley n° 23.506.⁴² En efecto, la concesión de la medida cautelar con la demanda supuso que se adelantaba un juicio sobre la comprobación de un hecho que, si bien era discutido en el proceso del amparo, quedaba a resultados de una posterior y definitiva resolución. Ello siempre que, conforme al juicio interpretativo del magistrado, la demanda se hubiese interpuesto para evitar que se causara un daño, satisfacer una necesidad urgente o evitar perjuicios a las personas y que dicha medida cautelar estuviese dirigida a impedir que el fallo definitivo terminara siendo inejecutable.⁴³

⁴⁰ Roger Zavaleta: “Nulidad de cosa juzgada fraudulenta y debido proceso”, ponencia al *I Congreso Nacional de Derecho Procesal*. PUCP. Lima: Normas Legales, 1996, pp. 33-38.

⁴¹ AA.VV.: *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 9^a ed., 2000, p. 14.

⁴² Al respecto revisar el modelo español asumido. Cf. Cano Mata, o. cit., pp. 357-363; asimismo, Juan Monroy Gálvez: “La medida cautelar en el proceso de amparo peruano”, en *LTC*, n° 3. CAJ, Lima, 1989. En la misma revista, véase, entre otros artículos sobre el tema, García Belaunde: “Las vueltas del amparo”, pp. 121-127.

⁴³ Monroy Gálvez: o. cit., pp. 109-112; Samuel Abad: “La medida cautelar en la acción de amparo”, en *Derecho*, n° 43-44, PUCP, Lima, 1991, pp. 409-414; asimismo, Víctor Julio Ortecho:

Sin embargo, en virtud del decreto-ley nº 25.433 se ha proceduralizado la medida cautelar, disponiendo el traslado de la demanda cautelar a la otra parte, la intervención del fiscal, la apelación del auto concesorio en doble efecto y, finalmente, que la medida de suspensión ordenada no implique la ejecución de lo que es materia del fondo de la acción de amparo. Con esto, la eficacia e inmediatez del amparo quedaba cercenada desde entonces.

Esta anulación de la medida cautelar del amparo se debió al abuso judicial que se ha hecho de ella, pese a que esta medida no busca entorpecer la vigencia de las normas o la ejecución de las sentencias judiciales.⁴⁴ Aun cuando se haya hecho ese uso en materia de resoluciones judiciales y, de manera extraordinaria, para la inaplicación de leyes autoaplicativas e inclusive de proyectos de leyes, la medida cautelar pretende, únicamente, asegurar la protección antelada de un derecho fundamental.

Precisamente, esa pretensión ha llevado al legislador a regular, en el nuevo Código Procesal peruano (artículo 15°, CPC), la medida cautelar, si bien con algunas modificaciones más acordes con el carácter de tutela de urgencia propio de un proceso constitucional como el amparo. Es por ello que la expedición de la medida cautelar dentro del proceso de amparo se caracteriza por lo siguiente:

- a) Para su concesión se exige que concurran tres requisitos, a saber: 1) apariencia del derecho, 2) peligro en la demora, y 3) que el pedido cautelar sea adecuado para garantizar la tutela de la pretensión.
- b) Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación sólo es concedida sin efecto suspensivo.
- c) Su procedencia, trámite y ejecución dependen del contenido de la pretensión constitucional intentada y del aseguramiento de la decisión final.
- d) El juez, cuando conceda la medida cautelar, deberá considerar el límite de irreversibilidad; es decir, la medida cautelar nunca debe producir situaciones que luego no puedan ser dejadas sin efecto.⁴⁵
- e) La medida cautelar se extingue de pleno derecho siempre que la resolución que pone fin al proceso ha adquirido la calidad de cosa juzgada (artículo 16, CPC).

2.2.8. *Efectos de la sentencia*

En la medida en que el amparo otorga eficaz protección a los derechos fundamentales, cumple también un papel educativo para la sociedad, por cuanto los ciudadanos, al defender sus derechos, participan activamente en el fortalecimiento del

Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales. Trujillo: Fondo Editorial de la Universidad Antenor Orrego, 1994, pp. 175 y ss.

⁴⁴ César Landa: *Teoría del derecho procesal constitucional*. Lima: Palestra, 2003, p. 133.

⁴⁵ AA. VV.: *Código procesal constitucional*. Lima: Palestra, 2004, p. 46.

Estado constitucional. Dicha responsabilidad recae tanto en el Poder Judicial como en el Tribunal Constitucional, este último en tanto instancia final necesaria para realizar una protección objetiva de la Constitución en un proceso concreto.⁴⁶ De ahí que se haya previsto que las sentencias dictadas, dentro de un proceso constitucional como el amparo, por los jueces constitucionales tengan prevalencia sobre las de los otros órganos constitucionales (artículo 22º, CPC).

Sin embargo, la valoración objetiva del Tribunal Constitucional sobre la incompatibilidad de la norma legal con los derechos fundamentales demandados deriva en que los jueces ordinarios que resuelvan una causa similar deben interpretar de conformidad con esa decisión. Esto se debe a que “los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”, según dispone la primera disposición general, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.⁴⁷

Es indudable que, en virtud de la reserva de ley, el legislador puede determinar en la norma legal el contenido de un derecho fundamental, pero, dado el carácter objetivo del amparo, los jueces pueden inaplicar dicha norma si consideran que en su cumplimiento se está violando el contenido esencial de un derecho fundamental directa o indirectamente protegido por el ordenamiento constitucional, de conformidad con el artículo 38 del CPC. Como la Constitución prevalece sobre la ley, los jueces del Tribunal Constitucional cautelan que las leyes y las sentencias de los jueces ordinarios sean válidamente constitucionales, es decir, que no deben vulnerar el principio jurídico de la supremacía constitucional.

Como la acción de amparo tiene por finalidad tutelar el derecho constitucional afectado, esto se logra a través de reponer las cosas al estado anterior de la violación constitucional (artículo 1º, CPC) o expidiendo residualmente una medida judicial innovadora en el caso que la reposición sea fácticamente imposible de obtener, que si bien no restituye el daño compense el derecho fundamental afectado.⁴⁸

Como las sentencias del Tribunal Constitucional tienen eficacia jurídica vinculante no sólo para el legislador, juez ordinario, funcionario, sino también entre los particulares —*Drittewirkung der Grundrechte*—, cualquier acto legislativo o decisión judicial no debe afectar ni rebajar lo resuelto por el supremo intérprete de la Constitución.

⁴⁶ Cano Mata: o. cit., pp. 349 ss.

⁴⁷ Theodor Maunz, Bruno Schmidt-Bleibtreu, Franz Klein, Gerhard Ulsamer et al.: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. Múnich: C. H. Beck, 1995, pp. 10-21, donde se analiza el art. 31º.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, el cual dispone que “las sentencias del Tribunal Constitucional vinculan a los órganos constitucionales de la Federación y de los Estados, como a todos los Tribunales y autoridades administrativas”.

⁴⁸ Oliver Araujo: o. cit., pp. 344-358.

tución, sino asegurar que se respete dicho fallo, que es lo mismo que decir que se tutelen los derechos fundamentales; tarea propia de la jurisdicción constitucional que ubica a los magistrados entre el derecho y la política.⁴⁹

No obstante, la sentencia del amparo no instituye un nuevo régimen legal, por cuanto éste sólo puede ser modificado por una norma constitucional o legal del Congreso y el Tribunal Constitucional no es un órgano constituyente ni legislativo facultado para dictar normas constitucionales ni legales; sino que es un organismo judicial encargado de tutelar derechos fundamentales y, en consecuencia, de realizar el control constitucional de las normas legales. Lo cual, no obstante, no impide que el Tribunal Constitucional cuando resuelve una acción de amparo —o un hábeas corpus— pueda establecer positivamente una jurisprudencia vinculante (artículo VII, CPC), si de ella puede desprendérse principios de alcance general.⁵⁰

Finalmente, la estimación subjetiva del derecho demandado, si bien adquiere una estricta eficacia *inter partes*, de allí no se desprende un derecho subjetivo a demandar de terceros, sino que cada juez para resolver una nueva causa deberá valorar la identidad entre el acto lesivo, el derecho fundamental reclamado y las circunstancias de las partes. Tampoco correspondería interponer un contraamparo contra lo resuelto en amparo por un juez, debido a que, si bien el amparo tiene también una función objetiva, el proceso de amparo está concebido para tutelar derechos fundamentales concretos, no abstractos.⁵¹

3. A modo de conclusión

La dación del Código Procesal Constitucional constituye un aporte importante no sólo para el ordenamiento constitucional peruano, sino también para el fortalecimiento del Estado constitucional democrático y la afirmación del derecho procesal constitucional. Pero el aporte del Código también puede apreciarse en otro plano, lo cual quiere decir que el objetivo esencial del Código es contar con un conjunto normativo, sistemático y de regulación de los procesos constitucionales en orden a la efectiva protección de los derechos fundamentales.

En lo que concierne al proceso constitucional de amparo, cabe decir que el Código regula adecuadamente esta institución. Pero también debemos tener en cuen-

⁴⁹ Ernst Benda y Eckart Klein: *Lehrbuch des Verfassungsprozeßrechts*. Heidelberg: C. F. Müller, 1991, pp. 4-12; asimismo, Peter Häberle: “Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit”, en Peter Häberle (comp.): *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976, pp. 1-45, en especial pp. 14-15.

⁵⁰ Düwel: o. cit., pp. 45-46.

⁵¹ Francisco Caamaño: “El recurso de amparo y la reforma peyorativa de derechos fundamentales: el denominado ‘contra-amparo’”, en *REDC*, n° 47, CEC, Madrid, 1996, pp. 125-153, en particular 141-143; asimismo, Cruz Villalón: o. cit., pp. 14-15.

ta que las normas no crean realidades; por ello, la idoneidad de la actual regulación del proceso de amparo no sólo depende de las innovaciones introducidas, sino también, y creemos que en mayor medida, de la prudencia y sensatez tanto de los jueces como de los propios ciudadanos. De ahí que la primera responsabilidad recae en el juez de amparo, quien deberá evaluar la procedencia o improcedencia del amparo, en cada caso concreto, a partir de la consideración de que el amparo es un proceso residual o excepcional de protección de los derechos fundamentales y que la vía ordinaria o común de protección de tales derechos es la vía judicial.

De hecho, las bases están asentadas para su buen funcionamiento, pero sería muy aventurado decir que ello solucionará, de una vez por todas, las serias distorsiones en que el amparo está subsumido todavía.

Lima, setiembre de 2004.

Bibliografía

- ARAGÓN REYES, Manuel: "Problemas del recurso de amparo". Ponencia presentada en el *Seminario sobre la Reforma del Recurso de Amparo*, organizado por el Instituto de Derecho Público de la Universidad Carlos III de Madrid, realizado el 25 de abril de 2003. En <<http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/semrecamp-ponmar.htm>>.
- AA. VV.: *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 9^a ed., 2000.
- AA. VV.: *Código Procesal Constitucional*. Lima: Palestra, 2004.
- ABAD, Samuel: "El amparo contra leyes", en *LAC*, nº 3, Lima, 1994.
- "La medida cautelar en la acción de amparo", en *Derecho*, nº 43-44, PUCP, Lima, 1991.
- BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel: *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*. Pamplona: Aranzadi, 1992.
- BENDA, Ernst, y Eckart KLEIN: *Lehrbuch des Verfassungsprozeßrechts*. Heidelberg: C. F. Müller, 1991.
- BIDART CAMPOS, Germán: *El derecho constitucional humanitario*. Buenos Aires: Ediar, 1996.
- CAAMAÑO, Francisco. "El recurso de amparo y la reforma peyorativa de derechos fundamentales: el denominado 'contra-amparo'", en *REDC*, nº 47, CEC, Madrid, 1996.
- CANO MATA, Antonio: *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1986.
- CARPIZO, Jorge, José COSSÍO y Héctor FIX-ZAMUDIO: "La jurisdicción constitucional en México", en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997.
- CASCAJO CASTRO, José, y Vicente GIMENO SENDRA: *El recurso de amparo*. Madrid: Tecnos, 1984.
- CHIRINOS SOTO, Enrique, y Francisco CHIRINOS SOTO: *Constitución de 1993, lectura y comentario*. Lima: Nerman, 1994.
- CORDÓN MORENO, Faustino: *El proceso de amparo constitucional*. Madrid: La Ley, 1987.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro: "El recurso de amparo constitucional. I. El juez y el legislador", en Pedro Cruz Villalón, Luis López Guerra, Javier Jiménez Campo y Pablo Pérez Tremps: *Los procesos constitucionales. Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla, 27 y 28 de setiembre de 1991)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- "Sobre el amparo", en *REDC* N.º 41, CEC, Madrid, 1994.
- DE CABO MARTÍN, Carlos: *Contra el consenso. Estudio sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo en el Estado social*. México D. F.: UNAM, 1997.

- DIEZ-PICAZO, Luis María: “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo”, en *REDC*, nº 40, CEC, Madrid, 1994.
- DÜWEL, Martin: *Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen*. Baden Baden: Nomos, 2000.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “El nuevo ordenamiento constitucional del Perú; aproximación a la Constitución de 1993”, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado: *La Constitución peruana de 1993*. Lima: Grijley, 1994.
- FIGUERUELO, Àngela: *El recurso de amparo: estado de la cuestión*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2001.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “El amparo contra resoluciones judiciales: nuevas perspectivas”, en *LTC*, nº 6, Lima, 1991.
- “Las vueltas del amparo”, en *LTC*, nº 3. CAJ, Lima, 1989.
- GARCÍA TOMA, Víctor. *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*, tomo II. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1998.
- GARCÍA TORRES, Jesús, y Antonio JIMÉNEZ-BLANCO: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1986.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1984.
- HÄBERLE, Peter. “Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit”, en *JöR*, 45, 1997.
- “El recurso de amparo en el sistema germano-federal”, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997.
- “Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit”, en Peter Häberle (comp.): *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976.
- HAIN, Sabine: *Die Individualverfassungsbeschwerde nach Bundesrecht*. Baden Baden: Nomos, 2002.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier. “El control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español”, en Rubio Llorente, Francisco y Javier Jiménez Campo: *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier y Francisco RUBIO LLORENTE: *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.
- LANDA, César: *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Lima: Palestra, 2ª ed., 2003.
- *Teoría del derecho procesal constitucional*. Lima: Palestra, 2003.
- “Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional”, en *Pensamiento Constitucional*, MDC-Fondo Editorial de la PUCP, 1995.
- MAUNZ, Theodor, Bruno SCHMIDT-BLEIBTTREU, Franz KLEIN, Gerhard ULSAMER et al.: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Múnich: C. H. Beck, 1995.

- MONROY GÁLVEZ, Juan: “La medida cautelar en el proceso de amparo peruano”, en *LTC*, nº 3, CAJ, Lima, 1989.
- OLIVER ARAUJO, Joan: *El recurso de amparo*. Palma: Facultad de Palma de Mallorca, 1986.
- ORTECHO, Víctor Julio: *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales*. Trujillo: Fondo Editorial de la Universidad Antenor Orrego, 1994.
- PÉREZ TREMPS, Pablo: “El recurso de amparo constitucional. II. Aspectos procesales”, en Pedro Cruz Villalón, Luis López Guerra, Javier Jiménez Campo y Pablo Pérez Tremps: *Los procesos constitucionales. Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla, 27 y 28 de setiembre de 1991)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- PÉREZ ROYO, Javier: *Las fuentes del derecho*. Madrid: Tecnos, 1985.
- RUBIO LLORENTE, Francisco: “El recurso de amparo”, en Javier Jiménez Campo y Francisco Rubio Llorente: *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Elementos de derecho constitucional*, tomo 2. Buenos Aires: Astrea, 1993.
- *Derecho procesal constitucional 3. Acción de amparo*. Buenos Aires: Astrea, 2^a ed. actualizada y ampliada, 1988.
- “La codificación del derecho procesal constitucional”, en *Themis. Revista de Derecho*, nº 43, Segunda época, Lima, 2001.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *El recurso de amparo constitucional. Características actuales y crisis*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- ZAVALETA, Roger: “Nulidad de cosa juzgada fraudulenta y debido proceso”, ponencia al *I Congreso Nacional de Derecho Procesal. PUCP*. Lima: Normas Legales, 1996.

Luis Alberto Huerta Guerrero (Perú)*

Lineamientos para el estudio, análisis y enseñanza del derecho procesal constitucional

El derecho procesal constitucional viene recibiendo especial atención, tanto por especialistas en derecho constitucional y derecho procesal, como por todos los operadores jurídicos en general, pues la defensa jurisdiccional de la Constitución y de los derechos fundamentales es un tema de interés común, lo que se ha visto reflejado en las universidades, donde es cada vez más frecuente encontrar cursos bajo la denominación *derecho procesal constitucional*.

Consideramos importante, en consecuencia, compartir experiencias sobre el estudio y análisis de esta disciplina, por lo que presentamos un conjunto de lineamientos al respecto, en perspectiva comparada. El orden de los temas corresponde al que hemos venido empleando en nuestra experiencia docente y debe estar advertido el lector de que la manera como se ha redactado este ensayo obedece a nuestro interés por describir aquello que entendemos debe formar parte de la enseñanza del derecho procesal constitucional.¹

1. Defensa de la Constitución y procesos constitucionales

El estudio del derecho procesal constitucional debería partir de una explicación introductoria sobre la defensa de la Constitución, en la que se presente la relación entre los órganos políticos y los órganos jurisdiccionales del Estado como defensores de la ley fundamental. En este sentido, resulta importante presentar un panorama

* Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Maestría de la Universidad Andina Simón Bolívar (institución académica de la Comunidad Andina). lhuerta@cajpe.org.pe

¹ Un texto con un objetivo similar cuya revisión recomendamos es el de José Palomino Manchego y otros: *Syllabus de Derecho Procesal Constitucional*, Grijley - Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2003.

general sobre la manera en que el Ejecutivo, el Congreso, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional actúan como garantes de la supremacía constitucional.

En el caso del Congreso, especial importancia tiene el tema del control sobre los actos normativos del presidente de la República, pues el derecho comparado ofrece experiencias de países en donde éste tiene facultades para dictar decretos al amparo de una delegación de facultades del Congreso u otro tipo de medidas con fuerza y rango de ley. Asimismo, el Congreso puede defender la Constitución mediante la eliminación del ordenamiento jurídico de aquellas normas que sean incompatibles con la ley fundamental. En el caso de la defensa de la Constitución por parte del Ejecutivo, especial interés tiene analizar la potestad que en varios países se otorga al presidente de la República para observar o vetar las leyes aprobadas por el Congreso, medida que en algunos casos puede estar fundamentada en la necesidad de garantizar la vigencia de la Constitución.

En el caso de los órganos jurisdiccionales del Estado, el papel del Poder Judicial y/o Tribunal Constitucional como instituciones competentes para garantizar la vigencia del texto constitucional será desarrollado a lo largo del curso, por lo que aquí corresponde únicamente presentar una descripción general sobre la labor que desempeñan con tal objetivo y de los procesos constitucionales previstos para tal efecto.

La explicación sobre la defensa de la Constitución a través de los órganos políticos del Estado constituye una premisa esencial para comprender adecuadamente la labor de los tribunales en materia de justicia constitucional y la forma en que ésta ha evolucionado. Según cada experiencia, éstos pueden tener un rol complementario respecto a la defensa de la ley fundamental que realizan los órganos políticos, pero en otros casos su papel será más relevante, sobre todo en aquellos países en donde ni el Congreso ni el Ejecutivo tienen un papel activo en esa dirección, situación que es frecuente en los países latinoamericanos, donde es común, por ejemplo, encontrar normas manifiestamente incompatibles con los derechos fundamentales que permanecen sin ser derogadas o modificadas.²

Esta referencia a los órganos constitucionales de carácter político que tienen posibilidades de llevar a cabo una defensa de la Constitución permite una mejor comprensión y aproximación al célebre debate entre Hans Kelsen y Carl Schmitt sobre la autoridad o institución en la que debe recaer la defensa de la Constitución. Este debate en la actualidad no se centra en escoger si esa defensa corresponde a un órgano político o a uno jurisdiccional, sino en evaluar la relación entre estas instituciones y la manera en que llevan a cabo esta labor. Reiteramos que una de las razones de la activa labor de los órganos jurisdiccionales en materia de control constitucional y el uso cada vez mayor de los procesos constitucionales obedece en muchos casos a una falta de acción de aquellos otros órganos, como los de carácter político, que podrían también defender la Constitución en el ejercicio de sus funciones.

² La vigencia en varios países de las denominadas *leyes de desacato*, que sancionan las expresiones ofensivas contra las autoridades e instituciones estatales, es una clara muestra de esta situación.

La razón de ser de los procesos constitucionales como mecanismos de defensa de la Constitución, así como el impacto de las decisiones emitidas en el marco de éstos, sólo puede ser cabalmente comprendida si es analizada dentro de este contexto, lo cual obedece a que estos procesos son una vía para la defensa jurisdiccional de la ley fundamental, pero ni son las únicas ni la defensa de la Constitución se limita a la que se realiza a través de los órganos jurisdiccionales del Estado.

2. Marco conceptual del derecho procesal constitucional

Luego de presentar la relación entre los procesos constitucionales y el conjunto de mecanismos existentes para la defensa de la Constitución, corresponde explicar el marco conceptual que debe ser tomado en cuenta para comprender los alcances y el objeto de estudio del derecho procesal constitucional.

2.1. Definiciones básicas

Existen diversas expresiones relacionadas con el derecho procesal constitucional, por lo que resulta necesario explicar sus alcances a fin de que pueda quedar clara su relación con esta disciplina.

En primer lugar corresponde explicar qué se entiende por *jurisdicción constitucional*, expresión que ha sido muy empleada cuando se aborda el tema de los procesos constitucionales. Sin embargo, tiene un alcance diferente, pues a través de ella se hace referencia a la jurisdicción involucrada en la defensa de la Constitución, que, según el modelo de control constitucional de cada país, puede recaer en el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional o en ambos. Así como dentro del Estado existe una jurisdicción que conoce las causas relacionadas con asuntos civiles, penales, laborales, etc., también existe una jurisdicción constitucional, que por lo general es mucho más extensa y recae en muchos más órganos. En este rubro suelen analizarse temas vinculados a la importancia de los órganos que ejercen jurisdicción constitucional en el desarrollo de un Estado constitucional, y su relación con otros órganos del Estado, en tanto controlan la constitucionalidad de las normas que emiten y los actos que realizan.

En los estudios sobre jurisdicción constitucional, los procesos constitucionales son por lo general analizados desde una perspectiva instrumental —como medios a través de los cuales se emiten decisiones importantes para garantizar la supremacía constitucional o la defensa de los derechos fundamentales—, sin incidir en sus aspectos procesales. En este sentido, estos procesos aparecen simplemente mencionados y analizados en función de otros factores, no necesariamente procesales.

Sin embargo, ha sido a propósito de estos estudios que los procesos constitucionales han adquirido notoriedad y presencia, debido a lo cual es necesario ofrecer una definición. Sin perjuicio de un desarrollo mayor del tema al momento de analizar el

objeto de estudio del derecho procesal constitucional, aquí corresponde proporcionar una aproximación preliminar sobre aquello que se entiende por *procesos constitucionales*, que por lo general son definidos en atención a su objetivo, es decir, como procesos a través de los cuales se garantiza la supremacía normativa de la Constitución y se protegen los derechos fundamentales.

La referencia a los procesos constitucionales lleva inmediatamente al tema de la *magistratura constitucional*, siguiente expresión a ser explicada. En este sentido, si hablamos de los procesos constitucionales, necesariamente se debe analizar cuáles son las instancias jurisdiccionales competentes para su conocimiento y resolución, es decir, cuáles son los órganos que defienden la Constitución en sede jurisdiccional.

Finalmente, corresponde explicar en esta sección los alcances de la expresión *derecho procesal constitucional*, como disciplina que estudia los procesos constitucionales desde una perspectiva procesal y la magistratura constitucional.

Estas definiciones básicas y preliminares permiten comprender lo que algunos autores consideran el tránsito de la *jurisdicción constitucional* al *derecho procesal constitucional*.³

2.2. *Objeto de estudio del derecho procesal constitucional*

Como hemos adelantado, el objeto de estudio del derecho procesal constitucional son los procesos constitucionales y la magistratura constitucional. Corresponde ahora delimitar aspectos específicos sobre ambas materias y su relación con otros temas conexos pero que escapan a los alcances de esta disciplina.⁴

2.2.1. *Procesos constitucionales*

El primer tema a desarrollar en esta sección es qué se entiende por *proceso constitucional*. Desde una perspectiva material o sustantiva, es decir, a partir de su finalidad, un proceso constitucional será aquel que tenga por objetivo la resolución en sede jurisdiccional de controversias relacionadas con el contenido y alcance de la Constitución, como por ejemplo, la defensa de su supremacía normativa frente a cualquier otra norma del ordenamiento jurídico o la defensa de los derechos fundamentales. Pero existe además una perspectiva formal, en virtud de la cual dichos procesos deben estar reconocidos en la Constitución.

Ambos aspectos se complementan y sirven para dejar fuera del estudio del derecho procesal constitucional aquellos otros procesos que puedan estar señalados en el

³ Véase al respecto Domingo García Belaunde: *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, Grijley, Lima, 2^a ed., 2000.

⁴ Sobre esta materia recomendamos revisar Héctor Fix-Zamudio: “Introducción al derecho procesal constitucional”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, n° 1, Lima, 1999, pp. 15-69.

texto constitucional pero cuyo objetivo no se relaciona con el contenido de la Constitución.⁵

El segundo tema a desarrollar es la perspectiva de estudio de estos procesos, que por lo general han sido objeto de análisis del derecho constitucional, por cuanto uno de los rubros principales de esta disciplina es la defensa jurisdiccional de la Constitución. Sin embargo, estos procesos requieren ser estudiados desde una perspectiva complementaria, que permita comprender de manera adecuada su desarrollo. Por eso en la actualidad se plantea que su análisis se realice también desde la perspectiva de la *teoría general del proceso*, definida ésta como el conjunto de instituciones y principios comunes a todos los procesos, incluidos los de carácter constitucional.

Un tercer aspecto que corresponde abordar en esta sección es la denominación de estos procesos. Aunque se trata de un aspecto formal, el uso de términos inadecuados para referirse a ellos no hace sino dificultar su comprensión y análisis desde la perspectiva del derecho procesal. Vocablos como *acción*, *recurso* o *juicio* deben ser dejadas de lado en favor del término *proceso*, entendido como el “conjunto dialéctico de actos, ejecutados con sujeción a determinadas reglas más o menos rígidas, realizados durante el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, por distintos sujetos que se relacionan entre sí con intereses idénticos, diferentes o contradictorios, pero vinculados intrínsecamente por fines privados o públicos”.⁶ Desde esta perspectiva, expresiones como *recurso de hábeas corpus*, *juicio de amparo* o *acción de inconstitucionalidad*, deben ser sustituidas por las de *proceso de hábeas corpus*, *proceso de amparo* y *proceso de inconstitucionalidad*, tanto en la práctica judicial como en el ámbito académico.

Luego de estas explicaciones, resulta importante presentar una clasificación de los procesos constitucionales en atención a su objetivo. Se sugiere al respecto que dicha clasificación se realice con base en el derecho comparado, de tal forma que se pueda evaluar hasta qué nivel se ha llegado en el ámbito interno de cada país. Una propuesta de clasificación sería entre: a) procesos de tutela de derechos fundamentales, b) procesos destinados a garantizar la supremacía normativa de la Constitución y, c) procesos de conflicto competencial entre órganos constitucionales.

2.2.2. *Magistratura constitucional*

La magistratura constitucional también es objeto de estudio del derecho procesal constitucional. Su análisis debe realizarse desde la perspectiva del derecho com-

⁵ A modo de ejemplo se puede citar el caso peruano, donde la Constitución de 1993 incluye el *proceso de cumplimiento* en la lista de procesos constitucionales, cuando sus alcances están más vinculados al derecho administrativo que al derecho constitucional.

⁶ Juan Monroy Gálvez: *Introducción al proceso civil*, tomo I, Temis - Estudio de Belaunde y Monroy, Bogotá, 1996, pp. 112-113.

parado, en el que dicha labor puede recaer en el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional o en ambas instituciones, según el sistema de control constitucional previsto en cada país. Sin perjuicio de dedicarse una sección específica a este tema, consideramos importante desarrollarlo a partir de los siguientes aspectos.

En primer lugar, analizar las opciones asumidas en el derecho comparado respecto a los órganos que ejercen jurisdicción constitucional, es decir, la labor que les corresponde a los órganos que integran el Poder Judicial y a los tribunales o cortes constitucionales. Puede darse a conocer, por ejemplo, la importante labor desarrollada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América y los tribunales constitucionales de Europa, así como comentar experiencias cercanas importantes de América Latina, como las de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Colombia y Perú, por citar algunos casos particularmente relevantes. No se trata aquí de presentar una diferencia entre el control difuso y el control concentrado —tema que se desarrollará más adelante—, sino de explicar que existen ordenamientos que le otorgan al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, o a ambos a la vez, la potestad de resolver las controversias relacionadas con el contenido de la Constitución.

En segundo lugar, corresponde realizar un análisis comparado sobre las competencias que les han sido asignadas a los órganos responsables del control constitucional. En este sentido, se puede estudiar cómo algunas salas o tribunales constitucionales tienen mayores o menores competencias que otros, y las consecuencias que esto tiene en el fortalecimiento o debilitamiento del sistema de defensa de la Constitución a través de los órganos jurisdiccionales del Estado.

Como tercera materia se puede analizar el perfil del magistrado constitucional, que implica evaluar los requisitos que deben cumplir aquellas personas que vayan a tener la responsabilidad de impartir justicia constitucional, en especial de aquellos que vayan a integrar las salas o tribunales constitucionales.

Un cuarto tema lo constituye la forma de designación de los magistrados constitucionales. Aquí las opciones del derecho comparado son diversas, pero especialmente interesan las relativas al nombramiento de quienes integran las salas o tribunales constitucionales. En estos casos las opciones van desde una elección en la que intervienen diferentes órganos del Estado (Ejecutivo, Congreso y Poder Judicial) hasta aquella en la cual sólo interviene un órgano, sea político (el Congreso) o especializado en la designación de magistrados (como un Consejo Nacional de la Magistratura).

Otros temas conexos, como el período en el cargo de los magistrados de una sala o tribunal constitucional, pueden ser desarrollados en esta sección, a fin de evaluar las ventajas o desventajas de las opciones que también ofrece el derecho comparado.

3. Fuentes para el estudio del derecho procesal constitucional

Una vez delimitado el objeto de estudio del derecho procesal constitucional, corresponde presentar las fuentes a emplear para su análisis. Como es lógico suponer, la Constitución es la primera a considerar, seguida de las leyes procesales aplicables —tanto las específicas sobre procesos constitucionales como aquellas que podrían emplearse de manera supletoria— y las leyes sobre la magistratura constitucional. Especial atención merece la jurisprudencia constitucional y procesal constitucional. A continuación presentamos algunas ideas para el estudio de estas fuentes.

3.1. Normas constitucionales

La Constitución de cada país es la primera fuente a tomar en cuenta para el estudio de los procesos constitucionales y la magistratura constitucional. Por lo general los textos constitucionales contienen disposiciones generales sobre ambas materias y delegan al legislador ordinario la facultad de desarrollarlas.

En este sentido, corresponde analizar en esta sección qué es lo que debe y no debe señalarse en el plano constitucional sobre estos temas, lo cual es importante por cuanto el modelo de control constitucional de un país puede verse seriamente afectado como consecuencia de normas constitucionales demasiado reglamentarias y que en la práctica originen problemas, siendo su reforma más complicada de llevar a cabo.

Así por ejemplo, no consideramos apropiado que en una norma constitucional se señalen causales de improcedencia específicas sobre determinados procesos constitucionales. Se puede citar al respecto el caso del Ecuador, donde la Constitución (artículo 95º) establece que no procede el amparo contra las “decisiones judiciales adoptadas en un proceso”, mientras que en la Constitución del Perú (artículo 200º inciso 2) se señala que no procede el amparo contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular.

Tampoco es adecuado que en un texto constitucional se detalle la competencia en materia de procesos de tutela de derechos fundamentales. Puede citarse el caso de Bolivia, donde los artículos 18º y 19º de la Constitución establecen cuáles son las instancias ante las cuales se presentan las demandas de hábeas corpus y amparo.

En cuanto a los órganos que ejercen control constitucional, los textos constitucionales deberían establecer una cláusula abierta que permita asignarles de manera progresiva mayores competencias relacionadas con la defensa de la Constitución. Así ocurre por ejemplo en el caso del Ecuador (artículo 276º de la Constitución).

Es interesante anotar asimismo que el texto constitucional de Colombia no establece el número exacto de magistrados de la Corte Constitucional, sino que delega esta precisión al legislador (artículo 239º), lo cual nos parece razonable, pues el número de magistrados de un tribunal constitucional depende del número de procesos que llegue a su conocimiento, algo que es imposible conocer al momento de aprobar

una Constitución. La precisión del número de magistrados de un tribunal constitucional en la ley fundamental es inconveniente, como lo demuestra la experiencia de Bolivia, donde la Constitución (artículo 119º) establece que el Tribunal Constitucional estará integrado por sólo cinco magistrados, cifra a todas luces desproporcionada en atención al elevado número de competencias que le han sido asignadas, pese a lo cual este órgano de control ha sabido estar a la altura de las circunstancias.

3.2. Legislación sobre procesos constitucionales y magistratura constitucional

La segunda fuente a emplear para el estudio del derecho procesal constitucional es la legislación sobre los procesos constitucionales y la magistratura constitucional.

Aquí debe resaltarse la importancia de que ambas materias sean desarrolladas en normas separadas, es decir, que exista una legislación específica para cada tema. En este sentido, puede existir por un lado una *Ley de Control Constitucional* o *Código Procesal Constitucional*, y por otra parte pueden expedirse las respectivas leyes orgánicas del Poder Judicial y/o del Tribunal Constitucional. En ambos casos, debe tratarse de normas que sean aprobadas por el Congreso con una votación calificada.

En el caso de los procesos constitucionales, lo adecuado es que las normas sobre cada uno de ellos se encuentren en un solo cuerpo legal, adecuadamente ordenadas y sistematizadas. A modo de ejemplo se puede citar el recién aprobado Código Procesal Constitucional del Perú (ley 28.237, publicada el 31 de mayo del 2004), el cual contiene un Título preliminar y trece títulos, en los cuales se establece el marco normativo de todos los procesos constitucionales de este país, tanto de aquellos cuyo objetivo es garantizar la supremacía normativa de la Constitución como de los destinados a la tutela de los derechos fundamentales, entre otros.⁷

Una mención importante debe hacerse al tema de la aplicación supletoria en los procesos constitucionales de otro tipo de normas procesales, lo que solo será posible si no perjudican su desarrollo. Así por ejemplo, el artículo IX del Título preliminar del citado código peruano señala al respecto que, en caso de defecto o vacío de esta ley, “serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo”.

⁷ Es importante anotar que el anteproyecto de este Código fue elaborado por seis juristas peruanos: Samuel Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco Eguiguren Praeli, Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez y Arsenio Oré Guardia. La versión finalmente aprobada por el Congreso introdujo algunas modificaciones. Puede consultarse este Código en la sección “Jurisprudencia Constitucional” del sitio web de la Comisión Andina de Juristas, www.cajpe.org.pe.

3.3. *Jurisprudencia constitucional y procesal constitucional*

La tercera fuente a emplear para el estudio del derecho procesal constitucional es la jurisprudencia en materia constitucional y procesal constitucional. Por la primera entendemos aquella sobre el contenido de la Constitución y por la segunda aquella sobre los procesos constitucionales. Ambas se relacionan mutuamente. Así por ejemplo, uno de los presupuestos procesales en materia de amparo es que el acto impugnado sea lesivo al contenido de un derecho fundamental, para lo cual corresponde examinar previamente si el derecho invocado es fundamental y determinar su contenido, temas que son desarrollados a través de la jurisprudencia constitucional.

Especial atención debe tener aquí el análisis sobre el carácter vinculante de las decisiones emitidas por las instancias supremas de control constitucional y la obligación de las instancias inferiores de seguir el precedente establecido. Este tema resulta particularmente importante en aquellos países en donde existe un Tribunal Constitucional, pues sus decisiones son de cumplimiento obligatorio por parte del Poder Judicial, lo cual a veces ha generado reacciones adversas por parte de la justicia ordinaria o simplemente ésta no ha seguido los lineamientos interpretativos de la Constitución establecidos por el Tribunal.

La jurisprudencia procesal constitucional tiene sin lugar a dudas un lugar muy especial en el ámbito de las fuentes del derecho procesal constitucional, pues es frecuente que la legislación sobre la materia no desarrolle varios aspectos relacionados con los procesos constitucionales o sea necesario que éstos se precisen a nivel jurisprudencial, lo que ocurre incluso en aquellos países que tienen una normativa muy reglamentaria. En este sentido, por citar algunos ejemplos, a través de la jurisprudencia se precisan cuáles son los derechos fundamentales que pueden ser protegidos a través del hábeas corpus y el amparo, los supuestos en los que no cabe exigir el agotamiento de la vía previa, el cómputo del plazo para presentar la demanda respectiva y las excepciones al respecto, las otras vías a las cuales sería posible acudir para la tutela de los derechos fundamentales —en el caso de aquellos países que acogen el sistema de las vías paralelas—, los efectos en el tiempo de las sentencias mediante las cuales se expulsa una norma del ordenamiento jurídico, los alcances de las denominadas sentencias interpretativas, las normas procesales que pueden ser aplicadas de manera supletoria, entre otros muchos temas de importancia en materia procesal constitucional.⁸

⁸ Respecto a la importancia de la jurisprudencia a partir de la experiencia del Tribunal Constitucional alemán, puede revisarse el texto de Peter Häberle: “El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional”, en *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Palestra - Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2004, pp. 23-54.

3.4. Una fuente particular: las normas internacionales sobre derechos humanos

Podría parecer extraño considerar a las normas internacionales sobre derechos humanos como una fuente del derecho procesal constitucional, pero no lo es si tomamos en cuenta que un tipo de proceso constitucional es aquel por medio del cual se busca la tutela judicial de los derechos fundamentales, lo que a su vez constituye una manifestación del derecho a la protección judicial de estos derechos, reconocido en el artículo 25º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que ha merecido un extenso desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En este sentido, es posible identificar en el derecho internacional de los derechos humanos un conjunto de lineamientos que deben ser observados por los Estados respecto a los procesos constitucionales de tutela de estos derechos, tales como la necesidad de que estos procesos sean breves y efectivos, la eliminación de aquellas normas que impiden una adecuada protección judicial, etc.; lo cual será objeto de un desarrollo específico más adelante.

4. Principios procesales y actividad del juez constitucional

Los principios procesales deben ser observados y aplicados en los procesos constitucionales, en especial aquellos que le permiten al juez tener un papel más activo en su desarrollo.

Entre los principios que merecen especial atención en el derecho procesal constitucional se encuentran los de economía, inmediación y socialización procesal, así como el de gratuitad en la actuación del demandante. Corresponde en esta sección explicar sus alcances y su utilidad en los procesos constitucionales.

Especial atención debe merecer la actuación del juez constitucional, que debe tener un papel activo, el cual puede explicarse a partir del principio de dirección judicial del proceso. En este sentido, en los procesos constitucionales el juez debe constituirse en una pieza clave, pues no se trata en ellos asuntos de interés particular o privado, sino de importancia y trascendencia pública, como la defensa de la Constitución y los derechos fundamentales.

En el marco de este papel activo del juez hay dos temas de especial relevancia. Por un lado, los alcances del principio *iura novit curia*, de acuerdo al cual el juez o tribunal debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido de manera errada. Por otra parte, el contenido de una institución del derecho mexicano denominada *suplencia de la queja deficiente* —es decir, la actuación del juez ante una deficiencia en el contenido de la pretensión—, que ha sido asimismo empleada en otros países, como en el caso peruano, y que es objeto de debates y controversias vinculados a los límites de la actuación de los jueces en los procesos constitucionales y el respeto al principio de congruencia y del contradictorio.

Atención particular debe darse en esta sección a la aplicación por parte de los jueces del principio *pro actione*.

5. Procesos constitucionales de tutela de los derechos fundamentales (hábeas corpus, amparo y hábeas data)

Conocidos también como *procesos constitucionales de la libertad*, éstos presentan características y denominaciones diferentes en el derecho comparado, pero en términos generales se trata de los procesos de hábeas corpus, amparo y hábeas data, los cuales tienen un elemento común: la tutela de los derechos fundamentales. Por lo tanto, antes de presentar los aspectos generales aplicables a estos tres procesos, así como los aspectos específicos de cada uno, corresponde explicar los alcances del derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales.

5.1. El derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales

Al igual que otros instrumentos internacionales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 25º) reconoce el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales, en virtud del cual toda persona tiene derecho a contar con “un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”. Entre estos mecanismos de protección judicial, como lo ha señalado la Corte Interamericana, se encuentran los procesos de amparo y hábeas corpus.

A nivel interno, no siempre los textos constitucionales mencionan este derecho, pero es posible interpretar los artículos referidos al debido proceso y la tutela judicial efectiva, a fin de reconocerlo como parte integrante del catálogo de derechos con rango constitucional. Además, la mención que en los textos constitucionales se realiza a los procesos de amparo, hábeas corpus y hábeas data constituye un reconocimiento indirecto de dicho derecho.

Los procesos constitucionales de tutela de los derechos fundamentales, por lo tanto, no constituyen un fin en sí mismos sino medios a través de los cuales se hace efectivo el derecho a la protección judicial de tales derechos. La identificación de estos procesos como medios para alcanzar una tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales, constituye una premisa indispensable para analizar su marco legal y su desarrollo en la práctica. Esto permite una uniformidad en su análisis, independientemente de las particularidades que tengan en cada país.

Luego de identificar el contenido del derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales, corresponde señalar aquellos actos lesivos en su contra. La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una importante jurisprudencia al respecto, a propósito de casos relacionados con los procesos de amparo y hábeas

corpus, en donde ha establecido que resulta contrario a este derecho la existencia de impedimentos (legales o de otro tipo) para presentar una demanda de protección judicial de los derechos fundamentales —incluso durante los estados de excepción— o para que los jueces puedan resolverla. Asimismo son contrarios a este derecho el incumplimiento de las decisiones judiciales adoptadas en este tipo de procesos y la violación de las garantías el debido proceso durante su desarrollo.

5.2. Aspectos generales de los procesos de hábeas corpus, amparo y hábeas data

Luego de haber concluido que los procesos de hábeas corpus, amparo y hábeas data son procesos a través de los cuales se hace efectivo el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales, corresponde mencionar algunos temas de alcance general referidos a estos tres procesos antes de presentar sus aspectos singulares.

5.2.1. Los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales como procesos declarativos

Los procesos judiciales pueden ser objeto de diferentes clasificaciones. En atención a la función que cumplen, pueden ser declarativos, ejecutivos o cautelares:⁹

- *Procesos declarativos* (o de conocimiento, de declaración o de cognición): Son aquéllos en los cuales se debate sobre la inseguridad o incertidumbre respecto a un derecho.
- *Procesos de ejecución* (o ejecutivos): A diferencia de los declarativos, aquí no hay incertidumbre alguna sino seguridad sobre el derecho de una persona, pero que a pesar de su contundencia, no es reconocido —expresa o tácitamente— por el sujeto encargado de su cumplimiento.
- *Procesos cautelares*: En estos procesos, una de las partes litigantes, generalmente el demandante, solicita al juez que ordene medidas que garanticen la ejecución de la decisión definitiva del proceso. Su objetivo es obtener una medida cautelar.

Al analizar el proceso de amparo, Abad opta por considerarlo como un proceso declarativo, pues existe “inseguridad o incertidumbre respecto a la violación de un derecho fundamental [...], que debe ser aclarada en la respectiva sentencia”.¹⁰ Nosot

⁹ Monroy Gálvez: o. cit., pp. 136-143.

¹⁰ Samuel Abad Yupanqui: “El proceso constitucional de amparo: aproximaciones desde la teoría general del proceso”, en Susana Castañeda Otsu (coord.): *Derecho procesal constitucional*, Jurista, Lima, 2004, tomo II, pp. 680-681.

tros compartimos esta posición y la extendemos a los otros procesos constitucionales de tutela de los derechos fundamentales, sin dejar de remarcar, como lo hace Abad, que el hecho de considerarlos como procesos declarativos no implica que su regulación legal sea la de un proceso ordinario sino la de uno especial y sumario, en razón de su objetivo, cual es la tutela urgente de los derechos fundamentales.

5.2.2. Tipo de sentencia en los procesos constitucionales de tutela de los derechos fundamentales

Al igual que los procesos, las sentencias judiciales también pueden ser clasificadas. En atención al pronunciamiento sobre el fondo de una controversia, pueden ser declarativas, constitutivas y condenatorias.¹¹

- *Sentencias declarativas:* Son aquéllas en las que se comprueba la existencia de un derecho o una situación jurídica, como por ejemplo, el reconocimiento de una servidumbre o la declaración de una hipoteca.
- *Sentencias constitutivas:* Son aquéllas en las que se crea una situación jurídica, sea modificando un estado de cosas o sustituyéndolo por otro, como por ejemplo, aquellas sentencias mediante las cuales se admite un divorcio.
- *Sentencias condenatorias:* Son aquéllas en las que se impone a la parte que es vencida en un proceso el cumplimiento de una prestación, sea positiva de hacer o de dar, o negativa de no hacer.

En los procesos de amparo, hábeas corpus y hábeas data no se busca reconocer derechos a una persona, sino proteger sus derechos fundamentales. En este sentido, al analizar el contenido de las sentencias en los procesos de amparo, Abad opta por considerarlas como condenatorias, pues a través de ellas se “persigue una declaración judicial que debe ponerse en práctica obligando al emplazado a que haga, deshaga, no haga o entregue algo al afectado”.¹² También compartimos esta posición y la extendemos a los otros procesos constitucionales de tutela de los derechos fundamentales.

La forma más adecuada para la protección de los derechos fundamentales corresponderá determinarla a los jueces. Lo importante es que la sentencia establezca de modo claro y preciso la medida a adoptar. Las normas sobre la materia por lo general señalan algunos lineamientos al respecto, muy generales por cierto, pero que dan una idea sobre aquello que debe ordenarse. Así por ejemplo, el Código Procesal Constitucional del Perú (artículo 1º) señala que la protección de los derechos funda-

¹¹ Sitio jurídico <<http://www.geocities.com/CapitolHill/Senate/8569/derecho.html>>, 6/6/2004.

¹² Samuel Abad Yúpanqui: “El proceso constitucional de amparo en el Perú: un análisis desde la teoría general del proceso”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 85, México DF, 1996, pp. 21-22, 60-61.

mentales se puede efectuar “reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación (del derecho), o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo”.

5.2.3. *Derechos protegidos*

Hemos señalado que los procesos de hábeas corpus, amparo y hábeas data constituyen una manifestación del derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, cada ordenamiento jurídico establece qué derechos se protegen mediante cada proceso, sin perjuicio de que su ámbito de tutela se extienda a derechos distintos a los fundamentales, pero por lo general su objetivo es la garantía de estos últimos.

Corresponde abordar en esta sección algunos temas de alcance general sobre los derechos fundamentales, pues si el objetivo de los procesos antes mencionados es su defensa, hay que saber qué se entiende por ellos y cuáles son.

Este tema incide de manera directa en el desarrollo de los procesos constitucionales, pues un primer presupuesto que debe cumplirse para que proceda una demanda de hábeas corpus, amparo y hábeas data es que a través de ellos se busque la protección de un derecho fundamental. En caso contrario, la demanda será declarada improcedente.

Esta causal de improcedencia puede en algunos casos deducirse de los propios textos constitucionales, pues en ellos se suele señalar que el objetivo de estos procesos es la tutela de los derechos fundamentales, por lo que en una interpretación a contrario, las demandas respectivas serían improcedentes cuando no se constate que exista un derecho fundamental amenazado o vulnerado. Una novedad interesante al respecto aparece en el Código Procesal Constitucional del Perú (artículo 5º inciso 1) en donde se establece que no corresponde acudir a este tipo de procesos constitucionales cuando “los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”.

Corresponde en consecuencia realizar una interpretación de los derechos fundamentales a fin de identificar su contenido, de tal modo que sea posible invocarlos en la demanda respectiva para que las autoridades judiciales evalúen el cumplimiento de este primer presupuesto. Para tal efecto, el derecho internacional de los derechos humanos cobra especial importancia y utilidad.¹³

¹³ En los textos constitucionales de Colombia y Perú se establece la obligación de interpretar las normas constitucionales sobre derechos fundamentales de conformidad con las normas internacionales sobre derechos humanos.

En esta sección también se debe analizar el tema de los derechos fundamentales “no escritos” o no enunciados de modo expreso en la Constitución, los que también merecen una protección a través de los procesos constitucionales.

Aquí se puede realizar una mención general de los derechos protegidos a través de cada proceso constitucional, con cargo a un mayor desarrollo del tema en las secciones específicas sobre cada uno de ellos.

5.2.4. *Actos lesivos*

El segundo presupuesto procesal que se debe examinar en los procesos constitucionales previstos para la protección de los derechos fundamentales es si existe un acto lesivo de éstos. En caso contrario, la demanda deberá declararse improcedente.

La doctrina ha desarrollado una clasificación de estos actos lesivos, en razón a diferentes aspectos. Aquí reseñamos aquélla empleada por Abad respecto al proceso de amparo, perfectamente aplicable a cualquier tipo de proceso de tutela de derechos fundamentales.¹⁴

- En razón al *tiempo*, los actos lesivos pueden ser pasados (consumados), presentes o futuros (amenazas ciertas e inminentes). Sólo en el primer caso la demanda deberá declararse improcedente, pero si el acto lesivo cesó luego de presentada la demanda es posible conseguir un pronunciamiento del juez. Así por ejemplo, el Código Procesal Constitucional del Perú (artículo 1º) señala que “si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor [...] el juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda [...].” Debe incluirse en esta clasificación los actos de trato sucesivo, que implican una lesión continuada de los derechos fundamentales, en donde se presentan actos pasados, presentes y futuros.
- En razón al *modo de afectación*, los actos lesivos pueden consistir en acciones (hacer o amenaza de hacer algo) u omisiones respecto a actos de cumplimiento obligatorio.
- En razón a la *reparabilidad*, los actos lesivos pueden ser reparables (que implica la restitución a la persona en el disfrute de sus derechos) o irreparables. En este último supuesto, la demanda deberá ser declarada improcedente, pero si el acto lesivo devino en irreparable luego de presentada la demanda es posible conseguir un pronunciamiento del juez. Así por ejemplo el Código Procesal Constitucional del Perú (artículo 1º) señala que “si luego

¹⁴ Abad Yupanqui: o. cit., pp. 24-28.

de presentada la demanda [la agresión] deviene en irreparable [...] el juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda [...].

- En razón a la *subsistencia*, los actos lesivos pueden ser permanentes o haber cesado. Para que la demanda proceda los actos lesivos deben subsistir al momento de su presentación, pues en caso contrario será declarada improcedente. Como señalamos, si el acto lesivo cesa luego de presentada la demanda es posible conseguir un pronunciamiento del juez.
- En razón a la *evidencia de la lesión*, los actos lesivos deben ser claros y evidentes a fin de que procedan las demandas de hábeas corpus, amparo y hábeas data. Por el contrario, si un acto lesivo no resulta manifiesto se deberá declarar improcedente la demanda. Aquí cobra especial importancia el hecho de que estos procesos sean breves y, como consecuencia directa, no exista etapa probatoria, pues lo que se busca es una protección judicial inmediata frente a un acto lesivo manifiestamente evidente.
- En razón al *consentimiento*, los actos lesivos pueden clasificarse en consentidos (sea de forma expresa o tácita) o no consentidos. Se debe señalar al respecto que la posibilidad de consentir de manera expresa un acto lesivo es un tema polémico, relacionado con el carácter irrenunciable de los derechos fundamentales. En el caso del consentimiento tácito, éste guarda relación con el vencimiento del plazo para presentar una demanda de tutela de los derechos fundamentales, lo cual está previsto en algunos ordenamientos jurídicos.

Sin perjuicio de un desarrollo mayor al momento de explicar la legitimidad pasiva en cada proceso constitucional, en esta sección se podrían presentar algunos aspectos relacionados con el *origen* del acto lesivo, de tal modo que se analice la posibilidad de dar inicio a un proceso contra particulares (a fin de explicar la eficacia horizontal de los derechos fundamentales), resoluciones judiciales (por afectación del debido proceso u otro derecho fundamental), normas legales (a fin de explicar el debate sobre las normas autoaplicativas) y actos administrativos.

5.2.5. *Carácter excepcional de los procesos constitucionales de tutela de los derechos fundamentales*

En esta sección corresponde explicar la opción asumida en varios países por considerar a los procesos de tutela de los derechos fundamentales como excepcionales, residuales o heroicos, en particular el proceso de amparo, por lo que la referencia a este tema puede realizarse aquí o durante el desarrollo de dicho proceso en particu-

lar. Interesan de modo especial dos temas: la obligación de acudir a las denominadas *vías paralelas* y la exigencia de agotar las *vías previas*.

Ambos temas los desarrollaremos más adelante, en la sección correspondiente al proceso de amparo. En todo caso, aquí también cabe plantear la interrogante sobre si el carácter excepcional de los procesos constitucionales es compatible con el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales y si puede exigirse dicha característica especial en el caso del proceso de hábeas corpus.

5.2.6. *Causales de improcedencia*

Al igual que ocurre con otros procesos judiciales, existen causales de improcedencia respecto a los procesos de hábeas corpus, amparo y hábeas data, algunas de las cuales son generales —aplicables a todos ellos— y otras específicas.

Las causales varían de legislación en legislación, pero es importante presentar al menos una relación de las más comunes y de aquellas que tienen especial importancia en perspectiva comparada.

Así por ejemplo, como ya hemos señalado, en los procesos constitucionales es posible declarar la improcedencia de una demanda si el derecho invocado no es fundamental o si el acto lesivo ha sido consumado, ha devenido en irreparable, entre otros supuestos. De igual modo, el no haber optado por la vía paralela, la falta de agotamiento de las vías previas y el vencimiento del plazo para presentar la demanda respectiva, constituyen en algunos ordenamientos causales de improcedencia en los procesos constitucionales de tutela de los derechos fundamentales.

Hasta esta etapa de los estudios, algunas causales habrán sido analizadas, por lo que convendría repasarlas. Otras podrán ser analizadas de modo particular a propósito del proceso de amparo. En todo caso, aquí se podría hacer una presentación general del tema y trabajar algunos supuestos no contemplados anteriormente ni que van a ser objeto de desarrollo más adelante, como por ejemplo, las situaciones de litisdependencia.

Otro tema que correspondería trabajarse aquí es la facultad del juez de rechazar de plano las demandas (*rechazo in limine*) en casos de manifiesta improcedencia, así como la necesidad de no declarar la improcedencia de la demanda cuando existen dudas respecto a si se ha incurrido en alguna de las causales establecidas para tal efecto, a fin de continuar el desarrollo del proceso.

5.2.7. *Intervención del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional*

La intervención del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional en el desarrollo de los procesos de hábeas corpus, amparo y hábeas data varía de país en país. Una explicación más detallada se puede realizar al momento de analizar cada proceso en particular, pero en esta sección corresponde analizar aspectos generales que resultan importantes para todos estos procesos de tutela de los derechos fundamentales.

En este sentido, aquí corresponde analizar si estos procesos deberían iniciarse ante órganos judiciales unipersonales (juzgados) o colegiados, el número de instancias máximas que debería existir en este tipo de procesos y si la Corte Suprema debería tener competencia para conocer estos casos como instancia superior.

Respecto a la instancia final que conozca estos procesos corresponde evaluar si deberá pronunciarse sobre el fondo del asunto o actuar como un órgano de casación; las consecuencias de un pronunciamiento en el cual ésta señale que ha existido un vicio o quebrantamiento de forma en el desarrollo del proceso, y los recursos para acceder a dicha instancia.

En aquellos países que cuentan con un Tribunal Constitucional, existen varios temas interesantes, como por ejemplo, si debe tener competencia para conocer este tipo de procesos. En un supuesto afirmativo, si esa competencia debe ser respecto a todos o algunos casos, si debe dividirse en Salas o trabajar en Pleno, y por qué la opción más frecuente en aquellos países que cuentan con un Tribunal Constitucional es que estos procesos se inicien ante el Poder Judicial.

Un punto final a evaluar es si el Ministerio Público debe intervenir en los procesos de tutela de los derechos fundamentales.

5.2.8. Contenido de la sentencia, cosa juzgada y ejecución de la sentencia

Estos tres temas se encuentran relacionados, por lo que podrían ser abordados de manera conjunta.

En términos generales, la sentencia es la resolución judicial que pone fin al proceso o a una etapa de éste. En los procesos de tutela de los derechos fundamentales, ésta debe contener un pronunciamiento sobre varios aspectos. En primer lugar, una evaluación sobre si existe alguna causal de improcedencia —según cada ordenamiento jurídico— y, en caso de que no la haya, deberá existir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, es decir, deberá evaluarse si el acto invocado como lesivo constituye una amenaza o violación de un derecho fundamental, a fin de declararse fundada o infundada la demanda. En caso de que sea fundada, deberán establecerse las medidas a adoptar para la tutela del derecho fundamental. Como hemos señalado, las sentencias que declaran fundada una demanda en esta clase de procesos son de tipo condenatorio, pues a través de ellas se ordena a alguien que haga o deje de hacer algo.

Luego corresponde analizar si la decisión final en estos procesos constituye cosa juzgada y las consecuencias de una opción a favor o en contra.

En cuanto a la ejecución de las sentencias, deberá analizarse el momento en que ésta debe ser ejecutada, es decir, si basta con la sentencia de primera instancia o hay que esperar que exista un pronunciamiento firme de una instancia superior; el órgano al que le corresponde ejecutarlas; si se requiere acudir a un proceso de ejecución; y las medidas que deberían adoptarse ante un incumplimiento de la sentencia (destitu-

ción del funcionario, detención, multa, etc.). Estos temas pueden presentar un desarrollo diferente de acuerdo a cada proceso.

5.2.9. Procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales y estados de excepción

Uno de los problemas más frecuentes en nuestros países ha sido la afectación de los derechos fundamentales como consecuencia de la vigencia de los estados de excepción, situaciones ante las cuales las autoridades judiciales no han sabido muchas veces responder a la altura de las exigencias, entre otros aspectos, porque consideran que en tales situaciones no cabe la posibilidad de solicitar la protección judicial de los derechos fundamentales.

La Corte Interamericana se ha pronunciado claramente sobre este tema a través de dos opiniones consultivas.¹⁵ Estas decisiones han constituido un respaldo a la posición asumida por la doctrina a favor de la procedencia de los procesos constitucionales de tutela de los derechos fundamentales durante los estados de excepción y a la labor de aquellos valientes jueces que no optan por declarar la improcedencia de las demandas sino que se pronuncian sobre el fondo del asunto, es decir, evalúan la razonabilidad y proporcionalidad de los actos lesivos cometidos al amparo de la excepcionalidad declarada.

En esta sección se debe presentar una explicación general sobre los argumentos que sustentan la procedencia del hábeas corpus y amparo durante los estados de excepción, y el contenido de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, con referencia a las decisiones del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

5.2.10. Otros temas

Aparte de los temas a los que hemos hecho referencia, existen otros que son igualmente importantes de analizar, pero que por razones de espacio solamente los mencionaremos, tales como la responsabilidad del agresor, la representación procesal del Estado, los efectos de la apelación de las sentencias, las excepciones, la importancia de la brevedad de los plazos, el respeto al principio de contraditorio y la concesión de costas.

Corresponde ahora presentar aquellos temas que deben ser abordados a partir de cada proceso en particular.

¹⁵ Ver al respecto la opinión consultiva OC-8/87, “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías”, del 30 de enero de 1987, y la opinión consultiva OC-9/87, “Garantías judiciales en estados de emergencia”, del 6 de octubre de 1987.

5.3. Proceso de *hábeas corpus*

Son varios los temas que deben analizarse respecto al proceso de *hábeas corpus*. A continuación presentamos una breve síntesis de su contenido.¹⁶

a) *Antecedentes*: Aquí se explicarían los antecedentes históricos del proceso de *hábeas corpus*, tanto en el derecho comparado como a nivel interno. Especial mención debe merecer la experiencia del derecho inglés.

b) *Derechos protegidos*: Aquí se señalarían los derechos protegidos a través de este proceso. Debe remarcarse que si bien la libertad física es el derecho tradicionalmente protegido por el *hábeas corpus*, algunos ordenamientos, como el peruano, establecen la posibilidad de acudir al mismo para proteger la integridad personal, la libertad de tránsito, entre otros derechos.

c) *Instancias*: Aquí se señalarían las instancias competentes para conocer estos procesos. Por lo general, los órganos jurisdiccionales especializados en materia penal son los encargados de conocer y resolver en primera instancia los *hábeas corpus*. Especial atención debe darse a la intervención de las salas o tribunales constitucionales, pues ésta suele variar en el derecho comparado.¹⁷

d) *Proceso*: Aquí se describiría el proceso de *hábeas corpus*, respecto al cual los siguientes temas son particularmente relevantes:

- Legitimación activa y pasiva: Uno de los elementos característicos del proceso de *hábeas corpus* radica en que la solicitud respectiva puede ser presentada por la persona agraviada o cualquier otra en su representación.¹⁸ De especial importancia es remarcar la legitimidad que ha sido otorgada a las Defensorías del Pueblo en los países que contemplan esta institución.
- Forma y contenido de la solicitud: La no exigibilidad de formalismos para la presentación de *hábeas corpus* es otra de las características de este proceso. Esto implica, entre otros aspectos, que la solicitud respectiva pueda ser presentada de forma escrita o verbal, que no sea obligatoria la firma o asesoría de un abogado, o el pago de una suma de dinero como contraprestación del servicio de administración de justicia (tasas judiciales). En cuanto al conte-

¹⁶ Respecto al proceso de *hábeas corpus* puede consultarse nuestro trabajo *Los procesos de amparo y hábeas corpus: un análisis comparado*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2000, pp. 139-167.

¹⁷ Así por ejemplo, en el ámbito de la región andina, Chile y Colombia no han previsto la intervención de sus respectivos tribunales constitucionales en los procesos de *hábeas corpus*, a diferencia de Bolivia, Ecuador y Perú, pero incluso entre estos países existe un grado diferente de intervención de tales órganos de control constitucional, pues en algunos casos revisan todas y en otros sólo algunas de las resoluciones emitidas por el Poder Judicial.

¹⁸ Esta legitimidad bastante amplia puede encontrarse prevista en el plano constitucional, como sucede en Bolivia (artículo 18-I), Chile (artículo 21º), Colombia (artículo 30º), Ecuador (artículo 93º) y Venezuela (artículo 27º), o en el plano legal, como ocurre en el Perú (Código Procesal Constitucional, artículo 26º).

nido de la demanda, se exige principalmente que se indiquen los hechos que motivan el hábeas corpus. La argumentación jurídica debe ser opcional.

- Trámite (orden de exhibición personal): En el derecho comparado existen diferentes formas en que la autoridad competente puede actuar para resolver sobre la privación de libertad de una persona. En todos los casos debe ser un procedimiento sencillo, destinado a conocer las razones por las cuales se adoptó esa medida y evaluar si ha sido arbitraria. Para lograr tal objetivo, la opción más efectiva consiste en ordenar que la persona privada de libertad sea conducida ante la autoridad que conoce el hábeas corpus. En otros casos, por ser más práctico, la misma autoridad puede dirigirse al lugar en donde se encuentra el detenido.
- Plazo para resolver: Los plazos previstos a nivel del derecho comparado para la resolución de las solicitudes de hábeas corpus son muy breves, debido principalmente a que su procedimiento y trámite son bastante sencillos. Algunos ordenamientos jurídicos establecen un plazo máximo, como 24 o 36 horas, para que la autoridad judicial se pronuncie al respecto.
- Contenido de la sentencia: Luego de analizar los hechos que dieron origen a la presentación del hábeas corpus, la autoridad competente debe decidir si acepta o niega la pretensión solicitada. Si se estima procedente el hábeas corpus, la autoridad competente podrá ordenar que se deje en libertad a la persona privada de ella en forma arbitraria o que se adopten las medidas necesarias para revertir esta situación. Todo depende de los motivos por los cuales se presentó la demanda.

5.4. Proceso de amparo

Son varios los temas que deben analizarse respecto al proceso de amparo. A continuación presentamos una breve síntesis de su contenido.¹⁹

a) *Antecedentes*: Aquí se explicarían los antecedentes históricos del proceso de amparo, tanto en el derecho comparado como a nivel interno. Especial mención debe merecer la experiencia del derecho mexicano.

b) *Derechos protegidos*: Aquí se señalarían los derechos protegidos a través de este proceso, con mención a las diferentes opciones que ofrece el derecho comparado. En algunos países, el amparo protege todos los derechos constitucionales, salvo obviamente aquellos que son protegidos por el hábeas corpus o el hábeas data. En este supuesto, especial importancia tiene la cláusula abierta de derechos. En otros países, como España y Colombia, el amparo sólo protege algunos derechos constitucionales.

¹⁹ Respecto al proceso de amparo puede consultarse nuestro trabajo *Los procesos de amparo y hábeas corpus: un análisis comparado*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2000, pp. 15-105.

c) *Instancias*: Aquí se señalarían las instancias competentes para conocer estos procesos, las cuales varían de país en país. Especial atención debe darse en esta sección a la intervención que puedan tener las salas o tribunales constitucionales.

d) *Proceso*: Aquí se describiría el proceso de amparo, respecto al cual los siguientes temas son particularmente relevantes:

- Legitimación activa y pasiva: La legitimidad activa implica analizar quién puede presentar una demanda de amparo, lo cual lleva a temas como la intervención de un tercero sin representación del afectado, la legitimidad de las personas jurídicas, los intereses difusos o colectivos y la legitimidad de la Defensoría del Pueblo. En cuanto a la legitimidad pasiva, es decir, contra quién se puede presentar un amparo, existen varios temas de interés, como el caso del amparo contra resoluciones judiciales, contra normas legales y contra particulares.
- Intervención de terceros: Por lo general en los procesos de amparo se presentan con más frecuencia situaciones en donde resulta necesaria la intervención de terceros, por existir un interés legítimo. Aquí corresponde explicar los diferentes tipos de intervención de terceros, como por ejemplo, la voluntaria y la obligatoria.
- Plazo para presentar la demanda: En algunos países se establece un plazo para presentar la demanda de amparo —plazo prescriptorio— y excepciones al respecto. Si el plazo se ha vencido, la demanda será declarada improcedente. Corresponde evaluar si esta opción es compatible con los objetivos de este proceso como mecanismo judicial de tutela de derechos fundamentales.
- Agotamiento de la vía previa: En algunos países se establece la necesidad de agotar la vía previa —administrativa o privada— para presentar la demanda de amparo, así como excepciones al respecto. Si la vía previa no ha sido agotada, la demanda será declarada improcedente. Al igual que en el caso anterior, corresponde evaluar si esta opción es compatible con los objetivos del proceso.
- Vías paralelas: En algunos países se establece que no puede acudirse al amparo cuando existen otras vías judiciales a través de las cuales se pueda alcanzar una igual protección efectiva del derecho invocado. A esas otras vías se las denomina como *paralelas* o *convergentes*, que han recibido un especial desarrollo en el derecho argentino. Al respecto corresponde evaluar las razones de este tipo de exigencia y si es compatible con el derecho a la tutela judicial de los derechos fundamentales. Corresponde asimismo plantearse como interrogante por qué se debe optar por la otra vía y no por el amparo si ambas resultan igualmente efectivas. De otro lado, debe estudiarse cuáles serían aquellas otras vías en el ordenamiento jurídico interno de cada país a través de las cuales se podría lograr la misma tutela judicial efectiva.

- Medida cautelar: En los procesos de amparo por lo general se contempla la posibilidad de solicitar una medida cautelar, a fin de que el juez ordene la suspensión del acto lesivo. Corresponde en esta sección describir las características de este tipo de medida, los criterios que deben ser evaluados por el juez a fin de concederla o negarla, y los diferentes efectos que origina su concesión.
- Trámite: Existen diferentes formas en que la autoridad competente puede actuar para evaluar si se ha producido una afectación de los derechos fundamentales. En todos los casos debe ser un procedimiento sencillo, el cual puede incluir una audiencia, en la que podría dictarse la sentencia correspondiente.
- Contenido de la sentencia: Luego de analizar los hechos que dieron origen a la presentación del amparo, la autoridad competente debe decidir si acepta o niega la pretensión solicitada. Si se estima fundada la demanda, la autoridad judicial deberá ordenar de forma clara y precisa aquello que corresponda a fin garantizar la tutela del derecho fundamental.

5.5. Proceso de *hábeas data*

Como señala Sagüés, con el auge de los sistemas y bases de datos computarizadas se ha generado un poder informático de dimensiones insospechadas, que puede entrar en conflicto con los derechos fundamentales de las personas cuyos datos se encuentran en dichas bases.²⁰

Esto ha dado lugar al reconocimiento de un nuevo derecho fundamental, cuya denominación varía de país en país, y cuyo contenido consiste en la facultad de toda persona para conocer, actualizar, suprimir o rectificar la información que sobre ella se encuentra en registros o bases de datos, públicos o privados, así como impedir que determinada información sea suministrada a terceros.

La protección de este derecho se realiza en algunos países a través del proceso de amparo, pero en otros se ha creado un proceso especial, al cual se le denomina *proceso de hábeas data*.

En esta sección corresponde explicar el origen de este proceso, como consecuencia del reconocimiento de un nuevo derecho fundamental, y evaluar si es necesaria su incorporación en el ordenamiento jurídico o si es suficiente establecer normas especiales del proceso de amparo para tal efecto.

²⁰ Néstor Sagüés: “Hábeas data: su desarrollo constitucional”, en *Lecturas Constitucionales Andinas*, nº 3, Lima, 1994.

Se debe además advertir que en algunos países, como el caso de Colombia, la expresión *hábeas data* es empleada para hacer referencia al derecho y no al proceso a través del cual se busca su protección.²¹ Asimismo es importante señalar que en otros países, el alcance del proceso de *hábeas data* se ha ampliado a la tutela de otros derechos, como el de acceso a la información pública, lo que ocurre en el Perú (artículo 200º inciso 3 de la Constitución).

Por lo general, el proceso de *hábeas data* sigue un desarrollo similar al proceso de amparo, pero adaptado a las características del derecho que protege y a la actividad que el juez debe realizar a fin de lograr su efectiva tutela. Entre aquellos aspectos singulares se encuentra la necesidad de que antes de presentar la demanda, la persona afectada haya reclamado previamente el respeto de sus derechos y que el demandando se haya negado a hacerlo o no haya contestado al requerimiento. Así lo establece por ejemplo el Código Procesal Constitucional del Perú (artículo 62º).

5.6. Protección internacional de los derechos humanos

Aunque no se trata de un tema que corresponda al derecho procesal constitucional, es importante que, una vez explicados los procesos constitucionales previstos a nivel interno para la protección de los derechos fundamentales, se haga una breve referencia a la posibilidad que tienen las personas de acudir a una protección de sus derechos en el ámbito internacional. Para tal efecto, ser puede realizar una descripción general de los sistemas universal e interamericano de protección de los derechos humanos y los efectos que las resoluciones emitidas en cada uno tienen en el ámbito interno, se trate de una recomendación o de una sentencia de cumplimiento obligatorio.

6. Defensa jurisdiccional de la supremacía normativa de la Constitución

6.1. Introducción

La defensa jurisdiccional de la supremacía normativa de la Constitución ha sido estudiada a partir de los dos modelos clásicos: el control difuso y el control concentrado de la constitucionalidad de las normas jurídicas. Una sección introductoria sobre esta materia debe servir para presentar de manera general ambos modelos y dar cuenta de cómo en la actualidad se relacionan mutuamente, en especial en aquellos países en donde existe a la vez un control difuso y uno concentrado.

Luego de esta presentación general, corresponde desarrollar cada sistema de control en particular.

²¹ Se puede consultar al respecto la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia SU-82/95, del 1 de marzo de 1995.

6.2. Control difuso de la constitucionalidad de las normas jurídicas

Aunque no constituye propiamente un proceso constitucional sino una excepción que puede originarse en el marco de cualquier proceso, el denominado control difuso de la constitucionalidad de las normas jurídicas no puede dejarse fuera de los estudios correspondientes al derecho procesal constitucional, dado que constituye un elemento esencial para el adecuado conocimiento de los mecanismos que permiten garantizar la supremacía de la normativa constitucional.

En esta sección corresponde explicar el origen del control difuso, según la profundidad que se considere necesaria. En este sentido, puede hacerse una referencia al antecedente inglés del Juez Coke en el caso del Dr. Bonham, para luego explicar los alcances de la famosa sentencia del juez norteamericano Marshall en el caso *Marbury v. Madison* de 1803 y señalar la manera en que este mecanismo de control ha venido siendo empleado por los jueces de los Estados Unidos de América.

Luego de presentar los orígenes de la institución corresponde explicar en qué consiste dicho control difuso de la constitucionalidad de las normas jurídicas, los antecedentes históricos locales que correspondan y el marco normativo actual que regula esta institución. Debe advertirse que no todos los ordenamientos jurídicos contemplan el control difuso.

Tema importante a ser abordado son los criterios que deben ser considerados para inaplicar una ley por ser contraria a la Constitución. El Tribunal Constitucional peruano ha señalado algunos lineamientos al respecto, como la necesidad de que la norma a inaplicarse sea evidentemente incompatible con la Constitución, luego de haberse buscado interpretarla de conformidad con ella.²²

Otro aspecto a desarrollar es la titularidad del control difuso, es decir, si recae única y exclusivamente en los órganos que forman parte del Poder Judicial o si es una facultad que puede ser empleada por los tribunales constitucionales —que en la práctica lo hacen, como ocurre en el caso del Perú—, los tribunales electorales —que administran justicia en materia electoral— y los tribunales militares. Un tema interesante es evaluar si esta potestad también podría ser empleada por las autoridades administrativas.

De igual interés es analizar si es posible aplicar el control difuso en el caso de normas procesales, es decir, sobre normas que no guardan relación con el fondo de una controversia sino con el proceso a través del cual se busca una decisión judicial al respecto y que resultan contrarias al debido proceso. Este tema ha adquirido especial importancia en el caso de aquellas normas sobre procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales, que, antes de permitir una protección rápida y efectiva de éstos, la dificultan. Así por ejemplo, si en un país se establece la necesidad de agotar las vías previas o un plazo para presentar la demanda respectiva, se

²² Sentencia del expediente 1124-2001-AA/TC, publicada el 11 de setiembre del 2002.

plantea la interrogante de si un juez podría inaplicar estas normas en caso considere que impiden una adecuada garantía de los derechos fundamentales.

Finalmente, en esta sección deben presentarse los aspectos más importantes relacionados con el denominado “recurso incidental de constitucionalidad”, previsto en algunos ordenamientos jurídicos, como en España y Bolivia. Se trata de un mecanismo a través del cual las autoridades judiciales elevan una consulta a los respectivos tribunales constitucionales sobre una norma que al parecer sería contraria a la Constitución y que resulta importante para la resolución de un caso concreto. En los países que han acogido este sistema, los jueces no cuentan con la libertad de tomar una decisión sobre la inconstitucionalidad de una norma sino que deben esperar el pronunciamiento del supremo intérprete de la Constitución.

6.3. Control concentrado de la constitucionalidad de las normas jurídicas (proceso de inconstitucionalidad)

Son varios los temas que deben analizarse respecto al control concentrado de la constitucionalidad de las normas jurídicas. A continuación presentamos una breve síntesis de su contenido.

a) *Antecedentes*: Aquí se explicarían los antecedentes históricos del control concentrado, tanto en el derecho comparado —a partir de la propuesta de Hans Kelsen respecto a la creación de un Tribunal Constitucional—, como en el interno. Especial mención deben merecer los antecedentes históricos en América Latina.²³

b) *Marco normativo*: Aquí se señalaría el marco normativo que regula el proceso de inconstitucionalidad en cada país.

c) *Instancias*: Aquí se señalaría la instancia competente para conocer este proceso. Esta labor puede corresponder al Poder Judicial (a través de una sala especializada en la Corte Suprema o ésta reunida en Pleno) o en un Tribunal Constitucional.

d) *Proceso*: Aquí se describiría el proceso de inconstitucionalidad, respecto al cual los siguientes temas son particularmente relevantes:

- Normas objeto de control: Las normas que pueden ser objeto de control constitucional varían según cada país, por lo que es importante señalar las ventajas o desventajas por limitar el proceso de inconstitucionalidad a las normas con fuerza y rango de ley o ampliar sus alcances a todas las normas del ordenamiento jurídico.
- Control posterior o previo: El control constitucional de las normas jurídicas puede ser previo o posterior a su promulgación. El control previo por lo

²³ Un importante trabajo al respecto es el de Francisco Fernández Segado: “El control de la constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales y su génesis en el siglo pasado”, en *Pensamiento Constitucional*, nº 3, Lima, 1996, pp. 231-264.

general se reserva para normas de particular importancia, como aquellas sobre derechos fundamentales y sus mecanismos de protección; se desarrolla de acuerdo a un trámite previamente establecido y se efectúa luego de que han sido aprobadas por el Congreso pero antes de su promulgación. La experiencia colombiana es particularmente importante respecto a este tipo de control, el cual además implica una revisión integral de todas las disposiciones de la ley aprobada.

- Control obligatorio o facultativo: El control constitucional de las normas jurídicas puede ser en algunos casos obligatorio y en otros sólo se lleva a cabo si existe una iniciativa al respecto. En esta sección se debe analizar en qué casos procedería una u otra opción.
- Legitimidad procesal: Aquí corresponde analizar si la legitimidad para dar inicio a un proceso de inconstitucionalidad debe ser amplia o restringida, y en quiénes debe recaer. Especial atención debe darse al tema de la legitimidad ciudadana, sea que exista acción popular, es decir, que cualquier ciudadano pueda presentar una demanda de inconstitucionalidad, o que se exija un número mínimo de ciudadanos que la respalden. Debe recordarse que al establecerse quiénes son los sujetos facultados para presentar una demanda de inconstitucionalidad, se está al mismo tiempo determinando el grado de protección de la Constitución.
- Plazo para presentar la demanda: Aquí corresponde evaluar si debe establecerse un plazo para presentar una demanda de inconstitucionalidad y, en caso afirmativo, cuál debería ser y cómo se controlaría la constitucionalidad de una norma si dicho plazo se ha vencido.
- Motivos para declarar inconstitucional una norma: Una norma puede ser declarada contraria a la Constitución por razones de forma o de fondo. Corresponde aquí ofrecer ejemplos al respecto. Se debe enfatizar que si una demanda contra una norma es desestimada por razones de forma, eso no impide cuestionarla posteriormente por razones de fondo.
- Principios de interpretación, parámetro o bloque de constitucionalidad: El control de las normas a través del proceso de inconstitucionalidad no sólo se efectúa tomando como parámetro de referencia el texto de la Constitución, sino que también se deben tomar en cuenta otras disposiciones. Entre ellas se encuentran las leyes sobre derechos fundamentales y sobre las funciones y estructura de los órganos constitucionales. Se pueden considerar asimismo incluidas dentro de este parámetro las normas y decisiones internacionales sobre derechos humanos, así como la jurisprudencia de las salas y tribunales constitucionales nacionales.
- Tipos de sentencia: Las sentencias en los procesos de inconstitucionalidad pueden ser de diferente tipo, siendo las más comunes aquéllas en donde se declara simplemente la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una

norma. Pero existen otro tipo de decisiones en las que, ante normas que se presentan como incompatibles con la Constitución, se evita declarar su inconstitucionalidad, a fin de no crear vacíos normativos, garantizar la seguridad jurídica, etc., lo cual se consigue a través de una interpretación creativa de la norma impugnada. Aquí corresponde exponer los alcances de estas novedosas decisiones, a las que se les denomina generalmente como “sentencias interpretativas”.²⁴ Sin lugar a dudas, uno de los temas más interesantes en la actualidad en los estudios sobre derecho constitucional y derecho procesal constitucional.

- Inconstitucionalidad de normas conexas: Las demandas de inconstitucionalidad se presentan contra el texto íntegro de una ley o contra algunas de sus disposiciones. En cualquier caso, si una norma es declarada inconstitucional, el efecto de esta decisión puede implicar la inconstitucionalidad de otras.
- Efectos en el tiempo de las sentencias: Cada ordenamiento jurídico asume una posición sobre este tema, ya sea a nivel constitucional, legal o jurisprudencial. Los efectos de una sentencia en un proceso de inconstitucionalidad pueden ser retroactivos (*ex tunc*) o hacia el futuro (*ex nunc*). Corresponde aquí presentar los alcances de cada una de estas opciones y evaluar si es conveniente dejar en libertad a las salas o tribunales constitucionales para decidir sobre los efectos en el tiempo de sus decisiones.
- Fuerza vinculante de las sentencias: Las sentencias emitidas en los procesos de inconstitucionalidad tienen carácter vinculante. En este sentido, si una norma es declarada compatible con la Constitución sigue vigente y debe ser cumplida por todos. Por el contrario, si una norma es considerada incompatible con la Constitución, se produce su expulsión del ordenamiento jurídico y nadie puede invocarla para generar algún efecto jurídico. Corresponde en esta sección explicar estos aspectos y presentar algunas situaciones en las que se haya producido algún problema respecto al incumplimiento de sentencias por medio de las cuales se declaró inconstitucional una norma.
- Medidas cautelares: Aquí podría plantearse la interrogante sobre si en el marco de los procesos de inconstitucionalidad es posible solicitar una medida cautelar, por medio de la cual se suspendan los efectos de la norma hasta el pronunciamiento final.

Aunque se trata de un tema diferente, al finalizarse esta sección podría realizarse una breve presentación de la denominada *inconstitucionalidad por omisión*.

²⁴ Un texto de especial interés sobre este tema es el del jurista español Francisco Javier Díaz Revorio: *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Palestra, Lima, 2003. Asimismo importante es el libro editado por Eliseo Aja: *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel Derecho, Barcelona, 1998.

7. Otros procesos constitucionales

Aparte de los procesos constitucionales cuyo objetivo es la tutela de los derechos fundamentales y garantizar la supremacía normativa de la Constitución, puede existir en cada país otro tipo de procesos a través de los cuales se deba resolver una controversia vinculada con el contenido y alcance de la ley fundamental. Éstos no pueden ser dejados de lado y también merecen un desarrollo.

Lo importante es que se mencionen incluso aquellos otros procesos que no se encuentren establecidos en el ámbito interno, pero que son muy importantes en el derecho comparado. Así por ejemplo, el denominado proceso competencial o de conflicto de competencias constitucionales es considerado como un proceso constitucional y ha tenido un extenso desarrollo en España, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina.

8. Reflexiones finales

El derecho procesal constitucional es una disciplina que cobra cada vez mayor atención en América Latina. Su objeto de estudio son los procesos constitucionales y la magistratura constitucional, por lo que mantiene un estrecho vínculo con el derecho constitucional, lo que explica que sean los especialistas en esta materia los que en primer lugar se hayan involucrado en esta nueva disciplina, enriqueciendo su razonamiento jurídico con una perspectiva procesal.

En este ensayo hemos querido ofrecer algunos aspectos centrales relacionados con el estudio, análisis y enseñanza del derecho procesal constitucional y algunas conclusiones importantes podemos extraer.

En primer lugar, que se trata de una materia compuesta por varios temas, lo que de por sí rebasa el tiempo permitido en cualquier ciclo o semestre universitario. En segundo lugar, se trata de temas que son muy diferentes entre sí, aunque tengan como vínculo la defensa de la Constitución. En tercer lugar, el análisis de estos temas requiere un manejo importante de experiencias comparadas, pues los procesos constitucionales y la magistratura constitucional presentan características diferentes en cada país. Centrar su análisis en la normativa interna es contrario a toda perspectiva de estudio que pretenda ser seria. Asimismo, se hace necesario un trabajo intensivo con base en la jurisprudencia constitucional y procesal constitucional, tanto local como del derecho comparado. Un enfoque de los temas desde la perspectiva del derecho constitucional es asimismo indispensable.

Son varios los retos por lo tanto para que el derecho procesal constitucional alcance en nuestros países el nivel que merece. Este ensayo busca ser una contribución al respecto.

Sucre y La Paz, setiembre del 2004.

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 la publicación original.
4. Los artículos deberán ser enviados en formato electrónico (archivo de Word o compatible) por correo electrónico a **ius@kasuy.org**, o bien en disquete a **Plaza Cagancha 1356 of. 804, 11100 Montevideo**, dirigidos a **Jan Woischnik**.
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:
 - a. Nombre del autor.
 - b. Título del artículo.
 - c. Dirección electrónica, que se publicará.
 - d. Referencia curricular de hasta 30 palabras que será presentada en nota a pie de página mediante un asterisco (*) junto al nombre del autor.
 - e. Los agradecimientos, aclaraciones o comentarios sobre el origen del texto se incluirán en nota a pie de página mediante dos asteriscos (**) junto al título del artículo.
 - f. Dirección postal para el envío de los ejemplares para el autor.
7. El texto puede contener cuadros, pero los gráficos y diagramas se presentarán en archivos separados (de imagen o de planilla electrónica), en blanco y negro o escala de grises. En el texto se indicará dónde deben insertarse.
8. Las **citas bibliográficas** podrán incluirse en las notas al pie o bien utilizar el sistema autor-fecha (o de Harvard) con las referencias en una bibliografía al final. Deberán contener los siguientes elementos:
 - a. **Libros:** Nombre y apellido del autor; título del libro (en cursiva); editorial; ciudad; año de publicación (si la edición empleada no es la primera, conviene indicarlo).

EJEMPLO:

Thomas Hobbes: *Leviatán*, Alianza Universidad, Madrid, 1993 (1651).

- b. **Artículos o capítulos de libros:** Nombre y apellido del autor; título del artículo o capítulo (entre comillas); nombre y apellido del editor o compilador, si corresponde; título del libro (en cursiva); editorial; ciudad; año de publicación.

EJEMPLO:

Douglas Durán Chavarría: “Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad”, en Mauricio González Oviedo y Carlos Tiffer Sotomayor (comps.), *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, Unicef, San José, 2000.

- c. **Artículos de publicaciones periódicas:** Nombre y apellido del autor; título del artículo; nombre de la revista o periódico; número; institución editora y/o ciudad (si resultan necesarios para identificar la publicación); fecha.

EJEMPLO:

Patricia Laurenzo Copello: “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, en *Jueces para la Democracia*, nº 34, Madrid, 1999.

- d. **Recursos de Internet:** Nombre y apellido del autor (si el texto está firmado); si se trata de una parte de una obra mayor, nombre de la parte (entre comillas); nombre del sitio web o de la obra (en cursiva); dirección electrónica (entre comillas angulares o signos de menor y mayor); fecha de consulta.

EJEMPLO:

Ariel Dulitzky: “La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell”, en *Equipo Nizkor. Derechos humanos en América Latina*, <<http://www.derechos.org/koaga/vii/dulitzky.html>> (18/2/2004).

- e. En las **bibliografías** se utilizarán los mismos datos, anteponiendo el apellido al nombre del autor.

EJEMPLO:

DULITZKY, Ariel: “La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell”, en *Equipo Nizkor. Derechos humanos en América Latina*, <<http://www.derechos.org/koaga/vii/dulitzky.html>> (18/2/2004).

DURÁN CHAVARRÍA, Douglas: “Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad”, en Mauricio González Oviedo y Carlos Tiffer Sotomayor (comps.), *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, Unicef, San José, 2000.

HOBBS, Thomas: *Leviatán*, Alianza Universidad, Madrid, 1993 (1651).

LAURENZO COPELLO, Patricia: “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, en *Jueces para la Democracia*, nº 34, Madrid, 1999.

- f. Cuando la publicación citada tenga más de tres autores, se usará el nombre del que figure en primer lugar, seguido de la expresión “et al.” o “y otros”. El término “autores varios” no ayuda a localizar la obra, propósito de las referencias bibliográficas.