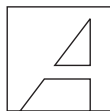


Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
Edición 2004

ANUARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL
LATINOAMERICANO
Edición 2004

Tomo I



Konrad
Adenauer-
Stiftung

© 2004 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG A.C.

10ª edición

Editor

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

Casa Central en Alemania:
Tiergartenstrasse 35
D-10785 Berlin
República Federal de Alemania
Tel.: (#49-30) 269 96 453
Fax: (#49-30) 269 96 555

Director

Jan Woischnik

Asistentes de Redacción

Rosario Navarro
Manfred Steffen

Correctora

María Cristina Dutto

ISSN 1510-4974

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

Depósito legal 332.051 - Comisión del Papel
Edición amparada al Decreto 218/96

Impreso en Uruguay – *Printed in Uruguay*

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

Índice

TOMO I

Prefacio	9
I. Los tribunales constitucionales	
Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de Derecho <i>Marco Gerardo Monroy Cabra (Colombia)</i>	15
El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales <i>Ricardo Haro (Argentina)</i>	41
La generación del Tribunal Constitucional <i>Lautaro Ríos Álvarez (Chile)</i>	75
La organización y la posición institucional de la justicia constitucional en Europa <i>Luis López Guerra (España)</i>	85
La posición de los magistrados de la Corte Constitucional Federal alemana y su significado para la vida jurídica y la sociedad <i>Evelyn Haas (Alemania)</i>	101
El desarrollo dinámico de la preceptiva constitucional por el juez constitucional en Alemania <i>Rainer Grote (Alemania)</i>	139
II. Derecho procesal constitucional	
El debido proceso constitucional <i>Juan Colombo Campbell (Chile)</i>	157
<i>Amicus curiae</i> , transparencia del debate judicial y debido proceso <i>Víctor Bazán (Argentina)</i>	251

Caso <i>San Luis</i> : una sentencia justa que protege la propiedad y preserva la supremacía de la Constitución <i>Mario A. R. Midón (Argentina)</i>	281
Justicia constitucional y cosa juzgada <i>Pablo Dermizaky P. (Bolivia)</i>	291
Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional <i>Jesús M. Casal Hernández (Venezuela)</i>	299
Hacia una vinculación objetiva de los institutos jurídicos. Argumentos en contra de consideraciones inapropiadas en el derecho <i>Andreas Timmermann (Alemania)</i>	327
III. La organización del Estado	
Hacia una agenda de cambios consensuados inmediatos a la Constitución de 1999 para la profundización de la democracia <i>Carlos M. Ayala Corao (Venezuela)</i>	355
El proceso de reforma constitucional en Bolivia <i>Hugo San Martín Arzabe (Bolivia)</i>	367
Teoría y práctica del control político. El juicio político en la Constitución ecuatoriana <i>Hernán Salgado Pesantes (Ecuador)</i>	381
Las relaciones entre Gobierno y Parlamento: la particularidad del régimen presidencial en el Perú <i>Francisco José Eguiguren Praeli (Perú)</i>	407
La descentralización en España y la autonomía política de los entes territoriales <i>Fernando Flores Giménez (España)</i>	429
Instrucciones para la presentación de los trabajos	439

TOMO II

IV. Derechos y garantías individuales	
Derechos y contraderechos (propósito de la violencia urbana) <i>Néstor Pedro Sagüés (Argentina)</i>	451
La libertad de expresión en la Constitución mexicana <i>Miguel Carbonell (México)</i>	465

La libertad de enseñanza en la Constitución uruguaya <i>Martín J. Risso Ferrand (Uruguay)</i>	497
El derecho al goce de un ambiente adecuado en el marco constitucional de Argentina y Uruguay <i>María Victoria Pereira Flores (Uruguay)</i>	531
Acceso a la información pública en Argentina <i>Miguel Julio Rodríguez Villafañe (Argentina)</i>	575
Bilingüismo y multilingüismo en Iberoamérica (con especial referencia al caso del Perú) <i>Domingo García Belaunde (Perú)</i>	599
V. Derecho regional e internacional de los derechos humanos	
La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos <i>César San Martín Castro (Perú)</i>	611
La protección de la identidad de las fuentes periodísticas a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de los estándares de sus órganos de aplicación <i>Luis M. García (Argentina)</i>	635
La producción jurídica de los órganos de control internacional de los derechos humanos como fuente del derecho nacional. Fuentes <i>universales y americanas</i> <i>Rolando E. Gialdino (Argentina)</i>	679
Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán <i>Roland Bank (Alemania)</i>	721
La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea <i>Norbert Bernsdorff (Alemania)</i>	735
Lineamientos europeos para el proceso penal (alemán). Análisis con base en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el período 2000-2003 <i>Kai Ambos (Alemania)</i>	761
Orientaciones político-criminales y reforma constitucional <i>José Luis Guzmán Dalbora (Chile)</i>	801

Adaptación del derecho penal nacional con motivo de la implementación del Estatuto de Roma. Algunas consideraciones acerca de la desaparición forzada <i>Christoph Grammer (Alemania)</i>	815
VI. Derecho internacional público	
Derecho constitucional, derecho internacional y derecho comunitario <i>Pablo Dermizaky P. (Bolivia)</i>	831
El derecho procesal constitucional supranacional. Una aproximación <i>Carlos A. Morales-Paulín (México)</i>	845
El derecho internacional ante una posible “preconstitucionalidad” mundial <i>Miguel Ángel Ciuro Caldani (Argentina)</i>	859
La pretendida legítima defensa preventiva y la guerra en Irak <i>Héctor Gros Espiell (Uruguay)</i>	877
Intervenciones militares cautelares (<i>preemptive strikes</i>): ¿una nueva realidad de la política de seguridad? <i>Karl-Heinz Kamp (Alemania)</i>	889
Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea <i>Miguel Ángel Iglesias Río (España), Teresa Medina Arnáiz (España)</i>	905
VII. Derecho de la integración	
La consulta prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina <i>Ricardo Vigil Toledo (Ecuador)</i>	939
Constitución ecuatoriana e integración andina: la situación del poder tributario del Estado <i>César Montaña Galarza (Ecuador)</i>	949
El proceso de integración centroamericana y la globalización <i>Orlando Guerrero Mayorga (Nicaragua)</i>	995
El proceso prejudicial en la Unión Europea <i>Kurt Riechenberg (Luxemburgo)</i>	1011
Instrucciones para la presentación de los trabajos	1025

Prefacio

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

La Fundación quiere alcanzar dicho objetivo a través de variadas actividades como conferencias, seminarios y cursos de capacitación para juristas en todo el continente. Una especial importancia tiene la edición de publicaciones jurídicas, dentro de las cuales el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* ocupa un lugar destacado. Esta compilación pretende constituir una plataforma internacional para el diálogo científico y ofrecer un espacio de expresión en el terreno del derecho constitucional —nacional y supranacional— tanto a autores de renombre como a jóvenes autores prometedores.

Con la décima edición el *Anuario* aparece por primera vez en dos tomos. Esto se explica por su creciente difusión —actualmente no sólo se encuentra en la mayoría de las bibliotecas de facultades de derecho, juzgados y parlamentos latinoamericanos, sino también en bibliotecas norteamericanas y europeas—, que aumenta su popularidad entre científicos y operadores jurídicos del continente y también de Europa. La citada difusión se refleja en la presente edición: de los 41 trabajos que contiene, 29 provienen de autores latinoamericanos (de Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, Colombia, México, Nicaragua, Perú, Uruguay y Venezuela) y 12 de autores europeos (de Alemania, Luxemburgo y España).

Lo voluminoso de esta edición se corresponde por otro lado con un desarrollo universal del derecho que influye sobre el derecho constitucional, materia central del *Anuario*. En las décadas pasadas se formaron tanto en el ámbito regional como internacional diferentes sistemas de derecho constitucional que se influyen y condicionan mutuamente. Aquí cuentan en primer lugar los sistemas internacionales y regionales de protección de los derechos humanos. El derecho constitucional nacional ya no puede ser visto en forma aislada de estos sistemas. Los interrogantes sobre su desarrollo e interrelaciones se enfocan principalmente en los trabajos de las secciones V y VI del tomo II.

El tomo I de la edición 2004 del *Anuario* comienza con la sección “Los tribunales constitucionales”. Los trabajos de esta parte versan sobre los rasgos esenciales, el desarrollo y el significado de los tribunales constitucionales en general, así como la organización de la jurisdicción constitucional, en especial el nombramiento y la posición del juez constitucional. El Tribunal Constitucional Federal alemán constituye un modelo para el mundo en cuanto al establecimiento de tribunales constitucionales especiales. Su función ejemplar en el área de la jurisdicción constitucional es tratada en un artículo dedicado específicamente a los preceptos del derecho constitucional en cuanto a la constitución y a la función del Tribunal Constitucional Federal. Este trabajo trata en primer lugar acerca del nombramiento de los jueces constitucionales y de su relevancia para la vida jurídica constitucional.

En la segunda sección, “Derecho procesal constitucional”, se encuentran contribuciones sobre el efecto vinculante de las sentencias constitucionales, así como sobre el debido proceso constitucional, centradas ante todo en la cuestión de cómo éste puede ser garantizado. En este marco, un trabajo particular investiga la formación histórica, la función y la utilización nacional e internacional de la figura jurídica del *amicus curiae* y analiza la admisión de la participación de *amici curiae* en la práctica jurídica argentina. Esta investigación amerita una atención especial debido a que el derecho federal argentino solamente prevé en forma explícita la consulta a un *amigo del tribunal* en casos que afecten a estados extranjeros.

El tomo I finaliza con una sección dedicada a los aspectos relativos a la organización del Estado. Comprende aportes respecto a las cuestiones de la separación horizontal y vertical de los poderes del Estado, en la medida en que ésta tenga base constitucional. También se encuentran trabajos referidos a uno de los temas centrales del Programa Estado de Derecho: la reforma de la Constitución, o bien la cuestión sobre en qué medida ella es necesaria y qué tipo de reformas constitucionales se imponen para la profundización de la democracia. Esta pregunta es discutida a la luz de los casos de Bolivia y Venezuela.

Un punto central del derecho constitucional lo integran los derechos y garantías individuales. Al respecto, en la sección IV (tomo II) se examina la protección de ciertos derechos fundamentales en los casos particulares de México, Argentina y Uruguay.

En la quinta sección, “Derecho regional e internacional de los derechos humanos”, se desarrollan variados temas relacionados con la protección de estos derechos en el ámbito universal y regional. Aquí se analiza, entre otras cuestiones, en qué medida las garantías internacionales de los derechos humanos y la jurisprudencia de los órganos de aplicación de tratados regionales e internacionales pueden ejercer influencia sobre el sistema del derecho constitucional nacional. ¿Cómo se aplican estos tratados por parte del orden jurídico nacional? ¿Qué preceptos presenta al derecho nacional el derecho penal internacional o europeo?

De cuestiones del derecho internacional se ocupa también la sección VI, “Derecho internacional público”. Aquí se tratan, por un lado, el desarrollo de diferentes

sistemas de derecho constitucional en los niveles regional e internacional y, por otro, la admisibilidad de las intervenciones militares cautelares.

El tomo II culmina con la parte VII, dedicada al “Derecho de la integración”. Los trabajos incluidos en esta sección se ocupan, entre otros, del proceso prejudicial en la Unión Europea, la consulta prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina —inspirada en aquél— y también de cuestiones relacionadas con el proceso de integración andino y centroamericano.

Espero que los artículos contenidos en los dos tomos que tengo el honor de presentar no solamente signifiquen un beneficio intelectual para sus lectores sino que también ayuden en su trabajo a los prácticos entre los lectores. A todos los autores les expreso otra vez mi más sincero agradecimiento por su invalorable cooperación.

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

I. Los tribunales constitucionales

- *Marco Gerardo Monroy Cabra (Colombia)*
Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de Derecho
- *Ricardo Haro (Argentina)*
El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales
- *Lautaro Ríos Álvarez (Chile)*
La generación del tribunal constitucional
- *Luis López Guerra (España)*
La organización y la posición institucional de la justicia constitucional en Europa
- *Evelyn Haas (Alemania)*
La posición de los magistrados de la Corte Constitucional Federal alemana y su significado para la vida jurídica y la sociedad
- *Rainer Grote (Alemania)*
El desarrollo dinámico de la preceptiva constitucional por el juez constitucional en Alemania

Marco Gerardo Monroy Cabra (Colombia) *

Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de Derecho

Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo destacar la necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado constitucional democrático y social. Para estos efectos, se inicia haciendo un breve resumen de la creación y el desarrollo de los tribunales constitucionales. Luego, se hace un análisis del fundamento, naturaleza, funciones y misión de estos tribunales para demostrar su significación dentro del sistema democrático. Se realiza un breve recuento del desarrollo de la jurisdicción constitucional en Colombia explicando la razón de su existencia. Por último, se deducen las conclusiones sobre la necesidad e importancia de los tribunales constitucionales.

I. Creación y desarrollo de los tribunales constitucionales en el mundo

Los tribunales constitucionales existen hoy en casi toda Europa, América Latina, Asia y África. En su obra sobre estos tribunales expresa Louis Favoreu:¹

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

Si bien existen antecedentes, la aparición del control constitucional se produjo con la sentencia del juez Marshall en 1803 en el caso *Marbury v. Madison*. Los

* Ex presidente de la Corte Constitucional. Primer vicepresidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

¹ Louis Favoreu, *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 13.

argumentos del Juez Marshall fueron los siguientes, según el resumen de Pedro José González-Trevijano Sánchez:² “Una afirmación de principio: La Constitución escrita ha sido considerada siempre como Ley Fundamental y Superior de la Nación y consecuentemente la teoría de tales Gobiernos ha de ser que un acto de la legislatura que repugne a la Constitución es nulo”, y “la necesidad de optar por una de las normas (Constitución/ley) en conflicto”: Si una ley está en oposición a la Constitución, si ambas, la ley y la Constitución, son aplicables al caso particular, el Tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto es la que rige el caso. “La lógica preeminencia de la Constitución: Si los Tribunales han de observar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, la Constitución y no tal acto ordinario ha de regir el caso a que ambas se aplican, ya que otra cosa sería subvertir el verdadero fundamento de todas las constituciones escritas”.³

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

Defensor de la Constitución, significa en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones [...] Como toda norma también la Constitución puede ser violada sólo por aquéllos que deben cumplirla.⁴

De esta polémica surge la conclusión de que, si bien el control constitucional lo puede ejercer el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo, es más democrático que esté a cargo de un órgano independiente y autónomo, aunque nada obsta para que forme parte del Poder Judicial. Como recuerda Favoreu, la historia de los tribunales constitucionales empieza con la creación del Tribunal Constitucional checoslovaco y el Alto Tribunal Constitucional de Austria en 1920.

Posteriormente, se crearían el Tribunal de Garantías Constitucionales de España en 1931, el Tribunal Constitucional italiano en 1948, el Tribunal Constitucional alemán en 1949, el turco (1961) y el yugoslavo (1963). Sobre las circunstancias históricas de aparición de los tribunales constitucionales expresa Javier Pérez Royo:⁵

El Tribunal Constitucional, por el contrario, responde a una anomalía histórica presente y con proyección de futuro. El Tribunal Constitucional nace en el siglo XX,

² Pedro José González-Trevijano Sánchez, *El Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 24.

³ *Ibidem*.

⁴ Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. Roberto J. Brie, Tecnos, Madrid, 1995, p. 27.

⁵ Javier Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, 7ª ed., 2000, p. 922.

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

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

En Latinoamérica la jurisdicción constitucional se ha extendido a Perú en la Constitución de 1979; en Chile se instaló nuevamente un Tribunal Constitucional en 1980; en El Salvador se previó el Tribunal Constitucional en la Constitución de 1982; Guatemala estableció un Tribunal Constitucional en 1985; Costa Rica creó en 1989 una Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia; Colombia instauró en 1991 la Corte Constitucional; Ecuador creó el Tribunal en 1945 y lo reinstaló en 1998; Paraguay creó una Sala Constitucional en 1992; Bolivia estableció el Tribunal Constitucional en 1994; Nicaragua creó una Sala Constitucional en 1995; México, mediante las reformas constitucionales de 1994, 1996 y 1999, estableció a la Corte Suprema de Justicia como Tribunal Constitucional; y en Honduras se creó en 2001.

Los sistemas o modelos de control constitucional en América del Sur se pueden clasificar, según Humberto Nogueira Alcalá:⁶

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

⁶ Humberto Nogueira Alcalá, "Las competencias de los tribunales constitucionales de América del Sur", ponencia en el IX Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales Constitucionales de América Latina, Florianópolis, 2002. Igualmente, Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal constitucional*. Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 30.

En los tribunales constitucionales de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú las competencias se refieren al control constitucional normativo, control de constitucionalidad de conflictos de competencias y control de constitucionalidad a través del amparo de derechos fundamentales y sus garantías. En resumen, como dice Losing,⁷ la jurisdicción constitucional en Europa “se evidencia como presupuesto irrenunciable de la conservación, operatividad, y desarrollo ulterior del Estado constitucional y democrático o, en otras palabras, como la culminación del Estado de Derecho”, y lo mismo se puede decir respecto de otras partes del mundo.⁸

En cuanto a la importancia de los tribunales constitucionales dice Javier Pérez Royo:⁹

[Son] una institución vigorosa, que no sólo no se ha difuminado con el paso del tiempo, sino que se ha ido convirtiendo en una institución cada vez más importante en el Estado Constitucional democrático. En los países europeos que tienen Tribunal Constitucional la historia de la democracia y la de la justicia constitucional han ido juntas, alimentándose la una a la otra. Esta es la razón por la que el Tribunal Constitucional es una institución de sólido prestigio, con una aceptación muy amplia tanto en la opinión especializada como en la opinión pública en general: de hecho, suele ser una de las instituciones mejor valoradas en todas las encuestas.

Por su parte, Mauro Cappelletti¹⁰ expresa:

Parece que ningún país europeo que salga de alguna forma de régimen no democrático o de una tensión interna importante puede encontrar mejor respuesta a la exigencia de reaccionar contra demonios pasados, y posiblemente para impedir su vuelta, que la de introducir la Justicia Constitucional en su forma de gobierno [...] Ésta es la razón por la cual los tribunales constitucionales se están imponiendo en los países orientales europeos tras la caída del Muro de Berlín: Polonia, Hungría, Repúblicas Checa y Eslovaca.

II. Fundamento de la jurisdicción constitucional

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

1. la existencia de una Constitución total o parcialmente rígida; y
2. un órgano estatal independiente y autónomo que desarrolle el control de constitucionalidad con facultad decisoria dentro de plazos determinados.¹¹

⁷ Norbert Lösing, *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Fundación Konrad Adenauer-Dykinson, Madrid, 2002, pp. 32-33.

⁸ En el mismo sentido, M. García Pelayo, *Estado legal y Estado constitucional de Derecho*, Lima, 1989, p. 32.

⁹ Pérez Royo, o. cit., pp. 922-923.

¹⁰ Mauro Cappelletti, cita de Pérez Royo, o. cit., p. 923.

¹¹ Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 30.

El jurista Manuel Aragón Reyes¹² dice sobre las relaciones entre control constitucional y Constitución:

[...] hablar de Constitución tiene sentido cuando se la concibe como un instrumento de limitación y control del poder. Efectivamente, el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo, es decir, si se pretende que la Constitución se “realice”, en expresión, bien conocida de Hesse; o dicho en otras palabras, si la Constitución es norma y no mero programa puramente retórico. El control no forma parte únicamente de un concepto “político” de la Constitución, como sostenía Schmitt, sino de su concepto jurídico, de tal manera que sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa y sólo si el control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida ésta como norma”.

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

El tratadista Javier Pérez Royo¹³ sostiene que las características de los tribunales constitucionales son las siguientes:

1. Como un órgano único, en el que se concentra la interpretación definitivamente vinculante de la Constitución.
2. Como un órgano jurisdiccional, aunque no integrado en el Poder Judicial. “El hecho de ser un Tribunal que actúa a instancia de parte y que obtiene información, la procesa y la traduce en una sentencia, como lo hacen los Tribunales de Justicia, se adecua muy bien a su naturaleza defensiva”.
3. Su composición tiende a reflejar el compromiso entre la mayoría y la minoría que presidió la aprobación de la Constitución.
4. Su competencia básica consiste en el control de constitucionalidad de la ley y, por tanto, en imponer a la mayoría parlamentaria que la aprueba el respeto del pacto constituyente.
5. Sus competencias adicionales van en la misma dirección: protección de los derechos fundamentales, esto es, defensa del individuo y de la sociedad frente al Estado; protección de la distribución territorial del poder y por tanto de la existencia de minorías territoriales; protección de la división de poderes, esto es, protección de la sociedad frente a la concentración indebida de poder en uno de los órganos del Estado.

A lo anterior habría que agregar que los tribunales constitucionales controlan el ejercicio del poder del Estado y complementan la división de poderes mediante el control constitucional. En palabras de Kelsen:¹⁴

¹² Manuel Aragón Reyes, *Constitución y control del poder*, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 15.

¹³ Pérez Royo, o. cit., p. 925.

¹⁴ Citado por Pérez Royo, o. cit., p. 924.

La Justicia Constitucional desempeña una función de protección eficaz de la minoría contra el avasallamiento de la mayoría, cuyo dominio sólo es soportable en la medida en que se ejerce jurídicamente.

Por otra parte, los tribunales constitucionales han sido una institución defensora del régimen constitucional democrático. Garantizan la supremacía e integridad de la Constitución como norma de normas y fuente de fuentes del derecho. Además, como se ha dicho, estos tribunales garantizan el respeto de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos.

José Asensi Sabater¹⁵ al referirse al papel preponderante de los tribunales constitucionales dice:

Es hoy opinión generalizada que el juez constitucional desarrolla cada vez más una función activa que abarca desde la represión de las leyes inconstitucionales hasta una función de dirección integradora, de estímulo, y más genéricamente, de garantía activa de los fines de la Constitución. [...] La voluntad democrática representada en el parlamento queda decisivamente limitada por la existencia de estas *normas superiores* cuyo intérprete es el tribunal constitucional. De ahí que, en consonancia con otras características que afloran en el constitucionalismo actual, pueda decidirse que el anterior *estado legislativo-parlamentario* está dejando paso a un *estado jurisdiccional* (Rusconi, 1997). O lo que es igual, la *soberanía popular* se está transformando en *soberanía constitucional*.

La creación de una Constitución escrita que no pueda ser modificada sino mediante un procedimiento especial y determinado dio origen al control constitucional. El artículo VI § 2 de la Constitución estadounidense de 1789 declaró la Constitución como ley suprema del país y obligatoria para todos los jueces. De esta norma se desarrolló la doctrina del *judicial review* que fue formulada por el juez Marshall en el caso *Marbury v. Madison*: “Es evidente que, o los jueces prefieren la Constitución a las leyes que la contravienen, o el legislador puede modificar la Constitución mediante la legislación ordinaria”. Por tanto, si la Constitución es el derecho supremo, la ley inconstitucional deberá ceder ante ella.

Norbert Lösing¹⁶ encuentra antecedentes en la distinción en Atenas entre *nomoi* (ley en sentido estricto) y *pséphisma* (decreto), el derecho natural como límite del poder del gobernante, y la creación de un *higher law* o *common law*. Agrega que como hitos importantes hay que añadir el amparo en México, en Suiza la queja constitucional o el *recours de droit public* para imponer la supremacía del derecho federal sobre los derechos cantonales.

Mauro Cappelletti¹⁷ considera que en Noruega, Dinamarca, Rumania, Grecia y Portugal, aun antes de la primera guerra mundial, se reconocen los inicios de un

¹⁵ José Asensi Sabater, *La época constitucional*, Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia, 1998, pp. 212 y 213.

¹⁶ Lösing, o. cit.

¹⁷ Mauro Cappelletti y William Cohen, *Comparative Constitutional Law*, Bobbs-Merrill, Indianápolis, 1979, p. 12.

control constitucional por vía judicial, si bien éstos en principio no se pudieron aplicar a largo plazo.

Ya se ha visto que luego de la primera guerra mundial la jurisdicción constitucional adquirió importancia gracias a los esfuerzos de Hans Kelsen y Franz Wyer. Los primeros tribunales constitucionales, como se expresó, fueron los de Austria y Checoslovaquia, creados en 1920. Hay que dejar establecido que la justicia constitucional se ubica dentro de la defensa constitucional. Los tribunales constitucionales son uno de los mecanismos de defensa de la Constitución. Puede haber otros mecanismos, como las normas sobre reforma de la Constitución.

Desde un punto de vista objetivo, la justicia constitucional está formada por las funciones jurisdiccionales realizadas para la garantía y defensa de la Constitución. Pero hay que tener en cuenta que, además, el control de constitucionalidad no es el único objeto de la justicia constitucional. Actualmente se agregan la tutela de los derechos fundamentales y, en algunos Estados, la decisión de los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado y la denominada *justicia política*. Además, en Estados federales se plantea la resolución de conflictos entre el Estado central y las entidades políticamente descentralizadas. Los mecanismos de defensa de la Constitución pueden atribuirse a órganos políticos como el Parlamento, que sería juez y parte de sus propias decisiones, a órganos ejecutivos o a órganos judiciales, que son propiamente los denominados de justicia constitucional.

En la atribución a órganos judiciales hay dos sistemas:

- a. El sistema austriaco se caracteriza por la atribución a un Tribunal *ad hoc* de las competencias de justicia constitucional. Es el sistema de justicia constitucional concentrado. Las sentencias del Tribunal Constitucional producen, en caso afirmativo, la nulidad de la disposición impugnada. Este sistema influyó en los modelos alemán, italiano y español.
- b. El sistema norteamericano, que se denomina *judicial review*. Se trata de un control difuso, ya que todos los tribunales son competentes en este sentido, aunque están vinculados por el principio *stare decisis*. Además, únicamente se admite la vía indirecta en el control de constitucionalidad de las leyes; no se produce la nulidad de la disposición afectada sino únicamente su inaplicabilidad al caso concreto objeto del proceso.¹⁸

Los tratadistas Lucio Cabrera y Fix-Zamudio¹⁹ expresan:

La contribución de América a la defensa constitucional consiste en que en este continente surgió la verdadera y propia garantía jurisdiccional de la Constitución, en

¹⁸ Enrique Álvarez Conde, *Curso de derecho constitucional*, vol. II, Tecnos, Madrid, 3ª ed., 2000, pp. 279-280.

¹⁹ Lucio Cabrera y Fix-Zamudio, en el Prólogo a la obra de James Allan Clifford Grant, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1963, p. 10.

contraste con el continente europeo, en donde se ensayó primeramente la búsqueda de una defensa política de la Constitución, una de cuyas manifestaciones fue la defensa por Sieyes de la necesidad de crear un “Jury de Constitution” o “Jury constitutionnel”.

Hay que tener en cuenta que en la actualidad la justicia constitucional de los distintos Estados tiene características especiales y por tanto no responde a los modelos antes mencionados. Expresa el tratadista Álvarez Conde²⁰ refiriéndose a los modelos citados:

La filosofía política subyacente a ambos sistemas es muy diferente. Mientras el sistema norteamericano tiene, al menos en sus orígenes, como finalidad fundamental la consagración del principio federal, el sistema europeo tiene como finalidad la garantía de la libertad. Pensemos que en 1803 todavía existe en Norteamérica la esclavitud y que en 1920, en Europa, las célebres disputas entre Kelsen y Schmitt, para quien la existencia de una jurisdicción constitucional politiza la justicia en vez de judicializar la política, se convierten en auténticas confrontaciones entre Democracia y Dictadura.

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

III. Naturaleza de los tribunales constitucionales

A partir de la segunda guerra mundial se produce un renacimiento de la justicia constitucional. Ello obedece, según Álvarez Conde,²¹ a estas consideraciones:

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

Nosotros agregaríamos que los tribunales constitucionales son el instrumento de defensa de la Constitución por excelencia. Pero debe entenderse que la Constitución comprende el Preámbulo, las normas constitucionales y los principios y valores constitucionales, todo lo cual forma una unidad sistemática. Hay que tener en cuenta

²⁰ Álvarez Conde, o. cit., p. 281.

²¹ *Ibidem*, p. 281.

que la interpretación constitucional de los tribunales constitucionales vincula a los ciudadanos y a los poderes públicos. Estos tribunales son órganos constitucionales. En efecto, tienen competencia constitucional; su existencia, funciones y estructura básica son establecidas por la Constitución. Por tanto, el juez constitucional se diferencia del juez ordinario.

En cuanto a su naturaleza, los tribunales constitucionales se pueden concebir como órganos estrictamente judiciales desde un punto de vista estrictamente jurídico, pero también al respecto hay varias teorías. Algunos autores (Tesauro y Lavagna) afirman la naturaleza jurisdiccional; otros (Calamandrei, Kelsen y Villari) sostienen su cariz legislativo; y unos pocos, la naturaleza administrativa (Balladore Pallieri). Parte de la doctrina hace hincapié en que son órganos de justicia política (Mortati, Martinres y Cheli). Louis Favoreu²² expresa:

La cuestión de la composición no puede plantearse de manera neutral, ya que, habida cuenta de la repercusión de sus decisiones, el juez constitucional desempeña necesariamente un papel o una función política. [...] toda jurisdicción constitucional, incluso el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, tiene un carácter político, pues si no, no se trata de una verdadera jurisdicción constitucional.

El profesor Martínez Sospedra²³ enumera seis razones para afirmar el carácter jurisdiccional de los tribunales constitucionales: 1) la sujeción de su función a un método jurídico de interpretación; 2) el carácter reglado de la acción del tribunal constitucional en cuanto la actividad de conocimiento jurídico y no de oportunidad política; 3) su actuación que sólo opera a instancia de parte; 4) la vinculación de su actividad a un proceso jurisdiccional especial y contradictorio; 5) los principios de neutralidad e independencia a que está sujeta la actividad jurisdiccional; y 6) su posición de tercero súper partes.

En Colombia la Corte Constitucional forma parte del Poder Judicial y las funciones que se le adscribieron en el artículo 241 de la Constitución Política son jurídicas. Sin embargo, el análisis jurídico no es puro, sino que debe tener en consideración la realidad constitucional que incluye aspectos político-económico-sociales.

Los tribunales constitucionales, como dice Pablo Lucas Verdú,²⁴ deben tener como fundamento lo que denomina la “fórmula política de la Constitución”. Este autor sostiene que las normas constitucionales expresan una ideología jurídicamente organizada en una estructura social.

²² Informe general de Louis Favoreu, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 21-22.

²³ Manuel Martínez Sospedra, “El Tribunal Constitucional como órgano político”, en Dirección General de lo Contencioso del Estado, *El Tribunal Constitucional*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pp. 1794 y ss.

²⁴ Pablo Lucas Verdú, *Curso de derecho político*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1984, p. 806.

Verdú, como Rotteck y Welcker, habla de *política constitucional* y aun de *ingeniería constitucional*. Esto significa que la Constitución tiene en cuenta el proceso político que se ajusta a los acontecimientos políticos. El autor define *política constitucional* como:

[...] el proceso político que conduce a la elaboración de las normas y a la configuración de institutos, de acuerdo con un instrumento jurídico, codificado y sistemático (Constitución) y con su legislación complementaria que configuran la organización y ejercicio del poder y el resguardo de los derechos humanos.²⁵

Se ha dicho que la justicia constitucional está viciada por su naturaleza política. La crítica más dura respecto a la ausencia de legitimidad de los tribunales constitucionales la formuló Carl Schmitt,²⁶ quien en 1929 se hizo eco de la afirmación de Guizot de que, en tales casos, “la justicia tiene todo que perder y la política nada que ganar”.

Schmitt creía que la defensa de la Constitución no se debía encomendar a la justicia constitucional, sino, de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución de Weimar, al presidente de la República. Dijo que los tribunales constitucionales con jurisdicción concentrada se aproximan al papel del Senado en la Constitución napoleónica, que no dice el derecho sino que lo hace.

Hans Kelsen refutó la tesis de Schmitt en su libro *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*²⁷ Sostuvo que toda sentencia del tribunal constitucional tiene la fuerza de una ley posterior que deroga otra anterior, lo cual lo convierte en una suerte de “legislador negativo”.

Si bien es innegable que la justicia constitucional puede conocer de conflictos de carácter político, como dice Pedro José González-Trevijano Sánchez,²⁸ “nada de ello impide que éstos se resuelvan de conformidad con un criterio jurídico y una metodología jurídica, cualesquiera que sean los concretos métodos utilizados”. Bachof²⁹ expresa:

El carácter político de un acto no excluye un conocimiento jurídico del mismo, ni el resultado político de dicho conocimiento lo despoja de su carácter jurídico. [...] Con ello no puede desconocerse que el juez puede estar vinculado a prejuicios propios de su origen social, de su concepción política o de su visión del mundo; que de ningún hombre se puede eliminar un último resto de subjetividad. Pero el juez experimentado conoce los peligros del trasfondo emocional e irracional de su actividad y, precisamente, por regla general sabe eliminarlos. Toda su formación profesional, la necesidad de un continuo enfrentamiento con otras opiniones, el ininterrumpido “diálogo” al que ya

²⁵ *Ibídem*, p. 807.

²⁶ C. Schmitt, *Das Reichsgericht der Verfassung*, citado por Eduardo García Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 1994, p. 159. De este mismo jurista, *Teoría de la Constitución*, trad. F. Ayala, Alianza, Madrid, 1982.

²⁷ Kelsen, o. cit.

²⁸ González-Trevijano Sánchez, o. cit., p. 40.

²⁹ O. Bachof, *Jueces y Constitución*, trad. R. Bercovitz, Taurus, Barcelona, 1963, p. 53.

hemos referido; todo esto garantiza un nivel de objetividad que, aunque no sea absoluto, es muy elevado. Si se necesitase aún otra prueba, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la ha aportado, eliminado todas las especulaciones iniciales sobre las diversas tendencias políticas de sus Salas.

Francisco Tomás y Valiente,³⁰ refiriéndose a la realidad política y la independencia de los tribunales constitucionales, expresa la siguiente conclusión, que compartimos:

La realidad política es conflictiva y el Tribunal Constitucional, que resuelve en forma jurídica conflictos de contenido siempre político, no puede hacerse nunca la ilusión de estar situado, ante la opinión pública, por encima de contiendas que él mismo ha de juzgar. Su posición es eminente, la propia de un juez. Pero su imparcialidad objetiva y la independencia de criterio de sus magistrados no son garantía intangible a los ojos de muchos, porque afectando sus resoluciones a temas clave de la organización del Estado y de la esfera de libre acción de los ciudadanos en la sociedad, es inevitable que los conflictos salpiquen al órgano que los resuelve. Lo esencial es que la politización del litigio jurídico y del paralelo debate social no influyan en la resolución del Tribunal. Lo imposible es que la sentencia, adoptada con plenitud de independencia, satisfaga a todos los contendientes, es decir, a quienes litigaron como partes procesales y a quienes lo hicieron libre, pero desinteresadamente, en el gran foro de los medios de comunicación.

IV. Misión de los tribunales constitucionales

La misión principal de los tribunales constitucionales es la defensa de la Constitución. En su famoso ensayo de 1928 sobre la jurisdicción constitucional, Kelsen expresó: “Una constitución a la que le falta la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en su sentido técnico”. Y agregó: “Una constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos —no pudiéndose anular su inconstitucionalidad— equivale más o menos, desde el punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria”.³¹ A esta aseveración hay que agregar que tal garantía no existe sino cuando la declaratoria de inconstitucionalidad corresponde a un órgano completamente diferente e independiente de aquel que produjo la norma inconstitucional.

Smend³² asigna a los tribunales constitucionales una triple tarea:

Por una parte, crea orden en el amplio espacio de las cuestiones jurídico-constitucionales, en las que sólo puede crear un orden auténtico una justicia

³⁰ Francisco Tomás y Valiente, “La Constitución y el Tribunal Constitucional”, en *La jurisdicción constitucional en España*, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 18 y 19.

³¹ Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (*Anuario Jurídico* 1-1974), p. 510.

³² Smend, cita de García de Enterría, o. cit., p. 195.

independiente del más alto rango. En segundo lugar, fortalece las bases de nuestra existencia política, en la que nos permite a los ciudadanos experimentar la vivencia de la condición de Estado de Derecho de nuestra comunidad y de la dignidad garantizada de ciudadanos libres. Finalmente, lucha por el imperio de los derechos y los bienes al tomar como motivación expresa de sus decisiones estos más altos valores de la tierra.

Klaus Richter³³ afirma:

La jurisdicción constitucional se puede apoyar, en el Estado de Derecho, en el principio constitucional de la sujeción del poder del Estado al derecho y a la ley. En esto, la norma fundante es la constitución del Estado de Derecho, que constituye también la base para la labor del Tribunal Constitucional.

Se ha preguntado la doctrina: ¿Quién controla al control? La respuesta es que existen dos medios para controlar el arbitrio judicial:

- a. el juicio como procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad de los jueces y,
- b. en forma indirecta, las “cláusulas programáticas” de la Constitución, que integran la parte ideológica de las normas del Estado.

El tratadista Vanossi³⁴ dice al respecto:

Estamos frente a un problema análogo al de la cuadratura del círculo: o no hay control, y entonces podemos desembocar en la ilimitación del ejercicio de los poderes, que significa el quebrantamiento de las competencias y limitaciones establecidas por la Constitución; o establecemos el órgano de control, pero enseguida se plantea el problema de quién controla al control, al surgir el riesgo de que dicho órgano asuma una verdadera “dictadura” interpretativa de los textos constitucionales, y descalifique todos aquellos actos o normas que no se compadezcan con las valoraciones que él explicita. Como vemos, todos los caminos conducen a la interpretación; y la enorme importancia de ésta queda en evidencia cuando percibimos que toda la función de control está finalmente subsumida en la tarea de interpretación que cumple el órgano especializado.

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

³³ Klaus Richter, “El papel de la justicia en la superación del ilícito estatal en el ejemplo de la República Federal de Alemania”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1997*, Díké, p. 485.

³⁴ Jorge Reinaldo Vanossi, *Teoría constitucional*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 2ª ed., 2000, pp. 126-27.

La Constitución Política de Colombia, en el artículo 1º, dice que Colombia:

[...] es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, 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.

Los valores y los principios fundamentales contenidos en el título 1º de la Constitución son suprapositivos y su contenido esencial debe ser respetado por la legislación. Además, todo el ordenamiento jurídico se debe interpretar a la luz de los valores y principios constitucionales, incluido el preámbulo de la Constitución.³⁵ La justicia constitucional ha de operar para consolidar el Estado social de Derecho, para asegurar a los integrantes de la nacionalidad colombiana la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, como lo dice el Preámbulo, “dentro de un marco jurídico democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo”.

La justicia constitucional tiende a estas características:

- a. Defiende la Constitución. Ha dicho la doctrina que Constitución y Tribunal Constitucional son categorías interdependientes.³⁶ García Enterría³⁷ afirma que “una Constitución sin Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte”.
- b. La justicia constitucional vela por la protección de los derechos fundamentales de las personas y el sistema democrático.
- c. El Tribunal Constitucional vela por el mantenimiento del núcleo duro de los derechos fundamentales que garantiza en condiciones de igualdad la Constitución.
- d. La justicia constitucional es uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho que hoy conlleva el principio de constitucionalidad, porque la Constitución es la norma suprema. Van Der Meersch³⁸ ha señalado: “no existe Estado de Derecho sin Tribunal Constitucional”.
- e. La justicia constitucional es un poder de cierre del propio sistema. La justicia constitucional garantiza la supremacía de la Constitución. Además, se asegura la limitación y sujeción del poder al derecho.

³⁵ Marco Gerardo Monroy Cabra, *La interpretación constitucional*, Librería del Profesional, 2002, pp. 25 y ss.

³⁶ G. Leibholz, *Conceptos fundamentales de la política y teoría de la Constitución*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, pp. 32-33.

³⁷ García Enterría, o. cit., p. 186.

³⁸ W. J. Ganshof Van Der Meersch, en el Prefacio a J. Velu, *Droit public*, t. I, Bruylant, Bruselas, 1986, pp. X y XI.

V. Importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de Derecho

Dentro de un Estado social de Derecho los tribunales constitucionales no sólo son necesarios sino que también son trascendentales para la realización de los objetivos de una democracia que conlleva la existencia de controles, el más importante de los cuales es el control constitucional. La existencia de los tribunales constitucionales supone la aceptación de la supremacía de la Constitución y el reconocimiento de que ésta es una norma suprema que está en la cúspide del ordenamiento jurídico. Dice el profesor Pedro de Vega:³⁹

Si jurídicamente el control de constitucionalidad sólo se concibe desde la definición previa de la Constitución como ley suprema, política y científicamente sólo es lícito sostener la existencia de una justicia constitucional cuando la Constitución se entiende como realidad normativa y no como una mera configuración nominal y semántica. Proceder de otro modo supondría condenar la teoría constitucional y la labor de los constitucionalistas al más menesteroso y errante de los quehaceres.

Hans Kelsen,⁴⁰ quien fue el artífice de la justicia constitucional, dice que la garantía de la Constitución presupone, para resolver una noción clara de Constitución, entenderla como la cúspide de la teoría escalonada del orden jurídico (*Stufenbautheorie*), es decir, la Constitución como norma suprema. Sin embargo, reconoce que “la Constitución expresa, jurídicamente, el equilibrio de las fuerzas políticas en un momento determinado”.

Los tribunales constitucionales que se crearon inicialmente y los que han venido a crearse con posterioridad tienen en esencia estas funciones: control constitucional de las leyes (abstracto o en concreto), resolución de conflictos constitucionales, de atribuciones y competencias, y protección de los derechos fundamentales mediante la acción de amparo o de tutela.

La importancia de los tribunales constitucionales se fundamenta en las funciones que cumplen en orden a preservar el equilibrio de poderes y sus atribuciones, proteger los derechos fundamentales y garantizar la supremacía de la Constitución. Se trata de órganos límites en materia constitucional y por eso la interpretación que hagan de las normas constitucionales se considera integrada a la Constitución y constituye el precedente que deben seguir los mismos tribunales y que se impone a los jueces en la aplicación de las normas.

Los tribunales constitucionales interpretan con autoridad la Constitución. Además, el ordenamiento jurídico debe interpretarse según los principios y valores constitucionales como han sido interpretados por el respectivo Tribunal Constitucional.

³⁹ Pedro de Vega García, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, en *Revista de Estudios Políticos*, n° 7, nueva época, Madrid, enero-febrero, 1979, pp. 93 y ss.

⁴⁰ Hans Kelsen: “La garantie juridictionnelle de la Constitution. La Justice constitutionnelle”, en *Revue de Droit Public*, 1928, p. 204.

Estos tribunales son órganos autónomos, se autogobiernan y son independientes de los otros poderes públicos, aunque pueden formar parte del Poder Judicial —es el caso de la Corte Constitucional colombiana—. Expresa Pablo Lucas Verdú:⁴¹

La doctrina es unánime en considerar que la jurisdicción constitucional es la máxima expresión del Estado de Derecho [...] mediante la justicia constitucional, se cumple y asegura el orden fundamental en la medida en que se aplican a casos concretos las normas constitucionales, se esclarece el ámbito de aplicación de todas las normas, se garantiza el cumplimiento de la ley fundamental, que prevalece sobre la norma ordinaria, e incluso se va integrando el Derecho constitucional.

Se ha dicho que el Estado de Derecho supone limitación de poder, garantía de los derechos fundamentales y supremacía de la Constitución. El órgano que garantiza el cumplimiento de los propósitos del Estado de Derecho es el Tribunal Constitucional.

Refiriéndose a la conexión entre el Estado de Derecho y el Tribunal Constitucional en España, el presidente de este tribunal, Manuel García Pelayo,⁴² expresó que la función de este órgano es “perfeccionar la vigencia del Estado de Derecho en el que se constituye la Nación española en virtud de una decisión fundamental expresada en el preámbulo y en el artículo 1º, 1 de la Constitución”.

Esta afirmación es aplicable en Colombia, ya que según el Preámbulo y el artículo 1º de la Constitución Colombia se constituye como “Estado social de derecho” dentro de un marco jurídico democrático y participativo para garantizar un orden político, económico y social justo. Esto significa lo siguiente:

- a. que el pueblo colombiano decidió constituirse en un Estado de Derecho calificado de social y democrático-participativo;
- b. que existe conexión formal y funcional entre el Estado social de Derecho previsto en la Constitución y la Corte Constitucional; y
- c. que la Corte Constitucional perfecciona el Estado de Derecho; la Constitución se debe interpretar como un sistema coherente y esta función compete a la Corte Constitucional como intérprete supremo de la Constitución e independiente de los demás órganos constitucionales.

VI. Razón de la existencia de los tribunales constitucionales

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

⁴¹ Verdú, o. cit., p. 687.

⁴² Manuel García Pelayo, “El status del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 1, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pp. 15 y ss.

1. *El cambio de la supremacía de la ley por la supremacía de la Constitución*

Los tribunales constitucionales se explican dentro del Estado Constitucional que privilegia la Constitución por sobre la ley. Dentro del Estado liberal de Derecho se sacralizó la ley. Como dice Louis Favoreu:⁴³

La sacralización de la ley es una primera explicación. A partir de la Revolución de 1789, a lo largo del siglo XIX y a comienzos del XX, el dogma rousseauniano de la infabilidad de la ley se impone y difícilmente se discute. El reino del derecho es el reino de la ley. [...] El concepto de legitimidad [...] coincide con el de legalidad, es decir, con la conformidad de las actividades públicas y privadas a las leyes votadas por el Parlamento. El “derecho” (*jus, law, diritto, derecho, Recht*) se identifica cada vez más estrechamente con las leyes del Parlamento (*Lex, statute, legge, ley, Gesetz*).

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

2. *El control constitucional y la jurisdicción ordinaria*

¿Puede la justicia ordinaria ser el órgano de control de constitucionalidad? La respuesta negativa la dio Mauro Cappelletti:⁴⁴

Los jueces de la Europa continental son habitualmente magistrados de “carrera”, poco aptos para cumplir una tarea de control de las leyes, tarea que, como veremos, es inevitablemente creadora y va mucho más lejos de su función tradicional de “meros intérpretes” y “fieles servidores” de las leyes. La interpretación misma de las normas constitucionales, y especialmente del núcleo central de éstas, que es la Declaración de los derechos fundamentales o “Bill of Rights”, suele ser muy distinta de la interpretación de las leyes ordinarias. Requiere una aproximación que se conjuga mal con la tradicional “debilidad y timidez” del juez según el modelo continental.

Si bien en algunos Estados la jurisdicción ordinaria ejerce el control constitucional, la tendencia actual, como se ha visto de la lista de los Estados que han creado tribunales constitucionales, es la de crear un órgano especializado, autónomo e independiente que se encargue del control jurisdiccional y de la protección de los derechos fundamentales. En este aspecto históricamente se puede mencionar el Tribunal del Imperio, que tenía atribuciones de tribunal constitucional en lo concerniente a litigios federales (1848) en Austria en 1867, el Jury Constitutionnel de Sieyès en Francia, y en España el Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República.

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

Como la Constitución es norma fundamental y no contiene sólo reglas sobre los órganos y procedimiento de la legislación, incluye también un catálogo

⁴³ Favoreu, o. cit., pp. 18-19.

⁴⁴ Mauro Cappelletti, *Cours constitutionnelles*, p. 463

de derechos fundamentales de las personas. La garantía de la Constitución reposa en la posibilidad de anulación de los actos que sean contrarios a ella. Ahora bien, el órgano encargado de declarar inconstitucionales las leyes contrarias a la Constitución es el Tribunal Constitucional. No puede ser el Congreso, por las razones que expone Hans Kelsen:⁴⁵

El órgano legislativo se considera en realidad como un creador libre del derecho y no un órgano de aplicación del derecho, vinculado por la Constitución, como lo es en teoría, si bien en una medida relativamente restringida. No se puede contar, pues, con el propio Parlamento para realizar su subordinación a la Constitución. Se trata de un órgano diferente de él, independiente de él y, en consecuencia, también de cualquier otra autoridad estatal, a quien le compete la anulación de los actos inconstitucionales; es decir, una jurisdicción o Tribunal Constitucional.

Kelsen dice que la existencia de tribunales constitucionales no viola el principio de la separación de poderes porque éstos son “legisladores negativos” que están determinados exclusivamente por la Constitución.

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

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

Por regla general la jurisdicción constitucional está fuera del aparato jurisdiccional. Es un poder independiente de los demás poderes del Estado. La esencia de los tribunales constitucionales es el control de constitucionalidad de las leyes, es decir, que tienen la competencia de hacer justicia con autoridad de cosa juzgada y producir declaraciones de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*. Otra de las funciones de los tribunales constitucionales es la protección de los derechos fundamentales por medio de la acción de amparo. Debe tenerse en cuenta que hay diversos sistemas de organización de la jurisdicción constitucional y ello depende de las circunstancias políticas y sociales de cada Estado.

VII. Críticas a la existencia de los tribunales constitucionales

Las principales críticas que se han formulado a la existencia de los tribunales constitucionales son las siguientes:

⁴⁵ Kelsen, “La garantie...”, o. cit., pp. 197-257.

1. Se dice que la justicia constitucional es un poder soberano. Sin embargo, estos tribunales constituyen un poder que, como todos los poderes públicos, está subordinado a la Constitución.
2. Se afirma que la justicia constitucional usurpa la función legislativa del Congreso. Es cierto que estos tribunales declaran la inconstitucionalidad de una ley y al hacerlo asumen el papel de legislador negativo, pero ello obedece a la supremacía de la Constitución, establecida en todas las Cartas Fundamentales.
3. Se argumenta que los tribunales constitucionales favorecen la inseguridad jurídica, pero hay que considerar que el papel de la justicia constitucional es el máximo protector de los derechos fundamentales y libertades públicas del ciudadano.
4. Se critica a la justicia constitucional el estar viciada por su naturaleza política. Quienes así lo afirman recuerdan a Schmitt, quien en 1929 se hacía eco de la afirmación de Guizot ya citada: “La justicia tiene todo que perder y la política nada que ganar”. Sin embargo, esta crítica no es exacta, ya que todas las decisiones de los tribunales constitucionales deben tomarse con criterios y metodología jurídica independientemente de la naturaleza de los conflictos.
5. Se le critica a la justicia constitucional que carece de legitimidad. A este respecto hay que observar que, si bien la legitimidad no es directa, en la mayoría de las Constituciones está previsto que los magistrados de los tribunales constitucionales, en todo o en parte, sean elegidos por el Congreso. No puede olvidarse que este tribunal es tan órgano del pueblo como los demás órganos del Estado, incluido el Parlamento.

Por lo antes visto, carecen de razón las críticas que se han formulado contra la existencia de los tribunales constitucionales.

VIII. La jurisdicción constitucional en Colombia

El desarrollo constitucional en Colombia se remonta a la Constitución de 1821, en la cual el Senado podía suspender por motivos de inconstitucionalidad una ley expedida por el Legislativo, hasta el siguiente período, lo cual permitía un nuevo control político por un Parlamento diferente.⁴⁶

Si bien la Constitución de 1821 preveía en su artículo 157 la posibilidad de ejercer la acción popular de inconstitucionalidad, el control constitucional por vía judicial se estableció en la Carta de 1853. Se restringía al control de las ordenanzas municipales y a su conformidad con el derecho nacional y la Constitución.

⁴⁶ Javier Tobo Rodríguez, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, Bogotá, 1996, p. 144.

En la Constitución de 1858 se amplió el control judicial de las normas a todas las leyes de los estados miembros. La Corte Suprema podía suspender las leyes de los estados miembros que considerara inconstitucionales, aunque, de conformidad con el artículo 50 de la Constitución, sólo mientras el Senado decidía definitivamente. Éste era informado de inmediato por la Corte Suprema de Justicia de la suspensión provisional de la vigencia de una ley de un estado miembro.

La Constitución de 1863 adoptó el modelo de la Constitución de 1858, pero para la suspensión de las leyes de los estados se exigía la decisión unánime de la Corte Suprema de Justicia. De conformidad con el artículo 72 de la Constitución de 1863 la decisión definitiva seguía siendo del Senado.

En la Constitución de 1886 la competencia para decidir la inconstitucionalidad de una ley se reservó a la Corte Suprema de Justicia, pero la posibilidad de solicitar el control se restringió al presidente de la República. Sin embargo, el artículo 6° de la ley 153 de 1887 determinó la aplicación de toda ley que hubiese expedido luego de la Constitución de 1886, “aun cuando parezca contraria a la Constitución”.⁴⁷

En la reforma constitucional de 1910 se introdujo el control constitucional de las leyes que podía ser iniciado por cualquier persona. El artículo 40 de la Constitución de 1886, en la forma como fue reformado por el acto legislativo n° 3 de 1910, establecía la supremacía de la Constitución al decir: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”. El artículo 41 le dio competencia a la Corte Suprema de Justicia para conocer de las demandas de inconstitucionalidad presentadas por cualquier ciudadano y sobre las objeciones presidenciales a los proyectos de ley. Esta norma decía:

A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.

El artículo 40 antes citado estableció el control difuso y el artículo 41 el control concentrado.

Con la reforma de 1945 se le asignó al Consejo de Estado la última instancia en asuntos contencioso-administrativos, y la competencia para conocer del control de constitucionalidad de los decretos del Ejecutivo que no tuvieran fuerza de ley. En lo restante, la competencia la tenía la Corte Suprema de Justicia, según el artículo 214 de la Constitución.

En la reforma constitucional de 1968 se creó en la Corte Suprema de Justicia una Sala Constitucional que debía proyectar sentencias en casos de control de cons-

⁴⁷ Vladimiro Naranjo Mesa, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Bogotá, 6ª ed., 1995, p. 398. Lösing, o. cit., p. 311.

titucionalidad, los que eran decididos por la Sala Plena de dicha Corporación. Además, se estableció el control automático sobre los decretos que expediera el presidente durante el estado de sitio. El Consejo de Estado siguió conociendo de los decretos ejecutivos y reglamentarios, o sea, los que no fueran expedidos con base en el artículo 76 números 11 y 12 y el artículo 121 de la Constitución.

En la Constitución de 1991 se creó la Corte Constitucional, que entró en funciones el 17 de febrero de 1992. El artículo 241 de la Constitución Política de 1991 dice que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, “en los estrictos y precisos términos de este artículo”. Este artículo otorga a la Corte las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación.
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, solo por vicios de procedimiento en su formación.
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos solo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.
6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.
7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.
8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.
10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.
11. Darse su propio reglamento.

Como se ha visto, el artículo 241 adopta el principio de la supremacía constitucional. La Constitución la concibe en el artículo 4° como “norma de normas”. Esto convierte a la Constitución en fuente de derecho y le otorga eficacia directa, por lo cual los jueces pueden aplicarla directamente.

La Constitución Política de 1991 establece un sistema mixto que tiene estas categorías:

- a. Control por vía de acción pública. Es ejercido por las personas naturales nacionales que gozan de ciudadanía. Además, es posible que los servidores públicos ejerzan dicha acción. Las personas jurídicas no pueden solicitar la declaratoria de inexequibilidad (sentencia C-275 de 20 de junio de 1996, M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).
- b. Control por vía de excepción o incidental. Este control difuso está consagrado en el artículo 4° de la Constitución Política, que dice: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.
- c. Control por vicios de procedimiento para la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Carta (Constitución Política, artículo 241, numeral 2°), como también respecto a los referendos sobre leyes, consultas populares y plebiscitos del orden nacional (Constitución Política, artículo 241 numeral 3°).
- d. Control sobre los decretos legislativos expedidos con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.
- e. Control sobre los proyectos de leyes estatutarias (artículo 153 de la Constitución Política).
- f. Control sobre los proyectos de ley objetados por el presidente de la República (artículo 167 de la Constitución Política).
- g. Control sobre los tratados internacionales y las leyes que los aprueben.

El control de constitucionalidad es también ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa. El artículo 237 ordinal 2° de la Constitución establece como competencia del Consejo de Estado: “Conocer de las acciones de inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”. Igual competencia la cumplen los tribunales administrativos a nivel departamental y municipal (ley 270 de 1996, artículo 49).

IX. Conclusiones

Las conclusiones que se deducen de este trabajo son las siguientes:

1. La tendencia actual es hacia la creación de tribunales constitucionales y consolidación de los existentes. No hay precedente reciente de supresión de tribuna-

les constitucionales. La razón reside en que el actual Estado constitucional democrático y social dispone de diversos mecanismos para asegurar la supremacía de la Constitución y el principal es el control constitucional. La tendencia hacia el incremento de los tribunales constitucionales puede observarse en lo sucedido en Europa del Este y en Latinoamérica. Norbert Lösing,⁴⁸ después de estudiar los sistemas de jurisdicción constitucional en Latinoamérica, concluye:

A pesar de los retrocesos (aun de aquellos que todavía se pueden esperar) el desarrollo de la jurisdicción constitucional en Latinoamérica se puede evaluar por completo como positivo. Es parte básica en el proceso de promoción del orden constitucional; sin embargo, no se puede convertir por sí sola en piedra angular. La tendencia que se percibe en algunos países es la del desarrollo de Tribunales Constitucionales (o Salas Constitucionales) que remplacen o que por lo menos corrijan regularmente los procedimientos que se llevan ante los tribunales ordinarios. Esta situación es soportable solo de manera provisional, hasta que las reformas necesarias de la jurisdicción ordinaria se lleven a cabo y den sus primeros frutos. Hasta ahora la jurisdicción constitucional y los derechos constitucionales que le pertenecen han sido el eje y centro del desarrollo del orden constitucional. A quienes se oponen a una jurisdicción constitucional fuerte se les argumenta que ésta es un poder que sólo actúa a través de la palabra y que no le ha costado la vida a ningún ciudadano, pero que sin embargo sí ha protegido a algunos frente a graves violaciones de los derechos.

2. El control jurisdiccional es inseparable del concepto de Constitución si se pretende que ésta se realice como norma y no en forma únicamente programática.

3. El sistema europeo de control constitucional ideado por Kelsen ha sido adoptado por la mayoría de las Constituciones vigentes en dicho continente. Si bien las funciones de los tribunales constitucionales son diferentes, hay uniformidad en que siempre exista un órgano *ad hoc*, diferente de la jurisdicción ordinaria, que conforme una jurisdicción especial a la cual se le atribuye el control constitucional de las leyes.

Desde luego que existen sistemas distintos de control constitucional (difuso, concentrado, mixto), pero la tendencia es a la creación de un órgano especializado que es el de los tribunales constitucionales.

4. La existencia de los tribunales constitucionales supone necesariamente la fuerza normativa obligatoria de la Constitución como norma fundamental y suprema. Al respecto expresa Marc Carrillo en el prólogo al libro de Favreau sobre el tema:

La consolidación de justicia constitucional ha exacerbado la fuerza normativa de la Constitución. Su exigibilidad jurídica ante jueces y tribunales constituye uno de los presupuestos básicos del Estado democrático. Así mismo, la llamada juridificación de la vida política y del conflicto social latente encuentra en los tribunales constitucionales un instrumento esencial, aunque no exclusivo, de garantía del respeto a la Constitución de los poderes públicos y también de los particulares.

⁴⁸ Lösing, o. cit., p. 444.

5. Los tribunales constitucionales son los intérpretes máximos de la Constitución. La interpretación constitucional de los tribunales constitucionales ha servido para la adecuación de la ley a las circunstancias de cada caso. El Tribunal Constitucional tiene la función, según García-Pelayo, de “interpretar y custodiar la línea divisoria entre el poder constituyente, objetivado en el texto constitucional, y los poderes constituidos”.

6. La importancia de los tribunales constitucionales reside en que son órganos de defensa de la supremacía e integridad de la Constitución, y de los derechos fundamentales de las personas. Así mismo, son órganos de defensa de la democracia, del sistema de división de poderes y de los principios y valores del Estado constitucional.

7. Los tribunales constitucionales representan el cambio del constitucionalismo liberal por el constitucionalismo democrático y social adoptado en nuestra Constitución de 1991.

8. La necesidad de un órgano independiente con función de control constitucional ha sido percibida desde Kelsen como condición inherente a la supremacía, integridad y obligatoriedad de la Constitución que está establecida en nuestra Constitución en el artículo 4°.

9. El control constitucional —sea el *judicial review* norteamericano, el control constitucional especializado y concentrado europeo o el sistema mixto como el colombiano— ha sido beneficioso para el Estado de Derecho democrático y social.

10. Los tribunales constitucionales, a través del recurso de amparo y otras acciones constitucionales, han sido los principales defensores de los derechos fundamentales de las personas. Por esta razón, Mauro Cappelletti⁴⁹ define la justicia constitucional como la jurisdicción de la libertad. Los tribunales constitucionales defienden los derechos fundamentales por medio de la interpretación y defensa de la supremacía de la Constitución incluso frente al legislador. Los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal aceptados en los tratados sobre derechos humanos; vinculan en forma directa a todos los poderes; su naturaleza deriva de los valores superiores y de la dignidad de la persona humana; y tienen un efecto expansivo, de modo que todo el ordenamiento jurídico debe ser interpretado en función de ellos.

11. La justicia constitucional es un poder de cierre del propio sistema que asegura la supremacía de la Constitución.

12. Los tribunales constitucionales han creado conciencia constitucional en la población, han producido una interpretación constitucional uniforme, han garantizado la protección de los derechos fundamentales de las personas a través del recurso de amparo y de otras acciones constitucionales, han preservado la división de poder

⁴⁹ Mauro Cappelletti: “El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento político europeo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 4, 1982.

res, han controlado los poderes públicos y han significado un instrumento importante para la preservación del sistema democrático.

13. Los tribunales constitucionales aplican las normas constitucionales que no se consideran hoy como normas programáticas sino que tienen carácter obligatorio. Es decir, que en la Constitución son normas obligatorias el Preámbulo, los principios y valores constitucionales, así como la totalidad de reglas constitucionales.

14. Por último, los tribunales constitucionales son esenciales para la existencia del Estado social de Derecho. Además, son necesarios e importantes para el cumplimiento de los principios y fines del Estado y como un control de los poderes públicos que es altamente beneficioso para la preservación y el fortalecimiento de la democracia. Por esta razón puede decir Van Der Meersch⁵⁰ que “no existe Estado de Derecho sin Tribunal Constitucional”. En el mismo sentido, asevera Pedro José González-Trevijano Sánchez:⁵¹ “La Constitución vive y transpira a través de la justicia constitucional”.

Para terminar, los tribunales constitucionales deben observar la más absoluta imparcialidad; decidir siempre con criterio jurídico pero tomando en cuenta la realidad constitucional, y aceptar la crítica democrática. Nos parece que Francisco Tomás y Valiente⁵² acertó al decir lo siguiente:

El Tribunal no debe obsesionarse nunca por el eco de sus resoluciones. Ni ha de buscar el aplauso ni ha de huir de la censura, porque en una sociedad democrática dotada de las libertades que el propio Tribunal ampara, siempre habrá, en cada caso, ante cada sentencia no rutinaria, aplausos y censuras, sea cual sea la intensidad relativa de unos y otras y sean quienes sean en cada ocasión los conformes y los disconformes.

⁵⁰ Van Der Meersch, o. cit.

⁵¹ González-Trevijano Sánchez, o. cit., p. 45.

⁵² Tomás y Valiente, o. cit., p. 19.

Bibliografía consultada

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de derecho constitucional*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2000.
- ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución y control del poder*, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro, y William COHEN, *Comparative Constitutional Law*, Bobbs-Merrill, Indianápolis, 1979.
- FAVOREU, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994.
- GARCÍA PELAYO, M., *Estado legal y estado constitucional de Derecho*, Lima, 1989.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 1994.
- *Teoría de la Constitución*, traducción F. Ayala, Alianza, Madrid, 1982.
- GRANT, James Allan Clifford, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1963.
- GONZÁLEZ TREVIANO SÁNCHEZ, Pedro José, *El Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2000.
- KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, traducción de Roberto J. Brie, Tecnos, Madrid, 1995.
- LEIBHOLZ, G., *Conceptos fundamentales de la política y teoría de la Constitución*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964.
- LÖSING, Norbert, *La jurisdicción constitucional en Latinoamérica*, Fundación Konrad Adenauer-Dykinson, Madrid, 2002.
- NARANJO MESA, Vladimiro, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Temis, Bogotá, 6ª ed., 1995.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo, *La interpretación constitucional*, Librería del Profesional, 2002.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, 7ª ed., 2000.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1989.
- SABATER, José, *La época constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.
- TOBO RODRÍGUEZ, Javier, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, Bogotá, 1996.
- SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo, *Teoría constitucional*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- VERDÚ, Pablo Lucas, *Curso de derecho político*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1984.

Ricardo Haro (Argentina) *

El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales

I. Del constitucionalismo clásico o liberal al constitucionalismo de la sociedad posindustrial

1. *Los postulados del constitucionalismo liberal y del constitucionalismo social*

1. Es evidente que para llegar a comprender de la mejor manera posible la función judicial en la vida sociopolítica se torna necesario tener conciencia de la función del derecho, ya que de cuáles sean los ámbitos de la vida social que penetre y con qué finalidad lo realice dependerán las dimensiones y sentidos de la función judicial.

Una de las manifestaciones más excelsas del derecho ha sido la surgida del *constitucionalismo*, movimiento filosófico-político que realizó una de las mayores revoluciones en la dialéctica y conflictiva relación entre sociedad y Estado, y justificó su origen y desarrollo en dos premisas trascendentales:

- a. La primera es la afirmación y protección de la *dignidad de la persona humana*, paradigma fundamental que marcaría definitivamente la construcción de un progresivo sistema jurídico-institucional que abrevaría en una axioteología antropológica, política, social, cultural y ética, mediante los *derechos individuales* y sus correspondientes *garantías*.

* Profesor emérito de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Vicepresidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

- b. La segunda premisa consistió en establecer la *división y equilibrio del poder* y sus funciones, que se imputaron a diversos órganos, en procuración de un poder limitado y controlado, para evitar todo abuso que violase precisamente esa dignidad humana.

De allí los grandes objetivos de *libertad, seguridad y propiedad*, ideas-fuerza asumidas por el constitucionalismo clásico o liberal a través del Estado de Derecho, para más tarde, con motivo de los excesos de una irracional aplicación de ese individualismo en la vida de la colectividad y de la aparición en la escena mundial de la llamada *cuestión social*, transformarse en las primeras décadas del siglo XX en la nueva versión que representaba el constitucionalismo social. En éste, como bien afirma Mirkine de Guetzevich, se pretendió “el control social de la libertad individual”, ya que junto con aquellas ideas-fuerza se enarbolaban ahora las de la *justicia* y la *solidaridad*, insuflando al derecho toda una dimensión social que se proyecta en el nuevo Estado social de Derecho, en la expresión de Hermann Heller, y que se afianzaría definitivamente después de la segunda posguerra mundial.

2. *El constitucionalismo posindustrial*

2. Ahora bien, en los albores del siglo XXI nos encontramos frente a cambios cada vez más profundos y dinámicos, tanto en las estructuras sociales como en las culturales y en las económicas, que se originan y manifiestan en un acelerado progreso científico-tecnológico realmente sorprendente y desconcertante.

Estas circunstancias que señalamos han llevado a diversos pensadores, en el decir de Juan Fernando Segovia,¹ a calificar a nuestra sociedad como *tecnocrática* (para Brzezinsky), *participativa* (para Zampetti), o *posmoderna* para Lyottard, o *posindustrial* (para Daniel Bell). Y desde la perspectiva institucional-política, agregamos nosotros la *tecnocracia* de Meynaud o la *tecnodemocracia* de Duverger.

Vale la pena reseñar brevísimamente la prognosis propuesta por Daniel Bell en su obra *El advenimiento de la sociedad pos-industrial*,² fruto de más de diez años de investigación y debate. Sostiene Bell que en los próximos treinta o cincuenta años veremos surgir lo que ha dado en llamar la *sociedad posindustrial*, que implica primeramente un cambio en la estructura social, con consecuencias que variarán según las diferentes configuraciones políticas y culturales de las sociedades. Los cambios de esta nueva sociedad plantearán problemas de dirección para el sistema político, lo mismo que los cambios en la cultura y el estilo de vida, y asimismo en el campo del derecho, como lógicamente agregamos nosotros.

¹ Juan F. de Segovia, “Nuevas tendencias en el constitucionalismo”, en *Derecho público provincial*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Depalma, Mendoza, 1990, t. I, p. 106.

² Daniel Bell, *El advenimiento de la sociedad pos-industrial*, Alianza, Madrid, 1976.

En la sociedad posindustrial —señala Bell— y en cuanto a la estructura social, el principio es el de *economizar*, de acuerdo con el principio del menor costo, optimización, maximización, etcétera. Por su parte, el principio axial en la política moderna es la *participación*, a veces movilizadora y controlada y otras exigida desde abajo. En cuanto a la cultura, el principio axial es el deseo de *realización y reforzamiento del sujeto*. Como la sociedad posindustrial aumenta la importancia del componente técnico del conocimiento, obliga a los “sacerdotes” (hierofantes) de la nueva sociedad —científicos, ingenieros y tecnócratas— a competir con los políticos o a convertirse en sus aliados.

En esta sociedad que aproximadamente surge a partir de la segunda mitad del siglo pasado, advertimos nosotros que, como una de las actuales tendencias del constitucionalismo, surgen los llamados *derechos de la tercera generación*, que vienen a juridizar en numerosos textos constitucionales las expectativas del hombre, de los grupos sociales y de toda la sociedad, en cuyas cabezas está la titularidad de tales derechos, los cuales *tienden a proteger la paz, el medio ambiente sano, la lealtad en las relaciones del consumo de bienes y de utilización de los servicios, los derechos que hacen a la identidad y pluralidad cultural, a la información y a la intimidad, al desarrollo, etcétera*.

II. Principios liminares del constitucionalismo

1. *El poder y los derechos*

3. Bien sabemos que, desde sus orígenes, la doctrina constitucional está conteste en afirmar que todo Estado constitucional de Derecho se asienta sobre los dos principios fundamentales: *la división y equilibrio de los poderes estatales y la dignidad de la persona humana con los derechos que le son inherentes*, todo ello establecido en una ley fundamental y suprema que es la Constitución y que viene a presidir la validez formal y sustancial de todas las normas infraconstitucionales que integran el orden jurídico del Estado, otorgando la seguridad y unidad que éste implica.

De estos dos principios surge necesariamente una conclusión, que no siempre es considerada y meritada en toda su vital trascendencia para la organización política de la sociedad, dada la tendencia que desde antaño se consolidó en la doctrina constitucional, hoy felizmente superada, en el sentido de hacer referencia a los “poderes” como modos de expresión del poder estatal. Es por ello que estimamos necesario un replanteo y una redefinición de esta expresión de *los poderes*, para un enfoque global y más integral, que amplíe su significación hacia todas las manifestaciones de *facultad*, de *potestad*, de *energía racionalizada* que se desarrollan en el marco de la vigencia del derecho.

De allí, en consecuencia, que debemos entender por *poderes* tanto las *competencias o atribuciones* de los departamentos de Estado, como los *derechos individuales*

les y colectivos, porque en cualquiera de sus manifestaciones son *verdaderos poderes*. Por ello, desde nuestra perspectiva, lógicamente son *poderes* los que ejercen los órganos supremos del Estado, pero también lo son los derechos subjetivos individuales y colectivos, toda vez que implican los *poderes-ser* de cada persona en la consecución de su personalidad, individual y grupalmente tomada.

4. En la realidad de todo hombre, como hemos analizado más pormenorizadamente en un estudio anterior,³ se observan cuatro grandes dimensiones de su existencia, a través de las cuales se encauzan y maduran todas las posibilidades de su realización personal. Así hemos señalado:

- a. La dimensión individual que transita en la búsqueda de la identidad, la autenticidad y la excelencia de su *yo*.
- b. La dimensión social que le demanda el desarrollo “con los otros que no son yo” en la convivencia con los demás y le posibilita la vivencia de la fraternidad y la solidaridad.
- c. La dimensión cósmica en su apertura hacia el universo, participando en la permanente tarea de continuar la creación, con el espíritu de señorío y de investigación al servicio ya sea de la protección del mundo como de su crecimiento.
- d. La dimensión trascendente que lo vincula con el Dios Padre de los creyentes o con el Absoluto de los filósofos según Kant, en la que debe proyectar un espíritu de filiación, noble y gratificante.

Es preciso tener muy presente, para evitar posiciones erróneas, que la existencia de los hombres transita por estas *cuatro grandes dimensiones*, buscando la felicidad en su *realización personal* mediante el permanente y responsable *ejercicio de todos sus derechos*, en una continua y perseverante faena de *ser, siendo* cada día por estos *poder-ser* que implica el ejercicio de cada uno de los innumerables derechos humanos.

En ambos casos, si bien con distintas instrumentaciones, el ejercicio de los poderes-derechos encuentra su razón de ser y la fuente de la legitimación en la medida en que estén orientados a la promoción del bien general que revierte hacia el bien personal. Las atribuciones de los departamentos de Estado, como los derechos de la persona, vienen a constituirse en *verdaderas energías* que naturalmente tienden a los abusos y demasías, por lo cual necesariamente deben ser *conjugadas y limitadas en la consecución del bien general*, por la fuerza racionalizadora del derecho. No otra cosa es el Estado de Derecho.

2. *Limitación y control*

5. De allí que no sólo el ejercicio del *poder político deba ser limitado y controlado*, sino que también *deben ser limitados y controlados los poderes que impli-*

³ Ricardo Haro, *Tendencias contemporáneas en el derecho constitucional*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2000.

can los derechos, por cuanto, originándose ambos en la naturaleza social del hombre, llevan ínsita la permanente posibilidad de entrar en los conflictos propios de la dialéctica del proceso social.

Para que no se frustre, la idea de *limitación* conlleva necesariamente la idea de *control*. Por lo tanto, un auténtico Estado de Derecho es aquel que establece los procedimientos jurídico-institucionales para *limitar*, pero también para *controlar* los posibles excesos tanto del poder estatal como de los poderes individuales y sociales.

De allí que toda Constitución sea una *ley de garantías* frente a los posibles excesos, tanto del poder político como de los derechos individuales y sociales en cuyo ejercicio a menudo se configuran los *abusos del derecho*, pues todos ellos constituyen centros de expansión de sus potestades y de sus derechos, respectivamente, que deben ser limitados para evitar tanto el *autoritarismo o el totalitarismo* del Estado, como *la anarquía, el caos y la ley de la selva* en la sociedad, pues esto ya nos llevaría por la grave pendiente de la marginación de la ley y de desintegración del orden jurídico.

Éstas no son especulaciones de gabinete, sino conclusiones de la vida real y concreta que nos toca vivir todos los días, conclusiones a las que puede arribar cualquiera que observe las aberraciones que se producen en un ejercicio arbitrario de los poderes estatales, pero también, y cada vez más, en un ejercicio ilimitado de derechos subjetivos o colectivos que, tras intereses sectoriales que podrán ser muy legítimos, imponen autoritariamente al resto de la comunidad, a *la gente*, ilícitas limitaciones en el ejercicio de derechos fundamentales, originadas en verdaderos *abusos de derecho*.

Lamentablemente está desarrollándose en el seno de la sociedad una harto peligrosa *conciencia antisocial de los derechos*, pues se ha tornado “normal” el hecho de que cada vez que un grupo o sector social enfrenta un conflicto, cualquier sea su gravedad y naturaleza, con motivos legítimos o no, se arroga el derecho de expresar su protesta violando de forma abierta, artera e impunemente los derechos humanos de la inmensa mayoría de la sociedad.

6. Se toman edificios, se ocupan las calles, se clausuran las rutas, se causan destrozos de bienes particulares y sociales, se abandona hasta a los enfermos en los hospitales o a los alumnos en las escuelas, colegios y universidades. Y más lamentable es que el hombre común se siente indefenso, pues muy a menudo, por seudocomplejos “democráticos” o excesiva y erróneamente “garantistas”, la autoridad policial o judicial no sólo no lo protege con la ley, con todo el rigor de la ley, sino que se advierte una actitud pasiva e indiferente frente a comportamientos que constituyen, insisto, verdaderos *abusos de derecho* y que van carcomiendo precisamente los fundamentos de un Estado de Derecho.

Y nadie controla, nadie limita. Desde ninguno de los poderes se observa y advierte lo que el hombre común advierte y padece. ¿Cuántos delitos se cometen en nombre de la libertad y de los derechos de los que la violan? ¿Cómo es posible que

los responsables de las potestades públicas hablen y no obren frente a esta ignorancia o violación permanente de la ley? ¿Cómo no comprender la falta total de credibilidad de la gente en los políticos y en la justicia? Si ante la anomia, en la certera expresión de Carlos S. Nino,⁴ o la violación de la ley, todo vale porque todo se acepta en la impunidad del *laissez faire, laissez passer* de los poderes públicos, ¿dónde queda el mentado Estado de Derecho? Lamentablemente —dice Nino— no hay garantías absolutas de que los argentinos nos hayamos librado de la tendencia autodestructiva hacia la ajuridicidad que nos tiene atrapados desde el comienzo de nuestra vida como nación independiente.

Todo poder tiene una “naturaleza caída” que lo inclina normalmente a abusar de su ejercicio. Loewenstein ha afirmado con todo acierto que “el poder sin control adquiere un acento moral negativo que revela lo demoníaco en el elemento del poder y lo patológico en el proceso del poder”.⁵ Por lo tanto, es preciso insistir en que la Constitución es una *ley de garantías*, y lo es en cuanto no sólo prescriba *las limitaciones a los poderes políticos, sociales e individuales*, sino además en tanto efective con vigor y con rigor *los adecuados mecanismos de control*.

3. Control y poder

7. Salvado lo que acabamos de expresar, y dedicando nuestra atención de especial modo al acrecentamiento no sólo del poder político sino también de los sociales, *la regla de oro* de la relación dialéctica de *poder* y *control* es que a todo fortalecimiento del poder estatal o social debe acompañarlo el respectivo fortalecimiento de los mecanismos de control, es decir, *a mayor poder, mayor control*. Y ello tanto porque, como bien decía Montesquieu, “es necesario detener el poder con el poder” (“*il faut arrêter le pouvoir avec le pouvoir*”), cuanto porque, al decir de Lord Acton, “el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente”.

Y en los tiempos modernos, en que se ha observado un acrecentamiento del poder estatal, una verdadera elephantiasis que lleva a Bertrand de Jouvenel a presentar el poder como el Minotauro en la sociedad contemporánea, es preciso que el *control jurisdiccional de constitucionalidad asuma un mayor protagonismo en esta alta misión institucional de controlar*, sin que ello signifique en modo alguno una transgresión de los propios límites de la función judicial, que se vería exorbitada hacia los campos que son propios de la discrecionalidad de los poderes políticos.

Al respecto, Jorge R. Vanossi resalta que no puede darse un efectivo control si quien lo ejerce no reúne los siguientes tres presupuestos:

- a. Es indispensable la *independencia* del órgano controlante en relación a aquel que es controlado.

⁴ Carlos S. Nino, *Un país al margen de la ley*, Emecé, Buenos Aires, 1992, p. 73.

⁵ Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1964, p. 28.

- b. Asimismo es necesario precisar cuál va a ser el *ámbito de lo controlado*, porque quien ejerce el poder puede ser sometido, según sean las funciones controlables, a un control político o a un control jurídico.
- c. Pero además, como el ejercicio del control es imposible si se desconoce la materia controlable, es indispensable el *derecho a la información* y la *publicidad* de los actos.⁶

Por eso, parafraseando a Manuel Aragón Reyes, podemos decir que un Estado constitucional de Derecho es aquel que en el *poder*, en sus diversas manifestaciones, está limitado y está controlado, porque sin poderes limitados y controlados, lisa y llanamente no existe régimen constitucional.⁷

Pero, reiterando el primer requisito expresado, no puede darse un efectivo *control* si quienes lo ejercen no tienen plena y rigurosa *independencia del órgano controlado*. Si esa premisa es esencial a todo control, cómo no lo ha de ser en grado superlativo de modo especial respecto de todos los órganos judiciales y, con mayor impecabilidad, en los tribunales constitucionales o en las cortes supremas de justicia.

III. El control jurisdiccional de constitucionalidad

1. *El principio de la supremacía constitucional*

8. El constitucionalismo significa el imperio del derecho por medio de la ley, de la norma jurídica, que excluye toda arbitrariedad circunstancial, intencionada o caprichosa.⁸

A nadie se le escapa que un principio axial que anima a los Estados constitucionales de Derecho con rigidez constitucional es el de la *supremacía constitucional*, por el cual la normación infraconstitucional debe necesariamente conjugarse —tanto en sus contenidos sustanciales como en los procedimientos de elaboración— con las normas constitucionales, como una expresión de la diferencia existente entre el objetivo y ámbito del poder constituyente y de los poderes constituidos.

El grado superior del derecho positivo —afirma Hans Kelsen— es la Constitución, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. El derecho regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y además, en medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de

⁶ Jorge Reinaldo Vanossi, *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, Eudeba, Buenos Aires, 1987.

⁷ Manuel Aragón Reyes, *Constitución y control del poder*, Ciudad Argentina, Madrid, 1995.

⁸ Carlos Sánchez Viamonte, *Derecho constitucional*, Kapelusz, Buenos Aires, 1945, t. I.

la manera determinada por otra norma. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en distintos estratos superpuestos. Esto supone que una ley no puede derogar la Constitución y que, para modificarla o derogarla, es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo, una mayoría calificada o un quórum más elevado.⁹

9. Este principio de la supremacía se erige así en una de las garantías más importantes del sistema constitucional, *garantía sustancial* que requiere lógicamente de otras *garantías formales o procesales* que en última instancia configuran la revisión o el control judicial que asegure su plena vigencia y respeto, primordialmente por parte de los órganos estatales, sin perjuicio de vedar también comportamientos individuales y sociales que puedan violar dicha supremacía, porque, como bien señalaba Esteban Echeverría, “en torno de la Constitución las normas gravitan como los astros en torno al sol”.

La adecuación de las normas jurídicas a la Constitución es siempre prenda de *seguridad y paz social*, porque la Constitución es el límite a la voluntad humana en el gobierno y garantía de los gobernados. En ese carácter, expresa César Enrique Romero,¹⁰ radica la importancia superlativa de la Constitución, porque sobre todas las cosas, según la vieja definición de Borgeaud, ella es una *ley de garantías*; garantía de la nación contra las usurpaciones de los poderes a los cuales ha debido confiar el ejercicio de su soberanía, y garantía también de la minoría contra la omnipotencia de la mayoría, al decir de Eisenmann.¹¹

2. *El control de la supremacía constitucional*

10. Esta garantía sustancial de la supremacía constitucional requiere indispensablemente un sistema de control que la asegure con todo vigor, haciendo respetar esa concatenación jerárquica de normas a partir de la Constitución respecto de toda la normación infraconstitucional, tanto en sus aspectos procedimentales de sanción, como de los contenidos normativos de sus textos.

A nadie se le escapa que, a esta altura de la historia de las instituciones, en la casi totalidad de los Estados de los continentes americano y europeo se ha impuesto el control de la supremacía constitucional judicial, es decir, por parte de los jueces. No desconocemos la vastedad y complejidad de tribunales y órganos que realizan el control, ni los numerosos procedimientos establecidos para su andamio.

No obstante ello, básicamente podemos afirmar que existe el *control difuso o no especializado*, de origen norteamericano con notable influencia en Latinoamérica, que es ejercido por los jueces de cualquier fuero o instancia, si bien con una corte o

⁹ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1967, pp. 147-148.

¹⁰ César Enrique Romero, *Estudios constitucionales*, Universidad de Córdoba, 1959, pp. 200-201.

¹¹ Charles Eisenmann, *Établissement et révision des Constitutions en Amérique et en Europe*, París, 1893, p. 1.

tribunal supremo que, como cabeza de poder, se constituye en el intérprete final de la Constitución.

De otro lado, existe el *sistema concentrado o especializado*, con honda vigencia en Europa, en el cual el control se le encarga a un único tribunal constitucional de raigambre kelseniana, por lo general apartado de la organización judicial ordinaria. Finalmente, en la inmensa mayoría de los Estados latinoamericanos se observa la aplicación concurrente de ambos sistemas en lo que se ha dado en llamar *sistemas mixtos, duales o paralelos*. Analizaremos esta rica temática en sus aspectos medulares en los apartados siguientes.

11. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, fundado en lo que Maurice Hauriou denomina la *superlegalidad constitucional*, es de estricto derecho dentro del Estado gobernado por las leyes y corresponde a la misión natural de los jueces.¹²

Parafraseando a Boris Mirkin de Guetzevitch, esta revisión judicial representa una de las técnicas fundamentales para afirmar la *racionalización del poder*, por lo que podemos concluir, esquemáticamente, que *Supremacía constitucional + Control judicial = Racionalización del poder*. Y esto es así en ambos sistemas, ya sea que partamos en, el norteamericano, de la fundacional doctrina del juez Marshall en *Marbury v. Madison*, a comienzos del siglo XIX, o del pensamiento europeo de Hans Kelsen, en el siglo XX.

De allí que, con el correr de los tiempos y un mejor perfilamiento institucional del tema, haya surgido lo que la doctrina llama *justicia constitucional*, que es la que ejerce la *jurisdicción constitucional* a través de *los tribunales y de los procedimientos constitucionales*.

IV. Control de constitucionalidad en Estados Unidos

1. El control judicial en la Constitución de los Estados Unidos

12. La Constitución de los Estados Unidos de 1787 establece en su artículo VI, párrafo 2:

La presente Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se aprobaran y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, *serán la suprema ley del país*. Los jueces de cada estado estarán obligados a observarla, aun cuando hubiere alguna disposición en contrario en la Constitución o en las leyes de cualquier estado.

A su vez, en artículo III sección 2 dispone:

El Poder Judicial se extenderá a todo caso que en derecho y equidad surja de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos, así como de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad [...]

¹² Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional*, Reus, Madrid, pp. 326 y ss.

De estas normas surge el control de constitucionalidad de las leyes, el cual, como se advierte, no está explícitamente establecido en los textos constitucionales, sino que surge de ellos a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema en ejercicio de sus *poderes implícitos* y de las normas legales como la Judiciary Act de 1789.

2. *El sistema difuso de control*

13. A partir de estos artículos de la Constitución de los Estados Unidos, surgió lo que se ha dado en llamar el *sistema americano* de control de constitucionalidad para hacer real la vigencia del principio axial de la *supremacía constitucional*, sistema en el cual, haciendo un adelanto en la exposición, la totalidad de la función jurisdiccional en sus dos grandes dimensiones —la *jurisdicción ordinaria* y la *jurisdicción constitucional*— está ejercida por los diversos tribunales que constituyen el *Poder Judicial*, uno de los tres clásicos poderes del Estado, con perfil político-institucional propio dentro del esquema del Gobierno, y en el que cada tribunal ejerce no solamente la jurisdicción ordinaria de los procesos comunes, sino que además —y esto es realmente importante— *ejerce asimismo la jurisdicción constitucional* actuando el control de constitucionalidad de las leyes y los actos estatales.

Por eso se lo denomina *sistema difuso* o *no especializado* de control de constitucionalidad, porque el control es ejercido por cualquier juez o tribunal, cualquiera sea su jerarquía o su fuero. Este sistema evidentemente responde a las ideas preconizadas por Hamilton en *El Federalista*, consagradas por el juez Marshall en el célebre caso *Marbury v. Madison* y comentadas por Bryce en *La república norteamericana*, que en seguida analizaremos.

3. *La organización judicial en los Estados Unidos*

14. En la cúspide del Poder Judicial, como cabeza de poder e intérprete último de la Constitución, se encuentra la Corte Suprema de Justicia, que se desempeña igualmente como tribunal de las garantías constitucionales y que, al ejercer la última y definitiva instancia del control de constitucionalidad, cumple el eminente rol de alta política, al ser un *poder moderador* entre los diversos poderes del Estado, ya sea entre los que integran el orden horizontal el Gobierno federal (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), como entre los otros poderes o competencias que integran el orden vertical de su distribución entre el Estado federal y los estados locales.

En definitiva, en el sistema americano, la *función jurisdiccional en la plenitud de su ejercicio* mediante el control de constitucionalidad está confiada al Poder Judicial, de modo tal que bien se puede aseverar que todos los tribunales, y en especial la Corte Suprema de Justicia, *son tribunal y son poder*.

4. *El leading case Marbury v. Madison*

15. A la luz del antiguo antecedente referido al caso *Bonham* de 1610, y de la doctrina en él sentada por el juez Cooke en Inglaterra, la conciencia norteamericana se fue inclinando hacia la revisión judicial (*judicial review*), pues la supremacía del Parlamento, que se había finalmente aceptado en Inglaterra, no convenció a los colonos, que lo veían lejano y no participativo, razón por la cual prefirieron otorgar la supremacía a la ley y luego a la Constitución.

El primer caso judicial, tras algunos antecedentes, fue la célebre sentencia que en 1803 pronunció la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la que el *Chief Justice* Marshall elaboró la originaria versión de la doctrina de la supremacía constitucional en su enjundioso y clarividente voto que sustentó el fallo definitivo en el *leading case Marbury v. Madison*, a partir del cual se desarrolló ampliamente la correlativa doctrina del control judicial de constitucionalidad, que quedó sintetizada en las cinco tesis que comentando el fallo elaboró Johnson: 1) la Constitución es una ley superior; 2) un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; 3) es siempre deber judicial decidir entre leyes en conflicto; 4) si la Constitución está en conflicto con un acto legislativo, el juez debe rehusar aplicar este último; 5) si así no se hiciera, se habría destruido el fundamento de todas las Constituciones escritas.

16. De allí que Hamilton,¹³ entre otros conceptos, expresara:

La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los Tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos corresponde, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.

Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que, donde la voluntad de la legislatura declarada en sus leyes se halla en oposición con la del pueblo declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales, antes que por las que no lo son.

Por su parte, Alexis de Tocqueville¹⁴ afirmó:

El juez americano se parece, pues, perfectamente a los magistrados de otras naciones. Sin embargo, está revestido de un inmenso poder político [...] La causa reside en este solo hecho: los americanos han reconocido a los jueces el derecho de basar sus sentencias en la *Constitución* más que en las *leyes*. En otros términos, les han permitido no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales.

¹³ Hamilton, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1957, cap. LXXVIII, p. 332.

¹⁴ Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, Guadarrama, Madrid, 1968, p. 97.

5. *Los principios o reglas que rigen el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*

17. En este punto, siguiendo el análisis que realizan diversos autores y, de particular manera, el lúcido y fundado estudio de Alberto B. Bianchi,¹⁵ podemos expresar que los principios o reglas que han ido enmarcando o encauzando el control de constitucionalidad en los Estados Unidos surgen, si bien de disposiciones legales, fundamentalmente de la doctrina judicial que fue desarrollando la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en un tema por demás complejo y con un pausado pero firme dinamismo.

Pasamos solamente enumerar las principales reglas, pues la índole de este trabajo no permite una mayor exposición de ellas, las que han sido explicitadas en seculares desarrollos que ha formulado la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos

1. Indispensabilidad ineludible de la declaración de inconstitucionalidad para resolver el caso, atendiendo a la relación de causalidad entre la norma inconstitucional y el perjuicio.

No debe pronunciarse la inconstitucionalidad de una ley si el caso puede resolverse ya sea: a) por la aplicación de otras normas; b) por la interpretación constitucional que razonablemente permita la norma o ley.

2. Existencia de un proceso contencioso, ya sea que se persiga una sentencia condenatoria, constitutiva o declarativa.

En caso contrario se afecta el principio de la división de poderes, pues los tribunales no pueden evacuar consultas, ni dar opiniones ni consejos.

3. La impugnación de inconstitucionalidad tradicionalmente se plantea como excepción o defensa incorporada en una acción ordinaria, sin perjuicio de que en las últimas décadas se han aceptado las acciones declarativas de inconstitucionalidad.

4. La declaración de inconstitucionalidad no puede ser declarada de oficio por los jueces, sino a petición de parte interesada.

5. Es indispensable que en el peticionante acredite debidamente que existe de su parte un interés concreto y legítimo, por la producción actual o inminente de un daño a la titularidad o ejercicio de un derecho.

La Corte Suprema de Estados Unidos ha dicho:

La parte que solicita la inconstitucionalidad de una ley debe poder probar no sólo que es inválida, sino que también le causa un perjuicio directo o que está en peligro inmediato de sufrirlo.

¹⁵ Alberto B. Bianchi, *Control de constitucionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 1992, pp. 125-163.

6. *Que la inconstitucionalidad o incongruencia constitucional sea convincente, categórica, pues en caso de duda rige más que nunca la presunción de legitimidad de los actos estatales.*

Cooley decía:

La duda sobre la validez constitucional de una ley no justifica que sea dejada de lado. No es por leve suposición ni por una vaga conjetura que pueda declararse que la Legislatura ha transgredido sus atribuciones y que sus leyes deben considerarse como nulas.

7. *La declaración de inconstitucionalidad que se solicita debe ser oportuna, es decir, no prematura.*

Es prematura una inconstitucionalidad en la que el agravio es especulativo, aleatorio y tal vez nunca llegue a tener lugar; v. g., cuando no se ha agotado la vía administrativa impuesta por las leyes procedimentales.

8. *Es improcedente la declaración de inconstitucionalidad cuando la resolución del caso se ha tornado abstracta por circunstancias advinientes.*

El interés personal que debe existir al momento de promoverse la inconstitucionalidad, debe subsistir a lo largo de todo el proceso, salvo casos excepcionalísimos como, por ejemplo, que desaparezca el agravio principal pero subsistan daños colaterales, etcétera.

9. *No corresponde a los tribunales la declaración de inconstitucionalidad en las llamadas cuestiones políticas, es decir, en las no justiciables, en las que escapan o exceden por diversos motivos, al ejercicio del control jurisdiccional.*

10. *Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad siempre serán inter partes, es decir, solamente recaerán entre las partes que integraron la litis, sin expandirse fuera del caso concreto resuelto, es decir, sin tener efectos erga omnes.*

V. El control de constitucionalidad en Latinoamérica

1. Aproximación al tema

18. Es evidente que el tema que debemos abordar es de trascendental importancia en el Estado constitucional de Derecho y, por otra parte, presenta una vasta amplitud y variada complejidad a la hora de pretender realizar un análisis pormenorizado de la rica diversidad, tanto de tribunales u órganos que realizan el control de constitucionalidad, como de los numerosos procedimientos establecidos para su andamio.

No es sencillo encarar un análisis que logre una diáfana claridad del derecho comparado latinoamericano sobre el tema, ya que se nos ofrece una notable diversidad de tribunales y procedimientos que a veces son rotundamente diferenciables,

pero que en la mayoría de los casos muestra una mixtura de formas y modalidades que no ayudan a la pretendida claridad.

Lógicamente, esa complejidad no quita en lo más mínimo importancia a la pormenorización de la “anatomía” y la “fisiología” del control de constitucionalidad en Latinoamérica, el que siempre será imprescindible para un estudio especializado. Pero cuando nos pusimos a elaborar las presentes reflexiones, temíamos que ese enfoque nos distrajese de aspectos y puntos capitales que presenta la rica temática del control de constitucionalidad en Latinoamérica.

De allí que hemos creído oportuno presentar los diversos tribunales y procedimientos en sus líneas más caracterizantes, tratando de “bucear” en algunas de esas líneas que consideramos requieren alguna revisión, para hacer más efectivo el control de constitucionalidad en sus vastas dimensiones, pero nunca exorbitando los límites que el propio Estado constitucional de Derecho le impone.

2. *Visión panorámica*

19. Atendiendo a las disposiciones constitucionales y legales de los distintos países latinoamericanos y a los estudios de derecho comparado, de modo especial el pormenorizado análisis de Allan R. Brewer-Carías,¹⁶ podemos señalar las siguientes características básicas que perfilan los distintos sistemas o modelos de ejercicio de la jurisdicción constitucional.

a. *Diversos sistemas*

20. Entre los países latinoamericanos que hemos consultado, observamos que una mayoría ha adoptado un sistema mixto de control difuso y de control concentrado, ya sea en una Corte Suprema de Justicia —como en *Venezuela, Brasil, México, El Salvador*— o en un Tribunal Constitucional en el ámbito del Poder Judicial —como en *Colombia, Guatemala, Bolivia y Ecuador*— o fuera de él —como en *Perú y Chile*.

Por otro lado, tenemos a *Uruguay, Paraguay, Costa Rica, Honduras, Panamá y Chile* (si bien con cierta particularidad) con exclusivo control concentrado; y, finalmente, sólo *Argentina* con exclusivo control difuso de constitucionalidad.

b. *El sistema difuso*

21. *En los casos de aplicación del sistema difuso* (ya de modo exclusivo o conjuntamente ejercido con el concentrado), se advierte, entre otros requisitos:

¹⁶ Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*; Dykinson, Ediciones Jurídicas, Jurídica E. Esteva y Jurídica; Madrid, Lima, Montevideo y Caracas, 1997. Es una magnífica obra colectiva de constitucionalistas latinoamericanos y europeos en la que se puede consultar, respecto de la caracterización de los sistemas latinoamericanos, el muy ilustrativo y pormenorizado análisis del citado jurista Allan R. Brewer Carías, en pp. 117 y ss.

1. Se exige una causa o proceso judicial.
2. La impugnación constitucional se plantea incidentalmente, es decir, como defensa o excepción dentro de una acción ordinaria.
3. Debe ser efectuada a petición de parte legitimada procesalmente.
4. Que asimismo acredite un interés concreto en la impugnación.
5. Los requisitos 3 y 4 descartan lógicamente el control de oficio de constitucionalidad por los tribunales; tanto en la legislación como en la doctrina judicial de los países en que se aplica el sistema difuso, se ha consolidado la prohibición a los tribunales de conocer y decidir *ex officio* la inconstitucionalidad de una norma o acto estatal.
6. Por otra parte, y siguiendo a la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos, se han excluido del control jurisdiccional de constitucionalidad las llamadas *cuestiones políticas*, por considerarlas no justiciables.
7. En este sistema, la declaración de inconstitucionalidad sólo produce efectos entre las partes litigantes en el proceso, es decir, que no produce efectos *erga omnes*, sino sólo *inter partes*. No obstante ello, en algunos países y bajo ciertos presupuestos (v. g., en México, cinco decisiones consecutivas sobre una cuestión) se ha establecido la obligatoriedad de la jurisprudencia en la materia, respecto de los tribunales inferiores.

En nuestro caso argentino, no existe legislación alguna que prescriba tal obligatoriedad. Pero la Corte Suprema ha establecido reiteradamente que los tribunales inferiores, en principio, deben acatar su jurisprudencia en la materia, no sólo por la autoridad moral de sus fallos como intérprete final de la Constitución nacional, sino además por un deber moral e institucional de los jueces (*Fallos*: 25-368 y 212-59), quienes sólo podrán apartarse de este efecto vinculante establecido pretorianamente, en los excepcionales casos en que, en sus discrepantes fallos, argumenten con nuevos fundamentos (*Fallos*: 307/1-1094) o suficientes que justifiquen tal apartamiento, y no signifique ello un desconocimiento deliberado de la autoridad y prestigio del Alto Tribunal (*Fallos*: 212-59).

c. *El sistema concentrado: diversas versiones institucionales*

22. Respecto del *sistema concentrado del control de constitucionalidad*, ya sea que se aplique de modo exclusivo en un Estado o conjuntamente con el sistema difuso, podemos señalar las siguientes características:

1. En los países latinoamericanos analizados, se advierte que *el control concentrado*, cuando es exclusivo, puede concentrarse, en virtud de las disposiciones constitucionales pertinentes, en la *Corte Suprema de Justicia*, cabeza de Poder (v. g. Honduras, artículo 184; Panamá, artículo 188.1; y Uruguay,

artículo 256), o en *una de sus Salas* (v. g. Costa Rica en la reforma de 1989 al crear la Sala Constitucional; El Salvador, artículo 174; y Paraguay, artículo 260).

2. En cambio, cuando el control concentrado de constitucionalidad de las leyes coexiste con un sistema difuso, puede estar radicado en la *Corte Suprema de Justicia* (v. g. Venezuela, artículo 215; Brasil en el Tribunal Supremo Federal; México) o en un *Tribunal Constitucional* (v. g. Guatemala, Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia).
3. Una muy específica categoría la representa el sistema de Chile, en el que el sistema concentrado está ejercido simultáneamente, según los casos, tanto por la Corte Suprema de Justicia, que conoce por vía incidental, como por el Tribunal Constitucional, que ejerce el control de carácter preventivo en el momento de la discusión de proyectos de reforma constitucional, de leyes aprobatorias de tratados internacionales y de leyes constitucionales, y en estas últimas también antes de su promulgación. Además, el Tribunal ejerce un control *a posteriori* sobre los decretos del Poder Ejecutivo con fuerza de ley.
4. De otro lado, se observa que en el sistema concentrado generalmente rige, como en el difuso, la prohibición de los tribunales para ejercer *ex officio* el control de constitucionalidad de las leyes y actos estatales de carácter general, sin perjuicio de que en algunos casos, deducida la acción o la vía incidental, la Corte Suprema o Constitucional pueda pronunciarse sobre otras inconstitucionalidades no deducidas.

d. *Formas de planteamiento y efectos en el sistema concentrado*

23. En el *sistema concentrado*, la inconstitucionalidad de una ley se puede plantear, según los países, alternativamente:

1. *Por vía de acción o por vía incidental* (v. g. Uruguay, Honduras, Paraguay, Panamá, Costa Rica) que además puede habilitar el control por las vías de consultas legislativas o judiciales.
- 2) *Por vía de una acción popular* (v. g. Venezuela, que también ejerce un control preventivo ante el veto del PE; en igual sentido Colombia, Panamá, El Salvador, Nicaragua y Ecuador) o de una *acción directa* (v. g. Ecuador; Guatemala y Bolivia establecen la acción directa de funcionarios específicamente señalados, como asimismo Perú, aunque, amén de los funcionarios, aquí puede plantearlo también un número elevado de ciudadanos; Chile por acción directa). Brasil ha establecido a través de sus diversas reformas constitucionales tres vías de impugnación: la acción de inconstitucionalidad *de intervención, genérica y por omisión*.

e. *Efectos de la declaración de inconstitucionalidad*

24. La declaración de inconstitucionalidad en algunos casos sólo tiene efecto en la causa judicial *inter partes* (v. g. Uruguay, Paraguay, Honduras) y en otros tiene efectos generales, *erga omnes* en los casos de acción directa (v. g. Panamá, Costa Rica, Venezuela, Colombia, Guatemala, Bolivia, México, Brasil, Perú).

Siguiendo a Allan R. Brewer-Carías en el citado estudio, podemos señalar que lo característico del método concentrado de control de constitucionalidad de las leyes en sentido amplio es el *control posterior*, el cual en algunos casos se ejerce conjuntamente con un control *a priori*, ya sea antes de su promulgación o cuando la ley ha sido observada o vetada por el Poder Ejecutivo.

VI. El control de constitucionalidad en Europa

I. *Antecedentes de su aparición y desarrollo: diversas etapas*

25. Es por demás ilustrativo ofrecer una breve visión panorámica sobre el surgimiento, desarrollo y formas de control de constitucionalidad en la historia institucional europea, para lo cual recurrimos, entre otras fuentes consultadas, al estudio y al pensamiento del distinguido constitucionalista francés Louis Favoreu, en su magnífica obra *Los tribunales constitucionales*.¹⁷

26. Durante el *siglo XIX* sólo se aceptó en los sistemas políticos europeos el control de constitucionalidad por el *propio órgano legislativo o parlamento*, pues era el órgano que investía la legitimidad de su representación democrática y expresaba la voluntad del pueblo, del soberano, la cual se manifestaba jurídicamente a través de la ley. ¿Quién entonces mejor que el Parlamento para juzgar de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley?

27. Nadie podría dudar de que uno de los acontecimientos institucionales más trascendentes del *siglo XX* fue la *aparición y el desarrollo del control jurisdiccional de constitucionalidad* y de la pertinente justicia constitucional, a través de órganos específicos, ya se llamen tribunal constitucional, consejo constitucional, tribunal supremo constitucional, etcétera.

Desde sus orígenes, que se remontan a 1920, la historia muestra claramente tres etapas diferenciadas, aun cronológicamente, que podemos reseñar de la siguiente manera:

- a. Primera etapa. Bajo la inspiración de Hans Kelsen en su proyecto austríaco de 1920 se constituyen tanto el *Tribunal Constitucional Checoslovaco* (Constitución del 29 de febrero de 1920) y el *Alto Tribunal Constitucional de*

¹⁷ Louis Favoreu, *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1992.

Austria (Constitución del 1º de octubre de 1920), como una década después, en la España republicana, el *Tribunal de Garantías Constitucionales* (Constitución de 1931).

- b. Segunda etapa. En la segunda posguerra mundial, el nuevo movimiento constitucionalista sanciona las nuevas constituciones en diversos países: el *Tribunal Constitucional Italiano* de la Constitución de 1948; el *Tribunal Constitucional Alemán* de la Ley Federal de Bonn de 1949; el *Consejo Constitucional Francés* de la Constitución de 1958, de particulares connotaciones; el *Tribunal Constitucional Turco* de la Constitución de 1961; y el *Tribunal Constitucional Yugoslavo* de la Constitución de 1963.
- c. Tercera etapa: Avanzando una década más, llegamos a nuevas creaciones de tribunales constitucionales con motivo de la sanción de significativas constituciones: el *Tribunal Constitucional Portugués*, fruto de la Constitución de 1976, con las modificaciones de 1982; el *Tribunal Constitucional Español* de la Constitución de 1978; con muy especiales particularidades, el *Tribunal Especial Superior Griego*; el *Tribunal de Arbitraje en Bélgica*, de 1983; los tribunales establecidos en sus constituciones por *Polonia* en 1985, *Hungría* en 1989, *Checoslovaquia*, *Rumania* y *Bulgaria* en 1991.

2. *Aproximación al sistema europeo de control*

28. Por nuestra parte y como hemos expresado en anteriores trabajos, creemos necesario a esta altura precisar, en primer lugar y sin entrar en circunstanciadas consideraciones que la amplitud acotada de este estudio no permite, que en el *sistema continental europeo*, con régimen parlamentario de gobierno, la función jurisdiccional —más allá de las denominaciones constitucionales que se le otorguen— forma parte de la administración del Estado, y de allí la denominación de *administración de justicia*, expresión que ha alcanzado equívocos usos.

Esta *administración de justicia* se conforma como una organización administrativa jerarquizada, como un orden judicial de lo cual es acabado ejemplo el artículo 104 de la Constitución de Italia cuando dispone: “La Magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder”; pero, bueno es aclararlo, sin investir la jerarquía de un poder del Estado y sin el similar rol político-institucional de los poderes Ejecutivo o Legislativo (en similar sentido, v. g. las constituciones de Alemania y Austria, en los capítulos intitulados “De la jurisdicción”, artículos 92 y siguientes y 82 y siguientes, respectivamente; de Francia en el título VIII, “De la autoridad judicial”, artículos 64 y siguientes; de España, no obstante que al título VI lo denomina “Del Poder Judicial”, artículos 117 y siguientes).¹⁸

¹⁸ Ricardo Haro, *La reforma de la Constitución argentina en perspectiva comparada*, Centro de Estudios Constitucionales, serie Cuadernos y Debates n° 64, Madrid, 1996, pp. 189-92.

Por lo tanto, la función jurisdiccional no está asumida en tribunales que integran el “tercer poder estatal”, sino que lo está en órganos muy importantes pero que no dejan de pertenecer a la administración del Estado, “corporaciones eminentes encargadas de dar cumplimiento al derecho del legislador” (según Duc de Noailles, en *Cien años de la República de los Estados Unidos*). De allí que los jueces no tengan otro *status* jurídico que el de funcionarios jerarquizados de la administración (al decir de Alberto A. Spota).¹⁹

29. Es precisamente por ello que en este sistema continental europeo existe un deslinde categórico entre la función jurisdiccional ordinaria y la función jurisdiccional de control de constitucionalidad. Aquélla está atribuida a los tribunales que integran la *administración de justicia*, a cuya cabeza está por lo general un tribunal supremo. Por el contrario, la alta función político-institucional como *poder moderador* de controlar la constitucionalidad de las leyes y los actos estatales está confiada a un tribunal especializado, el tribunal constitucional, que responde al *sistema concentrado* de control, siguiendo el modelo de la Corte Constitucional perfeñado por Hans Kelsen en su proyecto para la Constitución de Austria de 1920. En consecuencia, citando a Louis Favoreu, podemos decir:

Un Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos.²⁰

3. *Presupuestos necesarios para la existencia de los tribunales constitucionales*

30. De acuerdo con lo que expone Favoreu, los presupuestos necesarios son:

- a. *Un contexto institucional y jurídico particular*. Los tribunales constitucionales continentales presuponen *sistemas parlamentarios o semiparlamentarios* y la existencia de una dualidad o pluralidad de jurisdicciones y órdenes jurídicos (Austria, Bélgica, España, Francia, Italia y Portugal); cuentan con dos órdenes de *jurisdicción*: la *administrativa* y la *judicial*, aunque Alemania tiene cinco.
- b. *Un estatuto constitucional*. Para ser “independientes de cualquier otra autoridad estatal” (Kelsen), los tribunales constitucionales requieren que la propia Constitución regule normativamente lo referido a su organización, funcionamiento y atribuciones, así como la autonomía administrativa y financiera y las garantías de independencia de sus miembros.

¹⁹ Alberto A. Spota, “El Consejo de la Magistratura en la Constitución Nacional”, en *La Ley*, Buenos Aires, 22.9.1995.

²⁰ Favoreu, o. cit., p.15.

- c. *Un monopolio de lo contencioso constitucional.* La justicia constitucional se concentra en una jurisdicción especialmente creada para el contencioso constitucional y que goza del monopolio en este ámbito, razón por la cual *los jueces ordinarios no pueden conocer de lo contencioso reservado al tribunal constitucional.* Al respecto, tanto Kelsen como Eisenmann ponen de resalto que no hay justicia constitucional sino en el *ámbito esencial del control de la promulgación de los actos fundamentales, de las leyes nacionales y los tratados*, confrontándolos con la Constitución. Los otros ámbitos del contencioso constitucional (v. g. funcionamiento de las asambleas, juicio por acusación a ministros, etcétera) pueden añadirse a fin de ahorrarse jurisdicciones especiales.
- d. *Designación de jueces no magistrados por autoridades políticas.* A diferencia de las jurisdicciones ordinarias, donde los jueces son “de carrera”, en los tribunales constitucionales los jueces no son necesariamente magistrados; pueden ser profesores de derecho, abogados, funcionarios... Kelsen opinaba que eran necesarios los *especialistas* (defensa del derecho) junto con *no especialistas* (defensa de los intereses políticos). La designación por autoridades políticas implica libertad de elección, no crea inconvenientes y legitima las designaciones, acercándolas al modelo americano. Las autoridades políticas designan jueces afines o de sus mismas tendencias políticas, preferentemente profesores universitarios a los que se considera *más independientes que los jueces ordinarios.*
- e. *Los tribunales constitucionales deben ser una verdadera jurisdicción:* que hagan justicia con *autoridad de cosa juzgada* y que sus declaraciones de inconstitucionalidad puedan desembocar en *anulaciones con efecto erga omnes.*
- f. *Una jurisdicción fuera del aparato jurisdiccional o Poder Judicial.* Tenemos la justicia ordinaria ejercida por el orden judicial con un tribunal supremo a la cabeza, y un tribunal constitucional fuera de ese orden judicial y de los poderes estatales tradicionales. Es un poder independiente para asegurar el respeto a la Constitución en todos los ámbitos, pues, como bien señalaba Kelsen, el órgano encargado de hacer respetar la Constitución no puede asimilarse a uno de los poderes que controla.

4. *Atribución central: el control concentrado de constitucionalidad de las leyes*

a. *Aparente diversidad de las formas de control*

31. Las formas de control son aparentemente muy diversas, pero pueden agruparse en torno a las nociones de *control abstracto* o de *contencioso objetivo* y de *control concreto* o de *contencioso subjetivo* de las normas.

El *control abstracto* es el llevado a cabo por las autoridades políticas, pues se trata siempre de un *contencioso objetivo*, ya que *el proceso es entablado a un acto: la ley*. Así, si minorías parlamentarias o autoridades del Estado las someten a los tribunales constitucionales, ya sea *a posteriori* o *a priori*, siempre se trata de un *control en interés del orden constitucional*.

El *control concreto* de las normas o *incidental* se utiliza muy poco en Alemania, Austria y España, pues se dan escasas remisiones de los tribunales ordinarios a propósito de las leyes. En cambio, se utiliza mucho en Italia. Pero lo cierto es que, escapando a las partes el proceso incidental y teniendo la decisión sobre este recurso efectos *erga omnes*, se trata también de un *contencioso objetivo*, más aún si se atiende a que el verdadero demandante es el juez *a quo*, es decir, una autoridad pública. En conclusión, el *recurso constitucional* cumple una función objetiva.

b. *Desde el punto de vista de las funciones del control de constitucionalidad de las leyes*

32. La cuestión consiste en saber si el *aspecto objetivo* no prevalece sobre el *subjetivo*: este control, cualquiera sea el procedimiento utilizado, apenas sirve para dar satisfacción directa a los individuos. Su legitimidad radica en cumplir con otras importantes funciones que sirven al *buen funcionamiento de las instituciones estatales* y para la *protección y fomento de los derechos fundamentales*, que sólo puede realizar el juez constitucional respecto de la ley, del legislador, pues los jueces ordinarios pueden desempeñar ese papel en relación con los actos administrativos.

VII. El control de constitucionalidad y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales

1. *El papel que desempeña la interpretación constitucional*

33. No cabe duda alguna de que, en toda esta vasta temática, desempeñan un papel de cardinal importancia los métodos o enfoques con que los jueces constitucionales encaren la interpretación de las normas fundamentales del Estado, pues no se pueden frustrar sus eminentes contenidos normativos con una interpretación meramente positivista, en la formalidad de la pura logicidad.

Muy por el contrario, esa interpretación debe tender a realizar ante los problemas jurídicos a resolver, y en los casos y circunstancias concretas que los determinan, una *interpretación realista, dinámica y equitativa*, que pueda garantizar la Justicia que los constituyentes pretendieron para el futuro con los eminentes fines que invocaron al sancionar la Constitución.

Es que nunca debemos dejar de recordar la axiomática afirmación del *Chief Justice* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, John Marshall, cuando con visceral profundidad nos recordó para siempre: “Nunca debemos olvidar que lo

que estamos interpretando es una Constitución”, es decir, la ley fundacional y fundamental de una sociedad que se ha constituido en un Estado de Derecho, para realizar desde la perspectiva jurídica el proyecto de vida en común de la sociedad, el reparto de las competencias supremas del Estado, de sus órganos y de todos los hombres que integran una Nación como “una unidad de destino en la historia”, al decir de Legaz y Lacambra.

Congruentemente debemos recordar asimismo la afirmación del gobernador del estado de Nueva York, Charles Evans Hughes: “Vivimos bajo una Constitución, y la Constitución es lo que los jueces dicen que es”.

34. Como acertadamente ha expresado Segundo V. Linares Quintana, en materia de interpretación del derecho constitucional rechazamos toda posición de pureza metodológica que pretenda imponer al intérprete el empleo exclusivo y absoluto de un método determinado, a la manera de las fórmulas matemáticas o de las recetas medicinales. El constitucionalista ha de tener plena libertad para escoger y utilizar, en la interpretación de las normas con que trabaja, los diversos procedimientos que la técnica constitucional prevé.

El éxito fincará, entonces —continúa diciendo—, no en la interpretación rigurosa de tal o cual método, que sus respectivos sostenedores conceptúen como una verdadera panacea de la hermenéutica, sino en el logro del resultado que la interpretación se propone: *desentrañar el verdadero y correcto sentido de la norma jurídico-constitucional*, que satisfaga más plenamente la finalidad última de nuestra ciencia: la protección y el amparo de la libertad humana, con vista a los ideales de justicia, igualdad, armonía y bienestar general, como también las exigencias de la vida social; en breves palabras, que haga posible el cumplimiento integral de sus fines esenciales por parte del individuo y del Estado.²¹

Por lo tanto, por nuestra parte estamos persuadidos de que no podemos interpretar la Constitución, fruto del poder constituyente, como si interpretásemos una ley común, ordinaria o derivada, fruto de los poderes constituidos, pues estaríamos desconociendo la naturaleza, misión y jerarquía de ambas manifestaciones del poder político.

35. Y, como bien enseñaba César Enrique Romero, a la Constitución se la puede interpretar básicamente desde dos perspectivas:

- a. El *método constitucional*, que corresponde al enfoque racional-normativo de lo que es la Constitución. Se trata de un método estrictamente jurídico, formalista, que estudia e interpreta la Constitución como norma válida, pero sin consideración a los problemas de su vigencia, a los antecedentes históri-

²¹ Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de interpretación constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 224-225.

cos y políticos, a la realidad social del momento en que se dictó, ni a la que existe al momento de realizarse la interpretación. Es sin duda insuficiente.

- b. El *método político*, que urge ir más allá de la mera comprobación dogmática de las prescripciones constitucionales. Aquí el intérprete se pregunta sobre *la verdad del régimen político* que la Constitución ha receptado normativamente y en cuanto a su real vigencia en la sociedad. Y para ello necesitamos de este método político, porque los conceptos politológicos tienen una vertiente jurídica, pero asimismo una económica, histórica, cultural, psicológico-social.²²

36. En el mismo sentido, Julio Oyhanarte propugna el *método dinámico*, que significa que, dentro del marco normativo constitucional del que no pueden salirse sin caer en violación, los jueces intérpretes de la Constitución deben optar por las soluciones regulares (intranormativas) que resulten más adecuadas para contemplar y satisfacer las circunstancias y necesidades de la sociedad contemporánea. Los hechos descalifican la irreal visión de Montesquieu, para quien los jueces no eran nada más que “la boca que pronuncia las palabras de la ley”. Cuando cumplen debidamente su función, los jueces no son “fonógrafos”, son servidores del derecho para la realización de la justicia. Trabajan con materiales dados y dentro de un marco preestablecido, pero ello no les quita la posibilidad de elegir según sus preferencias y su concepción del mundo.²³

No se olvide, enseña Weaver, que el término *Constitución* implica un instrumento de naturaleza permanente y debe ser interpretado para hacer frente a todos los nuevos hechos y condiciones que surjan en los distintos tiempos.

2. *La Constitución como sistema de creencias, ideas y valores políticas*

37. Es 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. Para Arturo Sampay es el *núcleo metafísico*, ya que, como afirma Maurice Hauriou:²⁴

Las creencias político morales son la fuerza del régimen constitucional. No importan tanto los mecanismos políticos como las energías espirituales que los han creado y que los animan. Estamos en presencia de creencias y de convicciones.

²² César Enrique Romero, *Introducción al derecho constitucional*, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1973, p. 69.

²³ Julio Oyhanarte, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Paidós, Buenos Aires, 1969, p. 21.

²⁴ Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional*, Reu, Madrid, 2ª ed., p. 49.

De otro lado, recordemos que es el *techo ideológico* para Pablo Lucas Verdú,²⁵ 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*, el modo de organizar el poder político, y el *sector estrictamente ideológico*, referido a las ideas, convicciones, prejuicios y sentimientos. Como las *ideologías políticas son esencialmente dinámicas, los objetivos son las metas que determinan su tensión dinámica*.

Es así como cobra relieve la *búsqueda de sentido*, pues, según enseñó Cueto Rúa, el criterio de objetividad de la jurisprudencia, con mayor razón cuando es la que proviene del órgano rector de la comunidad, exige que la elección de los cursos de conducta que difunde o irradia sea compartida y aceptada por aquélla.

Augusto Mario Morello expresa que se trata, obviamente, de *pronunciamientos importantes que prefieren valores* que no son indiferentes a la sociedad, muchos de ellos abiertos a duras controversias y que atañen al proyecto de vida individual y colectiva, ciertamente complejo, cuya mejor estimación no es todavía el momento de establecer o acordonar de modo definitivo. Son sentencias que se vinculan con la organización de la sociedad y, desde esta perspectiva, se marca la necesidad de agudizar la medida y la discreción.²⁶

38. 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 un valor jurídicamente protegido. Esos valores que integran el *plexo valorativo o axiológico* son los que inspiran o deben inspirar cada norma jurídica que integra el *plexo jurídico*, y que constituyen las múltiples manifestaciones de ese valor supremo que, en nuestra opinión, es el de la *dignidad de la persona humana*, persona humana que es el sujeto, el fundamento y el objeto de toda sociedad, de todo Estado, de todo derecho, pues todos ellos constituyen una manifestación de la naturaleza y cultura del hombre, en cuyo servicio, primordialmente, encuentran su fin último, su *razón de ser*.

Pero bien sabemos que no todos los valores que integran la dignidad de la persona humana tienen igual importancia desde la esencialidad del valor *vida*, lo cual conlleva un ordenamiento jerárquico de los valores protegidos, que precisamente son congruentes con el orden jerárquico de las normas que integran el ordenamiento jurídico estatal, al frente del cual está la Constitución que reconoce los valores más eminentes y entrañables del hombre y la sociedad.

Es de tal relevancia el tema, que Francisco Fernández Segado ha destacado que el ejemplo más significativo lo proporciona el moderno constitucionalismo alemán,

²⁵ Pablo Lucas Verdú, *Principios de ciencia política*, Tecnos, Madrid, 3ª ed., t. I, pp. 198-199.

²⁶ Augusto Mario Morello, *La Corte Suprema en acción*, Platense-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 132.

con su concepción de un *Wertordnung* u *orden de valores* subyacentes a la Constitución, que vincula a todos los poderes del Estado. La enérgica pretensión de validez de las normas materiales constitucionales se explica por ese orden de valores que se manifiesta en la ordenación de los derechos y libertades, un orden de valores que, como dijo Bachof, no ha sido creado por la Constitución, sino que ésta se limita a reconocerlo y garantizarlo, y cuyo último fundamento se encuentra en una idea del hombre que descansa en esos valores.²⁷

39. Es precisamente en esta línea tan básicamente común en nuestras constituciones, que podemos recordar a título de ejemplo el artículo 1.1, de la Constitución Española de 1978, cuando prescribe: “España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su orden jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo”.

Refiriéndose a ellos, Gregorio Peces Barba²⁸ ha sostenido que 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 de Derecho y los cuatro faros que iluminan la interpretación de la voluntad constituyente.

En un sentido similar, Juan Bautista Alberdi, inspirador eminente de la Constitución argentina de 1853, al referirse al preámbulo de ésta, decía que oficiaba de fanal (faro) que ilumina el camino de la Constitución. Y en el capítulo final de *Las bases* afirmaba:

Conviene, pues, que el Preámbulo exprese sumariamente los grandes fines de la Constitución (*la unión nacional, la justicia, la paz interior, la defensa común, el bienestar general y la libertad*). Abrazando la mente de la Constitución, vendrá a ser la antorcha que alumbre el sendero de la legislación y señale el rumbo de la política del gobierno.²⁹

La nueva cultura democrática, señala Antonio Torres del Moral,³⁰ suele tener en los preámbulos constitucionales un privilegiado reflejo. No en vano en su opinión éstos son, sin mengua de su especial valor normativo, piezas retóricas muy valiosas en las que se dan cita los valores y los ideales que motivan la redacción de sus respectivos textos constitucionales.

²⁷ Francisco Fernández Segado, “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, p. 49, en García Belaunde y Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, o. cit. (n. 16).

²⁸ Gregorio Peces Barba, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.

²⁹ Juan Bautista Alberdi, *Las bases*, Castellví, Santa Fe, 1957, p. 203.

³⁰ A. Torres del Moral y J. Tajadura Tejada (dirs.), *Los preámbulos constitucionales de Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, serie Cuadernos y Debates n° 113, Madrid, 2001, p. 10.

3. *La conciencia constitucional*

40. Es indispensable que sepamos hacer renacer esos *valores fundamentales*, esas *fuerzas demiúrgicas*, esa *axioteleología* de la Constitución, esas *ideas fuerza*, pues ellas son las que nutren la vida de cada hombre y de todos los hombres viviendo en sociedad.

Ese plexo de ideas, valores y creencias constituye el patrimonio de la cultura constitucional, e indudablemente las cortes y los tribunales constitucionales deben saber extraer, a través de sus pronunciamientos, la inmensa riqueza de los matices de sus contenidos, que son nada menos que los que alimentan la *conciencia constitucional* de la sociedad.

No desdeñemos la sentencia bíblica: “La letra mata pero el espíritu vivifica”. Es imprescindible que a través de una amplia, razonable y vivificante interpretación constitucional, las cortes o los tribunales constitucionales expongan y transmitan a la sociedad el mensaje de su alto magisterio constitucional: *cuáles son las ideas, los sentimientos y los comportamientos constitucionales que, por tener una repercusión social valiosa, promuevan una actitud ejemplificadora de convocatoria, seguimiento y compromiso*.

Con una expresión europea —señala Pedro J. Frías— podríamos decir que nuestros preámbulos son el imaginario argentino (y de cualquier sociedad), o sea, las representaciones mentales depositadas en nuestra memoria colectiva. Nos imaginamos así. Si no es nuestro presente, es nuestro “futable”. Son valores socialmente reconocidos. Los hay finales, como la paz y la justicia, y los hay instrumentales, como la participación y la representación política.³¹

41. En un exhaustivo estudio y análisis sobre la *conciencia constitucional*, Pablo Lucas Verdú³² ha expresado que *es una dimensión moral del hombre* (conciencia ética), pero en el caso que nos ocupa se refiere al hombre como ciudadano (conciencia cívica), conciencia constitucional, que versa sobre una Constitución, sobre los valores que la legitiman, sobre el correcto funcionamiento de las instituciones y órganos fundamentales, ante todo acerca del reconocimiento y la garantía de los derechos humanos. Es por ello que, a su juicio, *la conciencia constitucional es “una facultad del hombre, en cuanto ciudadano, que le permite identificarse con el orden constitucional de su país en la medida en que satisface sus convicciones político-sociales”*.

Insistimos, por nuestra parte, en que esa identificación no es con la letra del texto fundamental sino con el espíritu que la anima y la finalidad a que tiende. Se percibe que la ley mayor puede adaptarse a las transformaciones y demandas sociales

³¹ Pedro José Frías, *Las nuevas constituciones provinciales*, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 1.

³² Pablo Lucas Verdú, “Conciencia y sentimientos constitucionales (examen de los factores psicopolíticos como integradores de la convivencia política)”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Asamblea Regional y Universidad de Murcia (España), nº 9, 1997, pp. 1-2.

sin procesos críticos ni traumáticos. Es por ello que tan magníficamente expresaba Hermann Heller: “*la Constitución en una forma abierta por la que transita la vida. Vida en forma y forma que nace de la Vida*”.

Hemos meditado realmente la hondura y el realismo que implica esta *vida cotidiana* que transcurre a través de esa infinita e imperceptible cantidad de “arterias” constitucionales, en cada actitud, en cada comportamiento. No se trata de una *norma fundamental* puesta como una proclama, fuera de nosotros y ajena a nuestras vidas. Tampoco se trata de una *vida cotidiana* ajena a la norma constitucional. No es como que *la vida y la Constitución* estuviesen separadas, compartimentadas. No; se trata de una recíproca interdependencia, en un flujo y reflujo de mutuas donatividades mediante las cuales *la vida toma forma constitucional y la forma constitucional está vigente en la encarnadura de la vida de la sociedad*.

42. Estos arquetipos y paradigmas de conductas individuales y sociales y de comportamientos institucionales son como la savia que debe dar vida a todo el ordenamiento jurídico, el cual, como bien se ha afirmado, no es otra cosa que “el orden del orden social, pero no todo el orden social”; expresión y sentido similares a los que manifestaba Ortega y Gasset: “el derecho es realidad social, pero no es toda la realidad social”.

Con acertado criterio en el *leading case Zamorano* del 9 de agosto de 1977 (*Fallos*: 298-441), la Corte Suprema argentina expresó en memorable afirmación que reiteró en fallos posteriores:

Está sujeta al control jurisdiccional la aplicación concreta de los poderes de excepción del Presidente en el estado de sitio, sobre las libertades constitucionales, control que lejos de retraerse en la emergencia, debe desarrollarse *hasta donde convergen sus competencias y los valores de la sociedad argentina confiados a su custodia*.

4. *La dimensión política del control de constitucionalidad*

43. Ya se ejerza en el *sistema difuso* por los tribunales que integran el Poder Judicial del Estado con una Corte Suprema de Justicia a la cabeza, ya en el *sistema concentrado* a través del Tribunal Constitucional, el control de constitucionalidad adquiere siempre una *dimensión política* que se origina en dos razones institucionales:

- a. porque en ambos sistemas nos encontramos frente a un órgano que es poder del Estado con jerarquía y rol institucional similares a los de los demás órganos del poder político;
- b. porque al ejercer el control de constitucionalidad lo están refiriendo a aspectos fundamentales de la organización política del Estado y de su correlativo orden jurídico.

A nadie se le escapa —como lo sostuvimos en anterior oportunidad— que, ya sea desde la perspectiva de la tripartición montesquiana del poder, como desde la

moderna división de las funciones en *gobierno y control*, cuando los jueces ejercen el control de constitucionalidad están asumiendo evidentemente un control jurídico, pero de profundas connotaciones políticas.

En el desempeño de esta revisión jurisdiccional, los jueces asumen y desenvuelven funciones superlativas del poder político del Estado, a poco que se repare que no es aceptable que se reconozca carácter político a la elaboración de las normas (*pouvoir d'établir*) y se le niegue a la potestad de enervar dicha norma, marginándola del orden jurídico aplicable por ser inconstitucional (*pouvoir d'empêcher*).

44. Con la agudeza que lo caracteriza, Karl Loewenstein ha sostenido que el control de constitucionalidad es esencialmente *control político*, y cuando se impone frente a los otros detentadores³³ del poder se trata, en realidad, de una *decisión política*. Cuando los tribunales proclaman y ejercen su derecho de control, dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten, por propio derecho, en un detentador de poder semejante, cuando no superior, a los otros “detentadores” del poder instituido.³⁴

De allí, la eminente dimensión política que implica el correcto ejercicio de esta grave y trascendente función, en la ardua tarea de cooperar a la adecuación jurídica de las supremas competencias del Estado.

5. *El alto magisterio constitucional*

45. Como señalamos en anterior oportunidad, en el ejercicio de las funciones referidas a las competencias supremas del Estado, a sus relaciones entre sí y con los derechos y garantías individuales y grupales, es evidente que las cortes y tribunales constitucionales ejercen lo que hemos dado en llamar el *alto magisterio constitucional*.

Este alto magisterio constitucional se manifiesta cuando, en la función de interpretar y aplicar la Constitución, es necesario desentrañar *su vertebración axioteleológica*, es decir, de los superlativos valores y fines constitucionales que se encuentran enjundiosamente encapsulados tanto en los preámbulos como en cada norma que integra el plexo normativo constitucional.³⁵

Nuestro Preámbulo, por ejemplo, proclama enfáticamente que la Argentina se constituye para *lograr la unión nacional, afianzar la justicia; consolidar la paz interior; proveer a la defensa común; promover el bienestar general; y asegurar los beneficios de la libertad para los argentinos y todos los hombres del mundo que quieran habitar nuestro suelo.*

³³ El término *detentador* es el que se emplea en la traducción española de la obra de Loewenstein, aunque aquí no tiene el sentido de ‘usurpador’, que es lo que significa en castellano, sino de ‘titular’ de un poder (N. del E.).

³⁴ Loewenstein, o. cit. (n. 5), pp. 308-309.

³⁵ Ricardo Haro, “Tribunales y salas constitucionales en Iberoamérica”, en *Memorias del VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 1361-1362.

Este Preámbulo, que a veces solemos olvidar o soslayar, es tan magnífico y significativo que hizo decir a Orlando que “parecía escrito por dioses” y a Posadas, el gran maestro español de la ciencia política, que “quería que encabezase la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la Liga de las Naciones”.

46. La Corte, según Germán Bidart Campos en referencia al caso argentino, maneja, asimismo, valoraciones teñidas de temporalidad, pero cuidando de no diluir el valor objetivo en el tiempo ni en el medio social. No es difícil observar que paulatinamente su jurisprudencia ha ido asimilando valoraciones del constitucionalismo social que no podemos encontrar a fines del siglo XIX. La temporalidad del derecho le brinda a la Corte la ocasión de realizar los valores que la Constitución alberga, del modo más adecuado a la exigencia temporal de la época. De ahí que el examen del derecho judicial sirva no sólo para conocer la Constitución material, sino para ilustrarse sobre el progreso de los *valores* y de las valoraciones en su seno. *El derecho judicial es vehículo transmisor de valores dentro de su propio orbe, y dentro de la sociedad.*³⁶

47. Comentando la etapa de la transición en la Argentina del proceso militar al régimen constitucional iniciada en 1983, Carlos S. Fayt³⁷ destaca que una mayor intervención en la dimensión político-institucional tuvo como protagonista a la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio del control de constitucionalidad de los actos estatales y como intérprete final de la Constitución nacional. Como órgano supremo del Poder Judicial, amplió su jurisdicción abordando el conocimiento de los temas derivados de las cuestiones políticas. No necesitó redefinir sus funciones; le fue suficiente con asumir en plenitud sus facultades. Si priorizó o no su responsabilidad en el interjuego de poderes para consolidar la incipiente democracia, o interpretó las tensiones sociales y la profundidad de la crisis que asoló a la república, lo concreto es que imprimió dinamismo a su actividad, haciendo posible la ulterior consagración constitucional de nuevas estructuras de relaciones interórganos.

De allí que las cortes y los tribunales constitucionales sólo deben, o sólo deberían, resolver los casos en que, por su importancia y trascendencia institucional, se encuentran seriamente comprometidos tanto los valores y los fines constitucionales, como el ámbito, el sentido y el alcance de las normas fundamentales. Como supo decir en su momento el procurador general Jackson de la Corte Suprema de los Estados Unidos:

La Corte mantiene los equilibrios más fundamentales de nuestra sociedad, tales como los existentes entre centralización y localismo, entre libertad y autoridad y entre estabilidad y progreso.

³⁶ Germán Bidart Campos, *La Corte Suprema, tribunal de garantías constitucionales*, Ediar, Buenos Aires, 1984, p. 220.

³⁷ Carlos S. Fayt, *La dimensión político-institucional de la Corte Suprema de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 1995, pp. 85-86.

48. Holmes, en conocida obra,³⁸ ha sostenido:

La vida del derecho no ha sido la lógica; ha sido la experiencia. Las necesidades sentidas en las diferentes épocas, las teorías morales y políticas predominantes, las intuiciones francas o inconscientes de las políticas, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus semejantes, tienen mucho mayor importancia que el silogismo en la determinación de las normas por las cuales han de ser gobernados los hombres. El derecho encarna la historia del desarrollo de una nación a lo largo de muchos siglos, y no puede tratarse como si contuviese sólo los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas. Para saber lo que es, tenemos que saber lo que ha sido y lo que tiende a ser.

Existe un hondo sentido formativo y pedagógico de la jurisprudencia que tiene a ir conformando un plexo de creencias constitucionales que hacen a los valores fundamentales del hombre y de la sociedad. No en vano un argentino ilustre dijo en las primeras décadas del siglo XX:

El mejor tratado de derecho constitucional lo constituye la colección de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

6. *La jurisdicción constitucional ante los nuevos tiempos*

49. Es por ello que cada fallo de las cortes o tribunales constitucionales es la expresión del ejercicio de un poder constituyente material que, con la misma clarividencia y firmeza en el mantenimiento del núcleo de creencias no negociables, debe también asumir una actitud de *apertura hacia las nuevas realidades sociales*, hacia los nuevos signos de los tiempos, y remover todos los obstáculos que impidan *una mayor vigencia de los supremos valores y fines del hombre y la sociedad*, en el proceso irrefrenable de una mayor conciencia social que reconoce las bondades de la democracia política, pero que no se resigna a que lo sea a costa de su marginación de la democracia cultural y de la democracia económica.

Carl J. Friedrich se ha planteado la cuestión, y afirma:

Hay un peligro omnipresente de que los miembros de la Corte puedan llegar a perderse en su propia lógica y de que, en su esfuerzo de mantener las palabras sagradas, intenten sofocar la vida y el progreso de ésta. En tales ocasiones, *la Corte pasa de una posición conservadora a una posición reaccionaria*. Cuando lo hace, está amenazando el futuro del constitucionalismo.³⁹

Recordemos lo dicho *supra*: la letra mata pero el espíritu vivifica.

En la reafirmación de los valores y fines constitucionales, en la búsqueda lúcida y afanosa de nuevos desarrollos exigidos por la cultura social, ya sea tanto respecto de los derechos y de las garantías, como de las competencias supremas del Estado, es

³⁸ *The Common Law*, citado por Carl J. Friedrich, *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, Fondo de Cultura Económica, México, 1946, cap. XII, n. 9.

³⁹ Friedrich, o. cit. (n. 37), p. 222.

preciso destacar que esa *función paradigmática* debe manifestarse no sólo en los aspectos sustanciales del orden jurídico, sino también en sus aspectos procesales, de modo tal que el sistema jurídico en su totalidad sirva en última instancia para lograr el mayor objetivo que la Constitución asigna a las cortes y a los tribunales constitucionales, cual es el de *afianzar un orden de convivencia más justo en la sociedad*.

50. Por nuestra parte, estamos convencidos de que no debemos ser miopes ante las nuevas realidades que, con diversos matices y grados de intensidad, viven las naciones de todos los continentes. En ellas se observan crecientes, vigorosas y legítimas apetencias de los hombres y los pueblos a una mayor participación en el poder, en la riqueza y en la cultura, que les permita lograr la felicidad de la mayor plenificación humana posible.

Y bien, ¿cuál será el compromiso y la función que en este proceso asuman los poderes judiciales y de modo especial las cortes y tribunales constitucionales? ¿Se mostrarán como un poder neutro y prescindente? ¿Se aferrarán a los silogismos jurídicos o asumirán la problemática de la realidad? ¿Enfrentarán los auténticos procesos de cambio para frenarlos o retardarlos, o los asumirán para encauzarlos jurídicamente, “constitucionalizándolos”, de forma tal que se realicen con la mayor justicia y libertad que los momentos históricos permitan?

7. *La función paradigmática y el Estado democrático y social de Derecho*

51. Pero asimismo, es preciso recordar que el cumplimiento de esta *función paradigmática* debe serlo siempre dentro de los amplios marcos de la Constitución, los tratados y las leyes, en todas las dimensiones y posibilidades de justicia que una razonable interpretación pueda brindar. Aquí también valen dos principios inspiradores.

Por un lado, aquel que afirma “*todo dentro de la ley, y nada fuera de la ley*”, porque precisamente de lo que se trata es de ejercer un alto magisterio constitucional que, de no cumplir con este mandato, estaría agregando una vertiente gravísima a la anomia desarticuladora y a la falta de seguridad jurídica.

De otro lado, hacer realidad el sentido profundo de la expresión bíblica “*el sábado está hecho para el hombre y no el hombre para el sábado*”, para no caer en un formalismo positivista que olvide la permanente vocación del derecho al servicio del hombre, porque él es precisamente nada menos que el fundamento, el sujeto y el objetivo de toda sociedad y de toda cultura.

Hoy más que nunca conviene recordar vigorosamente que el derecho y su instrumentación deben servir para “personalizar” al hombre y no para “cosificarlo”, ya sea en un número, en un objeto, en una mercancía o en una marginación.

Esta eminente y trascendental misión de las cortes y los tribunales constitucionales exige asimismo, y en el mismo sentido, la grave responsabilidad institucional de señalar los eminentes *rumbos constitucionales hacia un Estado social y democrático de Derecho*.

52. Es por ello que, ineludiblemente, los jueces de cortes o tribunales constitucionales deben ser eminentes y reconocidos juristas, pero también hombres con una alta dimensión política y una aguda visión de estadistas, es decir, *hombres de Estado*, que con su mesura, su talento y clarividencia política sean conscientes de que en muchas ocasiones, a través de sus fallos, están generando graves decisiones políticas en el continuo proceso de desarrollo de la actividad estatal y social, dirigida siempre hacia el bien general, la justicia social y la cooperación solidaria entre todos los miembros de la sociedad.

Alexis de Tocqueville, en su recordado libro *La democracia en América*, dice que el juez americano está revestido de un inmenso poder político, por lo cual los jueces no deben ser solamente ciudadanos, hombres instruidos y probos, cualidades necesarias a todos los magistrados; además es necesario encontrar en ellos hombres de Estado, que sepan discernir el espíritu de su tiempo.

Reiteramos entonces con plena persuasión que los magistrados que integran las cortes o tribunales constitucionales, al estar ejerciendo un alto poder del Estado al controlar la constitucionalidad de todas las leyes y actos estatales, deben ser, además de eminentes juristas, *jueces con una lúcida mentalidad de estadistas*, lo cual implica una adecuada formación política y una especial sensibilidad para percibir los “signos de los tiempos” y, consecuentemente, la trascendencia política que en la vida de la sociedad tendrán sus resoluciones.

Porque, si bien el control de constitucionalidad es básicamente una cuestión de puro derecho, ya que se verifica la congruencia de actos estatales con la Constitución a fin de asegurar el principio de supremacía, no puede ignorarse que, al ser la Constitución la ley fundamental *que asume jurídicamente el proyecto político-institucional de una sociedad*, toda sentencia en la materia constituye una verdadera decisión política sobre el aludido proyecto.

8. *Constitucionalidad, globalización y bien común*

53. Vivimos tiempos en que *la economía de mercado y la globalización se han convertido en paradigmas* que están instalados en la sociedad y en el mundo, y alrededor de los cuales se van construyendo las nuevas estructuras políticas, sociales, económicas y culturales. Giovanni Sartori⁴⁰ asevera que la planificación, como una expresión del intervencionismo estatal en la economía, “ha sido marginada y superada por la *economía de mercado*, cuya victoria sobre la planificación es abrumadora y sin retorno”, y agrega:

La victoria de la democracia como principio de legitimidad hace prever que el éxito del mercado se convertirá cada vez más en una demanda de la democracia, a condición, bien entendida, de que el mercado tenga éxito, *de que verdaderamente produzca bienestar* en los contemporáneos.

⁴⁰ Giovanni Sartori, *La democracia después del comunismo*, Alianza, Madrid, 1994, p. 25.

Pero también es cierto que se observa palmariamente una *notable y progresiva concentración de poderes económicos*, con influencia no sólo en determinados espacios físicos, sino que se extiende sobre el mundo entero. De allí la expresión *globalización*, aplicable a estos procesos de difusión, control y dominación de poderes tecnoeconómicos que trascienden los límites estatales y continentales.

54. Es dable pensar que estas *nuevas y reales formas de imperialismo* lo son sobre los diversos sectores vertebrales de los procesos macroeconómicos (industria, tecnología, comunicaciones, mercados financieros, etcétera). A este panorama debemos añadir que, ante los *procesos de desestatización y privatización* de muchas actividades y servicios públicos en los Estados, que por principio nadie discute, es imprescindible evitar que la sociedad y sus miembros se vean compelidos a un clima de desprotección, inseguridad y marginación generado por una omisión inaceptable del Estado en el cumplimiento de las insoslayables funciones de control, frente a la inevitable puja de los crecientes intereses de los fuertes a costa del deterioro de los débiles.

Y si bien es cierto que a esta altura de los tiempos no es concebible un Estado *invasor ni paternalista*, también lo es que tampoco podemos aceptar un Estado *desertor y ausente*, porque si el *invasor y paternalista* sofoca y ahoga a la sociedad, el *desertor* y el *ausente* condena a la marginación de los débiles, de los que no tienen voz, por los abusos de los poderes económicos que ocupan la escena social y asumen una mayor cuota de poder para acrecentar su insaciable ambición de riqueza.

55. Muy lejos de las actitudes mencionadas y ante las graves circunstancias económicas contemporáneas, es preciso afirmar categóricamente la presencia del *Estado como garante del bien común*, que para ser tal necesita ser un Estado *fuerte*, capaz de asegurar con firmeza las reglas de juego para el bienestar general, frente a los abusos de las nuevas y crecientes concentraciones de los *nuevos poderes* corporativos, principalmente de carácter económico.

Y en esta difícil tarea, las cortes y los tribunales constitucionales tienen que asumir desde lo jurídico la responsabilidad de esta *nuevo garantismo* que, superando la protección de los derechos individuales, asegure con vigor el digno ejercicio de los derechos económicos y sociales.

Es que a esta altura de los tiempos es imperioso afirmar con convicción operante que *la economía de mercado sin solidaridad es capitalismo salvaje, y la solidaridad sin economía de mercado es una utopía*.

Es entonces cuando el valor *justicia* requiere que se promueva y afiance el valor de la *solidaridad*, pues sólo ella puede mitigar esta terrible dicotomía entre el progreso económico y una más justa distribución de la riqueza. No en vano SS Juan Pablo II clama con insistencia por lo que denomina *la globalización de la solidaridad*.

56. Con la globalización y todas las nuevas estructuras y relaciones de poder en el mundo contemporáneo, no podemos dejar de lado los conceptos esenciales que hacen a la vida política. Por ello, en el documento *Gaudium et spes* el Concilio Vaticano II, reiterando su antigua pero siempre actual doctrina en la materia, señala:

La mayor conciencia de la dignidad humana promueve en el orden político un respeto mayor por los derechos de las personas, condición esencial para la participación en la vida pública, de la que se tiene un deseo cada vez más intenso [...] Para establecer una política recta es necesario tener presente el sentido de la justicia y del bien común y poseer noción muy clara de los límites de la competencia de los poderes públicos. La comunidad política existe en función del *bien común*. [Parágrafos 73 y 74].

Hace tiempo ya nos preguntábamos hasta dónde debe intervenir el Estado en la economía, y nos respondíamos: hasta donde el *bien común* lo requiera. En esto no hay dogmas ni recetas fáciles y universales. El ámbito de proyección del sector público y del sector privado depende de los momentos históricos que cada país vive, de las particulares coyunturas que debe afrontar, de los grados de desarrollo que pretende alcanzar. Aquí desempeña un papel decisivo y rector, junto con la solidaridad, el principio de *subsidiariedad*, según el cual el Estado no debe acometer ni absorber las actividades que los particulares, individual o colectivamente, puedan asumir con eficiencia en el fortalecimiento de los intereses generales. Todo nivel que pueda *ser* por sí mismo, no puede frustrarse por la absorción del nivel superior.

57. Por eso, para concluir, deseo recordar las magníficas palabras de Warren, cuando en su *Historia de la Corte Suprema de los Estados Unidos* afirmó:

La historia de los Estados Unidos, ha sido forjada no sólo en las salas del Congreso, en el despacho de los Presidentes y en los campos de batalla, sino en gran medida, en los estrados del Tribunal Supremo.

Quiera Dios que nuestras cortes supremas o tribunales constitucionales sepan también ser protagonistas en la construcción de la historia de nuestros pueblos, procurando siempre afianzar los superlativos valores de libertad, igualdad, solidaridad, justicia social, pluralismo y participación, mediante un orden de convivencia cada vez más justo y solidario, que posibilite a todos, pero en especial a los pobres, a los desocupados y a los marginados, algún tipo de cobertura social que les permita acceder a límites dignos de educación, salud, vivienda y a un decoroso y básico bienestar para cada hombre y para cada familia.

Lautaro Ríos Álvarez (Chile) *

La generación del Tribunal Constitucional

I. Problemática de la génesis del Tribunal Constitucional (TC)

Tanto para los juristas como para los políticos de los estados democráticos, la generación de los miembros del TC constituye un quebradero de cabezas.

Está claro que el TC, como poder de control, dispone de una fuerza superior a la de los demás poderes constituidos, toda vez que es capaz de anular algunos de sus actos o de impedir su nacimiento a la vida jurídica. Por ello precisamente a este legislador negativo —en la expresiva calificación de Kelsen—, que además de juez es custodio de los principios básicos del régimen democrático y resolutor de conflictos de competencia, se lo instituye directamente en la Constitución.

Pero subsiste el problema consistente en resolver cómo, cuántos y entre quiénes se designará a los titulares irrevocables de un órgano dotado de tanta y tan excelsa autoridad. Para algunos, tratándose de un tribunal, sus miembros deben provenir del mundo judicial y corresponde elegirlos a los propios jueces. Para otros, al ser las cuestiones que el TC debe resolver de naturaleza política y afectar, además, las atribuciones de los órganos de poder político, son éstos los llamados a designarlos. Para otros, en fin, por ambas motivaciones, la generación de estos jueces debe provenir tanto de los órganos judiciales como de aquéllos de naturaleza política.

Otra discusión significativa es la que se sitúa en torno al perfil del juez constitucional. Para unos —especialmente para los miembros de la judicatura ordinaria—, para ser buenos jueces estos magistrados deberían pertenecer al más elevado rango de sus filas. Otros piensan en sentido contrario. Favoreu ha dicho: “los jueces constitucionales pertenecen a otra categoría y a otro mundo distinto de los jueces ordinarios”. Y, aparte de otras razones estatutarias, el juez constitucional “se diferencia de un juez ordinario porque al controlar a los poderes públicos, pese a que su actividad

* Universidad de Valparaíso.

y métodos sean de naturaleza jurídica, el alcance de sus decisiones tiene con frecuencia un carácter inevitablemente político”.¹ Cappelletti —para quien la justicia constitucional es “la jurisdicción de la libertad”— ha sido aún más riguroso. Ha dicho:

Los jueces de la Europa continental son habitualmente magistrados de carrera, poco adecuados para asumir una tarea de control de las leyes, tarea que, como veremos, es inevitablemente creadora y va mucho más allá de la mera función tradicional de ser “simples intérpretes” y “fieles servidores” de las leyes. Incluso la interpretación de las normas constitucionales, y en particular la del núcleo central, la declaración de los derechos fundamentales o Bill of Rights, difiere mucho de la de las leyes ordinarias; requiere una actitud difícilmente compatible con las tradicionales “debilidad y timidez” del juez del modelo continental.²

La dispersión de sistemas de integración del TC a todo lo ancho de la geografía europea ha hecho decir al profesor Louis Favoreu:

El modo de designación de estos jueces varía según los países y ninguno parece haber encontrado todavía la fórmula óptima.³

II. La solución en Europa

1. En *Alemania* se ha optado por la fórmula de generación política del TC. El Tribunal Constitucional Federal (TCF) está integrado por dieciséis magistrados elegidos, por partes iguales, entre el Bundestag (Parlamento) y el Bundesrat (Senado Federal), y para su elección se requiere una mayoría de los dos tercios de la respectiva cámara. Los jueces constitucionales deben poseer la condición de magistrados y renunciar a ella al asumir el nuevo cargo. Duran doce años en sus funciones y no procede su reelección.⁴

No obstante el innegable prestigio del TCF, el profesor Klaus Schlaich, de la Universidad de Bonn, ha dicho:

Inevitablemente, este modo de elección por los órganos políticos ha conducido en casos concretos a decisiones verdaderamente reprobables. El propio sistema de designación en cuanto tal es criticado cada cierto tiempo, con argumentos plenos de razón desde un punto de vista teórico. En efecto, hay pocos lugares en los que un poder sea ejercido de modo tan incontrolado y anónimo como en el de la elección de los jueces del TCF. Una elección de los controladores por aquellos que son controlados resulta evidentemente sorprendente.⁵

¹ Louis Favoreu y otros, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 21.

² Mauro Cappelletti, “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”, en Favoreu y otros, o. cit. (n. 1), p. 603.

³ Favoreu y otros, o. cit. (n. 1), p. 25.

⁴ Cf. artículo 94 de la Constitución Federal y Ley del TCF de 11.8.1993.

⁵ K. Schlaich, “El Tribunal Constitucional Federal alemán”, en Favoreu y otros, o. cit. (n. 1), p. 146.

2. En *Austria*, el TC se compone de catorce jueces titulares y seis suplentes. El presidente, el vicepresidente y otros seis titulares del TC son nombrados por el presidente federal a propuesta del Gobierno federal. Los seis titulares restantes son designados por el presidente federal a propuesta —por partes iguales— del Consejo Nacional (Cámara) y del Consejo Federal (Senado Federal).⁶

Pese a ser éste el primer TC europeo, ideado por Hans Kelsen en 1920, y por ende el de mayor experiencia, de su composición ha dicho el profesor Félix Ermacora, de la Universidad de Viena:

La designación de jueces obedece de ordinario a criterios políticos, y el partido político que tiene responsabilidades gubernamentales es quien puede proponer una mayoría de miembros al Tribunal Constitucional, como muestra la práctica desde 1945. De este modo, tanto el presidente, como el vice-presidente, son siempre más o menos próximos de los dos partidos políticos mayoritarios en el Parlamento.⁷

3. En *Italia* —conforme al artículo 135 de su Constitución—, el TC está integrado por quince titulares, en una fórmula mixta de generación político-judicial. Cinco magistrados del TC son designados por el Parlamento, cinco por el presidente de la República y cinco por las más altas magistraturas judiciales y administrativas. Si un magistrado de la justicia ordinaria es elegido juez del TC, debe renunciar a aquel cargo al asumir éste; incompatibilidad que es común a todos los TC europeos.

Paolo Biscaretti, comentando las designaciones del Parlamento, ha hecho notar que estos cinco miembros son:

[...] elegidos en escrutinio secreto por las Cámaras reunidas y con mayoría de tres quintos de la Asamblea [...], con la intención de despolitizar en la medida posible su designación mediante el requisito de lograr tan alto quórum de votos, que se consideraba podían obtenerlo sólo elementos de indiscutible valor; pero la primera aplicación del sistema ha mostrado, en cambio, cómo se ha pretendido alcanzar tal convergencia de votos ¡mediante lamentables acuerdos de compensación entre los partidos mayores!⁸

El profesor Pizzorusso, dejando constancia de “la extendida insatisfacción por el modo de reclutamiento de los jueces constitucionales”, señala:

[...] las limitaciones en el electorado pasivo tendentes a asegurar cierta cualificación profesional de los jueces han resultado, en la práctica, excesivamente laxas, lo que ha deparado designaciones que, más que atender a la funcionalidad del órgano, se han orientado, en interés del partido designante, a situar en un puesto de prestigio [...] a personajes cualificados más por la veteranía alcanzada a lo largo de una carrera política que por su efectiva preparación técnica o cultural.⁹

⁶ Véase el artículo 147 de la Constitución Federal de Austria.

⁷ Félix Ermacora, “El Tribunal Constitucional austríaco”, en Favoreu y otros, o. cit. (n. 1), p. 272.

⁸ Paolo Biscaretti di Ruffia, *Derecho constitucional* (traducción y prólogo de Pablo Lucas Verdú), Tecnos, Madrid, 1982, p. 559.

⁹ Alessandro Pizzorusso, *Lecciones de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, t. II, pp. 4-5.

4. En *España* —que sigue, en este punto la fórmula italiana de generación mixta—, el TC está constituido por doce magistrados, designados todos ellos por el rey, del siguiente modo: cuatro propuestos por el Congreso de los Diputados, cuatro por el Senado, dos por el Gobierno y dos por el Consejo General del Poder Judicial.¹⁰

Los miembros elegidos por ambas Cámaras deben serlo por una mayoría de las tres quintas partes de sus miembros. Todos duran nueve años en sus cargos y se renuevan por terceras partes cada tres.

Como puede advertirse, la intervención de los órganos de naturaleza política supera largamente la escasa participación asignada al Poder Judicial. Óscar Alzaga —temprano comentarista de la Constitución española— constata:

Se palpa aquí, bien a las claras, la influencia de la Constitución italiana, en cuanto a hacer primar un cierto criterio político en los órganos con potestad para proponer el nombramiento de los miembros del Tribunal Constitucional [...]

Añade que la fórmula ideada para generar el TC recibió numerosas críticas de quienes aspiraban a una configuración más judicialista e independiente de éste. Al respecto, cita a don José M. Sanchís, quien adujo que de este precepto (artículo 159) “resulta que la forma de proponer el nombramiento de los miembros del Tribunal Constitucional, a propuesta del Congreso, del Senado y del Gobierno, atenta contra la independencia e imparcialidad de lo que debe ser un Tribunal de Derecho”. Añade Alzaga:

Verosíblemente, dichos miembros serán propuestos por elección del partido político que posea la mayoría en cada una de dichas Cámaras, el cual, verosíblemente también, ostentará el poder. En cuanto a los dos miembros que proponga el propio Gobierno, no pueden existir dudas de su adhesión a éste. Un Tribunal en estas condiciones es un Tribunal Político, formado por políticos salvo los dos propuestos por el Consejo General del Poder Judicial, reincidiendo así en el grave error cometido en la Constitución de 1931.

Y concluye:

En realidad, la politización de estos nombramientos en nuestra Constitución ha ido sensiblemente más allá de la línea marcada al respecto en la Segunda República [...].¹¹

Pablo Lucas Verdú, citando abundante doctrina, sostiene:

No es necesario insistir en que el proceso de selección de los jueces constitucionales está marcado políticamente, y así lo subraya la doctrina. Se comprende que las fuerzas políticas se interesen enormemente en este punto, dadas las competencias del Tribunal Constitucional. A mayor abundamiento, hay que observar que entre el Congreso y el Senado se eligen ocho de los [doce] magistrados, y otros dos corresponde su designación

¹⁰ Véase el artículo 159 de la Constitución española y Ley Orgánica del TC de 3.10.1979.

¹¹ Óscar Alzaga Villaamil, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pp. 916-917.

al Gobierno; los dos últimos, al Consejo General del Poder Judicial; de manera que diez de los doce magistrados son elegidos por órganos esencialmente políticos: las Cortes Generales y el Gobierno.¹²

Por su parte, Jesús González Pérez ha hecho ver:

Que de doce miembros, las dos terceras partes sean de propuesta del legislativo y que la mitad de la otra tercera lo sean a propuesta del Gobierno, supone tan acusada politización del Tribunal Constitucional que, por muchas que sean las garantías formales de independencia con que se les rodee (artículo 159, 4 y 5, Constitución), resulta difícil considerarle materialmente “jurisdiccional”.¹³

III. La solución en Sudamérica

1. En la vecina República del *Perú*, el TC se compone de siete miembros que duran cinco años en sus cargos y su generación es exclusivamente política.¹⁴ No pueden ser reelegidos en forma inmediata. Dice el artículo 201 de la Constitución:

Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República (Cámara Única) con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros.

El profesor Samuel Abad Yupanqui formula el siguiente comentario:

Resulta fundamental para un eficaz control de los poderes públicos, contar con un órgano independiente e imparcial que proteja a los ciudadanos frente a sus excesos [...] Sin embargo, preocupa la forma como el Congreso podría llevar a cabo la selección de magistrados, que podría conducir a una elección político-partidaria que afecte su independencia. Acá se requiere un adecuado autocontrol de las fuerzas políticas que evite diseñar un órgano dependiente. No es buen indicio, el hecho que el Congreso haya aprobado el artículo 4 de la Ley 26.435 (LOTIC). Tal dispositivo, que debe ser derogado, limita seriamente el funcionamiento del Tribunal Constitucional al impedirle declarar la inconstitucionalidad de las leyes, en tanto no se reúnan para ello seis votos conformes de un total de siete.¹⁵

2. En la vecina República de *Bolivia*, el TC —con sede en Sucre— “está integrado por cinco magistrados que conforman una sola Sala y son designados por el Congreso Nacional por dos tercios de los votos de los miembros presentes” (artículo 119 de la Constitución Política). Desempeñan el cargo por un período de diez años improrrogables. El profesor Fernández Segado recuerda, al respecto:

¹² Pablo Lucas Verdú, *Curso de derecho político*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1984, p. 834.

¹³ Jesús González Pérez, *Derecho procesal constitucional*, Civitas, Madrid, 1980, p. 88.

¹⁴ En la Constitución peruana de 1979 el Tribunal de Garantías Constitucionales estaba integrado por nueve miembros: tres designados por el Ejecutivo, tres por el Congreso y tres por la Corte Suprema.

¹⁵ Samuel Abad Yupanqui, “La Justicia Constitucional en Perú”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 324.

[...]de modo similar a como ya aconteciera en España, no han faltado sectores doctrinales que han expuesto su temor frente al peligro de politización partidista que este mecanismo de integración podría entrañar. Se ha apuntado así que el importante peso que se brinda al Parlamento para designar a los magistrados constitucionales podría conducir a la “partidización” o “lotización” del TC.

Este autor no cree razonable que deba ocurrir necesariamente así. Pero luego advierte:

[...] debiera recaer directamente sobre las formaciones políticas con presencia en el Congreso la grave responsabilidad de designar idóneamente a los miembros del TC, dejando al margen intereses partidistas que trasladen los espacios de poder del Congreso a órganos tan alejados de la puntual dinámica y coyuntura política como el TC”.¹⁶

3. La Corte Constitucional de *Colombia* está compuesta por el número impar de magistrados que señala la ley. Conforme a la ley 5ª de 1992, ese número es de nueve. Dice, además, la Constitución (artículo 239):

Los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Los magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos.

Por consiguiente, cada uno de los órganos señalados presenta al Senado tres ternas de candidatos idóneos y éste designa un titular de cada terna.¹⁷ De esta manera, es el Senado —órgano esencialmente político— el supremo árbitro de la designación de todos los miembros de la Corte Constitucional.

4. El TC de *Ecuador* está integrado por nueve vocales, quienes desempeñan sus funciones por cuatro años y pueden ser reelegidos. Dice la Constitución (artículo 275) que ellos:

Serán designados por el Congreso Nacional, por mayoría de sus integrantes, de la siguiente manera: Dos, de ternas enviadas por el Presidente de la República. Dos, enviadas por la Corte Suprema de Justicia, de fuera de su seno. Dos, elegidos por el Congreso Nacional, que no ostenten la dignidad de legisladores. Uno, de la terna enviada por los alcaldes y los prefectos provinciales. Uno, de la terna enviada por las centrales de trabajadores y las organizaciones indígenas y campesinos de carácter nacional, legalmente reconocidas. Uno, de la terna enviada por las Cámaras de la Producción y legalmente reconocidas.

¹⁶ Francisco Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en Bolivia*, UNAM, México, 2002, pp. 55-57.

¹⁷ Véase Eduardo Cifuentes Muñoz, “La jurisdicción constitucional en Colombia”, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 471 y ss.

El profesor Salgado Pesantes, de la Universidad Católica del Ecuador, anota:

Las recientes reformas de 1996 no pudieron superar uno de los puntos criticables que trajo la actual Constitución, relativo a que en la composición del Tribunal haya un representante de los trabajadores y uno de las cámaras de la producción; por el contrario, con criterio político, se ha incluido la participación de las organizaciones indígenas y campesinas en la terna de los trabajadores. Tal representación corporativa resulta extraña en un órgano donde no tienen cabida los criterios clasistas ni la defensa de intereses profesionales, por legítimos que sean.¹⁸

IV. La solución ideada en Chile

1. *Génesis del TC en la Constitución vigente*

En la Carta de 1980 (artículo 81) se establece, por segunda vez en Chile,¹⁹

[...] un Tribunal Constitucional integrado por siete miembros, designados en la siguiente forma: a) Tres Ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta, por mayoría absoluta, en votaciones sucesivas y secretas; b) Un abogado designado por el Presidente de la República; c) Dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional, d) Un abogado elegido por el Senado, por mayoría absoluta de los senadores en ejercicio.

El sistema señalado de generación de los miembros del TC es de carácter mixto —político-judicial— con la extraña injerencia de un órgano consultivo de naturaleza técnica como es el Consejo de Seguridad Nacional.

En la más completa monografía escrita hasta ahora sobre la jurisdicción constitucional, el profesor Francisco Zúñiga caracteriza al TC como “un órgano colegiado y letrado, autónomo e independiente ‘de toda otra autoridad o poder’ que ejerce una función de Jurisdicción Constitucional”. Sin embargo, critica que “su integración ‘judicial-política’ introduce al Consejo de Seguridad Nacional”, siendo así que éste “es un órgano consultivo del Presidente de la República, reproducción de una ideología autoritaria [...]”.²⁰

El profesor Humberto Nogueira ha formulado diversas críticas a esta integración del TC, de las que destacamos las siguientes:

- a) Los Tribunales Constitucionales en cuanto órganos jurisdiccionales que resuelven materias jurídico-políticas, sus integrantes debieran provenir de órganos jurisdiccionales y de representación política, careciendo de justificación el Consejo de Seguridad Nacional para designar magistrados del TC. Los

¹⁸ Hernán Salgado Pesantes, “La Jurisdicción Constitucional en el Ecuador”, en García Belaunde y Fernández Segado (coords.), o. cit. (n. 17), pp. 579.

¹⁹ Recordemos que el primer TC, instituido por la ley de reforma n° 17.284 de 1970, en el artículo 78 a de la Constitución Política del 25, constaba de cinco miembros: tres designados por el presidente de la República con acuerdo del Senado y dos por la Corte Suprema, de entre sus miembros.

²⁰ Francisco Zúñiga Urbina, *Elementos de jurisdicción constitucional*, Universidad Central de Chile, Santiago, 2002, tomo II, pp. 64-65.

órganos legitimados debieran ser solamente la Corte Suprema, el Presidente de la República y el Congreso Nacional. b) Se representa la inconveniencia de que los magistrados de la Corte Suprema sean, a la vez, magistrados del TC. Se considera conveniente que la Corte Suprema nombre una parte de los integrantes del TC, pero que los nombrados no pueden desempeñar simultáneamente la función de ministros de la Corte Suprema, debiendo establecerse la incompatibilidad entre ambas funciones.²¹

2. *La solución ideada en el proyecto de reforma constitucional*

Esta solución se asemeja notoriamente al modelo italiano. Aumenta a nueve el número de magistrados del TC y distribuye su designación —por partes iguales— entre la Corte Suprema (la que podrá elegirlos de entre sus miembros en ejercicio), el presidente de la República y el Senado, el cual debe elegirlos por los dos tercios de los senadores en ejercicio, en votaciones sucesivas y en sesiones especiales.²²

Sin duda esta fórmula mejora la existente en la Constitución, desde el punto de vista de quienes intervienen en el proceso de generación del TC y en la ecuanimidad con que el número a elegir se reparte entre ellos. Sin embargo, este sistema en nada resuelve el principal requisito que deben cumplir el TC y cada uno de sus integrantes, materia que examinaremos a continuación.

V. **Insuficiencia esencial de las soluciones precedentes y de la reforma propuesta**

Estamos profundamente convencidos de que el fundamento esencial en que descansa el TC —y que debe compartir cada uno de sus miembros— es la confianza pública. Confianza en su sabiduría, confianza en su buen criterio, confianza en su independencia y confianza en la honestidad de cada uno de sus jueces. Ésta es, por consiguiente, la cualidad que, en sus distintas especies, debe asegurar el sistema de generación de los magistrados del TC

Ahora bien, *en todos los sistemas reseñados* —tanto europeos como americanos, incluido el que se propone en el proyecto de reforma— existe una *dispersión de la confiabilidad de los jueces así elegidos*. Son confiables para quienes los designaron pero no para quienes no intervinieron en su designación. De allí que el profesor Favoreu haya concluido que los modos de designación varían según los países, pero “ninguno parece haber encontrado todavía la fórmula óptima”.

Y resulta evidente que nunca se la encontrará si el sistema ideado se basa en elegir personas que sólo cuentan con la confianza del órgano que las propone o designa, con prescindencia de la confianza de los demás órganos concernidos en las deci-

²¹ Humberto Nogueira Alcalá, “La jurisdicción constitucional en Chile”, en García Belaunde y Fernández Segado, o. cit. (n. 17) pp. 544-545.

²² Hemos considerado el proyecto de reforma constitucional (*Boletines* n^{os} 2526-07 y 2534-07) en su estado de tramitación al 14.10.2002.

siones del TC. Todos estos sistemas pueden dar origen a una colección de notables, pero ninguno de ellos asegura la confianza en cada uno de estos jueces por parte de los poderes que deberán acudir a su veredicto.

De aprobarse el sistema propuesto en el proyecto de reforma, su aplicación podría conducir al TC al mayor colapso de la confianza de los propios órganos del Estado llamados a generarlo y —lo que es más grave— a una crisis de la confianza pública en el custodio máximo de la Constitución.

Con un poco de imaginación, pongamos esa fórmula en movimiento.

El presidente de la República quedaría en situación de designar soberanamente a tres abogados de su confianza. Pues bien, si tiene la oportunidad de nombrar a *un tercio del Tribunal*, debería ser muy poco sagaz —por decirlo de manera discreta— para dejar pasar la ocasión de asegurarse tres votos de personas que le garanticen la más completa adhesión a su programa político y a sus proyectos legislativos. Ningún político inteligente desperdiciaría una ventaja semejante.

El Senado, a su turno, sería escenario de la más enconada lucha de los partidos políticos por asegurar en el seno del TC a quienes les sean adictos. Da escalofríos imaginar quiénes podrían llegar al TC por este escabroso sistema.

El peligro letal que acecha siempre al TC es el de su politización. Y éstas son las vías más directas y seguras para lograrla.

Nos queda la designación de los tres magistrados que correspondería hacer a la excelentísima Corte Suprema. No nos cabe duda alguna acerca de la ponderación y del criterio jurídico —y no político— con el que esta alta magistratura haría la selección.

Sin embargo, nos preguntamos: ¿Qué órgano es el más interesado y comprometido con la eficacia de sus actuaciones y con la preservación de su prestigio? ¿No es, acaso, el propio Tribunal Constitucional?

Está bien que la excelentísima Corte proponga la designación de los miembros de los tribunales superiores, incluyendo la de sus propios magistrados. Ella es la que mejor los conoce y, además, éstos pasarán a formar parte de su cuerpo orgánico.

Pero, tratándose de los miembros del TC, ¿no resulta claro que, por idéntica razón, debería corresponder a éste la misma intervención en el proceso de generación de sus miembros? Creemos que es el propio TC el que tendría que originar la designación de sus futuros magistrados.

VI. Nuestra proposición de reforma

1. *Fundamento*

La fórmula que subyace en todos los sistemas analizados consiste en atribuir a determinados órganos del Estado la facultad de designar una parte de los miembros del TC. De esta manera, la confianza en el Tribunal resulta ser una confianza segmentada o —lo que es lo mismo— una suma de confianzas divididas.

A nuestro juicio, cada miembro del TC debería contar con la confianza original de todos los órganos que deban recurrir a su veredicto. El sistema de las confianzas segmentadas debería sustituirse por uno de confianzas compartidas.

Creemos que sólo de esta manera tanto el Tribunal como cada uno de sus miembros quedaría dotado de la plena confiabilidad que necesita, no sólo para ser independiente e imparcial sino también para parecerlo así a quienes, habiendo contribuido a designarlos, quedarán concernidos en sus decisiones.

Y dado que el prestigio, la ecuanimidad y la eficiencia del Tribunal conciernen a éste, al presidente de la República y al Congreso Nacional, nos parece que son éstos y no otros los órganos que deben intervenir en su generación.

Por lo demás, un sistema similar —exceptuando el excesivo quórum de aprobación del Senado, susceptible de manipulación política— rige el nombramiento de los ministros de la Corte Suprema. Y si este precedente recoge la confianza de un órgano como el Senado, cuya función es independiente de la justicia ordinaria, con tanta mayor razón habría que proceder así con los magistrados del TC, cuyas decisiones a menudo afectan la actuación legislativa.

2. *Proposición de reforma*

La fórmula concreta que proponemos consiste en la formación, para cada cargo vacante, de una *quina*, es decir, de un listado de cinco juristas expertos en derecho público, de reconocida capacidad, criterio, experiencia y prestigio, que debería elaborar el propio TC.

Esta quina sería propuesta al presidente de la República, quien de ella elegiría a uno de sus integrantes.

La persona así seleccionada debería recibir, finalmente, el voto de confianza de la mayoría del Congreso Nacional —reunido especialmente a este efecto— o el voto de la mayoría del Senado, si se prefiere entregar esta prerrogativa a la Cámara Alta.

De esta manera, en la generación de cada uno de los magistrados del TC intervendrían todos los interesados en su buen funcionamiento y los elegidos contarían con la confianza y el respaldo de todos ellos.

A la hora de reformar el sistema, no cometamos los mismos errores en que han incurrido otros países, precisamente cuando se nos presenta la oportunidad de elaborar nuestras propias y más adecuadas soluciones.

Copiar las deficiencias de un sistema por ignorancia de lo que han dicho sus críticos sería un desacierto. Copiarlas a sabiendas, un desatino inexcusable.

Luis López Guerra (España) *

La organización y la posición institucional de la justicia constitucional en Europa

I. El modelo europeo de organización de la justicia constitucional

Permítaseme comenzar la presente exposición con una obviedad: como no podía ser de otra forma, la justicia constitucional en la gran mayoría de los países de Europa se configura de acuerdo con el que se ha denominado *modelo europeo*. Esta afirmación, si se quiere, tautológica, debe ser, aun así, considerablemente matizada. Ciertamente, a la hora de estudiar los diversos sistemas de justicia constitucional, se ha empleado en la literatura iuspublicista en forma general la contraposición entre *modelo europeo* y *modelo americano*: el primero (en grandes líneas) se caracterizaría porque las funciones típicas de la justicia constitucional se encomendarían a un órgano especializado, que se pronunciaría mediante resoluciones con valor *erga omnes* en las cuestiones referentes al control de constitucionalidad de las leyes; mientras que en el segundo, el llamado *modelo americano*, aquellas funciones se encomendarían a los órganos de la jurisdicción ordinaria, que se pronunciarían, con ocasión de litigios concretos, mediante resoluciones con valor *inter partes*.¹ Pero hoy ya sabemos (y la literatura científica así lo ha expuesto) que esta clasificación tiene una utilidad relativa, y que refleja sólo esquemática e imperfectamente la realidad.²

La insuficiencia de la clasificación deriva de diversas causas. Por un lado, porque el fenómeno siempre presente (también en el ámbito del derecho) de la difusión cultural

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid. Director del Instituto de Derecho Público Comparado. Ha sido Vicepresidente del Tribunal Constitucional español y del Consejo General del Poder Judicial.

¹ Una excelente exposición inicial puede encontrarse en el trabajo de Louis Favoreu, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, 1994.

² Michel Fromont, en su obra *La justice constitutionnelle dans le monde*, París, 1996, lleva a cabo una crítica de la contraposición entre los modelos “americano” y “europeo”, proponiendo nuevos criterios de clasificación; véanse esp. pp. 41-45.

lleva a que técnicas e instituciones propias de un ordenamiento sean adaptadas, total o parcialmente, por otros, dando lugar a la presencia, e incluso al predominio, de fórmulas mixtas. Y por otro (y la enumeración dista de ser exhaustiva) porque incluso en los ordenamientos jurídicos arquetípicos, representativos de las expresiones más puras de los sistemas *americano* y *europeo* se producen notorias desviaciones respecto del modelo ideal, construido por la dogmática iuspublicística tradicional.

Conviene recordar, pues, que al hablar de *modelo europeo* y *modelo americano* de justicia constitucional nos movemos en el ámbito de los tipos ideales weberianos, como construcciones conceptuales útiles para acercarnos inicialmente al conocimiento de la realidad, pero insuficientes para la descripción y el análisis de casos concretos, que requieren un estudio propio y específico. En lo que se refiere a Europa, es necesario recordar no sólo que no todos los países del continente siguen el *modelo europeo* de justicia constitucional (ya que algunos, como Dinamarca, Noruega o Estonia, se adaptan al *modelo americano*) sino que, además, incluso los países que se incluyen en el modelo europeo pueden en gran manera considerarse como sistemas mixtos.

Con todas estas cautelas sí es posible al menos afirmar que en los sistemas de justicia constitucional de Europa está mayoritariamente presente una característica definitoria del llamado “modelo europeo”: la atribución de las diversas funciones que integran la justicia constitucional a un órgano específico, el Tribunal Constitucional, distinto y separado de los órganos de la jurisdicción ordinaria. Partiendo de antecedentes bien conocidos (como el *Reichsgericht* austriaco)³ y en gran medida debido a la influencia kelseniana, desde 1920 hasta nuestros días se ha ido implantando, a lo largo de sucesivas oleadas constitucionales, esa institución en buena parte de los países europeos. Y aun aceptando que la difusión cultural y la misma similitud de los problemas que se plantean en cuanto a la protección de los mandatos constitucionales en los más variados contextos han conducido a una creciente aproximación entre los diversos sistemas de justicia constitucional, la presencia de este órgano especializado sigue representando un importante elemento diferencial, que se traduce en peculiares características en cuanto a la forma en que la jurisdicción constitucional se ejerce.

La primera cuestión que se plantea respecto de estos tribunales es la relativa a la justificación de su misma existencia. ¿Por qué se ha preferido encomendar la protección jurisdiccional de la Constitución a un Tribunal Constitucional y no al juez ordinario y, más concretamente, a las más altas instancias de la jurisdicción ordinaria? Puede que la respuesta no sea homogénea en todos los casos: en el supuesto de los países europeos se han ofrecido varias justificaciones (o explicaciones) a esa decisión. La más frecuente ha consistido en destacar que, dada la estructuración del poder judicial en varias jurisdicciones, cada una con un órgano o instancia superior, no

³ Para los antecedentes del “modelo europeo”, véase el libro de Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, 1987.

cabía confiar la defensa jurisdiccional de la Constitución a tribunales supremos compuestos por salas separadas y diferenciadas: la unidad de acción de la jurisdicción constitucional exigiría pues un órgano único especializado.⁴ También en ocasiones se ha señalado la importancia de la tradición basada en una cierta desconfianza política hacia el estamento judicial, consistente en separar radicalmente a la judicatura de toda inmisión en decisiones con trascendencia política, tradición representada en el rechazo al llamado “gobierno de los jueces”. En esta línea cabría señalar, además, que en Europa los tribunales supremos aparecen muy débilmente conectados a cualquier forma de legitimidad democrática, directa o indirecta. El predominio del sistema de carrera judicial y la funcionarización de la judicatura convierten a los jueces en servidores públicos cuyo nombramiento se trata de aislar, no sólo de preferencias políticas, sino de cualquier intervención de la representación popular. Ello supone sin duda una notable diferencia respecto de aquellos sistemas en que los componentes de las Cortes Supremas ostentan una cierta legitimidad democrática, al ser elegidos por las Asambleas o por otros representantes de la voluntad popular.⁵ Frente a la tradición americana, en la que los procedimientos de justicia constitucional surgen como procedimientos incidentales dentro de procesos de defensa de derechos individuales, en el modelo europeo los tribunales constitucionales cumplen una función caracterizada por su intervención en situaciones de conflicto, o al menos de discrepancia, entre poderes públicos, lo que se manifiesta, por ejemplo, en el carácter “abstracto” de los procedimientos de inconstitucionalidad. El carácter en último término político de las cuestiones que se plantean en los procedimientos de justicia constitucional parece aconsejar que los órganos que las resuelvan ostenten una cierta legitimidad democrática de origen, que los tribunales supremos europeos poseen sólo en forma lejana, al predominar, como fuente de justificación de su actuación, el concepto de *legitimidad de ejercicio*, frente al de *legitimidad de origen*.

Sean cuales fueren las razones últimas para la creación de un tribunal constitucional (y ello puede variar de país a país), lo cierto es que los problemas derivados de esa decisión son evidentes. Debe asegurarse, desde luego, que ese tribunal responda efectivamente a criterios objetivos de aplicación y defensa de la Constitución, en cuanto norma que integra y admite posiciones políticas muy distintas: en otras palabras, debe asegurarse que el tribunal no será un tribunal que resuelva de acuerdo con intereses partidistas, sino de acuerdo con la voluntad del poder constituyente. Y al tiempo, debe asegurarse que un tribunal encargado de la permanente interpretación

⁴ Favoreu, o. cit., lleva a cabo un análisis de las causas de adopción del “modelo europeo” de justicia constitucional concentrada. Sobre este tema, también la ponencia de Víctor Ferreres, “Is the European Model of Judicial Review in Crisis?”, presentada a la Conference on Constitutional Courts, Washington University in Saint Louis School of Law, 1-3 nov. 2001, que puede consultarse en Internet.

⁵ Me remito a las consideraciones sobre este punto efectuadas en mi trabajo “La legitimidad democrática del juez”, incluido en L. López Guerra, *El poder judicial en el Estado constitucional*, Lima, 2001.

de la Constitución responda al efectivo cambio de las circunstancias sociales y de la cultura jurídica, para conseguir que la Constitución sea una norma viva. Ello supone la necesidad de una vinculación continua del tribunal con la voluntad y la conciencia popular, no en su versión partidista o mayoritaria, sino en su versión de conciencia del derecho y de admisión de unos valores que se estiman en cada momento determinantes para la interpretación del ordenamiento.

La cuestión que se plantea, pues, en el modelo europeo, es cómo conseguir un tribunal constitucional que, al tiempo que reúna las necesarias condiciones de capacidad técnica e independencia, responda a las exigencias que derivan de un sistema político democrático. Esa cuestión puede traducirse en tres preguntas básicas, cuyas respuestas pueden servir como piedras de toque para el análisis del sistema concreto de justicia constitucional en cada país. Las tres preguntas serían:

- ¿Quién y cómo elige a los miembros del tribunal?
- ¿Cuáles son las garantías de la independencia de los miembros del tribunal?
- ¿Cuáles son las garantías de la independencia objetiva de la institución frente a los demás poderes del Estado?

Como se verá, y aun dentro del (muy general) modelo europeo, las respuestas que se han dado a estas tres preguntas varían considerablemente. Así y todo es posible establecer unas líneas generales en relación con cada una de ellas; también en este aspecto, el fenómeno de la difusión cultural se hace notar, sobre todo en los ordenamientos resultantes de las más recientes oleadas de extensión de la democracia constitucional, primeramente en Europa del Sur y posteriormente en Europa Central y del Este. En ambos casos, los modelos ofrecidos por los sistemas de justicia constitucional ya existentes (sobre todo los casos alemán e italiano) suministraron pautas seguidas, a veces muy de cerca, por los tribunales constitucionales de nueva creación.

Característica común a todos los sistemas, con mayor o menor tradición, es la escueta regulación constitucional de la institución; ello hace necesaria la remisión a normas legales para su desarrollo, normas que a su vez, en la generalidad de los casos, se remiten a la normativa creada por los mismos tribunales en el ejercicio de su autonomía reglamentaria.

II. La elección de los miembros del tribunal constitucional

La pretensión de configurar un tribunal constitucional que disponga de legitimidad democrática y que por ello, y por su conexión con el cambio y desarrollo de las características de la sociedad, pueda de alguna forma reflejar la natural evolución de la cultura jurídica de un país, y que en consecuencia sea capaz de una interpretación “evolutiva” de la Constitución, ha conducido a que, a diferencia de lo que ocurre con los tribunales supremos en el contexto europeo, se recurra en muchos casos a la elección parlamentaria de todos o parte de sus miembros. Pero, por otra parte, y junto

con esta pretensión, también se plantea la necesidad de configurar al tribunal como un órgano no sometido a las decisiones de mayorías coyunturales, sino capaz de interpretar la Constitución de acuerdo con criterios objetivos e independientes de las mayorías parlamentarias del momento. Los ordenamientos europeos se encuentran así ante la necesidad de que el tribunal goce de una doble legitimidad; por un lado, de la legitimidad democrática y, por otro, de la legitimidad derivada de su autoridad técnica y su objetividad suprapartidista.

Como consecuencia, la forma de selección de los miembros de los tribunales constitucionales europeos se mueve entre dos polos: por un lado la elección parlamentaria, que asegura esa conexión directa con la legitimidad democrática de sus miembros, y por otro su selección por otras altas instancias del Estado con una connotación menos partidista, como puede ser en algunos ordenamientos la Presidencia de la República, o determinados órganos judiciales, de forma que se asegure una imagen de competencia y objetividad, así como un cierto equilibrio, entre los poderes del Estado. Podríamos así hablar de dos criterios contrapuestos a la hora de establecer el sistema de selección de los jueces constitucionales: el criterio democrático y el criterio *de autoridad* o del equilibrio entre poderes.

En algunos sistemas se ha optado claramente por el criterio democrático, al ser elegidos todos los miembros del tribunal por el parlamento. Tal sería el caso de Bélgica (Tribunal de Arbitraje), Portugal o la República Federal de Alemania, si bien en cada caso se lleva a cabo la elección con particularidades propias. En el extremo opuesto, de predominio del criterio de autoridad, se situaría el caso francés, en que los miembros del Consejo Constitucional son designados, sin elección parlamentaria alguna, por el presidente de la República, el presidente de la Asamblea y el presidente del Senado; en esta misma línea se ha de señalar que a ellos se unen, como garantía de experiencia añadida, los antiguos presidentes de la República. Una variante de este tipo sería el caso de la Federación Rusa, en la que los diecinueve miembros del Tribunal Constitucional son designados por el presidente, con el consentimiento de la Cámara Alta, el Consejo de la Unión.

En la gran mayoría de los casos se siguen fórmulas intermedias, combinando la elección de parte de los jueces constitucionales por instancias parlamentarias con la selección o designación de otra parte por otros poderes del Estado. Esta fórmula mixta puede resultar predominantemente orientada hacia el criterio democrático parlamentario (como en el caso de España, en que ocho de los doce jueces son elegidos por las Cámaras) o, por el contrario, puede orientarse hacia el predominio de instancias no parlamentarias (por ejemplo, en el caso de Italia, donde sólo cinco de los quince jueces constitucionales son elegidos por el Parlamento). El resultado es un conjunto de configuraciones muy variadas.⁶

⁶ A título de ejemplo, podría elaborarse la siguiente clasificación:

1) *Criterio democrático parlamentario:*

En general, es la fórmula mixta la más extendida, fórmula en la que se procura que en la selección de los miembros del tribunal participen diversos poderes del Estado, manteniendo al tiempo una legitimidad de la institución basada en la autoridad o el prestigio de los designantes y una cierta legitimidad democrática basada en la relación semidirecta de la institución con la voluntad popular por la vía de la elección parlamentaria. Cabe señalar que en no pocos casos se reserva un importante papel al presidente de la República, como *pouvoir modérateur*, en una visión que recuerda la concepción de Schmitt del presidente como “defensor de la Constitución”.⁷ Como novedad, valga señalar que la Constitución de Bosnia Herzegovina establece que tres de los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por el presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ello implica dotar al criterio de autoridad de una cierta dimensión internacional.

Ahora bien, las notas distintivas y caracterizadoras de los diversos sistemas europeos de justicia constitucional no residen sólo en lo que se refiere a los sujetos agentes de la selección de los magistrados. La búsqueda de una mayor legitimidad de la institución, basada según los casos en su origen democrático o en su carácter representativo de los diversos poderes del Estado, o en ambas cosas a la vez, se traduce en la presencia de una serie de requisitos referentes al proceso de selección. Uno de ellos, ampliamente extendido, es el consistente en exigir una mayoría cualificada para la elección parlamentaria de los jueces constitucionales: en muchos casos, y en forma no sorprendente, se requiere para su elección parlamentaria la misma mayoría que se requiere para reformar la Constitución. Ello es comprensible si se tiene en

Alemania: Ocho jueces designados por el Bundestag, ocho por el Bundesrat.

Bélgica: Doce jueces designados por el rey a partir de una propuesta del Parlamento (que incluye treinta y seis nombres).

Portugal: Diez jueces designados por el Parlamento, que cooptan a otros tres.

2) *Criterio predominantemente parlamentario:*

España: Ocho jueces elegidos por las Cámaras, dos por el Gobierno, dos por el Consejo General del Poder Judicial.

3) *Criterio predominantemente “de autoridad”:*

Italia: Cinco jueces elegidos por el Parlamento en sesión conjunta, cinco designados por la Presidencia de la República, cinco por las tres altas magistraturas.

4) *Criterio exclusivamente “de autoridad”:*

Francia: Tres miembros del Consejo Constitucional designados por el presidente de la República tres por el presidente de la Asamblea, tres por el presidente del Senado, a los que se unen los antiguos presidentes de la República.

Un informe muy completo sobre formas de elección de los componentes de Tribunales Constitucionales es el elaborado por la Comisión de Venecia, *Revised Report on the Composition of Constitutional Courts*, CDL-JU(1997)010e, que puede encontrarse en la página web de la Comisión. También, José J. Fernández Rodríguez, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, 2002.

⁷ En este sentido se pronuncia Peter Haberle, “La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado Constitucional”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5 (2001), pp. 169-181.

cuenta que la jurisdicción constitucional contiene un elemento de delegación del poder constituyente y, por ello, una potencialidad transformadora del ordenamiento constitucional por vía de la interpretación, potencialidad que, como la reforma de la Constitución, exige una garantía de que no va a quedar a merced de mayorías partidistas reducidas y coyunturales. Así, y a guisa de ejemplo, tres quintos de los miembros de las Cámaras, en el caso de España, o dos tercios de los componentes de la sesión conjunta Asamblea-Senado, en el caso de Italia, deben aprobar con su voto la elección de los miembros de origen parlamentario del Tribunal Constitucional. Y a este requisito, en algún caso, ha venido a unirse otro: la práctica de un examen parlamentario de los candidatos propuestos al cargo de magistrado del Tribunal Constitucional. Tal es el caso en el Tribunal Constitucional del *Land* alemán de Brandenburgo⁸ y, más cercanamente, el caso español. En España, en efecto, tras la reforma del Reglamento del Senado efectuada en el año 2000 y la aprobación de una resolución de la Presidencia del Congreso del mismo año, se han creado en ambas Cámaras sendas comisiones de nombramientos, encargadas de someter a un examen público a los candidatos propuestos por los grupos parlamentarios para los altos cargos del Estado, entre los que se incluye a los magistrados constitucionales.⁹

En cuanto al procedimiento concreto para la elección parlamentaria, presenta notables variaciones según los países. Vale la pena destacar la peculiaridad seguida en el caso alemán: los magistrados designados por el Bundestag lo son mediante un procedimiento indirecto, ya que no es el pleno de la Cámara el que los elige, sino una comisión especial de doce miembros, compuesta en proporción a la fuerza de los grupos parlamentarios.¹⁰ Son éstos los que han de realizar las propuestas de candidatos, y a la Comisión corresponderá la elección de los jueces, así como, como se verá, la elección del presidente, cuando ésta se atribuya a la Cámara Baja.

Los diversos ordenamientos han introducido técnicas adicionales para garantizar la adecuación de los candidatos a las cualidades que se supone debe ostentar un juez constitucional, como son la competencia jurídica, y la capacidad de juicio razonable y ponderado. Lo primero se consigue exigiendo determinados requisitos profesionales, como pueden ser un determinado número de años de ejercicio de alguna profesión jurídica, requisitos que se expresan según fórmulas muy distintas en los diversos países europeos. En algún caso, como en la República Federal de Alemania, Austria o Portugal, se exige que haya un cierto número de jueces constitucionales

⁸ Véase al respecto Haberle, o. cit. (n. 7).

⁹ Para el Congreso de los Diputados, véase la resolución del Congreso de los Diputados de 25 de mayo de 2000, relativa a la intervención de la Cámara en el nombramiento de autoridades del Estado. Para el Senado, artículos 184 a 186 del Reglamento del Senado, reformado con fecha 11 de junio del 2000. Una primera experiencia, en el Congreso, fue la comparecencia de los candidatos propuestos por los grupos parlamentarios en noviembre de 2001.

¹⁰ Artículo 6.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal de Alemania.

que provengan de la judicatura ordinaria. En cuanto a la madurez en el juicio, en ocasiones se trata de asegurarla requiriendo una edad mínima que debe haber cumplido el juez constitucional en el momento de su nombramiento. La cifra más usual es la de cuarenta años.

Un aspecto adicional a tener en cuenta en lo que se refiere a la designación de los miembros de los tribunales constitucionales es el referente a la forma de elección del presidente del tribunal. En algunos casos se deja esta elección al mismo tribunal, de modo que son los jueces constitucionales los que eligen, de entre ellos, a su presidente. Tal sería el caso español o el italiano, casos en que, además, la duración del mandato es reducida (tres años, o menos, si el presidente cesa antes). En contraposición, en otros sistemas el presidente es designado o elegido por instancias externas al tribunal: ello va unido a mandatos presidenciales más prolongados, al unirse la condición de presidente del tribunal a la de juez constitucional durante todo el período para el que el juez ha sido nombrado. Tal sería el caso de la República Federal de Alemania (en que el presidente del Tribunal es designado alternativamente, para un período de nueve años por el Bundestag y el Bundesrat), de Francia o de la Federación Rusa.

III. Las garantías de la independencia de los jueces constitucionales

La técnica clásica, y de probada eficacia, para asegurar la independencia de los miembros de órganos jurisdiccionales, cualquiera que sea la forma en que se designan, ha sido la inamovilidad, esto es, la seguridad de permanencia en el cargo frente a intervenciones externas: en su forma pura, ello significa la permanencia vitalicia o hasta la jubilación, según el modelo anglosajón, con la salvedad expresada en la fórmula *quamdiu se bene gesserint*.

Con alguna excepción (como es el caso de Austria),¹¹ los tribunales constitucionales europeos no siguen esta fórmula; en su lugar se ha preferido que los jueces constitucionales sean designados para períodos predeterminados. La razón probablemente sea el deseo de mantener, como se ha dicho, una cierta legitimidad democrática de los tribunales, asegurando que sus miembros, mediante continuas renovaciones, representarán la evolución de la conciencia jurídica y los valores predominantes en cada momento, a la hora de interpretar la Constitución.

Como fórmula de equilibrio entre la garantía que supone la inamovilidad, y el deseo de legitimidad democrática, se ha seguido en general una solución intermedia, consistente en establecer mandatos limitados, pero de larga duración, de los jueces constitucionales, de manera que la composición del tribunal no quede a merced de cambios coyunturales de las mayorías dominantes en el parlamento o en otros órga-

¹¹ Artículo 147.5 de la Constitución de Austria.

nos del Estado. Como ejemplo, en Italia y España, el mandato de los jueces constitucionales es de nueve años, y en Alemania de doce. Se establece así una inamovilidad relativa, por cuanto los jueces no pueden ser removidos a lo largo de su mandato (salvo por las razones que la ley expresamente establezca), aunque éste no se configura como vitalicio o duradero indeterminadamente hasta la jubilación.¹²

Esta fórmula se ve completada (también en forma general) por otras técnicas que tratan de garantizar tanto la independencia como la legitimidad democrática de los jueces constitucionales. Como regla, se establece la no reelección, de manera que el juez no dependa, ni parezca depender, de instancias externas para una continuación en el cargo: en ocasiones la prohibición de reelección es absoluta y en otros casos se prohíbe sólo la reelección inmediata. También como regla se procura que la renovación de los miembros del tribunal constitucional no sea simultánea, sino que se realice escalonadamente, de forma que los nuevos miembros se integren paulatinamente en una institución mayoritariamente compuesta de jueces “veteranos”, consiguiéndose así una cierta garantía de continuidad.

En varios casos (así en España, Italia y Alemania) se han planteado problemas a la hora de elegir nuevos miembros, debido a la inactividad o lentitud de los órganos encargados de esa elección en la realización de sus tareas de renovación. Los diversos ordenamientos, si bien prohíben como regla la reelección, prevén que los jueces se mantendrán en funciones hasta que se elija a quienes han de sustituirlos. Ello facilita el que, en ocasiones, se dilate el nombramiento de nuevos miembros (a pesar de que hayan transcurrido los plazos legalmente previstos) debido a la falta de diligencia por parte de los encargados de la renovación, o por no llegarse a acuerdos entre los encargados de la elección, sobre la nueva composición del tribunal, sobre todo cuando se prevé que la nueva elección puede repercutir en la orientación de la mayoría del órgano de la justicia constitucional. Las dilaciones pueden ser de meses y aún mayores, lo que no deja de repercutir desfavorablemente sobre la imagen del tribunal y sobre la buena marcha de éste en la resolución de los asuntos ante él pendientes. Una solución interesante a este respecto, es la arbitrada por la Ley del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, que dispone que, si en un determinado plazo el Bundestag o el Bundesrat no han efectuado las propuestas correspondientes ante el órgano encargado del nombramiento formal (el presidente de la República), será el mismo Tribunal el que proceda a presentar candidatos a los órganos parlamentarios.¹³ No es necesario añadir que, desde que se aprobó esa disposición, las dilaciones en el nombramiento de jueces constitucionales se han reducido considerablemente.

¹² En algunos ordenamientos, de todas formas, se combina el límite de duración del mandato, fijado en un número determinado de años, con el que resulta de la jubilación. Así, en Alemania, el artículo 4.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal establece un límite de edad, en todo caso, de 68 años para la permanencia en el Tribunal.

¹³ Artículo 7^a de la Ley del Tribunal Constitucional Federal.

Junto con la garantía de la inamovilidad relativa, es común en los ordenamientos europeos la presencia de otras disposiciones que buscan reforzar la independencia de los jueces constitucionales. Una de ellas consiste en el establecimiento de especiales prerrogativas procesales en casos de procedimientos penales contra los miembros del tribunal constitucional. Es común el establecimiento de la inviolabilidad de los jueces por las opiniones contenidas en sus sentencias: en los expresivos términos del artículo 22 de la Ley Orgánica española del Tribunal Constitucional, los magistrados “no podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones”. Pero a esta garantía se suman otras, de carácter procesal. En algún caso (así Italia o la Federación Rusa) los jueces constitucionales gozan de inmunidad penal, similar a la que la Constitución predica de los parlamentarios: esto es, no podrán ser encausados sin autorización previa del mismo tribunal.¹⁴ De menor intensidad, pero de innegable importancia, es el aforamiento, esto es, la reserva a los más altos órganos jurisdiccionales del Estado del conocimiento de las causas penales contra jueces constitucionales.

Una garantía adicional frente a posibles injerencias externas (públicas y privadas), cuya importancia no conviene minimizar, es la referente a la fijación legal de las remuneraciones de los jueces constitucionales. De hecho, los diversos ordenamientos dedican alguna atención a este aspecto, que es relevante al menos por dos motivos. El primero, porque la equiparación (también a efectos retributivos) del rango del tribunal, como órgano constitucional, al resto de los altos órganos del Estado es un factor de innegable importancia simbólica, como muestra de la posición del tribunal entre las instituciones en la cúspide de los poderes públicos. Y, en segundo lugar, porque en una sociedad definida cada vez más por la transparencia de la actuación de esos poderes, es esencial garantizar que los jueces constitucionales están al abrigo de cualquier tentación de influencia o presión de índole económica por parte de otros poderes públicos, tanto positiva (en el sentido de incrementar sus remuneraciones como forma de presión) como negativa (empleando la amenaza de reducción de retribuciones como vía para influir en las decisiones del tribunal). La garantía de las remuneraciones frente a actuaciones del ejecutivo, o incluso del mismo poder legislativo, se obtiene por diversos caminos: bien fijándolas directa o indirectamente en la ley (por ejemplo, estableciendo que su remuneración no podrá ser inferior a la de determinados cargos públicos, como en Italia,¹⁵ o regulando este aspecto mediante una ley expresamente dedicada al tema, como en la República Federal de Alemania), bien garantizando al tribunal una amplia autonomía financiera. A este punto se dedicará alguna referencia más abajo.

¹⁴ Artículo 3 de la Ley Constitucional italiana de 9 de febrero de 1948; artículo 15 de la Ley del Tribunal Constitucional de la Federación Rusa.

¹⁵ El artículo 6 de la Ley Constitucional italiana de 11 de marzo de 1953 establece que la retribución de los magistrados de la Corte “no podrá ser inferior a la del más alto magistrado de la jurisdicción ordinaria, y se determinará por ley”.

Ahora bien, junto con estas prerrogativas han de destacarse también las restricciones a las actividades de los jueces constitucionales ajenas a su función, como garantía de su imparcialidad y plena dedicación. Las legislaciones europeas incluyen una serie de incompatibilidades de los miembros del tribunal constitucional que se refieren tanto a la ocupación de cargos u oficios públicos como al ejercicio de actividades profesionales, mercantiles o de otra índole.

Un aspecto interesante, en este aspecto, por la presencia de regulaciones muy distintas sobre la posición del juez constitucional, es el referente a la compatibilidad de la función jurisdiccional con el ejercicio de una actividad docente. A este respecto cabe señalar dos modelos radicalmente opuestos: el alemán y el italiano. En el primero se exceptúa expresamente del régimen de incompatibilidades la docencia en establecimientos de enseñanza superior, mientras que en el caso italiano se incluye expresamente en la ley la prohibición de llevar a cabo actividad docente alguna.¹⁶ La cuestión reviste interés, además, porque en los tribunales constitucionales europeos es tradicional la presencia de una abundante representación del profesorado universitario, que en muchos casos ha representado el elemento mayoritario; tal ha sido, por ejemplo, el caso de España hasta este momento.

Cabe destacar, finalmente, otro aspecto relativo a la garantía de la imparcialidad de los magistrados constitucionales en que los diversos ordenamientos presentan soluciones diferenciadas: el de la relación de los magistrados con los grupos políticos. En efecto, el conveniente distanciamiento de los componentes del tribunal constitucional respecto de las diversas opciones partidistas da lugar, en los ordenamientos europeos, a fórmulas distintas. La más radical sería la prohibición tajante de pertenencia a partidos políticos; en forma más moderada, algunas legislaciones (así en el caso de España) disponen que los magistrados constitucionales no podrán ocupar posiciones dirigentes en partidos políticos, pero sin establecer expresamente una prohibición de pertenencia a éstos.

IV. La autonomía institucional de los tribunales constitucionales

La presencia de garantías de independencia e imparcialidad relativas a los jueces individuales no asegura completamente que el tribunal constitucional vaya a poder realizar sus funciones sin sujeción a presiones o influencias externas. Cabe que otros poderes del Estado tengan la posibilidad de condicionar decisivamente la actuación del tribunal, si pueden decidir sobre aspectos tan importantes de la actuación

¹⁶ En efecto, el artículo 3.4 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán permite a los magistrados constitucionales compatibilizar sus funciones con la docencia universitaria: una disposición similar puede encontrarse en la Ley del Tribunal Constitucional de la Federación Rusa. Por el contrario, la Ley Constitucional italiana n. 52, de 11 de marzo de 1953, en su artículo 7 establece una radical incompatibilidad de los magistrados constitucionales con toda función o cargo académico.

de éste como son su organización interna y la distribución de trabajo, la contratación del personal asesor y administrativo o la gestión de los medios personales y materiales de que disponga.

Por ello, se admite generalmente que la independencia del tribunal constitucional será posible sólo si tales condicionamientos no existen, es decir, si el tribunal se encuentra en una posición de autonomía institucional respecto de los demás poderes del Estado. La doctrina europea, y singularmente la española, ha puesto el acento en el carácter de órgano constitucional del tribunal;¹⁷ esto es, como incluido entre aquellos órganos dotados de unas especiales e inafectables atribuciones y competencias que derivan de la función que la Constitución le asigna. El concepto de órgano constitucional (que a veces es empleado por la legislación positiva,¹⁸ y no sólo por la doctrina) tiene específicas connotaciones; entre ellas la de que, por su misma naturaleza y función, esos órganos, junto con las competencias y poderes que la Constitución explícitamente les atribuye, deben tener también, como consecuencia de su posición y funciones constitucionales, unos poderes implícitos que aseguren que la función que se les encomienda se va a realizar adecuadamente.

En general, se admite que, para que un tribunal constitucional pueda desempeñar debidamente sus tareas, sin interferencias de otros órganos, debe disponer de una esfera de autonomía que afecte a ámbitos esenciales en su estructura y funcionamiento. Usualmente se señalan estos ámbitos como integrados por la autonomía reglamentaria, autonomía administrativa, autonomía financiera y autonomía de control o jurisdicción.

La *autonomía reglamentaria* se refiere a la posibilidad de que el tribunal establezca por sí mismo las reglas de su funcionamiento interno, como son el reparto de tareas entre sus miembros, la organización del personal asesor y administrativo o la forma de disposición de los recursos económicos asignados. Estrechamente vinculada a ella, la *autonomía administrativa* hace referencia a la adopción de las decisiones relativas a la incorporación y dirección del personal asesor, administrativo y de servicios, de forma que su actividad no esté condicionada por instancias exteriores. En cuanto a la *autonomía financiera*, se refiere a la provisión de los medios económicos y a la previsión, gestión y control del gasto. Finalmente, la *autonomía de control o jurisdiccional (autodikía)* se refiere a la no sujeción, en las cuestiones de funcionamiento interno, a jurisdicciones ajenas al mismo tribunal.¹⁹

¹⁷ Ha tenido una notable influencia en España, en este sentido, el artículo del primer presidente del Tribunal Constitucional, don Manuel García Pelayo, "El status del Tribunal Constitucional", publicado en el número 1 (1981) de la *Revista Española de Derecho Constitucional*, pp. 11-34.

¹⁸ Por ejemplo, artículo 1.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal de Alemania; artículo 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español.

¹⁹ En general, para las diversas manifestaciones de la autonomía de los órganos constitucionales, véase Luis María Díez-Picazo, *La autonomía de las cámaras parlamentarias*, Bolonia, 1985.

La traducción a los ordenamientos positivos de estos postulados es muy variada y ofrece múltiples peculiaridades en cada país. Es posible, no obstante, señalar algunas notas comunes, ampliamente compartidas en los países europeos.

Como regla general, y según se dijo, las constituciones son muy parcas en lo que se refiere a la composición y organización de los tribunales constitucionales; no hacen referencia expresa a su autonomía y se remiten a la ley para la concreción posterior de su régimen y funcionamiento. En ocasiones la referencia es a la ley ordinaria, pero es frecuente que se remita esta cuestión a una ley especial, del tipo de ley orgánica o ley constitucional. A partir de esta remisión, la autonomía ha de entenderse en el marco de la ley parlamentaria, lo que relativiza notablemente su alcance, ya que, en último término, sería el legislador (orgánico, constitucional u ordinario) quien decidiría sobre la extensión y límites de esa autonomía. En la práctica, pues, es la ley (orgánica, constitucional u ordinaria) la que resulta decisiva en este aspecto.

Aun así, ello no significa que el legislador disponga de absoluta discrecionalidad para definir el ámbito de autonomía institucional del tribunal constitucional, si se admite que el desarrollo por éste de sus funciones implica un mínimo de autodisponibilidad que no puede ser restringido. El mismo legislador, en muchos casos, ha venido a reconocer el carácter de órgano constitucional del tribunal constitucional, así como su posición de independencia con respecto al resto de los poderes del Estado; en forma concordante, en alguna ocasión la misma jurisprudencia constitucional ha venido a establecer que la autonomía del tribunal, aun sin contar con una declaración o base constitucional explícita, debe entenderse incluida dentro del ordenamiento jurídico constitucional, al menos como norma de origen consuetudinario.

Las leyes europeas reconocen así, en forma general, la capacidad de autoadministración de los tribunales constitucionales, dentro de los márgenes, usualmente muy amplios, fijados por la misma ley.²⁰ Ello implica, junto con la capacidad de autonormación reglamentaria, la de selección del propio personal (dentro, usualmente, de los principios generales que rigen la función administrativa) y la de establecimiento del propio presupuesto de gastos.²¹

²⁰ Como ejemplos, artículo 14 de la Ley Constitucional italiana nº 62 de 11 de marzo de 1953; artículo 3 de la Ley del Tribunal Constitucional de la Federación Rusa, de 17 de julio de 1994; artículo 1.3 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal de Alemania; artículo 5 de la ley 2/82, de 15 de noviembre, del Tribunal Constitucional portugués.

²¹ En general, para la autonomía financiera de los tribunales constitucionales europeos, véase el informe presentado a la Comisión de Venecia por Arne Mavcic (secretario general del Tribunal Constitucional de Eslovenia), *The Budget of the Constitutional Court; Control and Management with respect to the Independence and Authority of the Court*, CDL-JV(1998) 001e. Para la autonomía financiera del Tribunal de Arbitraje belga, véase el informe a la Comisión de Venecia de Lucien Potoms (*greffier* del Tribunal), *Le Budget de la Cour Constitutionnelle: contrôle et gestion*, CDL-JV (1998)003f.

En este último aspecto, las regulaciones difieren notablemente en los diversos países europeos. En algunos de ellos (así en España o Bélgica) la ley hace referencia expresa a la reserva al tribunal constitucional para elaborar su propio proyecto de presupuesto, sin intervención alguna del poder ejecutivo, proyecto que será presentado a la aprobación parlamentaria como capítulo específico de los presupuestos generales. En estos casos no hay intervención alguna del gobierno o el ministro del tesoro o equivalente, excepto la consistente en la recepción del proyecto para su unión al texto del proyecto de ley de presupuestos. Naturalmente, cabe que a lo largo de la discusión parlamentaria las cámaras alteren ese proyecto, aunque en algún caso (por ejemplo, en la Federación Rusa)²² se establecen límites incluso a esa posibilidad.

En otros casos, ni la constitución ni la ley establecen esa relación directa entre el tribunal y el parlamento en lo que atañe a la presentación y aprobación del presupuesto, sino que hacen obligatoria la intervención del poder ejecutivo, en el sentido de que el presupuesto del tribunal figurará como un capítulo más del proyecto que el gobierno redacta y envía para su discusión y aprobación al parlamento. Tal sería el caso de Francia e Italia.²³ En estos supuestos, si bien el tribunal redacta un texto inicial en el que figuran las previsiones y necesidades de gastos, texto que se remite al ministerio correspondiente (de finanzas, o del tesoro) en principio no existiría una obligación expresa del ejecutivo de atenerse a los términos propuestos por el tribunal. Ahora bien, incluso en estos casos, se admite en la práctica que la propuesta dirigida por el tribunal vincula al poder ejecutivo, en el sentido de que no cabe que éste altere el texto que el tribunal le remite; por el contrario, se entiende naturalmente que el ministerio del tesoro deberá enviar al parlamento, sin alteraciones, la propuesta recibida del tribunal constitucional.

Esta es, como se ha dicho, la práctica. Cabría discutir si tal práctica deriva de una norma de corrección constitucional, de un mandato constitucional implícito, o de la creación de una auténtica costumbre constitucional; en cualquier caso, el *derecho vivo* supone hoy la aceptación de esa autonomía financiera.

Hay, en todo caso, zonas poco definidas, o de régimen variable en los diversos países europeos en lo que se refiere al alcance de esa autonomía. Admitida en general la autonomía en cuanto a la previsión y gestión, así como a la intervención y control interno del gasto (es decir, la determinación inicial de la corrección del gasto y su

²² El artículo 7 de la Ley del Tribunal Constitucional de la Federación Rusa establece que el Parlamento no podrá reducir los gastos del Tribunal en relación con los autorizados para el ejercicio presupuestario anterior.

²³ Sobre la autonomía financiera de la Corte Constitucional italiana, véase el informe publicado por la Comisión de Venecia, de Giovanni Cattarino, *Indépendance et autonomie de la Cour Constitutionnelle: le budget, contrôle et gestion*, CDL-JU(1998)007e. Para Francia, el informe de Evelyne Willame (tesorera del Consejo Constitucional), *Préparation et exécution du budget de la Cour Constitutionnelle*, CDL-JU(1998)007f. Ambos documentos pueden encontrarse en la página web de la Comisión de Venecia.

adecuación al presupuesto, que se lleva a cabo por órganos internos de la administración del tribunal) es más discutible y discutido si esa autonomía debe suponer también una exención del control contable externo, esto es, de la revisión por los órganos generales de control de cuentas que actúan en relación con los diversos poderes del Estado (así, la Contraloría de la República, el Tribunal de Cuentas en la denominación española, u órgano equivalente). Disponemos al menos de jurisprudencia constitucional en un caso: el referente a la supervisión en Italia por parte de la Corte de Cuentas de la contabilidad de la Corte Constitucional. Efectivamente, en su sentencia 129 de 1981, la Corte Constitucional italiana resolvió que había que apreciar en este ámbito la existencia de una norma de derecho constitucional consuetudinario según la cual los órganos constitucionales, por su posición de recíproca independencia, en cuanto definidores del *indirizzo político* del país, estaban exentos del control contable “externo” de la Corte dei Conti.²⁴ Se trata de un supuesto, sin embargo, que no cabe extender a la situación en otros países.

Un segundo aspecto, en relación con la autonomía institucional de los tribunales constitucionales, resulta también de cierto interés, debido a su diferente regulación en los diversos países europeos, así como a la trascendencia que puede presentar en alguna ocasión: la existencia o ausencia de una autonomía de jurisdicción (*autodikía*) referida a la actuación administrativa interna del tribunal constitucional. Ciertamente, un tribunal de esta índole, como órgano jurisdiccional supremo en materia constitucional, no debe estar sometido, en sus decisiones jurisdiccionales, a revisión o control alguno de otros órganos estatales. La cuestión se plantea, sin embargo, en lo que se refiere a aquellas decisiones no jurisdiccionales que, en virtud de su autonomía administrativa, hayan tomado los órganos de gobierno del tribunal en relación con cuestiones de organización interna, como por ejemplo, en materia de personal. En estos casos la actuación del tribunal es materialmente administrativa, por lo que se plantea la pregunta de si debe en consecuencia estar sometida al control jurisdiccional ordinario sobre los actos administrativos por parte de los tribunales competentes.

Ante esta pregunta caben obviamente dos respuestas. La primera consistiría en contestar afirmativamente, sobre la base de los principios de tutela judicial efectiva y del control jurisdiccional de todos los actos administrativos, control al que estaría sometida también la administración del tribunal constitucional. La segunda respuesta, de contenido negativo, sería la fundada en el principio de autonomía e independencia de los órganos constitucionales, y entre ellos el tribunal constitucional, principio que excluiría que otro poder del Estado (en este caso el poder judicial) pudiera condicionar la actividad de alguno de esos órganos. Ello supondría que, en el caso que nos ocupa, el tribunal fuera competente en vía jurisdiccional para revisar las actuaciones de índole administrativa de sus propios órganos.

²⁴ Véase el trabajo de Cattarino, cit. (n. 23).

En derecho comparado pueden encontrarse soluciones en las dos direcciones. En la primera, esto es, el sometimiento de la acción administrativa interna del tribunal a la revisión de la jurisdicción contencioso-administrativa, puede señalarse como ejemplo el caso español. En virtud del principio constitucional general de que los tribunales controlan la acción de la administración, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que las decisiones del Tribunal en materia de personal, una vez que sean firmes, están sujetas a la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 99.3); si bien ello se ve matizado por la atribución de la competencia en este campo al Tribunal Supremo; y de hecho, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo ha tenido varias ocasiones para pronunciarse sobre decisiones del Tribunal Constitucional en materia de personal.

No faltan tampoco ejemplos de la solución contraria, esto es, la adopción del principio de *autodikía* en lo que se refiere a las cuestiones administrativas internas. Tal es el caso de la Corte Constitucional italiana, a la que se atribuye la competencia para conocer de los recursos de los empleados de la Corte relativos a su relación de trabajo con ésta, confiriéndosele pues una prerrogativa similar a la que se predica también de las Cámaras parlamentarias. Esta competencia supone una excepción a la regla general que atribuye la competencia en estas materias a la jurisdicción ordinaria o administrativa, y se justifica, en la doctrina, sobre la base de la necesidad de garantizar la independencia de la Corte frente toda otra instancia externa.²⁵

²⁵ Sobre la *autodikía* de la Corte Constitucional italiana, véase el trabajo de Alessandro Pizzorusso, “La justicia constitucional en Italia”, en *Teoría y realidad constitucional*, 4 (1999), pp. 151-177, esp. p. 175.

Evelyn Haas (Alemania) *

La posición de los magistrados de la Corte Constitucional Federal alemana y su significado para la vida jurídica y la sociedad**

I.

1. a) Según la Constitución alemana (la Ley Fundamental, o la *Grundgesetz*), la Corte Constitucional Federal forma parte del Poder Judicial. Es la corte más importante de Alemania. Está integrada por dieciséis magistrados; tiene dos salas con ocho magistrados respectivamente y varias secciones, cada una de las cuales se compone de tres magistrados de la misma sala. La jurisdicción de la Corte Constitucional Federal se limita al derecho constitucional. En cuestiones de derecho constitucional, es a la Corte Constitucional Federal que corresponde la última palabra. Si ésta juzga que una ley es inconstitucional, puede declarar la nulidad de la norma. El fallo tiene fuerza de ley, es decir que tiene efecto *erga omnes*. Es vinculante para todas las autoridades públicas. El Parlamento está impedido de aprobar de nuevo una ley que tenga el mismo contenido inmediatamente después de la resolución de la Corte Constitucional Federal. Si la sentencia de otra corte es inconstitucional, resulta anulada. En este caso, la resolución de la Corte Constitucional Federal tiene efecto *inter partes*.

En lo que concierne a su organización y sus procedimientos, la Corte Constitucional Federal se organiza de la misma manera que los tribunales. Eso significa, por

* Doctora y profesora. Jueza de la Corte Constitucional Federal alemana.

** El presente artículo se basa en la ponencia presentada por la autora en el X Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y de las Salas Constitucionales de América Latina, organizado por el Tribunal Constitucional de Chile y la Fundación Konrad Adenauer en Santiago de Chile en setiembre de 2003.

ejemplo, que sólo puede actuar si una instancia correspondiente ingresa en la Corte. El hecho de que tramite procedimientos y sea obligada a fundamentar sus resoluciones indica también, independientemente de que existan normas jurídicas al efecto, que la Corte Constitucional Federal ha de considerarse parte del Poder Judicial.

b) Desde los comienzos de su existencia, la Corte Constitucional Federal misma no ha entendido su posición sólo como la de un tribunal. Consideraba su posición constitucional, y sigue considerándola, como distinta de la de los tribunales federales supremos. En un memorándum que la Corte publicó en los años cincuenta, se calificó como órgano constitucional supremo, posicionándose así en el mismo nivel que los demás órganos constitucionales de la República Federal de Alemania, es decir, en el mismo nivel que el presidente federal, el Gobierno federal, el Bundestag y el Bundesrat. Hoy, esa calificación de la propia Corte ya no es controvertida. En cuestiones de protocolo, por ejemplo, su posición se refleja en el hecho de que, en actos oficiales, el presidente de la Corte Constitucional Federal ocupa su asiento al lado del presidente federal, del canciller federal y de los presidentes del Bundestag y del Bundesrat.

El hecho de que la Corte Constitucional Federal sea un órgano constitucional tiene como consecuencia que las *togas rojas de Karlsruhe*, como se denomina a los magistrados de esta Corte en el lenguaje popular, no dependen de ningún ministerio. La Corte Constitucional Federal tiene su propio presupuesto, y por ello tiene también una partida separada en el presupuesto federal. Los magistrados se autogobiernan en sus propios asuntos. Sin embargo, los ministerios prestan asistencia administrativa a los magistrados de la Corte Constitucional Federal a ruego suyo. Ese fue el caso, por ejemplo, hace poco, cuando se tomó una decisión a favor de un anexo al edificio de la Corte. La cuantía de los emolumentos profesionales y de las pensiones de los magistrados corresponde a la de los miembros de otros órganos constitucionales.

2. a) Cuando el legislador constitucional reguló el establecimiento de la Corte Constitucional Federal en la Ley Fundamental, lo hizo de forma extremadamente concisa. Sólo tres artículos de la Ley Fundamental, de un total de 146, conciernen a la Corte Constitucional Federal.

En la novena parte de la Ley Fundamental, que tiene por título “El Poder Judicial”, el artículo 92 hace mención a la Corte Constitucional Federal como parte del Poder Judicial, y el artículo 93.1, de la Ley Fundamental determina las competencias de la Corte Constitucional Federal. La lista en este párrafo no es una enumeración completa de todas las competencias; en el artículo 93.1.5 se hace más bien referencia al hecho de que otras competencias se encuentran dispersas en la Ley Fundamental.

Por último, el artículo 94.1 de la Ley Fundamental regula la composición de la Corte y el modo de elección de los magistrados, y además contiene una cláusula de incompatibilidad. El texto se limita a lo absolutamente necesario y dice así:

La Corte Constitucional Federal se compone de magistrados federales y de otros miembros. Los miembros de la Corte Constitucional Federal serán elegidos por mitades por el Bundestag y por el Bundesrat. No podrán pertenecer ni al Bundestag ni al Bundesrat ni al Gobierno federal ni a los órganos correspondientes de un estado federado (*Land*).

Según el artículo 94.2 de la Ley Fundamental, todo lo demás será regulado por una ley federal.

Las ventajas de regular la constitución y la organización de la Corte por una ley son evidentes. Es cierto que la Constitución es una ley que regula la organización del Estado. Sin embargo, normas constitucionales no son leyes organizativas en el sentido estricto de la palabra. Por ello es suficiente que la Constitución, de forma inequívoca, prevea el establecimiento de una Corte Constitucional Federal y que trace sus bases a grandes rasgos. En el transcurso de los años, la formalización detallada del contenido de estas normas constitucionales tendrá que adaptarse siempre de nuevo a las necesidades de las respectivas circunstancias sociales y a los cambios de estas circunstancias. El legislador, cuyas regulaciones sólo precisan una mayoría simple para ser otorgadas, puede efectuar esto de forma más rápida, y por ello más efectiva, que el legislador constitucional, quien para enmendar la Constitución precisa una mayoría de dos tercios.

La desventaja de este procedimiento reside en el hecho de que una decisión por simple mayoría puede afectar gravemente a la Corte Constitucional Federal como institución y puede modificarla de forma considerable. Hasta ahora, la práctica ha sido caracterizada por el respeto mutuo con el que se tratan los órganos constitucionales, lo que significa que enmiendas de la Ley de la Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) se conciertan con los miembros de la Corte antes de que se inicie un proceso legislativo. La formación de opiniones de la Corte, o sea, de los dieciséis magistrados, tiene lugar en el Pleno. El peligro señalado existe sólo teóricamente, por lo menos en la actualidad.

b) La Ley de la Corte Constitucional Federal, que hubo de otorgarse conforme con el artículo 94.2 de la Ley Fundamental, regula todos los detalles del establecimiento de la Corte Constitucional Federal, como por ejemplo, su organización, sus competencias, su procedimiento procesal y las consecuencias de sus resoluciones, el procedimiento de la elección de los magistrados y su posición. Sin embargo, los emolumentos profesionales se regulan por una ley separada, la Ley de Emolumentos Profesionales de los Miembros de la Corte Constitucional Federal.

La enumeración de las competencias de la Corte Constitucional Federal (§ 13 de la Ley de la Corte Constitucional Federal) es definitiva. Demuestra de forma impresionante la plenitud de poderes de los cuales dispone. Esta enumeración corresponde a la asignación de competencias del artículo 93 de la Ley Fundamental. Sin embargo, esta correspondencia no es del todo obligatoria. Es cierto que las bases constitucionales de determinados procedimientos han de incluirse en la lista de com-

petencias prevista por la ley, porque las normas constitucionales tienen un rango más alto que las normas del derecho legal. El legislador, sin embargo, no está impedido de asignar otras tareas a la Corte Constitucional Federal. Durante muchos años la demanda constitucional estaba regulada exclusivamente por la Ley de la Corte Constitucional Federal. Sólo a finales de los años sesenta se aseguró a nivel constitucional la posibilidad de interponer demandas constitucionales; los motivos específicos de tal incorporación en la Ley Fundamental arraigan en la época y pueden resumirse en el hecho de que se había promulgado una Constitución de emergencia.

En una perspectiva realista, hoy casi no son concebibles otros tipos de procedimiento y competencias más allá de los que la Corte Constitucional Federal ya tiene a su disposición. Una competencia imaginable sería, por ejemplo, un control constitucional prejudicial de leyes, es decir, un examen antes de su otorgamiento.

3. Con su jurisprudencia, la Corte Constitucional Federal ha contribuido pronto a aumentar su propio poder.

a) Un ejemplo: Los derechos fundamentales concretos, arraigados en la Ley Fundamental en sus artículos 2 a 19, se entendían primero como derechos defensivos contra el Estado, y también eran concebidos como tales por el legislador; sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal muy pronto reconoció los derechos fundamentales como sistema objetivo de valores. Ese desarrollo tuvo como consecuencia la extensión del ámbito de jurisdicción de la Corte Constitucional Federal.

Pues, convertidos de tal modo en conceptos absolutos, los derechos de libertad han de hacerse valer ahora en todas partes, también en las relaciones de los particulares entre sí. Disposiciones del derecho civil —por ejemplo, el derecho arrendaticio o el derecho de fianza— han de interpretarse según el criterio de los derechos fundamentales. El derecho de libertad del individuo puede ahora ser perjudicado tanto por actos estatales como por actos privados, así como por omisiones estatales o privadas. Ya no es determinante de qué índole es el peligro a la libertad, sino que lo decisivo es sólo la integridad del bien protegido, con independencia de la fuente del peligro.

El resultado de esta jurisprudencia es que el derecho constitucional ha penetrado el orden social y jurídico de Alemania en su totalidad. Eso no significa que tal extensión no presente ningún problema. Es probablemente por ello que tal jurisprudencia no ha sido imitada en Europa. Así y todo, es recomendable examinar detenidamente en cada caso si una figura jurídica de un orden jurídico ajeno, o la jurisprudencia de cortes y tribunales extranjeros, es apta para ser incorporada en el propio orden jurídico o en la propia jurisprudencia. Siempre tendrán que tenerse en consideración las particularidades de ambos órdenes jurídicos. Normalmente, deberá considerarse también hasta qué punto las propias tradiciones jurídicas, los hechos efectivos, las costumbres y el comportamiento, así como la mentalidad y el entendimiento jurídico de la población y no en último lugar el concepto de justicia que aquélla tiene —del que, según los antecede-

dentos, resultan expectativas muy distintas hacia el orden jurídico— hacen recomendable tal incorporación.

b) Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal acerca del sistema objetivo de valores también ha tenido otra consecuencia. Con ella se inició la jurisprudencia acerca del deber del Estado de proteger los derechos fundamentales. De forma espectacular, la Corte Constitucional Federal sacó la consecuencia necesaria al efecto en su segunda resolución sobre el aborto, basándose en los criterios que había establecido en la así llamada resolución *Schleyer*. Para fundamentar el deber del Estado de proteger la vida aún no nacida, la Corte Constitucional Federal hizo referencia a la obligación del Estado, expresamente estipulada en la Constitución, de proteger la dignidad humana (artículo 1.1.2 de la Ley Fundamental) y valoró este cometido de protección, que está antepuesto a la enumeración de los derechos fundamentales, en conexión con el derecho a la vida (artículo 2.2 de la Ley Fundamental), como deber objetivo-jurídico del Estado de proteger la vida aún no nata.

Con la doctrina del deber de protección, la Corte Constitucional Federal ha llenado una laguna de la Constitución, porque la Ley Fundamental no contiene ninguna obligación expresa del Estado de garantizar protección para sus ciudadanos. En forma del deber de protección se ha establecido (por una ruta indirecta, por decirlo así) un derecho fundamental a la seguridad. Fue un redescubrimiento —de este hecho se hizo mención, con justa razón, en la teoría alemana del derecho político—. En este contexto, la jurisprudencia redactó una enmienda que era indicada desde el punto de vista del derecho político, porque desde Hobbes el Estado se legitima por el hecho de que ofrece seguridad, como alternativa a un estado natural anárquico, como alternativa a la guerra de todos contra todos. Si el Estado no puede o no quiere brindar esta seguridad, pierde la pretensión a la obediencia de los ciudadanos, porque la seguridad y la obediencia se condicionan mutuamente.

c) Otro ejemplo: En los cincuenta años de su existencia, la Corte Constitucional Federal ha dictado un número de resoluciones acerca del derecho fundamental de la libertad de prensa y la libertad de información por radio y televisión (artículo 5.1 de la Ley Fundamental). La frase que garantiza esta libertad es muy clara gracias a su sencillez: “La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas”.

Entretanto, la jurisprudencia extensa que ha evolucionado acerca de este derecho fundamental resultó en que esta frase ya no transmite al lector de ningún modo el sentido y el contenido de este derecho fundamental. Si el lector no conoce la jurisprudencia correspondiente de la Corte Constitucional Federal, se queda abandonado al leer esta disposición de la Ley Fundamental. Como lo expresó hace poco el catedrático alemán de derecho político Josef Isensee, la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal superpone las normas de la Constitución. De ahí resulta que, a fin de cuentas, sólo los expertos de la materia se atreven a hacer un pronóstico de cómo terminará un determinado procedimiento ante la Corte Constitucional Federal.

Una jurisprudencia constitucional tan extensa sólo puede ser coronada por el éxito si la autoridad de los magistrados de la Corte Constitucional Federal queda incontrovertible. Sólo en este caso puede esperarse que las resoluciones de la Corte sean aceptadas tanto por los políticos como por el público. Hasta ahora, la reputación de los magistrados de la Corte Constitucional Federal ha sido muy buena, a pesar de que en los últimos diez años haya experimentado ciertas variaciones debido a varias resoluciones desgraciadas que han afectado el nervio vital de grandes sectores de la población.

II.

1. ¿Cómo son elegidos los magistrados de la Corte Constitucional Federal? De la Constitución misma sólo puede desprenderse que los magistrados serán elegidos por mitades por el *Bundestag*, el Parlamento de la República Federal de Alemania, y por el *Bundesrat*, la cámara de los estados federados. La Constitución no dice nada sobre el modo concreto de la elección. Todo lo demás, por ejemplo, el modo de la elección o los requisitos personales que debe reunir un magistrado, y también la duración de su mandato, es regulado por una ley, la Ley de la Corte Constitucional Federal.

2. a) El requisito indispensable para la elección como magistrado de la Corte Constitucional Federal es que el (futuro) magistrado reúna las condiciones exigidas para ser miembro de la carrera judicial, de conformidad con la Ley de la Judicatura alemana. Eso significa que debe ser jurista pleno, o sea, por regla general, titular del Primer y del Segundo examen jurídico del Estado. El Segundo examen jurídico del Estado puede ser sustituido por la promoción de un jurista a la posición de catedrático en una universidad.

Otro requisito es que el candidato sea de nacionalidad alemana. Los últimos requisitos, pero no los menos importantes, son que debe tener 40 años cumplidos y ser elegible para el Bundestag. Adicionalmente, debe existir, en el momento de la elección, la disposición por escrito del candidato a ser miembro de la Corte Constitucional Federal. Con ello se pretende evitar que se elija a una persona que luego no acepte el cargo, lo que perjudicaría la reputación del oficio.

b) No es requisito para la elección como magistrado de la Corte Constitucional Federal que la persona interesada se haya distinguido por publicaciones de literatura jurídica o que haya adquirido experiencia en la vida pública, como tampoco que se haya distinguido por conocimientos especiales en el ámbito del derecho político.

c) Con todo ello, se ponen de manifiesto dos aspectos. Uno es que el cargo de magistrado de la Corte Constitucional Federal se reserva a los candidatos con formación de juristas. Los legos, aun los que hayan terminado estudios —por ejemplo, de economía, administración de empresas o filosofía— no pueden aspirar a él. Los juristas han de aumentar la calidad de la jurisprudencia y con ello la autoridad de las resoluciones. De todos modos, las resoluciones de la Corte Constitucional Federal

son resoluciones judiciales, y las resoluciones de los tribunales superiores han de ser dictadas únicamente por juristas en las jurisdicciones clásicas, o sea, en la Corte Federal de Justicia (*Bundesgerichtshof*), la Corte Federal Contencioso-Administrativa (*Bundesverwaltungsgericht*) y la Corte Federal de Hacienda (*Bundesfinanzhof*). Los legos participan en las resoluciones judiciales en la Corte Federal de Trabajo (*Bundesarbeitsgericht*) y en la Corte Federal de Asuntos de Seguridad Social (*Bundessozialgericht*) pero, en las demás jurisdicciones, sólo en las instancias más bajas.

Además se pone de manifiesto que los magistrados de la Corte Constitucional Federal no deben necesariamente ser juristas con experiencia como magistrados. Con la posibilidad de elegir a juristas que, por ejemplo, dispongan de experiencia en la vida política o en otras profesiones que no sean de naturaleza primariamente jurídica, se compensa también el defecto que puede verse en el hecho de que quienes no sean juristas no puedan ser elegidos como magistrados de la Corte Constitucional Federal.

d) Un factor constante, que está prescrito por la ley, es que tres magistrados de cada sala de la Corte Constitucional Federal son elegidos de entre los magistrados de carrera de los tribunales supremos de la Federación. Prescribiendo de tal forma la participación de magistrados de carrera, el legislador espera que quede asegurado el estilo judicial de redactar resoluciones y que se respeten las condiciones procesales, en cuanto las disposiciones sobre procedimiento de la Corte Constitucional Federal prevean tales condiciones. Porque las resoluciones de la Corte Constitucional Federal se redactan en el mismo estilo que las sentencias de los tribunales, estilo basado en una larga tradición. Naturalmente, a los magistrados de carrera, que han redactado de tal manera sus resoluciones durante toda su vida profesional, les incumbe influir en las resoluciones de su sala de forma correspondiente.

3. A los requisitos expuestos, que son prescritos por la ley, se añaden, en la realidad práctica, varios otros criterios por los que se orientan los órganos electorales. La expresión *órganos electorales* tiene un significado que en este caso va más allá de la realidad, porque, si bien la elección de un magistrado de la Corte Constitucional Federal tiene lugar en el seno de estos órganos, no puede decirse lo mismo en cuanto a la selección de los candidatos.

Entre los criterios que son importantes a la hora de cumplir con las disposiciones legales, la calificación ocupa un lugar preponderante. La calificación jurídica es el primer criterio que se tiene en consideración. Esta calificación puede comprobarse por rendimientos destacados, como magistrado o en otras profesiones.

Entre los juristas excelentemente calificados suelen distinguirse los que llaman la atención por su compromiso social. Fue así, sobre todo, en el caso de los ministros y secretarios de Estado que fueron elegidos magistrados de la Corte Constitucional Federal. En otros casos es importante el trabajo en un partido político, por ejemplo, en el equipo de colaboradores de un grupo parlamentario.

Los catedráticos de derecho —y no deben ser siempre catedráticos de derecho político; también los hubo de derecho penal y de derecho laboral que fueron magistrados de la Corte— por regla general se hicieron un nombre por publicaciones en sus respectivos ámbitos jurídicos. Un factor importante que influye en su elegibilidad son también las opiniones jurídicas que sostuvieron acerca de ciertos “temas controvertidos”.

Cierta importancia revisten asimismo las convicciones políticas del magistrado. Como se deja la elección en manos de los partidos políticos, eso no es de extrañar. Alguna influencia tienen también las grandes iglesias, que cuidan de que los partidos políticos tengan en cuenta a miembros de su culto a la hora de presentar sus propuestas.

El propósito de “colocar” a alguien que haya perdido un cargo público no ha tenido prácticamente ninguna importancia. Los políticos tienen tanta conciencia de la relevancia de la Corte Federal Constitucional para la vida jurídica y social de Alemania, que tales consideraciones, por regla general, no resultan significativas.

4. Los magistrados de la Corte Constitucional Federal son elegidos por mitades por el Bundestag, el Parlamento de la República Federal, y por el Bundesrat, la cámara de los estados federados. En el Bundesrat hay 16 ministros de Justicia y, por ello, 16 personas que eligen, por una mayoría de dos tercios, a los magistrados de la Corte Constitucional Federal. Como el número de los parlamentarios del Bundestag —quienes en realidad serían todos llamados a la elección— es demasiado grande, la ley estipula que se elija un comité electoral que refleje proporcionalmente la relación de fuerzas del Bundestag y que celebre la elección, también con una mayoría de dos tercios. No hay debate público sobre el candidato.

a) ¿Y de dónde viene la propuesta? ¿Cómo se encuentra al candidato que finalmente es propuesto para la elección? Eso no es regulado por la Constitución ni tampoco por la ley. Con el transcurso de las décadas, la manera de proceder ha evolucionado. Cada uno de los dos grandes partidos políticos de Alemania designa una o dos personas, que pueden ser parlamentarios o ministros, para que actúen como *brain-hunters*. Estas personas escogen, sin ayuda ajena, o de todos modos sólo en concertación con un grupo bastante reducido, a los candidatos que proponen al interlocutor del otro partido político.

b) No es casualidad que el párrafo anterior contenga tantas menciones a los partidos políticos. En Alemania, el procedimiento de la elección de los magistrados de la Corte Constitucional Federal es dominado por los partidos. Con el tiempo se ha establecido la práctica de asignar determinados puestos en cada sala a determinados partidos, de modo que, al cesar un magistrado en su cargo, el partido respectivo puede proponer a un sucesor.

Como el magistrado precisa una mayoría de dos tercios en el órgano electoral respectivo, los encargados de los dos grandes partidos se concertan antes de la elección. Si el partido que no estaba autorizado para presentar una propuesta da a enten-

der que está de acuerdo con un candidato determinado, eso garantiza que el candidato será elegido por el órgano correspondiente.

Lo mismo se aplica para la elección del presidente o del vicepresidente de la Corte Constitucional Federal. Pueden serlo los magistrados de la Corte Constitucional Federal u otras personas que, si resultan elegidas, serán también magistrados de la Corte Constitucional Federal. El Bundestag y el Bundesrat eligen alternativamente, con una mayoría de dos tercios, al presidente y al vicepresidente, que no deben pertenecer a la misma sala. Por consiguiente, el presidente y el vicepresidente presiden también las dos salas de la Corte Constitucional Federal.

c) Si transcurridos dos meses desde la expiración del mandato o del cese anticipado de un magistrado no se hubiera procedido a la elección de un sucesor con arreglo al procedimiento usual, el miembro de mayor edad del comité electoral (del Bundestag) ha de instar sin demora a la Corte Constitucional Federal a que presente propuestas a efectos de la elección. La Corte Constitucional Federal delibera quién ha de ser propuesto para la elección como magistrado y lo resuelve por mayoría simple. Si sólo ha de designarse un magistrado, la Corte debe proponer tres personas. Si fuera preciso elegir simultáneamente a varios magistrados, la Corte debe proponer un número de personas equivalente al doble de los magistrados que deban ser elegidos. Las propuestas no son vinculantes para los órganos electorales.

d) Como el procedimiento de elección no es público, el público, en el caso ideal, sólo llega a saber después de la elección quién es el nuevo magistrado de la Corte Constitucional Federal. Sin embargo, no debe subestimarse el papel de los medios de comunicación social en este contexto. Sucede a menudo que, por indiscreción o por otras vías, los medios tienen conocimiento de causa y publican los nombres de posibles candidatos, con sus comentarios correspondientes. Como es el caso en todas las elecciones, no es positivo que un nombre aparezca demasiado temprano en los medios de comunicación, porque si se menciona con demasiada frecuencia corre el peligro de desgastarse.

e) Aquí surge la pregunta por la legitimación democrática de los magistrados de la Corte Constitucional Federal. En este contexto, primero debe hacerse una observación general. Los magistrados, así como los funcionarios, no requieren legitimación democrática directa. Su integración en el sistema democrático se efectúa, por ejemplo, con su nombramiento por personas que, por su parte, estén democráticamente legitimadas por elección o nombramiento —por ejemplo, con el nombramiento por el ministro de Justicia, quien por su parte está democráticamente legitimado—. Esta legitimación democrática conferida por terceros es equivalente a la legitimación democrática directa, que se obtiene por elección directa.

Sin embargo, la situación es otra si se trata de la elección de miembros de un órgano constitucional. Y, según su propia opinión y según la práctica que entretanto se ha establecido como tradición, la Corte Constitucional Federal sí es un órgano constitucional. En este contexto la elección concreta de los magistrados de la Corte puede resultar problemática. Porque, según las disposiciones

en el derecho constitucional, el Bundestag, es decir, el Parlamento en su totalidad, ha de elegir al magistrado. Encomendada a un comité electoral que consta de sólo unas pocas personas, la elección puede resultar dudosa, y en la literatura del derecho político no faltan comentarios críticos a ese respecto. Sin embargo, según la opinión preponderante, las objeciones desde el punto de vista del derecho constitucional últimamente no son procedentes.

5. a) Los magistrados elegidos para la Corte Constitucional Federal son nombrados por el presidente federal. Su mandato tiene una duración de doce años. Si se nombra presidente a un magistrado que estuvo en su cargo ya cierto tiempo, no se prolonga por ello su mandato. Más bien, los años en los que ejerció su cargo se imputan a la duración del mandato como presidente o vicepresidente.

b) Previa instancia, un magistrado de la Corte Constitucional Federal puede ser relevado de su cargo anticipadamente o puede cesar en el cargo.

Los casos de cese anticipado son regulados de forma enumerativa (§ 98, párrafos 2 y 3 de la Ley de la Corte Constitucional Federal: incapacidad permanente; cumplimiento de los 65 años de edad, o de 60 años de edad en el caso de discapacitados, cuando el magistrado haya desempeñado el cargo durante por lo menos seis años). Un magistrado de la Corte Constitucional Federal puede solicitar en cualquier momento el ser relevado de su cargo. Sin embargo, en este caso pierde la pensión adquirida por su relación de servicio de magistrado constitucional.

c) Los magistrados de la Corte Constitucional Federal no están sujetos a ningún poder disciplinario. Por ello, infracciones relevantes para el desempeño interno de su cargo no pueden ser sancionadas. Sólo la Corte Constitucional Federal en pleno, es decir, el conjunto de los 16 magistrados, puede reprobado la conducta pública u otros modos de comportamiento censurables de un magistrado de la Corte Constitucional.

Cuando un magistrado de la Corte Constitucional haya sido ejecutoriamente condenado por una acción infamante o a una pena privativa de libertad de más de seis meses, o cuando haya incurrido en una infracción de sus deberes de tal gravedad que impida su continuidad en el cargo, está previsto por la ley que la Corte en pleno puede iniciar un procedimiento de separación del cargo contra él y autorizar al presidente federal para que separe al magistrado de su cargo. Esta autorización requiere la aprobación de los dos tercios de los miembros de la Corte Constitucional Federal. Es asimismo posible suspender temporalmente al magistrado, aun durante este procedimiento, por resolución de la Corte en pleno. Lo anterior se aplica también cuando se haya iniciado un procedimiento contra un magistrado por causa de un delito. La suspensión también requiere la aprobación de los dos tercios de los miembros de la Corte.

La Corte Constitucional Federal en pleno puede además recurrir al medio de separar a un magistrado del cargo activo, medio un poco violento, por así decirlo, cuando se haya asegurado de su incapacidad permanente. En este caso puede autorizar al presidente federal para que jubile al magistrado de la Corte Constitucional Federal.

d) Queda excluida la reelección después del mandato de doce años. Sin embargo, una vez concluido el mandato, el magistrado de la Corte Constitucional Federal debe seguir en su cargo hasta la elección de su sucesor. El motivo es que se pretende evitar vacantes para que no se cambien las mayorías. Por eso no es infrecuente que un magistrado permanezca en su cargo unas semanas e incluso unos meses después de que termine su mandato de doce años.

6. Un vistazo más allá de las fronteras alemanas, por ejemplo, a las jurisdicciones constitucionales en Suiza, Austria, Francia, Italia, España y Portugal, revela un panorama bastante variado. Hay diferencias no sólo en lo que concierne al establecimiento de una jurisdicción constitucional —como es sabido, Inglaterra no tiene tal jurisdicción— sino también en lo referente a la elección de los magistrados, la duración del mandato y la composición de las Salas, por sólo mencionar unos pocos aspectos. Si se incluyen en el examen las jurisdicciones constitucionales de los países de Europa oriental, se hace patente que las variantes no se han agotado en absoluto (véase la sinopsis adjunta a esta contribución). La multitud de posibilidades ya se pone de manifiesto al concentrarse el examen en los procedimientos seguidos en estos países en lo que concierne al nombramiento de los magistrados de las cortes constitucionales.

a) Suiza no tiene una Corte Constitucional autónoma. El Tribunal Supremo Federal (*Oberstes Bundesgericht*) es al mismo tiempo la Corte Constitucional. La elección de los magistrados se efectúa en el Parlamento (*Bundesversammlung*). El mandato es de seis años, la reelección es posible. En la práctica se observa en las elecciones una representación proporcional con la participación de varios partidos políticos. El mismo grupo parlamentario que puede presentar a un magistrado también propone al candidato. Además, con este modo de elección es probable que los magistrados tengan vínculos fuertes con un partido político. Se organiza una audición del candidato ante la Cámara de los Diputados (*Nationalrat*) cuyo contenido se limita a su carrera y a su desarrollo personal.

b) En Austria, parte de los catorce magistrados de la Corte Constitucional y parte de los seis magistrados suplentes son elegidos por el Gobierno federal, otra parte por el Parlamento federal (*Nationalrat*), o por la Cámara de Representantes (*Bundesrat*). También en este país la realidad constitucional es que la selección está en manos de los dos partidos más fuertes, los cuales de tal forma determinan el procedimiento.

c) En cambio, en Francia no se celebra elección. Los nueve magistrados que forman parte del Consejo Constitucional (*Conseil constitutionnel*) son nombrados por el presidente de la República, por el presidente de la Asamblea Nacional o por el presidente del Senado. El mandato es de nueve años. No es posible la reelección. Los antiguos presidentes de la República forman parte del Consejo Constitucional como miembros natos.

d) En Italia, España y Portugal un así llamado *procedimiento de cooptación* complementa la elección de los magistrados. Sólo en Portugal los diez magistrados del Tribunal Constitucional que están en funciones cooptan a tres colegas más, mientras que en Italia y España el procedimiento está en manos de la jurisdicción ordinaria/administrativa o de un Consejo de Jurisdicción formado por magistrados.

Procedimientos de elección mixtos pueden considerarse como la regla. El procedimiento de cooptación ha de verse como una posible alternativa al acto de la elección directa, que es determinado por consideraciones político-partidistas. Numerosos países de Europa, pero también de Sudamérica —por ejemplo, Chile, donde dos magistrados son designados por el Consejo Nacional de Seguridad— han considerado necesaria la incorporación de tal elemento neutral en el procedimiento de elección. La legitimación democrática se confiere a estos magistrados, que no accedieron a su cargo por elección directa en el Parlamento, por el hecho de que a los electores de los magistrados, por su parte, les fue conferido su cargo por representantes del Estado, es decir, por ministros.

El procedimiento de cooptación puede, fundamentalmente, disminuir la influencia de los partidos políticos en el resultado de las elecciones, que es fuerte debido al hecho de que los magistrados son elegidos por el Parlamento, y que con ello se disminuye la influencia de los partidos políticos en la composición de la sala. Pues debe considerarse indeseable la preponderancia de los partidos políticos que puede constatare en las elecciones de los magistrados, porque en la realidad constitucional esta preponderancia lleva a que la afiliación del futuro magistrado a un partido se convierta en otra condición determinante, aunque no escrita, de su elección. Incluso si los partidos políticos proponen como magistrados a personas neutrales, por así decirlo, y si éstas son elegidas, resulta que, por regla general, tienen inclinaciones hacia el partido que las propuso.

Pero también donde el gobierno tenga el derecho de nombrar un determinado número de magistrados, eso no excluye la posibilidad de que proponga a candidatos próximos al partido de gobierno. En este caso, sin embargo, un largo término del mandato y el hecho de que los magistrados cesen en el cargo en momentos distintos pueden ser factores reguladores. Eso, sin embargo, presupone que se haya producido entretanto un cambio de gobierno. De lo contrario, es de temer que se produzca cierta uniformidad entre los líderes políticos y la jurisdicción constitucional.

Si se permite que el Poder Judicial determine parte de los magistrados, se puede evitar la influencia de los partidos políticos sólo si los magistrados de los tribunales supremos federales, ellos mismos, no han sido nombrados según sus inclinaciones político-partidarias. Sin embargo, en lo que concierne al nombramiento de los magistrados más altos de los demás tribunales, este desarrollo se ha hecho cada vez más patente en Alemania en los últimos años. No es preciso examinar en este contexto si éste es el caso también en otros países, especialmente en aquellos que ya practican un procedimiento de cooptación.

III.

1. La influencia de los partidos políticos en la elección de los magistrados de la Corte Constitucional en Alemania naturalmente provoca la pregunta de cómo los magistrados procederán en el desempeño de su cargo después de ser elegidos. ¿Puede verificarse cierta dependencia de un determinado partido político? ¿Es que tal dependencia es evitable?

La estrategia para evitar tal dependencia presupone el buen funcionamiento de la estructura interna de la Corte Constitucional Federal como institución. Porque al establecerse la jurisdicción constitucional, o sea, al organizarla en forma de tribunal, se ha determinado también la estructura de la institución. Puede vincularse a estructuras legales que han evolucionado en Alemania y que determinan tanto la estructura de la institución en cuanto tribunal como también la situación jurídica de los titulares del cargo de magistrado. Además, el legislador puede asumir que los magistrados, en su mayoría, coinciden en la idea que tienen de su cargo, y que esta idea homogénea está caracterizada por el deseo de defenderse contra cualquier intervención, sea cual fuere su origen.

El principio que domina la posición de todos los jueces y magistrados, y por ello también la de los magistrados de la Corte Constitucional Federal, es el principio de la independencia que es arraigado en la Ley Fundamental. La independencia judicial, que es tanto personal como material, está garantizada en el artículo 97.1 de la Ley Fundamental.

2. Para los magistrados de la Corte Constitucional Federal, como para todos los jueces y magistrados, la independencia material es equivalente a la libertad de no tener que aceptar instrucciones de ninguna parte antes de un procedimiento pendiente o durante éste. Eso se aplica también para la gestión del procedimiento por parte del presidente de la sala, quien, en la Corte Constitucional Federal, es el presidente o el vicepresidente.

Si después de las deliberaciones en la sala un magistrado se encuentra en minoría con su opinión jurídica, ha de redactar el proyecto de resolución según la decisión mayoritaria, si él es el ponente, pero puede adjuntar su opinión discrepante en un voto particular. Se vale de esta posibilidad repetidas veces.

Sin embargo, es cierto que el margen de tolerancia de la mayoría de la sala puede resultar distinto según las ocasiones. Indirectas que la mayoría de la sala lanzó en las resoluciones, y que iban dirigidas a un miembro con opinión discrepante, recientemente hallaron entrada varias veces en resoluciones de las salas. Aquí se ponen de manifiesto los sentimientos ofendidos de la mayoría de la sala, los que ya no muestran la soberanía que debería caracterizar a los magistrados de la Corte Constitucional Federal.

3. a) La independencia personal de los magistrados de la Corte Constitucional Federal se hace patente en su inamovilidad. Magistrados que durante su mandato pierden

las simpatías de los políticos no deben temer su destitución. Sin embargo, como se puso de manifiesto recientemente, estos magistrados son reemplazados en su cargo exactamente al concluir su mandato porque la elección de su sucesor se prepara con la debida anticipación. Eso, sin embargo, ya no puede afectar al magistrado constitucional porque no tiene derecho a desempeñar su cargo más allá de su mandato de doce años y, como ha sido expuesto, no está prevista la reelección.

b) Excluyendo la reelección se pretende que el titular del cargo de magistrado de la Corte Constitucional pueda sentirse personalmente independiente también de aquellos a quienes debe su cargo. Con ello se intenta prevenir una mentalidad que, por preocupación por el propio futuro, podría demostrar una cierta deferencia para con los que decidirían sobre la reelección.

Por comprensibles y convincentes que sean estas consideraciones, la imposibilidad de ser reelegido tiene también un inconveniente. Si se elige como magistrados de la Corte Constitucional Federal a personas más bien jóvenes, es decir, que no tienen más de 45 años, y que por ello cesarán alrededor de los 55 años, el cambio a otra rama profesional constituye un problema para ellos. Porque al ser nombrados magistrados de la Corte Constitucional Federal cesan en la profesión que ejercían. A excepción de la docencia como catedrático, ninguna otra profesión puede ejercerse al mismo tiempo que la de magistrado de la Corte Constitucional Federal. Una vez concluido su mandato en la Corte Constitucional, un ex funcionario o ex magistrado puede ser restituido en un cargo por la institución donde era funcionario o magistrado antes. Sin embargo, la decisión a ese respecto está en manos de la institución.

Por consiguiente, magistrados más bien jóvenes se verán obligados a reorientarse con tiempo antes de concluir su mandato. Eso puede poner en peligro su independencia si no quieren cerrarse futuras posibilidades profesionales por “actuación imprudente”. Es evidente que el legislador no tuvo en consideración este aspecto, porque hasta mediados de los años noventa del siglo pasado las personas que solían elegirse magistrados, o bien al concluir su mandato alcanzaban los 68 años —la edad preceptiva para cesar en el cargo—, o bien no podían ejercer su cargo hasta el final del mandato debido a la edad. Naturalmente, para este grupo de personas la cuestión de encontrar una nueva actividad profesional por regla general no tenía importancia.

4. a) Otro aspecto de la independencia del magistrado de la Corte Constitucional Federal es el deber de neutralidad en el procedimiento. Es aquí donde la independencia del magistrado se pone de manifiesto para el público. No debe darse una situación en que el postulante de justicia comparezca ante un juez o magistrado que no demuestre la neutralidad y distancia indispensables para con las partes o interesados —por ejemplo, debido al hecho de que es pariente próximo de una de las partes o interesados o porque ya ha intervenido en el asunto concreto por razón de su cargo o profesión—. Para proteger al postulante de justicia del juez o magistrado, la ley contiene disposiciones acerca de la

recusación y exclusión de jueces y magistrados, y esto se aplica también para el caso de los magistrados de la Corte Constitucional Federal.

b) Sin embargo, hay que observar la debida distancia no sólo para con las partes o interesados sino también para con los demás miembros de la sala. El que se deje llevar por la simpatía o antipatía hacia determinados colegas ha perdido. En este caso el asunto mismo ya no domina la toma de decisiones; lo que está en el foco de la atención es la emoción no dominada, no la cuestión jurídica. Es más que obvio que tal actitud no favorece la aplicación jurídica. El que no pueda reprimir tales emociones no es apto para ser magistrado.

Eso se aplica igualmente, y quizás incluso más, para los magistrados de la Corte Constitucional Federal. Las resoluciones de una sala o una sección son de tanta trascendencia, que no puede arriesgarse que, una vez elegido, resulte que un determinado magistrado no es la persona adecuada para la sala por este motivo. La verificación de la aptitud personal y profesional, que a la hora de seleccionar jueces o magistrados para otros puestos es asunto del jefe del departamento de personal en el ministerio competente, es uno de los aspectos que debe tener en consideración el *brain-hunter* de los órganos electorales en la selección interna antes de la elección del magistrado de la Corte Constitucional Federal. Como los candidatos posibles son normalmente personas que están en la vida profesional desde hace tiempo, verificar este aspecto de la aptitud debería resultar relativamente fácil para quienes hacen la selección previa.

5. Por último, la independencia interior de cada uno de los magistrados de la Corte Constitucional Federal es de importancia decisiva para el desempeño del cargo. Naturalmente, la ley no puede prescribir esta independencia a los magistrados; en lo que concierne este aspecto, el legislador sólo puede tomar medidas flanqueadoras para posibilitar al magistrado que conserve su independencia interior.

a) De ninguna manera es posible que un magistrado alcance una libertad absoluta de influencias interiores y exteriores y de entendimientos obtenidos a base de su propia socialización. Al concepto ideal de la independencia del magistrado corresponde, sin embargo, un estado de libertad interior respecto de influencias ajenas y de compromisos prematuros. Para alcanzar y preservar esta libertad se precisa, sin embargo, un autocontrol permanente. El magistrado debe tener conciencia de los factores que puedan afectar su independencia interior y siempre debe estar dispuesto a poner en tela de juicio sus propios conceptos fundamentales y representaciones de valor en virtud de nuevos entendimientos, y de modificarlos o abandonarlos si se diera el caso. La independencia del magistrado es una actitud que él debe conseguir luchando a diario, al ocuparse de las propias, y subjetivas, representaciones de valor y de las de otros grupos sociales ante el trasfondo de los valores de nuestra Constitución.

Sólo en casos contadísimos será posible evitar cualquier juicio apreciativo político y social. No puede comprobarse que personas que consigan eso se encontrarán pronto indefensas frente a presiones de conformidad social, lo que se supone con

frecuencia. Tampoco es en absoluto comprobable que tal esfuerzo de preservar la distancia forzosamente tenga como consecuencia que los magistrados se distancien, de una forma no deseada, de la sociedad. Me parece absolutamente deseable que los magistrados de la Corte Constitucional guarden cierta distancia tanto de la lucha diaria por el poder como de la lucha diaria entre las opiniones. Pero también así se hará patente que, por más grande que sea el esfuerzo de los magistrados por relegar sus propios pareceres a segundo término, no puede existir, ni existirá jamás, una autoridad jurídica completamente neutral desde el punto de vista ideológico.

b) Sin embargo, debe evitarse un enlace demasiado estrecho con grupos sociales, aunque sólo sea por el motivo de prevenir, entre otras cosas, enlaces financieros. En este contexto, incluso cualquier apariencia de tal enlace debe evitarse.

En el pasado, casi nunca hubo corrupción del Poder Judicial en Alemania. En lo que concierne a los magistrados de la Corte Constitucional Federal y a los magistrados de las cortes supremas de la jurisdicción ordinaria, es decir, de las cortes federales, eso puede confirmarse sin reserva. Es cierto que hubo casos de corrupción recientes en las instancias más bajas del Poder Judicial, pero sólo muy raras veces.

El Estado previene la corrupción al proporcionar a los magistrados una retribución que está en consonancia con su cargo. Además, aceptar dinero de terceros no es compatible con la ética del cargo del magistrado, que respecto a eso todavía está caracterizada por el espíritu prusiano. De ello tiene conciencia no sólo el magistrado mismo sino también el público, y es por eso que casi nunca, según se conoce, hubo tentativas de sobornar a jueces o magistrados. Sin esta ética, tampoco una retribución suficiente bastaría para garantizar que los jueces o magistrados se muestren inmunes a afluencias de dinero.

Otra posibilidad de prevenir la corrupción —que, sin embargo, en la actualidad no tiene ninguna importancia en Alemania— sería nombrar como jueces, y particularmente como magistrados, sólo a personas cuya situación financiera sea tan acomodada que puede asumirse que no son susceptibles de aceptar donativos de dinero. Lo que es determinante también en este contexto es, sin embargo, la personalidad del magistrado.

En Alemania, el soborno de titulares de cargo es punible. Tanto la persona que ofrezca dinero para obtener de un funcionario un servicio con el cual éste comete una violación de las obligaciones de su oficio, como la persona que acepte el dinero, se sancionan con una pena elevada.

Los magistrados de la Corte Constitucional Federal no gozan de inmunidad. Por ello, pueden ser procesados directamente. También pueden interponerse demandas civiles contra ellos y pueden verse sujetos a procedimientos contencioso-administrativos. Sin embargo, no se puede reclamar por vía de una demanda de responsabilidad civil que una resolución en la que participaron haya producido daños financieros al demandante.

6. Como ha sido mencionado, los magistrados de la Corte Constitucional Federal sí pueden participar activamente en el discurso social. No obstante, tal participación debe tener sus límites. En este contexto, ha de pensarse primordialmente en la rela-

ción con los medios de comunicación social, así como en éstos. Gracias a la garantía constitucional del artículo 5.1.2 de la Ley Fundamental y a la jurisdicción de la Corte Constitucional Federal, la prensa, la radiodifusión y la televisión han adquirido una posición inmensamente fuerte y gozan de un gran número de privilegios. No en vano en Alemania se ha denominado a los medios de comunicación social el *Cuarto Poder*, a causa de su influencia en la sociedad.

a) La influencia de los medios de comunicación social puede efectuarse de muy diversas maneras. Va desde elogios que, en el momento oportuno, los medios dispensan en abundancia a magistrados de la Corte Constitucional Federal para adular su vanidad, hasta críticas que no vienen al caso acerca de resoluciones. Tampoco escasean tentativas de influir en resoluciones pendientes en un cierto sentido; por ejemplo, cuando a los magistrados que conocerán de un procedimiento específico los medios de comunicación les indican, como precaución para el caso de que dicten una resolución que los medios no desean, que una resolución de ese tipo demostraría que el magistrado se encuentra apartado de la realidad. En el pasado reciente, antes de la resolución de la Corte Constitucional Federal en un procedimiento de prohibición de un partido político pequeño, el Partido Nacional Demócrata, los medios de comunicación publicaron durante todo el procedimiento, de manera casi incesante, comentarios con el objetivo de influir en los magistrados. Por ello, una de las tareas más nobles de un magistrado de la Corte Constitucional Federal es asumir una actitud conciliatoria, pero al mismo tiempo mantenerse alejado de tales influencias. En nuestra sociedad, en la que los medios de comunicación social desempeñan un papel tan importante, esa tarea no es nada fácil.

b) La presencia constante de los medios de comunicación social en nuestra sociedad también plantea otros problemas. Suscita, por ejemplo, la pregunta por los límites de la libertad de expresión que debe observar un magistrado de la Corte Constitucional Federal para conservar su independencia.

La forma y el contenido de opiniones que emita un magistrado de la Corte Constitucional Federal acerca de cuestiones de derecho constitucional y de política constitucional, pero también de política general, pueden influir de forma decisiva en la opinión que tiene el público en lo concerniente a la imparcialidad de este magistrado. Por consiguiente, los magistrados de la Corte Constitucional Federal deberían evitar pronunciarse en asambleas de partidos o de sindicatos. Pero incluso si un magistrado de la Corte Constitucional manifiesta su opinión ante un foro que no tenga una orientación política definida —como por ejemplo, en la prensa, en la radio o en la televisión—, esta manifestación de su opinión puede influir en la opinión que el público tiene de la Corte Constitucional Federal. La autoridad y la reputación de la Corte no sólo dependen de que los magistrados sean imparciales y juzguen correspondientemente, sino también de que observen este concepto de su cargo igualmente en las demás áreas de su vida. Sólo así puede esperarse que el concepto que los magistrados tienen de sí mis-

mos resulte creíble al público en general, o por lo menos a la mayoría de la sociedad, y que sea respetado también por aquellos grupos que tienden a ejercer influencia.

Los magistrados de la Corte Constitucional no pueden escaparse a la vida privada. Si dan a entender que expresan su opinión privada, esta indicación no tiene ningún efecto. Resulta difícil creer que alguien que manifiesta su opinión de manera resuelta y comprometida en público volverá a asumir una actitud de distancia y de objetividad judicial al regresar a su escritorio en la Corte.

Tampoco debería subestimarse lo siguiente: El magistrado de la Corte Constitucional suscita el interés del público en primer lugar por el hecho mismo de ser magistrado de la Corte Constitucional. Es sólo por ello que se le pregunta su parecer, y es sólo por ello que se le presta atención. Los magistrados siempre deben tener eso presente, y en consecuencia deben asumir una actitud de máxima reserva para con los medios de comunicación social y para con el público. Eso se aplica también a situaciones en que magistrados dan informaciones o formulan comentarios sobre las resoluciones de su sala. También en tales casos los magistrados deberían tener conciencia de que sus comentarios no deben ir más allá de lo expuesto en la resolución. La resolución misma, y no su explicación judicial, debe convencer. Una resolución que adquiera su fuerza persuasiva sólo por el comentario de un magistrado es una mala resolución.

c) En resumen, puede constatarse lo siguiente:

A causa de la reputación de la que goza un magistrado de la Corte Constitucional Federal por su función, y que en Alemania es especialmente buena, cada expresión pública de su opinión no se le atribuye al magistrado como persona, sino como titular de un cargo. Correspondientemente, se le da una gran importancia a su opinión.

Si un magistrado se vale de esta importancia sólo para influir en la política, no es de extrañar que la política, por su parte, trate de ejercer influencia en este magistrado. Porque la conclusión es evidente: magistrados que manifiesten opiniones políticas también son susceptibles a la política y a las opiniones que provengan del ámbito político. Eso anima a los grupos que están dispuestos a ejercer su influencia a intensificar sus esfuerzos. No es preciso examinar en este contexto si, y en qué medida, tales esfuerzos son coronados por el éxito.

Porque en la medida en que también el público tome conciencia de esto, se disminuye la fe en la independencia de un magistrado en el desempeño de su cargo. En vista de la plenitud de poderes de la Corte Constitucional Federal, tal desarrollo sería fatal porque conduciría directamente a la crisis. Es cierto que la Corte Constitucional Federal dispone de una plenitud de poderes que es única. Sin embargo, para ejecutar sus decisiones se precisa la aceptación, es decir, la buena voluntad, del legislador o de los demás interesados.

IV.

1. La extensión del poder de jurisdicción de la Corte Constitucional Federal con el transcurso del tiempo, que se ha expuesto más arriba, plantea el problema de cómo se limita este poder. En este contexto, sin embargo, no debería estimarse demasiado estrecha la vinculación de los magistrados de la Corte Constitucional Federal al tenor literal de la Constitución, a los métodos de interpretación jurídicos y —por ejemplo, en el caso de demandas constitucionales que implican sentencias— a las resoluciones previas de los demás tribunales que determinan el objeto del procedimiento. Las normas de la Constitución alemana fueron formuladas de manera extraordinariamente abierta. En casi una década de experiencia en lo que concierne al trabajo en la sala, no he visto que las convicciones extrajurídicas o prejurídicas de los magistrados hayan de ceder en cada caso ante el arte de la interpretación jurídica.

La vinculación de los magistrados al texto de la Constitución se relativiza por el solo hecho de que éste es muy conciso y por ello ha de ser interpretado antes de que sea aplicado en el sentido que adquirió por la interpretación. En lo que atañe a la metodología de interpretación, pueden hacerse las siguientes observaciones:

2. La respuesta a la pregunta de si existe una metodología específica de interpretación de la Constitución es controvertida en la literatura jurídica. Los que defienden esta posición hacen hincapié en el hecho de que el derecho constitucional se refiere en un sentido específico a la política, convirtiéndose así en derecho político. También hacen referencia a la peculiaridad de la Constitución, que reclama la supremacía sobre todas las demás normas jurídicas. Finalmente se indica que no existe ningún catálogo consolidado, ni mucho menos escrito, de métodos de interpretación, ni que tampoco se concretó la jerarquía de los pasos metodológicos.

A pesar de todas sus peculiaridades, la Constitución es ley. Para investigar el sentido de un precepto jurídico se puede tomar como punto de partida la voluntad del legislador (teoría subjetiva) o la voluntad de la ley (teoría objetiva), enfoque que defendió la Corte Constitucional Federal. Como ambas teorías por sí solas no resultan satisfactorias, en la práctica suelen combinarse.

a) En las palabras de la Corte Constitucional, lo que es determinante para la interpretación de una disposición jurídica es la voluntad objetivada del legislador tal como se desprende del tenor literal de la disposición jurídica y del contexto de la disposición. Con ello, la Corte tiene en cuenta el hecho de que las normas, sobre todo las normas constitucionales, no sólo pretenden regular una situación de manera que arraigue en una determinada época sino que debe ser posible aplicarlas también en épocas futuras.

Los métodos de interpretación clásicos que están basados en la doctrina de Carl Friedrich von Savigny, uno de los juristas alemanes más famosos del siglo XIX, son los siguientes:

- la interpretación de las palabras: investiga el sentido de las palabras;
- la interpretación lógica: averigua el contenido del concepto que está detrás de cada palabra, es decir que descubre el sentido del texto;
- la interpretación sistemática: este tipo de interpretación se efectúa según el sistema del orden jurídico o según la ley;
- la interpretación histórica: investiga los materiales y, más allá de ellos, el enraizamiento histórico;
- la interpretación teleológica: averigua la *ratio legis*, el *telos* de la disposición.

Estos medios de interpretación se combinan. El resultado se obtiene aplicando, de forma consecutiva, todos los medios de interpretación en el orden en el que los expuse.

b) La Corte Constitucional Federal se ha pronunciado sobre cuestiones de interpretación en contadísimas ocasiones, y sólo al haber surgido problemas de interpretación concretos. No se ha visto en la necesidad de desarrollar un sistema abstracto y completo para interpretar la Constitución. Sin embargo, lo que llama la atención al comparar este enfoque con los de la teoría constitucional estadounidense es que la Corte Constitucional Federal, en su interpretación de la Constitución, no concede un rango superior a la orientación hacia la voluntad del legislador histórico.

Como regla empírica puede establecerse que tanto menos importancia corresponde a la voluntad del legislador histórico para la interpretación cuanto más edad tiene la disposición; o, dicho al revés: en tanto queden dudas al interpretar el tenor literal y el contexto de la norma, la Corte Constitucional Federal tiene en cuenta también, si se trata de disposiciones recientes, la intención reguladora del legislador que se manifestó en el procedimiento legislativo.

c) La Corte ha destacado repetidas veces que una norma jurídica no debe interpretarse de manera aislada. La Constitución es un conjunto. Cada una de sus disposiciones se encuentra en un contexto con las demás disposiciones de la Constitución, pues la naturaleza de la Constitución consiste en que es un orden uniforme de la vida política y social de la comunidad estatal.

3. a) En la práctica, eso tiene como consecuencia que debe lograrse, por vía de la interpretación, un equilibrio adecuado, que además tenga debidamente en cuenta el objetivo de la norma; equilibrio, por ejemplo, entre disposiciones como el derecho de los padres (artículo 6.2 de la Ley Fundamental) y las plenas competencias educativas del Estado (artículo 7.1 de la Ley Fundamental), que pueden producir resultados opuestos si son consideradas de manera aislada (concordancia práctica).

b) Es posible que el medio de la interpretación lógica influyera en la Corte Constitucional Federal cuando desarrolló, tomando como punto de partida el derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la autodeterminación informativa. Puede que lo mismo se aplique para el principio de lealtad federal en Alemania, país cuya organización estatal es federal. En este contexto, la Corte

juzgó que del principio de lealtad federal resulta la obligación de concertación, coordinación, información, consideración y colaboración mutuas.

c) Desde el principio del Estado de Derecho, la Corte Constitucional Federal ha desarrollado principios tan distintos como, por ejemplo, el principio de irretroactividad de las leyes, el principio de proporcionalidad, el principio de la protección jurídica más completa posible, el principio de la determinabilidad de las normas jurídicas y el principio de la claridad de las normas.

No han sido precisos los medios de interpretación clásicos para desarrollar estos principios. Eso es debido a los conceptos mismos, porque conceptos como el carácter de Estado social, el principio de Estado federal, la democracia y la legalidad contienen un sinnúmero de ideas y valores bastante distintos. También incumbe a la Corte Constitucional Federal desarrollar estas ideas y valores.

Eso, sin embargo, va mucho más allá de la simple interpretación, tal como es entendida usualmente. Aquí la Corte Constitucional Federal tiene una competencia casi creadora a la hora de concretar y ponderar los aspectos que están ocultos en los distintos principios. Por ello, la literatura de derecho político se refiere también, en forma de advertencia, al hecho de que aquí el peligro de realizar la interpretación propia del intérprete es mayor.

4. Algo problemático, y que en el fondo ya no está al alcance de la interpretación de la Corte Constitucional Federal, es el reconocimiento de que ha tenido lugar un cambio de sentido de una norma constitucional o del conjunto de la Constitución. Aquí termina la competencia de la Corte para interpretar la Constitución. La Constitución tal como era concebida por el legislador constitucional debe considerarse como el límite absoluto de la interpretación.

Si se constata y se define el cambio de la Constitución, ello produce un cambio de sentido de la Constitución. Y eso está más allá de las competencias de la Corte Constitucional Federal. Al manifestarse un cambio de sentido de disposiciones constitucionales, y si se toma en serio la separación de poderes públicos, el legislador es la institución llamada a modificar la Constitución. Debe decidir hasta qué punto tendrá en consideración este cambio de sentido y de qué manera redactará una nueva concepción de la norma. Si incluso la Constitución misma ha experimentado un cambio de sentido, a eso ya no puede reaccionar el legislador que modifique la Constitución sino sólo un nuevo *pouvoir constituant*.

5. Mientras que la cuestión de la interpretación constitucional ocupó mucho sitio en la literatura de derecho político en Alemania, la pregunta por el papel que desempeña el magistrado de la Corte Constitucional Federal cuando interpreta la Constitución es ajena a los oídos alemanes. Parece que esta pregunta supone una personalización de la jurisdicción que no corresponde al entendimiento usual que se tiene de la jurisprudencia. Según este entendimiento, la personalidad del magistrado pasa a segundo término con relación a su cargo. El magistrado forma parte de la sala, que, por lo

menos en los tribunales superiores de Alemania, y también en la Corte Constitucional Federal, es un órgano colegiado. Por consiguiente, una resolución se atribuye siempre al tribunal y no a un magistrado individual.

Es cierto que las resoluciones respectivas son siempre preparadas por un magistrado como ponente, que también elabora una versión previa de la resolución. Sin embargo, el contenido de la resolución y los términos individuales son deliberados y votados por la sala entera. Por ello, elementos particulares de la resolución ya no pueden atribuirse al ponente o a un determinado magistrado.

La salvaguardia del carácter colectivo de la decisión hacia afuera también es protegida por normas jurídicas. No debe hacerse público ni el transcurso de las deliberaciones ni el resultado de la votación. Éste es el principio, aunque estas reglas se aplican para la Corte Constitucional Federal de forma modificada. La Corte puede hacer pública la relación de votos pero no puede publicar cómo votó cada magistrado. Eso se manifiesta sólo en casos en los cuales un magistrado añade una opinión discrepante, es decir, un voto particular, a la resolución. En Alemania, los magistrados de la Corte Constitucional Federal (y sólo ellos) tienen esta posibilidad de exponer su propia opinión jurídica.

Cuando la Corte Constitucional Federal interpreta la Constitución de forma oficial y en última instancia, el fallo se dicta en un procedimiento que es organizado de manera jurídica. El conocimiento jurídico de la Corte Constitucional Federal es pronunciado en forma de sentencia si tuvo lugar una vista oral, o es expedido en forma de auto si no hubo vista oral. La resolución puede dictar la casación de una ley o de una sentencia o la prohibición de un partido político —por sólo nombrar unos cuantos ejemplos—. Si la resolución conoce del alcance de los derechos y deberes de órganos constitucionales, la Corte Constitucional Federal sólo determina tal alcance. No están previstas medidas de implementación o de ejecución de esta resolución porque el legislador constitucional —y, siguiéndolo, el legislador— asumía que los órganos constitucionales interesados se atenderían a la resolución. Hasta ahora, esta expectativa no ha sido defraudada. La aceptación de la que gozan las resoluciones de la Corte Constitucional Federal se basan, no en último lugar, en el hecho de que, en general, la Corte ha ejercido el poder que se le confirió con buen sentido de la medida.

Country (Institution)	Composition/ Appointment	President	Qualifications	Tenure	Reasons for Early Removal	Status / Safeguards	Incompatibility
Albania (Constitutional Court)	9 judges, 3 members replaced every 3 years, appointed by the President of Albania with the consent of the Assembly	appointed by the President of Albania in consent with the Assembly from among the judges for a term of 3 years	lawyer with high qualification and not less than 15 years' experience in the profession	9 years, single term, mandatory retirement at age of 70	<ul style="list-style-type: none"> final conviction for a crime does not show up for duty, without reason, for more than 6 months resignation declared incompetent 	<ul style="list-style-type: none"> immunity (no criminal prosecution without consent of the Court) 	with any other state, political or private activity
Austria (Constitutional Court)	14 judges and 6 substitute members appointed by the President of the Federation on proposals <ul style="list-style-type: none"> by the Federal Government: the President, Vice-President, 6 members and 3 substitute members, by the National Council: 3 members and 2 substitute members, by the Federal Council: 3 members and 1 substitute member 	appointed by the President of the Federation on proposal by the Federal Government <ul style="list-style-type: none"> proposed by the Government must be judges, public officials or university professors of law 	<ul style="list-style-type: none"> qualified lawyers and at least 10 years' experience in a legal profession members 	for life, mandatory retirement at age of 70	<ul style="list-style-type: none"> removal only by 2/3 majority decision of the Court itself, only in enumerated cases, e.g.: <ul style="list-style-type: none"> incapacity to fulfill his duties because of ill health judge's conduct in performing duties shows him unworthy of the trust his position demands violation of professional secrecy 	<ul style="list-style-type: none"> with membership in any general, representative body, with holding of party political office (paid or unpaid) 	
Belgium (Court of Arbitration)	12 judges appointed by the Crown from a dual list of nominations submitted alternately	each linguistic group elects a president who presides the Court for one year in rotation	at least 40 years of age; 6 judges belong to the French linguistic group, 6 to the Dutch	for life, mandatory retirement at age of 70	<ul style="list-style-type: none"> resignation with permission of the Crown in case of serious, permanent illness 	<ul style="list-style-type: none"> with other functions, duties or occupations (strictly regulated) 	

Country (Institution)	Composition/ Appointment	President	Qualifications	Tenure	Reasons for Early Removal	Status / Safeguards	Incompatibility
	by the Chamber of Representatives and the Senate (2/3 majority)		(3 of each group with prior parliamentary experience, 3 for at least five years with prior posts in justice or as law professors)		– in case of violation of his duties / of the dignity of the court in virtue of a decision of the Court of Arbitration		
Bosnia and Herzegovina (Constitutional Court)	9 judges – 4 members selected by the House of Representatives of the Federation – 2 by the Assembly of the Republika Srpska – 3 by the President of the European Court of Human Rights after consultation with President	elected by the judges amongst themselves for a term of 6 months	distinguished lawyers of high moral standing; judges selected by ECHR cannot be citizens of BH or neighbouring states	5 years	– resignation – sentenced to imprisonment – incapacity to fulfil their duty – hold duties incompatible with their duties of a judge – removal on the basis of consensus of all other judges	immunity	with membership of political party or organisation or legislative, executive or other legal authority
Bulgaria (Constitutional Court)	12 Justices; 4 justices are replaced every 3 years; – 4 elected by the National Assembly, – 4 appointed by the President, – 4 elected by the General Meeting of the Justices of the Supreme Court of Cassation and the Supreme Administrative Court	elected by the judges amongst themselves for a term of 3 years	– lawyers of high professional and moral integrity and – at least 15 years' of professional experience	9 years, single term	– resignation – enforcement of prison sentence for an intentional crime – incapacity for more than 1 year – incompatibility	same immunity as members of the National Assembly	with representative mandate, any state or public post, membership in political party or trade union, practising of a professional, commercial or any other paid occupation

Country (Institution)	Composition/ Appointment	President	Qualifications	Tenure	Reasons for Early Removal	Status / Safeguards	Incompatibility
Croatia (Constitutional Court)	11 judges proposed by the Chamber of Counties, elected by the Chamber of Representatives	elected by the judges amongst themselves for a term of 4 years	– law degree and – at least 15 years' experience in a legal profession	8 years	removal only by a Court decision in cases of – institution of criminal proceedings – permanent incapacity to perform duties	same immunity as members of Parliament	with membership of any political party; judges may not perform any other professional duties
Cyprus (Supreme Court)	13 judges appointed by the President of the Republic after seeking the opinion of the Supreme Court	appointed by the President of the Republic in consent with the Supreme Court	appointed from amongst lawyers of high professional and moral standard	for life, mandatory retirement at age of 68	– termination on grounds of incapability to fulfil a judge's duties because of mental or physical incapacity or infirmity – dismissal on the ground of misconduct	–	–
Czech Republic (Constitutional Court)	15 justices appointed by the President of the Republic with the consent of the Senate (upper chamber of Parliament)	appointed by the President of the Republic from among the Justices of the Court (Chairperson)	– eligible for election to the Senate (40 years of age, eligible to vote), – university degree in law, – at least 10 years' experience in a legal profession and – "character beyond reproach"	10 years, re-appointment possible	– loss of eligibility for the Senate – final conviction for an intentional criminal offence – decision by the Court's Plenum to terminate office due to a disciplinary offence (any culpable violation of the judge's duties/of the dignity of the court and any conduct qualifying as a misdemeanour)	general immunity for prosecution for misdemeanours; arrest and prosecution for felonies only with consent of the Senate – else exempted forever; right to refuse to testify about matters in connection with judicial duties	with any other public office or gainful activity except for those concerning the administration of their own property, scientific, pedagogical, literary or artistic activities (as long as independence and impartiality remain preserved); with membership in a party

Country (Institution)	Composition/ Appointment	President	Qualifications	Tenure	Reasons for Early Removal	Status / Safeguards	Incompatibility
Denmark (Supreme Court)	18 judges appointed by the Queen on recommendation of the Minister of Justice, advised by the Judicial Appointments Council	appointed by the Queen on proposal of the Court itself	—	for life	removal by a Court decision	—	—
Estonia (National Court)	Constitutional Review Chamber of the Supreme Court: 5 members of the Chamber appointed by the full bench of the Supreme Court	Chief Justice appointed by Parliament upon proposal of the President of the Republic	— legal qualifications and at least 30 years of age	5 years, re-eligible for another term	consent to bring criminal charges suspends authority of judge	immunity (no criminal prosecution or arrest without consent of Parliament)	with any extra-judicial employment, except for teaching and scientific research, with membership in Parliament, of local government, of local councils, with leadership of a political party, with running a business or directing a company for profit
Finland (Supreme Court) France	16 judges of the Supreme Court appointed by Parliament on proposal of the Chief Justice	President and no fewer than 15 members appointed by the President of the Republic	persons "just and righteous, skilled and experienced in the administration of justice"	for life, mandatory retirement at age of 67	—	—	—
France (Constitutional Council)	9 members, 3 replaced every 3 years, appointed by the President of the Republic and by the	appointed by the President of the Republic from among the judges	—	9 years, single term	— resignation — compulsory retirement in the event of incompatibility or permanent physical incapacity established	—	with any electoral mandate and with that of a member of the government

Country (Institution)	Composition/ Appointment	President	Qualifications	Tenure	Reasons for Early Removal	Status / Safeguards	Incompatibility
	Presidents of the Senate and the National Assembly; former Presidents of the Republic are de jure life members, provided they do not occupy incompatible posts				by the Constitutional Council		
Georgia (Constitutional Court)	9 judges, – 3 appointed by the President of the State – 3 elected by Parliament (3/5 majority) – 3 appointed by the Supreme Court	elected by the judges amongst themselves for a term of 5 years	– high level of legal training and age – at least 35 years of age	10 years	–	immunity (no prosecution or detention without consent of the Constitutional Court)	–
Greece (Special Highest Court)	11 (13) judges, – ex officio: the 3 Presidents of the Supreme Administrative Court / the Supreme Civil and Criminal Court / Court of Auditors, – 8 members with mandate for 2 years chosen by lot: 4 respectively of the Supreme Administrative Court and the Supreme Civil and Criminal Court, – (2 university	the President of the Supreme Administrative Court or the President of the Supreme Civil and Criminal Court, according to seniority	see "Composition / Appointment"	See "Composition / Appointment"	–	functional and personal independence guaranteed by the Constitution	–

Country (Institution)	Composition/ Appointment	President	Qualifications	Tenure	Reasons for Early Removal	Status / Safeguards	Incompatibility
	professors in law chosen by lot added in cases concerning the review of constitutionality of laws or jurisdictional conflicts)						
Hungary (Constitutional Court)	11 judges elected by Parliament (2/3 majority)	elected by the judges amongst themselves	<ul style="list-style-type: none"> - graduation from a school of law, - minimum age 45, maximum 70 years - not eligible: person who in the course of 4 years preceding the election has been a member of the government, employee of a party or held a leading office in public administration 	9 years, re-eligible for another term	<ul style="list-style-type: none"> - incompatibility, declared by the Court - incapacity to fulfill their duty 	same immunity as members of Parliament (no arrest or prosecution without consent of the Constitutional Court)	with membership of any party, with any political activity and gainful occupation, except for a scientific, educational, literary or artistic activity
Iceland (Supreme Court)	9 judges appointed by the President of Iceland upon proposal of Minister of Justice after consultation with the Court	elected by the judges amongst themselves for a term of 2 years	<ul style="list-style-type: none"> - at least 35 years of age, - general qualification for judicial office, - law degree and - juridical experience 	for life, mandatory retirement at age of 70	removal from office only by Court decision	independent and bound only by law	not eligible to stand for election to Parliament; must abstain from participation in associations or businesses inconsistent with their position; Court may not include close family relatives

Country (Institution)	Composition/ Appointment	President	Qualifications	Tenure	Reasons for Early Removal	Status / Safeguards	Incompatibility
Ireland (Supreme Court)	President and 7 judges appointed by the President of Ireland on the advice of the government, the President of the High Court is ex officio an additional judge	appointed by the President of Ireland	judge of the High Court or practising barrister of not less than 12 years' standing	for life, mandatory retirement at age of 72	removal only on resolution passed by both Houses of Parliament for – stated misbehaviour or – incapacity	independent in the exercise of judicial functions	with membership in Parliament or with any other office
Italy (Constitutional Court)	15 judges, – 5 elected by Parliament (special session of both houses; 2/3 majority), – 5 appointed by the President of the Republic, – 5 elected by the supreme courts (Court of Cassation: 3, Consiglio di Stato: 1, Court of Audit: 1)	elected by the judges amongst themselves for a term of 3 years	– university professors, – barristers with at least 20 years' experience or – judges from supreme courts	9 years, single term	– removal only by 2/3 majority decision of the Court itself and only because of serious reasons – by law, if a judge hasn't practised for six months	indemnity and immunity	with any other public office or remunerated activity, including lectureship
Latvia (Constitutional Court)	7 judges approved by Parliament, – 3 upon proposal of Parliament, – 2 upon proposal of the Cabinet of Ministers, – 2 upon proposal of the Supreme Court	elected by the judges amongst themselves for a term of 3 years	– university legal education and – at least 5 years' experience in a legal profession	10 years, single term	judge can be released from office by Parliament in cases of – inability to continue working or – conviction of a crime	immunity (no arrest or prosecution without the consent of Parliament); subject to disciplinary proceedings for an administrative violation by the Constitutional Court	with any other office or paid employment, except in a teaching, scientific or creative capacity, with membership in Parliament or in political organisation

Country (Institution)	Composition/ Appointment	President	Qualifications	Tenure	Reasons for Early Removal	Status / Safeguards	Incompatibility
Lithuania (Constitutional Court)	9 judges, 3 members replaced every 3 years, appointed by Parliament from candidates nominated by the President of the Republic, the Chairperson of Parliament and the Chairperson of the Supreme Court	appointed by Parliament from among the judges of the Court upon presentation by the President of the Republic	– impeccable reputation, – trained in law and at least 10 years' experience in a legal profession	9 years, single term	– resignation – incapability of fulfilling duties for health reasons – removal from office by Parliament in accordance with impeachment proceedings	judges may not be arrested or subjected to any restriction of personal freedom without consent of the Constitutional Court	with any other elected or appointed office, with any employment in any business or institution, except for educational or creative work; judges may not participate in activities of political parties
Luxemburg (Constitutional Court)	9 judges appointed by the Grand Duke – 5 judges ex officio: the 2 Chairpersons of the Court of Cassation and the 2 Presidents of the Supreme Court and of the Administrative Court, – 4 chosen from a list of 3 candidates for each seat nominated by a general assembly of the Supreme Court and the Administrative Court	President of the Supreme Court	must be active judge (office as a judge at the Constitutional Court in addition to his regular function)	until end of his function as a judge at the court he came from (age of retirement: 65 years)	– disciplinary decision taken by the Court for a "violation of the dignity of the judge's functions or duties"	no special provision	no special provision: as any other judge
Malta (Constitutional Court)	3 judges appointed by the President of Malta on the advice of the Prime Minister	–	–	–	removal on the grounds of proved inability to perform functions of office or proved misbehaviour by vote of 2/3 of	salaries and terms of office cannot be altered to their disadvantage during tenure	–

Country (Institution)	Composition/ Appointment	President	Qualifications	Tenure	Reasons for Early Removal	Status / Safeguards	Incompatibility
Netherlands (Supreme Court)	up to 27 justices, for each vacant seat – 6 persons nominated by the Supreme Court and the procurator general, – 3 by the Lower House (usually persons nominated by the Court), – the justice is appointed by the Crown (= government and Queen) from the Lower House list, usually the person ranking best	appointed by the Crown, usually the most senior vice-president in terms of years of service	–	for life, mandatory retirement at age of 70	members of the House of Representatives	–	–
Norway (Supreme Court)	Chief Justice and 18 judges appointed by the King	Chief Justice appointed by the King	at least 30 years of age	for life, mandatory retirement at age of 70	judges can only be dismissed by Court's judgement	–	–
Poland (Constitutional Tribunal)	15 judges elected by the Sejm (absolute majority of votes in the presence of at least half of the total number of deputies)	appointed by the President of the Republic, candidates proposed by the Court's General Assembly of Judges from amongst themselves	– qualification of a judge at the Supreme Court or the Supreme Administrative Court or – PhD or at least 10 years' experience in a legal profession	9 years, single term	expiration must be confirmed by a resolution of the Tribunal in case of – resignation or refusal to take the oath – permanent inability to perform duties for health reasons certified by a	immunity (prosecution and arrest only with consent of a 2/3 majority of the Tribunal, without the concerned judge); disciplinary accountability solely before the Tribunal	with membership in a political party or trade union

Country (Institution)	Composition/ Appointment	President	Qualifications	Tenure	Reasons for Early Removal	Status / Safeguards	Incompatibility
Portugal (Constitutional Tribunal)	13 judges, – 10 elected by Parliament (2/3 majority), – 3 co-opted by the first 10	selected by the judges amongst themselves for a term of 4 1/2 years	at least 6 judges must be judges or other state law officers	9 years, single term	<ul style="list-style-type: none"> – medical board – conviction by court judgment – legally valid disciplinary decision by the Tribunal – resignation – permanent physical incapacity – acceptance of responsibilities incompatible with their functions – disciplinary grounds decided by the Court 	independent and irremovable	with any other public or private functions apart from unpaid teaching or legal scientific research; judges are not entitled to work in political parties or to take part in public party–political activities
Republic of Moldova (Constitutional Court)	6 judges, – 2 appointed by Parliament, – 2 by the President of the Republic of Moldova, – 2 by the Judicial Service Commission	elected by the judges amongst themselves	<ul style="list-style-type: none"> – higher legal training, – high professional competence and – at least 15 years' experience in a legal profession or in legal education or research 	6 years, mandatory retirement at age of 65	<ul style="list-style-type: none"> – resignation – exclusion of the mandate (decision by the Constitutional Court) in the following cases: ? incapacity to fulfil duties (for more than 4 months) because of ill health or ? breach of duties or oath, ? final conviction for a deliberate offence 	immunity	with any other public office or remunerated activity, except for one of a teaching or scientific nature; with any activity in political parties or any other public organisation

Country (Institution)	Composition/ Appointment	President	Qualifications	Tenure	Reasons for Early Removal	Status / Safeguards	Incompatibility
Romania (Constitutional Court)	9 judges, 3 members replaced every 3 years, of whom 1 is appointed by Romania's President, 1 by the Chamber of Deputies and 1 by the Senate	elected by the judges amongst themselves for a term of 3 years	<ul style="list-style-type: none"> – higher education in law, – high professional competence and – at least 18 years' experience in a legal profession 	9 years, single term	<ul style="list-style-type: none"> – suspension from the date of indictment for a criminal case; exclusion with the final conviction (de jure) – resignation – disfranchisement – incompatibility or incapacity to exercise the office of a judge for more than 6 months – breach of his duties 	immunity (prosecution and arrest only with the approval of the State's organ which appointed the judge; Supreme Court competent for the trial)	with the exercise of any other public or private office, except for teaching functions in higher education; with membership in a political party
Russia (Constitutional Court)	19 judges nominated by the President of the Russian Federation and approved by the Federation Council	elected by the judges amongst themselves for a term of 3 years	<ul style="list-style-type: none"> – at least 40 years of age, – impeccable reputation, – higher legal education, – at least 15 years' experience in the legal profession and – "recognised high qualification in the sphere of law" 	15 years, single term	<ul style="list-style-type: none"> – violation of the procedure for his appointment – loss of Russian citizenship – final conviction (during proceedings / arrest: suspension) – commission of an act defamatory to the honour and dignity of a judge (2/3 majority) – event of incompatibility – failure to attend the session of the Court 	immunity (no criminal prosecution or arrest without consent of the Constitutional Court)	with representative mandate, any public or social office, any paid activity, apart from teaching, academic or other creative activity; with membership in any political party or movement; judges may not be affiliated with political parties, movements or activities in any way; judges may not express their opinion on matters which may be or currently are subject to

Country (Institution)	Composition/ Appointment	President	Qualifications	Tenure	Reasons for Early Removal	Status / Safeguards	Incompatibility
					or to vote more than two times in succession without a valid reason – recognition of the judge's incapacity by court decision – resignation		consideration by the Constitutional Court
Slovakia (Constitutional Court)	13 judges appointed by the President of the Slovak Republic from a double list of candidates nominated by the National Council of the Slovak Republic	appointed by the President of the Slovak Republic among the judges of the Constitutional Court	– Slovak citizens who are eligible for election to the National Council, – at least 40 years of age, – law school graduation and – at least 15 years' experience in a legal profession	12 years, single term	recalled by the President of the Slovak Republic in case of – conviction for an intentional criminal offence – disciplinary decision by the Court for misconduct or for conduct incompatible with exercise of his office – not participating in the work of the Court for over 1 year – loss of eligibility for the National Council of the Republic – resignation	same immunity as members of Parliament (prosecution and pre-trial detention only with the consent of the Constitutional Court)	with any other public functions; with any gainful activities except for those concerning the administration of their own property and scientific, pedagogical, literary or artistic activities; with membership of a political party or movement
Slovenia (Constitutional Court)	9 judges elected by the National Assembly upon nomination by the President of the Republic	elected by the judges amongst themselves for a term of 3 years	– legal expert and – at least 40 years of age	9 years, single term	– resignation – sentenced to imprisonment – permanent loss of the ability to perform function	same immunity as members of the National Assembly (no prosecution or pre-trial detention without the consent of the National Assembly, unless the	with functions or work in state bodies, local communities, political parties and trade unions; with membership of management and supervisory bodies

Country (Institution)	Composition/ Appointment	President	Qualifications	Tenure	Reasons for Early Removal	Status / Safeguards	Incompatibility
Spain (Constitutional Tribunal)	12 judges, 4 members replaced every 3 years; appointed by the King, the plenary (electing - 4 nominated by the Chamber of Deputies, - 4 by the Senate, - 2 by the government, - 2 by the General Council of the Judiciary	appointed by the King for a term of 3 years on proposal of the plenary (electing him from among its members)	- lawyers of recognised ability who are / have been judges, advocates - general, university professors, civil servants or barristers and - have at least 15 years' experience in their profession	9 years, no judge's term of office may be renewed immediately	-	indemnity	in commercial companies, institutes and cooperative societies; with any gainful activities, except the activities of a university teacher, scientist or university collaborator with any other functions (strictly regulated)
Sweden (Supreme Court)	18 judges appointed by the government	-	must be permanent judges	-	-	-	-
Switzerland (Supreme Court)	30 judges and 30 substitute judges elected by the Federal Assembly (according to linguistic and regional criteria)	elected by the Federal Assembly for a term of 2 years	any Swiss citizen aged 18 or over (in practice only law graduates or doctors of law are elected)	6 years, re-eligible	no measures providing for suspension or dismissal	criminal proceedings against a judge only with respect to infringements connected with his official activity and only with authorisation of Parliament	with any function for the Confederation or any other career or exercise of profession; exercise of arbitration duties or related activities may be authorised by the Court

Country (Institution)	Composition/ Appointment	President	Qualifications	Tenure	Reasons for Early Removal	Status / Safeguards	Incompatibility
Turkey (Constitutional Court)	11 regular and 4 substitute judges appointed by the President of the Republic – 3 regular judges and 1 substitute judge from among senior civil service officials and lawyers. – 1 regular judge chosen from a list of 3 candidates nominated by the Council of higher Education, – remaining judges chosen from lists of 3 candidates for each vacant seat nominated by the plenaries of the different highest courts amongst their members	elected by the judges from among the regular members for a term of 4 years	members nominated by the Council of Higher Education, senior administrative officers and lawyers: – at least 40 years of age and – having completed higher education or at least 15 years' experience in their profession	for life, mandatory retirement at age of 65	– conviction of an offence requiring his dismissal from the judicial profession (exclusion de jure) – by decision of the Court in case of inability to perform his duties on account of ill health (absolute majority of members)	complete independence granted	with any other official and private functions
Ukraine (Constitutional Court)	18 judges, – 6 appointed by the President of Ukraine, – 6 by Parliament, – 6 by the Congress of Judges	elected by the judges amongst themselves for a term of 3 years	– at least 40 years of age – higher legal qualification, – at least 10 years' experience in a legal profession and – Ukrainian citizen having resided in Ukraine for the last 20 years and	9 years, single term	–	complete independence and unblemished record granted	with any activities other than those of a scientific, teaching or creative nature

References:

- **Venice Commission**, *Bulletin on Constitutional Case Law*, Special Edition – Description of Courts
- **Austria**: <www.vfgh.gv.at>
- **Belgium**: <www.arbitrage.be>
- **Czech Republic**: <www.concourt.cz>
- Bohata, Petr, in: Gyulai-Schmidt, Andrea; Solotych, Stefanie, forost Arbeitspapier Nr. 6 – *Justiz in Osteuropa: Ein aktueller Überblick*, September 2002 (<http://www.fak12.uni-muenchen.de/forost/fo_library/forost_Arbeitspapier_06.pdf>)
- **Greece**:
 - Androulakis, M. Vassilis, *La Cour spéciale Suprême de Grèce, le Juge constitutionnel et le fonctionnement de son Secrétariat*, in: *European Commission for Democracy through Law (Venice Commission)*, Collection of Reports, 11th Conference of Secretaries General of Constitutional Courts and Courts of equivalent jurisdiction (CDL-JU (2003) 16), Strasbourg April 2003 (<http://www.venice.coe.int/site/dynamics/doclist_series_ef.asp?R=pub&L=1&S=3>)
 - Constitution of Greece (<http://www.hri.org/MFA/syntagmal/>)
- **Italy**: <www.cortecostituzionale.it>
- Dietrich, Michael, *Der italienische Verfassungsgerichtshof. Status und Funktionen*, Berlin 1995
- Stoy-Schnell, Uta, *Das Bundesverfassungsgericht und die Corte costituzionale*, Frankfurt a.M. 1998
- **Luxembourg**:
 - Kuhn, Nicole; Rousseaux, Eric, “La Cour constitutionnelle luxembourgeoise: dernière pierre à l’édifice des cours constitutionnelles en Europe occidentale”, in: *Revue Internationale de Droit Comparé* 2001, pages 453-482
- **Poland**: <www.trybunal.gov.pl>
- Stern, Klaus, “Verfassungsgerichtsbarkeit in Polen”, *Osteuropa-Recht* 2000, 158-164
- v. Redecker, Niels, in: Gyulai-Schmidt, Andrea; Solotych, Stefanie, forost Arbeitspapier Nr. 6 – *Justiz in Osteuropa: Ein aktueller Überblick*, September 2002 (<http://www.fak12.uni-muenchen.de/forost/fo_library/forost_Arbeitspapier_06.pdf>)
- **Republic of Moldova**: <www.ccrm.rol.md>
- **Romania**: <www.ccr.ro>
- Leonhardt, Peter, in: Gyulai-Schmidt, Andrea; Solotych, Stefanie, forost Arbeitspapier Nr. 6 – *Justiz in Osteuropa: Ein aktueller Überblick*, September 2002 (<http://www.fak12.uni-muenchen.de/forost/fo_library/forost_Arbeitspapier_06.pdf>)
- **Russia**: <ks.rfnet.ru>
- Solotych, Stefanie, in: Gyulai-Schmidt, Andrea; Solotych, Stefanie, forost Arbeitspapier Nr. 6 – *Justiz in Osteuropa: Ein aktueller Überblick*, September 2002 (<http://www.fak12.uni-muenchen.de/forost/fo_library/forost_Arbeitspapier_06.pdf>)
- Krijazkov, V. A.; Lazarev, L. V., *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Russischen Föderation*, Berlin 2001.

- **Slovakia:** <www.concourt.sk>
- Brösl, Alexander, “Zu den aktuellen Verfassungsänderungen in der Slowakischen Republik”, in: Hofmann, Mahulena; Küpper, Herbert (editors), *Kontinuität und Neubeginn – Staat und Recht in Europa zu Beginn des 21. Jahrhunderts: Festschrift für Georg Brunner aus Anlass seines 65. Geburtstags*, Baden-Baden 2001, pages 384-397
- **Slovenia:** <www.us-rs.com>
- **Switzerland:** <www.bger.ch>
- **Turkey:** <www.anayasa.gov.tr>
- **Ukraine:** <www.ccu.ua/pls/wccu/indx>

Rainer Grote (Alemania) *

El desarrollo dinámico de la preceptiva constitucional por el juez constitucional en Alemania**

I. Introducción

Todo análisis sistemático del desarrollo interpretativo de la preceptiva constitucional por el juez constitucional en la República Federal de Alemania debe basarse en la posición muy especial que tiene el Tribunal Constitucional Federal dentro del sistema político-constitucional alemán. Por un lado, es un tribunal autónomo que está dotado de todas las garantías de independencia judicial y que, en el sentido material, desarrolla una actividad típicamente jurisdiccional. En su función de órgano judicial, está llamado a colaborar en la realización del derecho y a velar por el respeto de las disposiciones constitucionales por los poderes públicos. Por otro lado, se diferencia en su carácter y en su significación respecto de los tribunales ordinarios.

En contraposición a la jurisdicción civil, penal y administrativa, la jurisdicción constitucional es competente para la decisión de una clase especial de conflictos jurídicos, es decir, los conflictos sobre la interpretación de la ley suprema del Estado. Su función de intérprete último y auténtico de la Constitución resulta del capítulo IX de la Ley Fundamental, sobre el Poder Judicial, y en particular del artículo 93, que consagra su poder de decisión en las controversias constitucionales más importantes. En muchos casos, las sentencias del Tribunal Constitucional presentan el carácter de una declaración general de principios, superando así la mera decisión de un caso concreto y tomando el carácter de una verdadera norma general obligatoria para los

* Doctor en derecho por la Universidad de Gotinga, Investigador en el Instituto Max Planck de Derecho Público comparado y de Derecho Internacional en Heidelberg, Alemania.

** El presente artículo se basa en la ponencia presentada por el autor en el X Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y de las Salas Constitucionales de América Latina, organizado por el Tribunal Constitucional de Chile y la Fundación Konrad Adenauer en Santiago de Chile en setiembre de 2003.

poderes públicos. Según el artículo 31.1 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional, las decisiones de este último vinculan no sólo las partes del conflicto —como es el caso para las sentencias de los tribunales ordinarios, incluso las más altas instancias de la jurisdicción civil, penal y administrativa—, sino también todos los órganos constitucionales de la federación y de los estados, así como los tribunales y autoridades. En algunos casos, entre otros los del control abstracto o concreto de normas, las decisiones del Tribunal gozan de una autoridad aún más grande, pues tienen fuerza de ley (artículo 31.2 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal).

Estos efectos jurídicos amplios de las decisiones del Tribunal dan a la interpretación constitucional en que se basan su trascendencia específica. A pesar de ello, ni la Ley Fundamental ni la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal contienen criterio alguno que pueda ayudar al juez constitucional en su trabajo de interpretación y aplicación de la Constitución. En otros términos, la definición de los criterios de interpretación pertinentes es remitida al Tribunal Constitucional mismo.

II. Los métodos clásicos de la hermenéutica constitucional

A tal efecto, puede recurrirse a los métodos clásicos de la hermenéutica jurídica que se basan, como lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional en varias ocasiones, en la teoría objetiva de la interpretación. Según este concepto, la misión principal del intérprete consiste en determinar la voluntad del legislador objetivada en la ley, porque el Estado no se expresa a través de las aseveraciones personales de quienes participaron en la formulación de la voluntad legislativa, sino en la ley misma. A esa finalidad de la interpretación sirven la interpretación al tenor de la norma, denominada *interpretación gramatical*; el análisis del contexto sistemático de la norma o *interpretación sistemática*; la determinación de su finalidad, llamada *interpretación teleológica*; y finalmente el examen de los estudios preparatorios y de la formación histórica de la ley, o *interpretación histórica*.¹

Para determinar la “voluntad objetiva” del legislador se permiten todos esos métodos de interpretación. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal concede a la interpretación histórica una función más limitada que la de los otros medios auxiliares de la interpretación. La voluntad de legislador puede ser tenida en cuenta para la interpretación de la norma sólo en la medida en que encuentre una expresión suficientemente determinada en la ley misma. Además, la interpretación histórica tiene una función meramente subsidiaria: se aplica únicamente cuando se trata de confirmar la exactitud de una interpretación emitida con base en los principios de la interpretación gramatical, sistemática y teleológica o, alternatively, cuando se presentan dudas que no puedan ser resueltas por los mencionados medios de interpretación.²

¹ *Sentencias del Tribunal Constitucional Federal*, vol. 1, p. 299 [312]; 10, 234 [234]; 11, 126 [130].

² *Sentencias del Tribunal Constitucional Federal*, vol. 11, p. 126 [130].

Sin embargo, los principios clásicos de la interpretación de la ley han sido criticados por su insuficiencia frente a los problemas específicos de la interpretación constitucional. Estas críticas están basadas en su mayor parte en las diferencias que existen entre la Constitución y la ley. La Constitución comparte con la ley la fuerza vinculante de sus normas. Este redescubrimiento del carácter normativo de la Constitución es el gran logro de la época de posguerra y constituye la base central e indispensable del constitucionalismo moderno. Al mismo tiempo, la Constitución se diferencia de la ley en su estructura normativa, que se caracteriza, en particular, por una proporción relativamente elevada de conceptos jurídicos indeterminados y abiertos, en particular en materia de derechos fundamentales y de los principios básicos de la organización estatal y de sus fines políticos. La Constitución no es votada por la mayoría parlamentaria del día para resolver un problema concreto, sino que constituye un compromiso básico sobre los fundamentos de la vida política y social del Estado aprobado por las mayores corrientes políticas del país. Sus disposiciones tienen un alto grado de abstracción y están destinadas a producir efectos jurídicos en un largo plazo. Esa finalidad particular de la Constitución es difícilmente compatible con una teoría de la interpretación que pretende limitarse a la revelación de la voluntad preexistente unívoca y homogénea del constituyente encerrada en el texto constitucional.

III. Modelos alternativos de interpretación

Por estos motivos, se han propuesto en la doctrina diversos modelos de interpretación alternativos con el objetivo de incorporar en el proceso de interpretación de la Constitución su finalidad y su carácter específico. No es posible en este lugar ofrecer una lista exhaustiva de las teorías diferentes; se mencionarán sólo algunos de los conceptos más importantes y más discutidos en la doctrina.

Según un primer concepto, formulado por el juez constitucional Leibholz sobre la base de la teoría constitucional elaborada por primera vez por Rudolf Smend en la República de Weimar,³ la interpretación de la Constitución debe reflejar la función integradora de ésta. La posición de la jurisdicción constitucional se diferencia fundamentalmente de los tribunales ordinarios en que sus decisiones, al dar una orientación sobre los valores jurídicos constitucionales, participan necesariamente de la formación de la integración política.⁴ Por consiguiente, un juez constitucional que pretenda cumplir rectamente su cometido deberá apreciar e interpretar las normas constitucionales no sólo con la ayuda de reglas e instrumentos de análisis gramaticales, lógicos e históricos, sino también, y sobre todo, por medio de un enfoque político sistemático. Quiere ello decir que debe apreciar la Constitución como un conjunto de

³ R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Múnich-Leipzig, 1928, integralmente reproducido en R. Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3ª ed., Berlín, 1994, pp. 119 y ss.

⁴ G. Leibholz, "El Tribunal Federal de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política", en *Revista de Estudios Políticos* 146, 1966, p. 89 (95).

significado unitario y que debe tener siempre presente el sistema implantado por la Constitución como un conjunto global, cuya preservación debe orientar sus decisiones. Entre sus consideraciones debe incluir, por tanto, aquella concepción jurídica que por sus consecuencias esté más en consonancia con los valores jurídicos de la Constitución que trate de aplicar.⁵

Para otros autores como Häberle, la interpretación constitucional tiene que reproducir, en la máxima medida posible, las condiciones pluralistas de su formación. La Constitución no es un cuerpo dogmático cerrado en sí mismo que se impone como una verdad revelada y única sobre el conjunto de los operadores jurídicos, sino el resultado de un proceso de conciliación de intereses que se desarrolla y se extiende para renovar, de manera constante, esa conciliación y pacificación social. Los criterios de la interpretación constitucional son tan abiertos como la sociedad pluralista. Tampoco hay un *numerus clausus* de los intérpretes constitucionales. En los procesos de interpretación constitucional se insertan potencialmente todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos ciudadanos y grupos. La Constitución, en la medida en que es vivida por la sociedad, es interpretada y reinterpretada de manera constante por todos los que conforman esta realidad.⁶

Esto no significa que no haya diferencias entre, por un lado, los órganos estatales que realizan interpretaciones de la Constitución con fuerza jurídicamente vinculante y, por otro, los grupos políticos y ciudadanos individuales que participan en la aplicación de la Constitución por la introducción de recursos ante los tribunales, la formulación de programas legislativos u otras acciones que se basan, de manera más o menos específica, en una cierta interpretación de la preceptiva constitucional. Sin embargo, en el Estado democrático constitucional los órganos estatales, y sobre todo el Tribunal Constitucional, deben tener en cuenta la opinión pública en el proceso de interpretación de la ley fundamental. Según este concepto, se justifica un control de constitucionalidad muy discreto en todos los casos en que la ley en cuestión ha sido objeto de un debate extenso en el Parlamento y en el público y goza de una amplia adhesión popular; al contrario, se necesita un control más detallado cuando se trata de legislación públicamente controvertida o de normas legales que han sido adoptadas en un proceso legislativo con participación limitada.⁷

El carácter relativamente abierto de muchas normas constitucionales, y en particular de los derechos fundamentales, es el punto de partida de las reflexiones de Hesse sobre el tema de la interpretación constitucional. Para él, la interpretación constitucional es esencialmente un proceso de concreción. La aplicación de una norma consiste en una operación de ajuste en la que la norma ha de ser racionalmente

⁵ Leibholz, o. cit., p. 94.

⁶ P. Häberle, "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten", en P. Häberle, *Verfassung als offener Prozeß*, Berlín 1978, p. 155 (159 y ss.).

⁷ Häberle, o. cit., pp. 174 y s.

vivida por el intérprete. Esto, que en todos los casos es así, en el derecho constitucional adquiere mayor importancia porque las normas constitucionales son más abiertas que la mayoría de las normas del derecho ordinario. Aquí la concreción de la norma se efectúa mediante la operación de aplicación; la norma se cierra, por así decirlo, en el acto de aplicación. 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 manera igualmente racional y controlable, creando de este modo certeza y previsibilidad jurídicas, y no el de la simple decisión por la decisión.⁸

Esas premisas llevan Hesse a una llamada *interpretación tópica* de la Constitución. Ese método abierto de interpretación refleja el carácter abierto de la Constitución. Pero en este concepto el intérprete no es libre para seleccionar de los aspectos en que quiere basar su argumentación. Por un lado, está limitado a la consideración de aquellos aspectos que presentan un vínculo bastante estrecho con el problema en cuestión; por otro, su selección es estructurada y determinada por los elementos de concreción inherentes en el programa normativo de la norma de cuya interpretación se trata.⁹

Sin embargo, hay unos principios que guían y al mismo tiempo limitan el proceso de concreción. Quizás el más importante de estos principios es el reconocimiento de que la Constitución debe concebirse como *unidad de sentido* cuyas normas y principios son elementos interdependientes. En consecuencia, el sentido de las normas constitucionales debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquier interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella.¹⁰

Una aplicación importante de este principio es el imperativo de obtener un equilibrio entre varios bienes constitucionalmente protegidos que en el caso concreto se encuentran en conflicto. No existe un orden jerárquico entre los bienes y valores constitucionales. De esto resulta que el intérprete de la Constitución tiene que establecer un balance entre los bienes en conflicto que permita a ambos recuperar la máxima eficacia jurídica posible en las circunstancias. La expresión mejor conocida de este concepto es el *principio de la proporcionalidad*, que se aplica también en la hipótesis de un conflicto entre bienes constitucionalmente protegidos; por ejemplo, en la situación de una colisión entre derechos fundamentales de titulares diferentes. Su aplicación evita que la actualización de un principio constitucional se agote en la limitación unilateral del otro. La interpretación de cada uno de los dos principios debe tener en cuenta la función que el otro principio tiene para la realización de los

⁸ K. Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, 1983, p. 37.

⁹ K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., Karlsruhe, 1999, p. 26.

¹⁰ *Ibidem*, p. 27.

valores fundamentales del orden liberal democrático establecido por la Ley Fundamental.¹¹

Otro criterio fundamental de la interpretación constitucional *tópica* es el fortalecimiento de la vigencia normativa de la Constitución. En esta perspectiva, la Ley Fundamental busca establecer no sólo un orden formal de la vida pública en la República Federal, sino un ordenamiento bueno y justo de la comunidad. Constituye un conjunto de principios, valores, competencias y procedimientos destinados a echar raíces en la realidad política y social de país. De esta comprensión material o sustancial de la preceptiva constitucional se deriva la necesidad de una interpretación efectiva de la Constitución que dé la máxima vigencia práctica a sus principios, sobre todo a los derechos fundamentales y al orden democrático y social del Estado. El aspecto de la fuerza normativa de la Constitución establece también una base favorable a la interpretación dinámica de ésta, porque obliga al juez constitucional a seleccionar de entre varias interpretaciones posibles de la norma constitucional la solución que le permita producir los máximos efectos jurídicos en las circunstancias históricas concretas.¹²

El denominador común de estos conceptos doctrinales de la interpretación constitucional es la libertad más grande que acuerdan al juez constitucional en la selección de los criterios en que quiere fundamentar su aplicación de la norma constitucional. En otros términos, hacen evidente la función creadora inherente en el proceso de interpretación constitucional. Por ejemplo, según el modelo de la interpretación integradora, el juez constitucional debe seleccionar la interpretación que facilite al máximo posible la integración política de la población. De manera similar, el concepto de la interpretación pluralista invita al juez constitucional a considerar en qué medida la ley que está sometida a su control representa un consenso que ya existe o está formándose en la sociedad con respecto al problema material que debe solucionar.¹³ Ambos conceptos tienen tendencia a reducir la vinculación del juez al texto de la interpretación constitucional aplicable en el caso concreto. Al mismo tiempo, implican un análisis político y sociológico profundizado de las orientaciones dominantes en los sectores más importantes de la sociedad, para lo cual el juez parece mal equipado.¹⁴

El modelo de concreción de las normas constitucionales propuesto por Hesse evita esas dificultades, pues la selección de los criterios relevantes queda vinculada

¹¹ *Ibíd.*, p. 28.

¹² *Ibíd.*, pp. 16 y ss, 29.

¹³ Häberle (“Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß – ein Pluralismuskonzept”, o. cit. p. 121) (135) llama él mismo la atención sobre el peligro de que el método pluralista pueda fácilmente degenerar en un instrumento para subordinar la preceptiva constitucional a las presiones de los intereses particulares o las emociones transitorias de la opinión pública.

¹⁴ E.-W. Böckenförde, “Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik”, en E.-W. Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 2ª ed., Frankfurt a. M., 1992, p. 53 (68).

al programa normativo del precepto de cuya interpretación se trata. Sin embargo, el problema central de la interpretación constitucional reside exactamente en el carácter indefinido o mal determinado del programa normativo de la disposición constitucional. El modelo de concreción de las normas constitucionales reformula este problema, pero no lo soluciona.

IV. La posición del Tribunal Constitucional federal

Quizás por estos motivos, el Tribunal Constitucional federal no ha optado por uno u otro de los mencionados métodos de interpretación constitucional. Al menos en teoría, continúa afirmando la importancia de los medios tradicionales de interpretación, con cierta preferencia por la interpretación sistemática y teleológica.¹⁵ Hay numerosas sentencias en que los principios hermenéuticos clásicos forman la base de su argumentación.¹⁶ Sin embargo, en otras instancias el Tribunal ha recurrido a una argumentación *tópica* para fundamentar su decisión.¹⁷ Por eso es correcta la observación de la doctrina en cuanto a que el Tribunal no se limita a un método de interpretación único, sino que utiliza varios criterios de interpretación que cambian según el caso.¹⁸ En su fallo de 1983 relativo a la disolución anticipada del Parlamento Federal, el Tribunal reconoció explícitamente que hay diferencias importantes entre la interpretación constitucional y la interpretación de la legislación ordinaria. En su opinión, el problema de la indeterminación material de la norma es mucho más frecuente y grave en el campo del derecho constitucional que en el ámbito del derecho ordinario. Por este motivo, el Tribunal manifestó dudas respecto de la aplicabilidad sin reserva de los principios interpretativos tradicionales en el terreno constitucional.¹⁹ Pero no procedió, en esta ocasión ni en otra, a una reflexión sistemática de las modificaciones necesarias de los criterios de interpretación establecidos o de su reformulación concreta. Esta tarea fue dejada en manos de la doctrina.

Más importante es la línea general que ha seguido el Tribunal en la interpretación y aplicación de la Ley Fundamental. Apartándose del formalismo y del positivismo dominantes en el derecho público alemán a comienzos del siglo XX, el Tribunal ha favorecido de manera constante la comprensión material del derecho constitucional. Para el Tribunal, la esencia de la Constitución no se agota en sus elementos formales, aunque la vida y la eficacia constitucionales descansan también sobre esos elementos. No menos esencial es el contenido de la Constitución, que no quiere ser

¹⁵ *Sentencias del Tribunal Constitucional Federal*, vol. 1, p. 299[312]; 11, 126[130]; 40, 353[365].

¹⁶ Por ejemplo, las sentencias TCF vol. 40, 141; 62, 1.

¹⁷ Por ejemplo, las sentencias TCF vol. 34, p. 269; 39, 334; 40, 296.

¹⁸ E.-W. Böckenförde, o. cit., p. 54; Hesse, *Grundzüge...*, o. cit., p. 24.

¹⁹ *Sentencias del Tribunal Constitucional Federal*, vol. 62, p. 1 [45].

sólo un orden por el orden, sino un ordenamiento bueno y justo de la comunidad. Cristalizada en el concepto del *orden de valores sustanciales* subyacente a la Constitución y en particular a sus disposiciones sobre la protección de los derechos fundamentales, esta interpretación sustancial de la Ley Fundamental se ha convertido en un elemento central de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Otra consecuencia importante de este concepto ha sido la eliminación de la separación rígida entre la norma jurídica y la realidad social. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la realidad normada por la Ley Fundamental alcanza un significado esencial por la interpretación constitucional. El cuidadoso análisis de las circunstancias, que atribuye considerable importancia a las interrelaciones políticas, económicas, técnicas y sociales, ocupa una posición central en la interpretación de la norma constitucional. Por consiguiente, el cambio histórico de estas relaciones puede también incidir en la aplicación de la norma constitucional, con la consecuencia de que el derecho constitucional experimente un desarrollo continuado mientras el texto de la Constitución permanece inalterado. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha reconocido que la evolución de los conocimientos científicos con respecto a los efectos médicos y psicológicos de la condena a prisión perpetua sobre el condenado puede llevar a una modificación en la evaluación de la constitucionalidad de este tipo de pena.²⁰ La interrelación entre el cambio técnico y la interpretación constitucional está ilustrada por la jurisprudencia del Tribunal relativa a la libertad de radiodifusión. Según el Tribunal, los términos *radio* y *televisión* que emplea el artículo 5.1 de la Ley Fundamental para delimitar el ámbito de protección de esta libertad no son susceptibles de una definición irrevocable. Su contenido debe determinarse a la luz de la evolución técnica. Sólo la interpretación dinámica de estos términos permitirá extender la protección de la libertad de radiodifusión también a los nuevos medios de comunicación que no se conforman a las categorías tradicionales de medios de comunicación social o individual.²¹

V. El desarrollo de la preceptiva constitucional a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal

El Tribunal ha dado una interpretación sustancial a los principios básicos del ordenamiento jurídico y político, es decir, a los principios de Estado de Derecho y de orden democrático. Por ejemplo, de la garantía de un orden democrático-liberal contenida en el artículo 21.2 de la Ley Fundamental ha derivado un concepto amplio de la democracia pluralista que incluye el respeto por la dignidad humana y sus elementos esenciales protegidos por la Ley Fundamental, en particular el derecho de la persona a la vida y al libre desarrollo, la soberanía popular, la división de poderes, la

²⁰ *Sentencias de Tribunal Constitucional Federal*, vol. 45, p. 187 [227].

²¹ *Sentencias del Tribunal Constitucional Federal*, vol. 73, p. 118[154]; 74, 297[350].

responsabilidad del Gobierno, la subordinación de la administración a la ley, la independencia de los tribunales, la libre competencia y el derecho fundamental de los partidos políticos a la igualdad de oportunidades y a la formación de una oposición política conforme a los requisitos de la Constitución.²² De manera similar, ha reconocido, sobre la base de las normas constitucionales que determinan la estructura federal del Estado alemán, un principio constitucional no escrito del deber recíproco de la federación y los estados de un comportamiento leal,²³ de donde resultan varios deberes legales concretos, entre otros el deber de los estados de acatar los acuerdos internacionales celebrados por la federación,²⁴ un creciente deber de cooperación en los casos en que la Constitución o la ley exigen un entendimiento entre la federación y los estados,²⁵ y la obligación de los estados más ricos a ayudar dentro de ciertos límites a los más débiles.²⁶

Pero es en el campo de los derechos fundamentales donde la interpretación material y dinámica ha tenido su aplicación más espectacular. Es cierto que en este terreno existe una situación particular, que deriva de la indeterminación de las garantías textuales de la mayoría de los derechos fundamentales. Para el Tribunal Constitucional federal no era posible recurrir a una tradición clara y segura, porque los derechos fundamentales no habían desempeñado un papel mayor en la praxis del Estado alemán antes de la Ley Fundamental. Del texto de la nueva Constitución, que dispone en su artículo 1.1 que los derechos fundamentales por ella garantizados vinculan a los poderes del Estado a título de derecho directamente aplicable, resultaba claramente que los derechos individuales debían tener una importancia mayor que en el pasado. Todo lo demás dependió de su interpretación. Por su extensa jurisprudencia en materia de derechos fundamentales, el Tribunal ha cumplido una exigencia fundamental de la protección jurídica de los derechos humanos, que ahora es generalmente reconocida no sólo en el ámbito nacional, sino también en la jurisprudencia internacional, a saber: que las garantías de los derechos individuales deben comprenderse como instrumentos jurídicos “vivientes” en la máxima medida posible.²⁷

El Tribunal logró este fin por tres vías interpretativas principales: 1) la interpretación de las garantías de derechos fundamentales como sistema comprensivo de protección; 2) la ampliación de los efectos jurídicos de los derechos fundamentales,

²² *Sentencias del Tribunal Constitucional Federal*, vol. 2, p. 1[12]; 5, 85[140].

²³ *Sentencias del Tribunal Constitucional Federal*, vol. 12, p. 205[254].

²⁴ *Sentencias del Tribunal Constitucional Federal*, vol. 6, 309[361].

²⁵ *Sentencias del Tribunal Constitucional Federal*, vol. 1, p. 299[315].

²⁶ *Sentencias del Tribunal Constitucional Federal*, vol. 1, 117[131]; 86, 148[215]; 101, 158[222].

²⁷ La necesidad de una interpretación dinámica de la Convención Europea de los Derechos Humanos ha sido consagrada de manera explícita en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos; véase la decisión de la Corte en el caso *Tyrrer*, serie A 26, p. 15. Sobre la interpretación de normas internacionales y constitucionales en materia de derechos humanos en general cf. N. Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law*, Cambridge, 2002, pp. 159 y ss.

y 3) la interpretación extensiva del ámbito de protección de los derechos fundamentales para adaptarlos a situaciones no previstas.

1. *La interpretación de los derechos fundamentales como sistema sin lagunas*

En primer lugar, el Tribunal Constitucional ha convertido las garantías disociadas del texto constitucional en un sistema comprensivo de protección de derechos individuales que no admite lagunas. A tal efecto, el Tribunal ha interpretado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, garantizado en el artículo 2 de la Ley Fundamental, de manera extremadamente extensiva: protege cualquier actividad humana que no esté cubierta por una garantía más específica.²⁸ De este modo, todos los aspectos de la libertad individual que no forman parte del ámbito de protección de uno de los derechos fundamentales particulares enumerados en los artículos 3 y siguientes de la Ley Fundamental gozan al menos de la protección reservada al derecho general al libre desarrollo de la personalidad. Esto es de gran importancia práctica, pues todo ciudadano que se considere lesionado en uno de sus derechos fundamentales protegidos por la Constitución, incluso el derecho al libre desarrollo de la personalidad, podrá interponer un recurso en defensa de estos derechos ante el propio Tribunal Constitucional si no obtiene satisfacción por la vía judicial ordinaria. Ésta es una de las razones para el extraordinario éxito cuantitativo del recurso de amparo constitucional en el pasado.

2. *Ampliación de los efectos jurídicos de los derechos fundamentales*

Ya en una fase temprana de la jurisprudencia del Tribunal se dio un paso decisivo en dirección a una interpretación sustancial de los derechos fundamentales, con la doble cualificación de estos derechos en la famosa sentencia del caso *Liith*: no sólo como derechos de libertad frente al Estado sino también como decisiones objetivas de valor o normas de principio, con validez para todos los ámbitos del derecho. En la motivación de la sentencia, el Tribunal reconoció que los derechos fundamentales se encuentran principalmente destinados a asegurar la esfera de libertad de los individuos frente a las intervenciones de los poderes públicos; pero, en su opinión, la función de los derechos fundamentales incorporados en la Ley Fundamental no se limita a esta protección del individuo frente al Estado. Según el Tribunal, la Ley Fundamental ha establecido en su sección de derechos fundamentales un orden objetivo de valores con la consecuencia de intensificar el principio de la obligatoriedad de los derechos fundamentales.

Ese sistema de valores, que encuentra su punto central en la dignidad y en la personalidad humana que se despliega libremente dentro de la comunidad social, debe estar vigente en su calidad de decisión fundamental del ordenamiento constitu-

²⁸ *Sentencias del Tribunal Constitucional Federal*, vol. 6, p. 32[37]; 80, 137[154].

cional en todos los sectores del derecho. La legislación, la administración y la jurisdicción deben recibir sus lineamientos e impulsos. En particular, el juez ordinario ha de examinar si las disposiciones de derecho ordinario que él debe aplicar están influenciadas por los derechos fundamentales en la forma expuesta. Si no observa esa obligación y no se da cuenta de la influencia de la Constitución sobre las normas legales aplicables, no sólo actúa contra el derecho constitucional objetivo, sino que, en su calidad de magistrado, viola mediante su sentencia el derecho subjetivo del individuo titular del derecho fundamental respectivo.²⁹

La concepción desarrollada por el Tribunal Constitucional conduce a repercusiones de largo alcance: los derechos fundamentales influyen en todo el derecho, incluyendo el derecho procesal e incluso el derecho privado. Sobre la base de esta interpretación amplia de los derechos fundamentales se formularon otros principios importantes, como el efecto de irradiación, el denominado efecto frente a terceros de los derechos fundamentales y las obligaciones de protección en el ámbito jurídico fundamental.

El Tribunal Constitucional federal consagró la existencia de obligaciones de protección estatal en su decisión sobre la inconstitucionalidad de la despenalización del aborto. Según el Tribunal, el derecho a la vida contenido en el artículo 2.2 de la Ley Fundamental implica una obligación de protección para cada forma de vida humana. No importa si el *nasciturus* es titular del derecho a la vida o no, pues goza en todo caso de la protección de la dignidad humana que el artículo 1 de la Ley Fundamental garantiza a todo ser viviente, a todo ser humano que posee vida y, por consiguiente, también al *nasciturus*. La obligación de protección implica la adopción de medidas legales, incluso en el ámbito del derecho penal, para hacer respetar el derecho a la vida tanto por los poderes públicos como por los privados, dado que la vida es un valor absoluto, de imposible restitución en caso de su violación. El legislador goza de un margen de apreciación en la selección de los medios que le parezcan adecuados y necesarios para realizar este fin; sin embargo, está obligado constitucionalmente a considerar también las sanciones penales si ningún otro medio ofrece una protección suficiente.

Sobre este fundamento doctrinal, el Tribunal declaró inconstitucional la despenalización generalizada del aborto consentido dentro de un plazo fijado por la ley; pero permitió la despenalización en determinadas circunstancias, definidas meticulosamente por la ley, en que el valor constitucional de la vida del *nasciturus* entra en colisión con otros valores constitucionalmente protegidos de rango igual, como la vida o la autodeterminación sexual de la madre.³⁰ La figura del deber de protección ha sido extendida en la jurisprudencia ulterior a otros derechos, pero su énfasis queda sobre la protección de la vida y del derecho a la integridad física. En general, sin

²⁹ *Sentencias del Tribunal Constitucional Federal*, vol. 7, p. 198[205].

³⁰ *Sentencias del Tribunal Constitucional Federal*, vol. 39, p. 1[36].

embargo, el legislador goza de una libertad considerable en el cumplimiento de esta obligación. Sólo cuando la medida adoptada no resulta adecuada, desde ninguna perspectiva, para proteger el derecho constitucionalmente garantizado el Tribunal procederá al pronunciamiento de la inconstitucionalidad.

3. *Adaptación de los derechos fundamentales a situaciones sociales no previstas*

La misma preocupación por la protección efectiva de los derechos fundamentales ha animado la adaptación interpretativa del ámbito de protección de estos derechos a los cambios de la realidad política y social. A causa de los nuevos o crecientes peligros para la personalidad humana, se han concretado la garantías constitucionales de una manera apropiada para prevenir dichos peligros. El ejemplo más importante a este respecto es la célebre decisión de 1983 sobre la inconstitucionalidad parcial de la ley del censo. En esta sentencia, el Tribunal derivó del artículo 2.1 de la Ley Fundamental —que textualmente sólo garantiza el libre desarrollo de la personalidad y no hace ninguna referencia a las técnicas modernas de tratamiento automatizado de los datos— y de la garantía de la dignidad humana contenida en el artículo 1, el derecho del individuo a la autodeterminación informativa. A tal efecto, se fundó en el carácter no concluyente del derecho de la personalidad y la necesidad de reconsiderar el alcance del concepto de autodeterminación en condiciones modernas. En opinión del Tribunal, el fenómeno moderno del procesamiento automático de datos pone en peligro la capacidad del individuo de decidir por sí mismo cuándo y dentro de qué límites son públicos los asuntos de su vida personal. Ésta aparece ante todo amenazada por el hecho de que los procesos de decisión ya no se pueden retrotraer, como antiguamente, a registros y documentos compilados manualmente. Gracias a la elaboración automática de datos, la información individual sobre circunstancias personales u objetivas de una persona determinada o determinable son, técnicamente hablando, acumulables sin límite alguno y en cualquier momento se pueden recabar en segundos, cualquiera sea la distancia. Además, esa información puede —especialmente con el montaje de sistemas integrados de información— refundirse con otras colecciones de datos en un perfil de personalidad parcial o ampliamente definido, sin que el interesado pueda controlar suficientemente su exactitud y su utilización. De este modo se perfilan, según el Tribunal, en una medida hasta ahora desconocida, las posibilidades de indagación e influencia susceptibles de incidir sobre la conducta del individuo, al menos por la presión psicológica que supone el interés del público en aquélla.³¹

De lo que antecede el Tribunal dedujo que la libre eclosión de la personalidad presupone, en las condiciones modernas de la elaboración de datos, la protección del

³¹ Tribunal Constitucional Federal, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 1984-33, p. 126 (152-153).

individuo contra la recolección, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitadas de los datos concernientes a su persona. Por este motivo, declaró aplicable el derecho fundamental del artículo 2.1, en relación con el artículo 1.1 de la Ley Fundamental, aunque estas disposiciones no contienen ninguna indicación textual susceptible de acomodar el derecho a la autodeterminación informativa reconocido por el Tribunal.

En resumen, el Tribunal Constitucional ha hecho prevalecer la validez de los derechos fundamentales no sólo para la vida del Estado, sino también para la entera vida jurídica del Estado. De esta manera ha sentado las bases para la omnipresencia de los derechos fundamentales en la vida política y social de la República Federal.

VI. Los límites del desarrollo interpretativo del derecho constitucional

La comprensión material de la Constitución como unidad de sentido destinada a producir sus efectos en la realidad política y social no significa, sin embargo, que el juez constitucional sea libre de modificar el contenido del derecho constitucional en vigencia a través de la interpretación de las normas constitucionales existentes. Hay que diferenciar entre el desarrollo del derecho constitucional positivo por medio de una interpretación dinámica, por una parte, y la creación de nuevos principios y normas constitucionales, por otra. La Ley Fundamental reserva, en su artículo 79, la facultad de modificar la Constitución a los órganos políticos, es decir, al Parlamento y al Consejo federales. El mismo artículo dispone que la ley federal sólo puede ser reformada por una ley que expresamente modifique o complemente su texto. De esto resulta claramente que la prohibición de reformar o modificar la norma constitucional marca un límite absoluto para toda concreción interpretativa del derecho constitucional positivo.³² Se plantea entonces el problema de aclarar la relación entre la reforma y la interpretación de la Constitución.

Para ello hay que partir de que la interpretación de la Constitución tiene que ver con la elucidación, el desarrollo y, en su caso, el perfeccionamiento de algo que está dado (normativamente) con anterioridad, y no sólo de algo meramente propuesto.³³ En ocasiones, y dependiendo de la mayor determinación o indeterminación material de la norma constitucional, esto puede convertirse en un proceso difícil, en el que la interpretación se ve llevada a su límite. Ahora bien, aun en este supuesto, sigue siendo algo diferente de la reforma o de un desarrollo nuevo de lo dado con anterioridad. Si se declara que esta diferenciación ha sido superada, o que es irrealizable, entonces se está cancelando también la posibilidad de distinguir entre interpretación y reforma constitucional. Y esto no es aceptable, visto que la Ley Fundamental diferencia entre la competencia para interpretar auténticamente el texto constitucional, que está re-

³² Hesse, *Grundzüge*, o. cit., p. 30.

³³ E.-W. Böckenförde, "Anmerkungen zum Begriff des Verfassungswandels", en E.-W. Böckenförde, *Staat, Nation, Europa*, Fráncfort del Main, 1999, p. 141 (153).

servada al Tribunal Constitucional, y la competencia para modificar la Constitución, que está asignada a las asambleas legislativas.

Mientras la jurisprudencia guarda silencio sobre este tema, parte de la doctrina ha avanzado reflexiones que pueden ayudar a aclarar la diferencia entre interpretación y reforma constitucional. Según estos autores, en la interpretación no pueden mantenerse separadas la norma y la realidad que ésta regula o ha de regular. El segmento de la realidad que se ve afectado por la regulación de la norma, por el denominado *programa normativo*, aparece como un componente constitutivo objetivo de la norma misma. La norma es, en esa medida y de forma necesaria, un modelo de regulación referido por su objeto, y por tanto también acuñado por él; lo regulador y lo regulado se corresponden entre sí y no pueden ser aislados. Por ello es razonable que la transformación de la situación objetiva que constituye el objeto del programa normativo o está afectada por él, lleve también a una modificación del efecto ordenador de la norma. Sin embargo, el efecto ordenador de la norma no queda transformado por cualquier modificación de la realidad, sino sólo por aquellos cambios que se producen en las circunstancias acogidas por el programa normativo, y para éste el texto constitucional mantiene un significado constitutivo.³⁴

La tesis principal de este concepto es que el programa normativo de una norma constitucional no se modifica con la mera transformación de la realidad social visada por ella. Las modificaciones del efecto concreto de la norma, que se dan en el juego entre programa y ámbito normativo cuando se produce un cambio en este último, pueden ser precisamente el resultado de una interpretación ajustada de la norma, no de que se la ponga en cuestión. No modifican el texto de la norma sino que se mantienen en el marco fijado por él.³⁵

En otros términos, el texto de la norma constitucional marca el límite de la concreción interpretativa de la Constitución. Las modificaciones aportadas al contenido de la norma constitucional por la vía de la interpretación deben respetar el marco trazado por el texto. Sin embargo, la fijación exacta de este marco es también una cuestión de interpretación. Vale para ella lo que es de aplicación a toda interpretación constitucional: allí donde la posibilidad de una comprensión lógica del texto de la norma termina o donde una determinada mutación constitucional aparece en clara contradicción con el texto de la norma, concluyen las posibilidades de interpretación de ésta y, con ello, las posibilidades de una mutación constitucional.³⁶

Esta posición ha sido criticada por su inconsistencia lógica: si el texto de la norma constitucional es el objeto de la interpretación, ¿cómo puede servir de límite a

³⁴ K. Hesse, "Grenzen der Verfassungswandlung", en H. Ehmke y otros (eds.), *Festschrift für Ulrich Scheuner*, Berlín 1973, p. 128 (137 y ss.); F. Müller, *Juristische Methodik*, 1990, pp. 274 y ss.

³⁵ Böckenförde, "Anermerkungen...", o. cit., p. 154.

³⁶ Hesse, *Grundzüge...*, o. cit., pp. 29-30.

esta misma interpretación?³⁷ Pero esta crítica parece comprender mal que el carácter más o menos abierto de un texto normativo constituye un factor relativo: mientras el texto puede ser muy abierto en relación con un aspecto de lo regulado, puede ser mucho más claro respecto a otro.³⁸ En otros términos, si el texto de la norma permite un gran número de propósitos interpretativos, este número casi nunca es ilimitado. La posición contraria resultaría necesariamente en la dilución de la diferencia entre interpretación y reforma constitucional, permitiendo así calificar de interpretación lo que de hecho es una modificación del contenido de las prescripciones específicas de la Constitución.³⁹

VII. Conclusión

Hasta ahora, el derecho constitucional alemán no ha conocido un debate tan fundamental sobre los métodos de interpretación como el que se ha realizado en los Estados Unidos entre los defensores del llamado *originalismo* y del *intencionalismo* en el campo de la interpretación constitucional.⁴⁰ Éste es, por cierto, un signo del mayor acuerdo que existe en la República Federal con respecto al papel activo del juez constitucional en el proceso de ampliación y de desarrollo del derecho constitucional, no sólo entre constitucionalistas sino también en la sociedad en general. Si de vez en cuando ciertas decisiones concretas del Tribunal son sometidas a una crítica violenta de la doctrina o de los medios, el concepto de una interpretación sustancial y dinámica de la Constitución, por su lado, ha sido largamente inafectado.

La ausencia de controversia refleja sin duda una particularidad de la cultura política y jurídica alemana que asigna al juez, y sobre todo al juez constitucional, una responsabilidad mayor en la defensa de un ordenamiento justo de la Comunidad. Al mismo tiempo, oculta el hecho de que hasta hoy le falta a la jurisprudencia una teoría moderna y coherente de la interpretación constitucional. Los métodos de interpretación clásicos utilizados por el Tribunal Constitucional como puntos de partida son en no pocos casos insuficientes para dar a sus sentencias un fundamento racional y controlable. Por otra parte, la argumentación *tópica* a que recurre en otras sentencias se presta apenas a la formulación de una teoría de interpretación general y comprensiva. Por su parte, la doctrina está aún lejos de concebir un modelo de interpretación capaz de suscitar la adhesión de la mayoría

³⁷ Böckenförde, "Die Methoden...", o. cit., pp. 76 y s.; O. Depenheuer, *Der Wortlaut als Grenze*, Heidelberg, 1988, pp. 17 y ss.

³⁸ C. Walter, "Hüter oder Wandler der Verfassung? Zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Prozeß des Verfassungswandels", en *Archiv des Öffentlichen Rechts* 125 (2000), p. 517 (540 y s.).

³⁹ Böckenförde, "Anmerkungen...", o. cit., pp. 155-156.

⁴⁰ Sobre este debate véase P. de Lora Deltoro, *La interpretación originalista de la Constitución*, 1998.

de los autores e incluso de los jueces.⁴¹ Sin embargo, un cuerpo de criterios hermenéuticos orientado a homogeneizar la interpretación resulta cada vez más urgente, vista la importancia de la jurisprudencia constitucional para la evolución pacífica de las sociedades abiertas modernas.

⁴¹ Böckenförde, "Die Methoden...", o. cit., p. 53 y s.

II. Derecho procesal constitucional

- *Juan Colombo Campbell (Chile)*
El debido proceso constitucional
- *Víctor Bazán (Argentina)*
Amicus curiae, transparencia del debate judicial y debido proceso
- *Mario A. R. Midón (Argentina)*
Caso *San Luis*: una sentencia justa que protege la propiedad y preserva la supremacía de la Constitución
- *Pablo Dermizaky P. (Bolivia)*
Justicia constitucional y cosa juzgada
- *Jesús M. Casal Hernández (Venezuela)*
Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional
- *Andreas Timmermann (Alemania)*
Hacia una vinculación objetiva de los institutos jurídicos.
Argumentos en contra de consideraciones inapropiadas en el derecho

Juan Colombo Campbell (Chile) *

El debido proceso constitucional **

*La jurisdicción sin proceso es sólo
un ideal de justicia.*

I. Antecedentes generales

El proceso jurisdiccional es aquel destinado a solucionar conflictos de intereses de relevancia jurídica por una sentencia o mediante el uso de sus equivalentes legitimados. Es una relación jurídica procesal dinámica que avanza y crece a medida que los sujetos habilitados actúan en él y que se plasma físicamente en hechos y actos que, encadenados, generan como resultado un acto procesal complejo, autónomo y distinto de aquellos que lo integran. El proceso, como sostiene Brugi, es una relación judicial que asume la relación jurídica que se alteró por el conflicto.

Por lo tanto, como bien dice Couture, no se trata de crear un proceso cualquiera, sino un proceso idóneo para que el Estado ejerza la jurisdicción y los sujetos involucrados tengan acceso racional y justo a la solución de sus conflictos. En otros términos, un debido proceso.

Éste, al responder el doble objetivo de resolver sobre el conflicto *sub lite* y, como su natural consecuencia, restablecer el imperio del derecho, debe ajustarse estrictamente a las normas de procedimiento preestablecidas para su tramitación, toda vez que son ellas las que contienen presupuestos procesales habilitantes para que el proceso, una vez afinado, logre sus objetivos y pueda calificarse como “debido”.

Ahora bien, si el debido proceso es constitucional, además de cumplir con las dos funciones enunciadas, produce como resultado natural la aplicación imperativa

* Presidente del Tribunal Constitucional de Chile. Profesor titular de Derecho Procesal, Universidad de Chile.

** Trabajo preparado para el encuentro anual con la Corte Constitucional Italiana, Roma, diciembre de 2003.

del principio de la *supremacía constitucional*, garantizando así su eficacia real. Sobre el punto es útil recordar lo expuesto por Osvaldo Gozaíni, quien postula que este fenómeno no ha sido debidamente advertido por el juez constitucional latinoamericano, quien no desarrolla a cabalidad la misión de protegerlo jurisdiccionalmente.

Coincido con mi viejo amigo Néstor Pedro Sagüés, en que la delimitación del concepto de proceso constitucional no es tarea sencilla, y debo agregar que tampoco lo es la de sistematizar las exigencias para que éste pueda considerarse como debido.

Aunque desde una perspectiva amplia todo proceso jurisdiccional está amparado por la garantía del debido proceso, en esta oportunidad restringiré su análisis al que denominaremos “debido proceso constitucional”, entendiéndolo por tal el medio que el sistema de la jurisdicción especializada establece para la solución del conflicto constitucional propiamente tal, según se precisará más adelante.

Es el desafío que debo enfrentar ante ustedes y la tarea que tengo que cumplir.

Para iniciar su examen, me referiré al concepto de “debido proceso” que, generalmente, se define como aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y en definitiva la plena eficacia del derecho.

El proceso constitucional representa una especie dentro del género de los procesos jurisdiccionales, y se concibe como aquel mediante el cual un tribunal constitucional, aplicando directamente la Constitución como norma *decisoria litis*, decide un conflicto en materias de su competencia. Este proceso, por su trascendencia y por los efectos *erga omnes* que generalmente tienen las decisiones que le ponen término, a diferencia de las comunes que son relativas, debe cumplir, como ninguno, con los requisitos que la Constitución, la ley y la doctrina exigen para que pueda ser calificada como “debido”.

Este trabajo pretende examinar algunos elementos procesales y constitucionales indispensables para lograr un planteamiento básico acerca del concepto, contenido y efectos del debido proceso constitucional, como igualmente de los principios informadores que lo sustentan.

Al iniciar esta misión debemos tener muy en cuenta que la garantía del debido proceso se encuentra normalmente consagrada en forma expresa en la Constitución política, en cuyo caso las disposiciones que se refieren a la materia serán exigibles, como toda norma constitucional lo es, mas la aplicación de los principios que la configuran cobrará aún mayor relevancia cuando el país no cuente con una constitución escrita, como igualmente en el evento de que su texto no las contemple expresa o satisfactoriamente.

En esta línea de pensamiento, Dominique Rousseau destaca que evidentemente la Constitución en todos los Estados es el texto de referencia utilizado por el tribunal para juzgar la ley y, llegado el caso, los demás actos jurídicos sometidos a su control. Pero agrega que conviene precisar que la noción de Constitución se entiende en sen-

tido amplio: no sólo se compone del conjunto de reglas de organización de los poderes públicos, del reparto de competencias y del procedimiento de elaboración de las normas, sino que también de los principios, derechos y libertades contenidos en otros textos, como el preámbulo de la Constitución o, en el caso francés, de las declaraciones de 1789 y 1946, a las que la Constitución hace referencia. Concluye que ello permite a los jueces constitucionales interpretar, determinar el sentido e incluso deducir de tales textos nuevos principios, derechos y libertades.

Resulta también necesario señalar que la riqueza conceptual del debido proceso y la importancia que tiene en el desarrollo del sistema procesal constitucional lo colocan por sobre cualquier normativa que regule el procedimiento y por lo tanto, como principio básico para el ejercicio de la jurisdicción, será válido en todo el ordenamiento procesal.

José Luis Cea destaca que, en relación con los requisitos del proceso, y por tratarse de elementos diferentes, no es correcto confundir la legalidad positiva oficial, la racionalidad sustantiva en que ha de fundarse aquélla y el imperativo esencial de justicia que debe cumplir tal proceso. En consecuencia, esas tres condiciones tienen que reunirse copulativamente para que exista un debido proceso de cualquier índole.

Hoy se considera una “institución”, y es por tal motivo que los estudiosos de la disciplina incluyen su desarrollo en el ámbito de la teoría general del proceso. En esta línea de pensamiento, Iñaki Esparza, en su obra *El principio del proceso debido*, sostiene que su sistematización no tendría ningún sentido si no la pusiéramos primero en relación con el conjunto de la teoría de los principios, y posteriormente con aquellos que rigen en el proceso y los procedimientos propios de cada una de las manifestaciones de la jurisdicción.

Agrega que existe entre los autores un sustrato básico de común aceptación que atribuye al debido proceso unos determinados contenidos que, como mínimo, deben concurrir para que efectivamente se dé. En este sentido lo concibe como una válvula reguladora entre la libertad individual y las previsibles imposiciones de la autoridad, asumiendo la existencia de conflictos entre los ciudadanos y aquella, y encauzando la resolución de los mismos por medio del proceso.

Podemos agregar que el debido proceso tiene un indudable componente sociológico que lo ha dotado de una flexibilidad que ha permitido la longevidad de esta institución. Ello implica, a juicio de A. Ch. Miller, la imposibilidad de definirlo absolutamente, sino en relación con un momento histórico determinado, aunque precisa que siempre subyace la idea de una constante voluntad de armonizar los principios que lo informan.

También debemos destacar que en los últimos años ha surgido con fuerza una nueva visión o dimensión del concepto de debido proceso jurisdiccional, atribuyéndole nuevas exigencias, las que de cumplirse permitirían calificarlo, además, como justo, posición que ha sido extensamente desarrollada por el profesor argentino Augusto Morello en su obra *El proceso justo*.

En España, la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional, en el ámbito de la tutela efectiva de los derechos consagrada por el artículo 24 de la Constitución, ha declarado en sentencias recientes y reiteradas que entre las garantías que comprende está la del “derecho a un juicio justo”, señalándose en ellas los elementos que deben concurrir para que pueda denominarse como proceso justo.

Esta nueva faceta lo exhorta a ser justo, lo que impone un evidente compromiso del constituyente, del legislador y de los jueces a incorporarle estímulos que se traduzcan en un plus de valores filosóficos, subjetivos y mutables, los que unidos a las exigencias y principios que se le exigen para ser debido generarán, como resultado final, el concepto de debido y justo proceso constitucional a que aspiramos.

Luego se precisará que la justicia como un valor universal no constituye un elemento sustentable de la definición de proceso, puesto que estamos en presencia de un concepto técnico de plena validez científica en el derecho procesal y que, como tal, debe integrarse con elementos de aceptación general que lo expliquen históricamente en el presente y en el futuro. No obstante debemos reconocer que esta perspectiva, que le exige ser debido y además justo, le agrega nuevos ingredientes de indiscutible relevancia, en su misión de resolver los conflictos en los términos más equitativos posibles.

A nuestro juicio, sumar estos valores al proceso nos permite avanzar en el diseño de un medio de solución de conflictos que responda a las nuevas exigencias constitucionales. Es lo que históricamente nuestra Constitución ha consagrado al expresar que el legislador debe crear una organización judicial que permita al país contar con una pronta y cumplida administración de justicia.

En este sentido el proceso constitucional lleva implícito en su desarrollo la aplicación de estos valores que se encauzan a través de las facultades de interpretación y adaptación que tienen los jueces constitucionales.

Sin embargo debemos reconocer y reiterar que la incorporación del concepto valórico de justicia al debido proceso no resiste un análisis doctrinario, como demuestro en mi trabajo sobre el derecho procesal constitucional, a propósito del uso de tal expresión en la definición de jurisdicción, toda vez que le incorpora un elemento cambiante en el tiempo y en el espacio y que, al no permitir una elaboración permanente de su contenido, no la hace sustentable, por lo que su uso debe ser descartado como término científico, lo que no obsta a que pueda continuar utilizándose como vocablo técnico procesal, por la trascendencia que su empleo tiene en nuestra disciplina y por su identificación con la institución que representa. Ello, *mutatis mutandi*, resulta válido a propósito del justo proceso.¹

¹ Véase “Funciones del derecho procesal”, capítulo 1. Uso de la palabra *justicia* para referirse a la actividad que realizan los tribunales constitucionales, en Juan Colombo Campbell, “Funciones del derecho procesal constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2002*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2002.

Demuestra lo aseverado la existencia de diversas posiciones en torno a lo que debe ser justo en cada proceso. Así, para el juez lo resuelto es la expresión de la justa decisión del conflicto, criterio que pueden o no compartir los jueces de alzada. Como es sabido, en un ordenamiento procesal común, un mismo proceso puede tener múltiples decisiones similares o diferentes y, naturalmente, cada sentenciador estimará que hizo justicia, situación que se repite cuando no se produce unanimidad en la formación de la sentencia en los tribunales colegiados. Además, lo que fue justo ayer puede no serlo hoy. Lo justo de hoy puede dejar de serlo mañana. Lo justo para unos puede ser injusto para otros.

Todo ello conduce necesariamente a buscar elementos constitutivos, válidos para todos los tiempos y lugares, que sirvan para explicar el proceso en su constante histórica, en el presente y en el futuro.

En este orden de ideas debo recordar que el proceso surgió antes que se establecieran los jueces, luego éstos lo diseñaron y finalmente el legislador se lo impuso. Hoy, es el constituyente el que reconoce como garantía el derecho al debido proceso.

No obstante, reitero y concuerdo en que incorporarle un elemento valorativo, como lo es indudablemente el de justicia, enriquece su tradicional concepto, agregándole valores trascendentes que optimizan su uso en la solución de conflictos.

Es por ello que —con la prevención expuesta— debe aceptarse el empleo de la expresión proceso justo como un vocablo técnico del derecho procesal constitucional que, unido al tradicional y reconocido del debido proceso, le dan una nueva fisonomía.

Ello nos permitirá, al final de este trabajo, concluir que el ideal es contar con un debido y justo proceso constitucional para el ejercicio de la jurisdicción.

Personalmente estimo que el proceso jurisdiccional es uno solo, es siempre el mismo, pero se le pueden agregar dos adjetivos calificativos, los de “debido” y “justo”. Todo proceso siempre deberá ser debido, pero no siempre logrará el ideal de ser justo.

Si el proceso no es debido, estaremos frente a un proceso viciado, que podrá invalidarse por la vía de la nulidad procesal. En cambio, si es injusto su corrección dependerá de si existen o no recursos para remediar el agravio que tal situación produjo. Esto último resulta especialmente importante de tener en cuenta en los procesos constitucionales que, por regla general y por su naturaleza, no son susceptibles de recurso alguno ni de control disciplinario.

Nuestra meta, por cuyo logro luchamos y lucharemos, es que el proceso constitucional reúna ambos atributos y, como su natural consecuencia, se haga merecedor a ser finalmente calificado como debido y justo.

Los referidos atributos son los que le permitirán al proceso constitucional cumplir con el objetivo superior de proporcionar eficacia al anhelado principio de la supremacía constitucional, hoy universalmente aceptado como factor informador, no sólo del proceso, sino de todo el ordenamiento político.

A propósito de esta nueva dimensión del proceso concordamos plenamente con lo expresado por el profesor de la Universidad de Roma, Elio Fazzalari, quien en su clásica obra *Processo e Giuridizione*, manifiesta que debe lograrse la construcción dogmática e ideológica del proceso justo constitucional.

Esta moderna proyección del concepto encuentra sus raíces en el debido proceso, pero se diferencia nítidamente de él por los nuevos valores que se le incorporan.

En este entendido puede hablarse, pero también distinguirse, entre los conceptos “debido proceso” y “proceso justo”, surgiendo esta última expresión procesal cuando la aplicación de nuevos principios que lo sustentan se singularizan con sus nuevos ingredientes en un caso concreto. Al finalizar este trabajo, concluiremos que ambos términos se ensamblarán, para conformar el concepto del debido y justo proceso constitucional.

Todo proceso tiene que ser debido y, en la medida de lo posible, dependiendo de factores subjetivos y de la actuación del juez, reiteramos que, además, puede llegar a ser justo.

El debido proceso es uno solo pero, como una moneda, tiene dos caras. Una que nos muestra que es general y aplicable a todos los casos en que se emplee como forma de solución de conflictos y la otra referida al caso concreto en que el juez, en uso de su competencia específica, resuelve en un proceso determinado la materia *sub lite*. Puede decirse que en este instante se suma a las garantías preestablecidas del debido proceso la actividad personal del juez que lo dirige y decide. Estas son sus dos dimensiones, cuyo examen debe ser abordado en conjunto, como única forma de lograr que el proceso cumpla en su esencia con la función que lo consagra como el mecanismo previsto por la Constitución para la solución de los conflictos de intereses de relevancia jurídica.

En otros términos, y ahora en relación con el debido proceso constitucional, la primera cara es la que responde al concepto tradicional del debido proceso; la segunda es la que incorpora a un proceso determinado valores y principios que se singularizan en la aplicación razonada de la Constitución al caso concreto y a su adecuada interpretación, cuando proceda.

En este contexto, el acceso a la justicia, el derecho a la defensa, a una asesoría jurídica razonable, a una asistencia judicial gratuita si fuere necesaria, al juez imparcial, preparado y responsable, constituyen elementos que indudablemente tendrán influencia en el desarrollo de cada proceso jurisdiccional y que, como su natural efecto, lo subjetivizan caso a caso. En su nueva perspectiva, esta segunda forma de mirar el proceso respondería a la nomenclatura del proceso justo, lo que debiera traducirse en una buena y ponderada decisión.

Ignacio Borrajo e Ignacio Sánchez coinciden con las nuevas exigencias valorativas que deben incorporarse al proceso para que éste sea calificado como justo; sin embargo plantean una lógica limitación al expresar que “sumar a todos esos contenidos o vertientes la exigencia de que las sentencias judiciales sean razonables y sin

error fáctico patente es excesivo”. Pero agregan que “sin duda es deseable que los tribunales de justicia aplicando dichos principios pronuncien sentencias acertadas y justas, para lo cual sirven las premisas de independencia e imparcialidad del tribunal, la oportunidad de la sentencia y tribunales sabios y reposados”.

Esta distinción, en lo esencial, ya la había planteado Eduardo Couture cuando al explicarlo hace la distinción entre un concepto sustancial y un concepto adjetivo del debido proceso.

Desarrollando el primero, indicaba que viene a ser, en un sentido amplio, la garantía que surge de una elaboración regular y correcta de la ley y, en un concepto adjetivo, la garantía de que esa ley elaborada por el Parlamento es razonable, es justa y se halla dentro de los términos consagrados por la Constitución. Agrega que la idea de razonabilidad puede determinarse en forma genérica como una relación adecuada entre el fin y los medios, o en forma específica ante la particularidad de cada caso concreto.

Recordemos que Couture afirmaba que la garantía del debido proceso en el sistema anglosajón consistía en asegurar al demandado “su día ante el tribunal”.

En este orden de ideas Morello, al final de su obra ya citada, concluye, con razón, que cada generación debe definir qué entiende por proceso justo, reinventándolo o ajustándolo sucesivamente a los nuevos reclamos de la sociedad, y destaca que la ambición de un mejor proceso es universal e inacabable.

En el proceso constitucional se enfatizan y combinan estos valores, lo que conduce a incentivar y agudizar el poder creador de los jueces al aplicar directamente la Constitución a la solución de casos concretos.

Desde otro punto de vista, para diferenciar aun más estos conceptos, podemos señalar que la regulación del debido proceso es permanente y aplicable a toda situación en que un tribunal deba decidir un conflicto en ejercicio de su competencia jurisdiccional. En cambio, los principios que inspiran la formulación del proceso justo, entendido como ya se dijo, deben examinarse uno a uno y cobran especial relevancia tratándose de materias constitucionales.

Hecho este alcance debo destacar que actualmente el debido proceso, sin lugar a dudas, constituye uno de los capítulos más relevantes de la justicia constitucional, toda vez que se ha consolidado como el medio que la propia Constitución establece para la solución de los conflictos entregados a la competencia jurisdiccional.

La jurisdicción sin proceso es sólo un ideal de justicia; una ilusión.

Como recuerda Morello, ahora en su libro *Constitución y proceso*, el Congreso de Wurzburg, celebrado en el año 1983, que reunió a destacados procesalistas del mundo, puso de relieve el derecho al debido proceso como una de las más determinantes garantías constitucionales, reiterando los principios de su constitucionalización, del rango preferente de las garantías constitucionales y, por último, lo que denominaron “la porosidad del derecho procesal en la Constitución y viceversa”. En el mismo año y en los sucesivos congresos nacionales de derecho procesal en Argenti-

na, dieron preeminencia al establecimiento del debido proceso como garantía constitucional.

Volviendo al centro de nuestro tema debo agregar que en torno al concepto de proceso constitucional se han planteado dos posiciones: la primera considera que éste se ocupa sustancialmente de tutelar el principio de la supremacía constitucional y de proteger los derechos públicos subjetivos. En este sentido, lo perfila como un conjunto de actos relacionados entre sí, realizados por o ante la magistratura constitucional y que permite desarrollar la actividad jurisdiccional constitucional. Es la tesis que en Argentina sostienen, entre otros, Néstor Pedro Sagüés y Jorge Peyrano.

En cambio, los que preconizan la doctrina orgánica expresan que el proceso constitucional no debe definirse en razón de las normas que le son aplicables, sino en función del órgano encargado de pronunciarse sobre la materia en *litis*. Así, por ejemplo, uno de sus seguidores, González Pérez, en su obra *Derecho procesal constitucional*, refiriéndose al caso español concluye que “será proceso constitucional aquel del que conoce el tribunal constitucional”.

Desde mi punto de vista, lo que permite calificar a un proceso como constitucional es la norma *decisoria litis* que usa el juez al resolver, pudiendo afirmarse que, cuando aplica directamente la Constitución, estamos en presencia de un proceso constitucional. Coincido, por lo tanto, en su esencia, aunque desde una perspectiva diferente, con la primera de las posiciones expresadas.

Continuando con el desarrollo de estas ideas generales, debemos postular que el proceso no es debido por la sola circunstancia de ser jurisdiccional y precisamos que su eficacia dependerá de la concurrencia de dos factores diversos: de la decisión legislativa que al establecer el procedimiento que regirá su formación incorpora a la norma los diversos principios informadores que le son aplicables, y luego, de la actividad que desarrolle el juez al tramitar y resolver en cada caso concreto.

El concepto de eficacia del proceso, premisa que lo conduce a ser debido, encuentra un buen sustento en el artículo 24 de la Constitución de España, que establece el derecho a la “tutela judicial efectiva”, el que ha sido reiteradamente aplicado por el tribunal constitucional español y que se recoge en su nutrida jurisprudencia.

Todo lo anterior nos ha obligado a los procesalistas a realizar el esfuerzo necesario para recoger esta nueva visión del debido proceso e incluirla en el ámbito del derecho procesal constitucional. En esta perspectiva se desarrolla este trabajo.

Finalmente, y para concluir con este preámbulo, deseo recordar que Héctor Fix-Zamudio distingue dos núcleos de procesos constitucionales. El primero que, siguiendo la nomenclatura de Mauro Capelletti, denomina jurisdicción constitucional de la libertad, y que él considera como la verdadera garantía de los derechos de la persona humana, ya que se traducen, precisamente, en su protección procesal a través del proceso, y el segundo, destinado a la solución de conflictos entre los órganos del

poder, ofreciendo un cauce jurisdiccional para aquellas controversias competenciales que son consecuencia de su división funcional. Someterlas a proceso supone su peditar al derecho las relaciones entre los poderes supremos del Estado.

Nos haremos cargo de este tema cuando examinemos los distintos casos en que la Constitución puede ser aplicada por un tribunal como norma *decisoria litis* al decidir un conflicto en un debido proceso constitucional.

II. El conflicto constitucional y su solución por medio del debido proceso

*El conflicto es el cáncer del derecho;
si no se elimina, muere.*

1. Concepto y elementos

El conflicto constitucional se produce cuando un órgano público o una persona, con su acción u omisión, generan como resultado la infracción valórica, formal o sustancial de preceptos o principios contenidos en la Constitución política.

Esta vez lo examinaré sólo en función del proceso jurisdiccional que constituye su forma natural de solución, iniciándolo con una acertada opinión de Allan Brewer Carías quien expresa que, si bien siempre hay un conflicto a resolver con efectos directos, lo que trasciende es el producto que surge de la decisión constitucional de la colisión que se produjo entre el acto que se impugna y el texto constitucional. El proceso es una institución social y los intereses que en él se hallan en juego lo superan.

El objeto del proceso constitucional es, por tanto, una declaratoria de inconstitucionalidad que va más allá de la aceptación o rechazo de la pretensión que caracteriza la petición de inconstitucionalidad. Ello marca otra gran disimilitud con el proceso común.

Este conflicto surge, como lo hemos sostenido reiteradamente, cuando los efectos de un hecho o acto son contrarios a la Constitución, sin que sea necesario que en todos los casos existan partes o intereses intersubjetivos en juego.

Esta y muchas otras razones, que más adelante se expresarán, justifican identificar las diferencias que existen entre el proceso común y el proceso constitucional, sin perder de vista que ambos forman parte de la familia de los procesos jurisdiccionales.

Pero, más allá de estas distinciones, hoy resulta indudable que la sentencia dictada en un proceso es el medio más eficaz con que cuenta el mundo civilizado para resolver los conflictos constitucionales, recuperar como efecto derivado la plena vigencia de la suprema norma violentada y reforzar los cimientos de la supremacía constitucional.

Es por ello que Mirjan R. Damaska, en su obra *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, muestra los vínculos que existen entre los sistemas jurisdiccionales y la institución política por excelencia, que es el Estado. En palabras del propio

Damaska, “lejos de ser la rama del Estado menos peligrosa, la judicial es —quizás con alguna exageración— la única rama del Estado”, comentario que refuerza la importancia que tiene en esta materia.

Cabe también destacar, en este orden de ideas, que Zagrebelsky entiende que la justicia constitucional se encuentra institucionalizada para decidir aquellos casos controvertidos que surgen de su aplicación. En otros términos: para decidir los conflictos constitucionales. Agrega que el derecho procesal constitucional es la suma de los elementos procesales y constitucionales. No existe un *pruis* ni un *posterius*, sino una recíproca implicación.

Tanto Néstor Pedro Sagüés, como Rubén Hernández Valle, por citar algunos de los más cercanos autores, en sus obras relativas al derecho procesal constitucional coinciden en que esta nueva disciplina incluye, y así debe ser, el estudio de los conflictos y de los instrumentos de la jurisdicción constitucional, es decir, la magistratura y los procesos constitucionales destinados a solucionarlos, posición con la cual coincido plenamente.

Debemos siempre recordar que fue Kelsen quien primero postuló su solución a través de un proceso seguido ante tribunales establecidos fuera del sistema común, para garantizar así jurisdiccionalmente la eficacia de la norma suprema.

Esta posición la resume con claridad Ángel Gómez en los comentarios a la ley orgánica del Tribunal Constitucional español, al señalar que el Tribunal —órgano jurisdiccional— resuelve conflictos surgidos como consecuencia de un diferente entendimiento de las normas constitucionales y lo hace mediante la interpretación de tales normas de acuerdo con los principios propios de la herméutica jurídico-constitucional.

En torno a esta premisa, Cappelletti concluye que, con el control jurisdiccional de los actos que generan estos conflictos que atentan contra la constitucionalidad, se ha consagrado un sistema “de pesos y contrapesos imprescindibles para vencer las tentaciones tanto de un autoritarismo del Ejecutivo cuanto de la ineficacia verbalista de los regímenes asamblearios o partidocráticos”.

En el mundo contemporáneo los conflictos constitucionales, primordialmente los que se generan cuando las partes involucradas son los poderes públicos, deben ser conocidos por un tribunal, que los países civilizados tienen la tarea de establecer, con competencia especial y exclusiva para resolverlos. No importa su nombre; lo que importa es que sea independiente, esté dotado de jurisdicción suficiente para imponer sus decisiones a los poderes públicos en conflicto y cumpla su misión de garantizar la eficacia de la Constitución, que incluye las garantías que consagra; funciones que deben cumplirse siempre por medio de un debido proceso.

En síntesis, puede decirse que cuando la norma violada es un precepto de la Constitución surge el conflicto constitucional, más relevante por su peligrosidad y conflagración, ya que siempre, o pone en peligro la estabilidad institucional o la eficacia de las garantías de las personas.

El profesor Luis Paulino Mora, actual presidente de la Corte Suprema de Costa Rica, sostiene en concordancia con lo expresado, que:

Cuando se viola la Constitución, no se viola la voluntad del pueblo pura y nuda, expresada a nivel constituyente, sino que se hieren los contenidos más caros de esa voluntad popular, los rasgos políticos y sociales más importantes de la sociedad que esa voluntad quiere construir. No se trata, entonces, solamente de un problema jurídico, sino de que el irrespeto al orden de las normas conduce directamente al de los valores que ellas protegen, a la frustración de las aspiraciones más legítimas e importantes de la comunidad y del individuo.

Siendo así, la existencia del conflicto constitucional siempre implica un quebrantamiento de la Constitución y su presencia en el mundo jurídico exige impulsar los mecanismos previstos por el sistema para restablecer su plena eficacia.

Como conclusión puede afirmarse que el país que quiere una Constitución que se respete, debe contar con una justicia constitucional que la ampare y proteja cuando es quebrantada.

2. *Principales características del conflicto constitucional*

No obstante en trabajos anteriores me he referido extensamente a esta materia, estimo útil recordar las características más sobresalientes que presenta el conflicto constitucional, pero esta vez solamente para vincularlas a la necesidad de resolverlo a través de un debido proceso.

Ellas son las siguientes.

- a. El conflicto constitucional presupone la existencia de un ordenamiento jurídico contemplado en lo esencial por la Constitución política que se quebranta cuando se produce, y que genera como efecto inmediato la urgente necesidad de ponerle fin mediante una sentencia dictada en un debido proceso jurisdiccional.

Los sistemas latinoamericanos cuentan con constituciones escritas, por lo cual, en lo sucesivo, me referiré a dichos textos haciendo presente que en los países que no las tengan debe entenderse, como ya se ha reiterado, su referencia a las normas superiores destinadas a organizar el Estado y proteger las garantías de sus habitantes.

Puede, en consecuencia, concluirse que los tribunales constitucionales, al ejercer su jurisdicción para solucionar el conflicto, dan eficacia real al principio de la supremacía constitucional.

- b. Puede ser objeto de este conflicto toda violación constitucional susceptible de protección jurisdiccional. Ello incluye al propio Estado, a las personas de derecho público que lo representan, a las personas en general y a las cosas. En el proceso se determinará si un hecho o acto de la autoridad —llámese ley, decreto o sentencia—, o de una persona, se ajusta a la normativa constitucional. A este respecto resulta trascendente destacar la facultad que la

jurisdicción otorga a los tribunales constitucionales para aplicar e interpretar la Constitución al darles solución.

Entre estos conflictos destaca el que se produce entre la Constitución y la ley cuando, al aprobar ésta, el Parlamento infringe en su forma o en su fondo la preceptiva constitucional.

Recordando nuevamente a Kelsen en este punto, puede decirse que: “la legislación está absolutamente subordinada a la Constitución, como la justicia y la administración lo están a la legislación” y, por lo tanto, la competencia que se entrega al tribunal para declarar la inconstitucionalidad dependerá del sistema que adopte cada país.

En Chile, siguiendo el modelo francés, la propia Carta previene los conflictos que pudieren presentarse cuando el contenido de un proyecto de ley orgánica sobrepase el mandato constitucional, otorgándole competencia preventiva para controlar su constitucionalidad al tribunal constitucional, órgano que puede declararlo total o parcialmente inconstitucional, haciéndole perder su eficacia cuando la sentencia declare que contempla preceptos contrarios a la Constitución política.

- c. Los tribunales constitucionales deben contar con jurisdicción suficiente para resolver los conflictos propiamente contenciosos e intervenir, a través de la denominada jurisdicción de certeza, en el control preventivo de los proyectos de ley.
- d. En general, la jurisdicción de los tribunales comunes en los países que adoptan el sistema concentrado de control jurisdiccional, no comprende la posibilidad de solucionar el conflicto constitucional, salvo en aquellos casos en que la propia Constitución lo estipule, como ocurre en Chile, con el reclamo de nacionalidad y con las acciones de amparo —*hábeas corpus*—, protección de garantías constitucionales y declaración de inaplicabilidad de la ley vigente por inconstitucionalidad.
- e. El conflicto constitucional puede llegar a conocimiento de los tribunales constitucionales por acción de parte legitimada o por control obligatorio de constitucionalidad, como ocurre con las leyes orgánicas constitucionales, en Francia, Chile y otros países.

III. Concepto procesal del *due process*, traducido al castellano como *debido proceso*

1. *Planteamiento del tema*

El principio del *due process of law* se ha desarrollado en los ordenamientos anglosajones por más de siete siglos a través de una constante interpretación jurisprudencial y de una trascendente elaboración doctrinal, la que por primera vez fue

formulada por escrito en el capítulo XXXIX de la Carta Magna de Inglaterra, al disponer que:

Ningún hombre libre podrá ser arrestado, detenido o preso, o desposeído de su propiedad, o de ninguna otra forma molestado, y no iremos en su busca ni mandaremos prenderlo, salvo en virtud de *enjuiciamiento legal* de sus pares y por la ley de la tierra.

Con esta declaración, los barones normandos frenan al rey Juan Sin Tierra imponiéndole reglas de un proceso limpio, castigando la arbitrariedad política, conquista que se mantiene desde entonces en el *common law* británico, de donde pasa a Norteamérica.

La enmienda V a la Constitución de Estados Unidos, en 1791, planteaba que los derechos fundamentales a la vida, libertad y propiedad se garantizan a través del debido proceso. Con ello se precisa, según lo plantea Corwin, en *The Harvard Law Review*, en 1911, que ello constituye una aplicación de la declaración contenida en la Carta Magna inglesa de 1215. Posteriormente, la enmienda XIV establece una restricción al poder del Estado para resolver el destino de los hombres sin un debido proceso, al expresar textualmente:

Ningún Estado privará a persona alguna de su vida, libertad o propiedad sin debido proceso legal, ni denegará a persona alguna, dentro de su jurisdicción, la igual protección de la ley.

Surge así el debido proceso como una garantía vinculada a la historia misma de la libertad, como un principio fundamental informador del sistema jurídico, expandiéndose más allá de los límites tradicionales del derecho procesal.

Cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos ha tenido necesidad de definir qué se entiende por *due process of law* ha dicho que “se trata de los modos de procedimiento consagrados antes de la emigración de nuestros antepasados que, no siendo inadaptables a su condición civil y política, han continuado aplicándose por ellos después de su establecimiento en nuestro país”.

Desde ya podemos observar que su expresión gramatical nos proporciona algunos elementos interesantes. En efecto, la palabra *due* significa aquello que en virtud de la ley o de la ley moral es debido a alguien; un derecho; justo, apropiado, ajustado a derecho. *Process*, a su vez, significa el conjunto de procedimientos relativos al ejercicio de una acción legal.

Actualmente, sobre la base de sus orígenes, la doctrina procesal ha elaborado toda una teoría sobre el debido proceso y, tal como ha ocurrido con otras instituciones, como la propia jurisdicción, ha conservado su nombre como vocablo técnico, como una manera de reconocer la importancia que su historia tiene en el análisis del derecho que lo regula.

Para examinar este concepto en su nueva dimensión, recurro —una vez más— a las sabias expresiones del maestro de América, Eduardo Couture, quien sostiene que “frecuentemente se ha traducido ‘*due process of law*’ como ‘procedimiento debido’”. Agrega que es cierto que los vocablos se prestan, por su remoto sentido variable

a lo largo del tiempo, a diversas traducciones. Pero la verdad es que “procedimiento debido” sería “*due procedure*” y no “*due process*”. Agrega:

La Constitución uruguaya, desde 1839, prefirió usar la expresión ‘forma de proceso’, exacta a nuestro modo de ver, pues lo que constituye una garantía constitucional no es, propiamente el procedimiento. La garantía la constituye y está en todo proceso.

No obstante que la traducción de su tenor literal no refleja en su esencia el contenido de la institución, coincido en que la expresión “debido proceso” debe mantenerse como un vocablo técnico, aceptado y usado por el derecho procesal, al cual debe dársele el sentido que la ciencia le reserva, desvinculándolo de sus raíces anglosajonas, que, sin restarle el mérito de haberlo incorporado al campo del derecho, han sido superadas en su establecimiento y origen, toda vez que hoy se considera como el instrumento procesal adecuado para proteger las garantías constitucionales, en especial la de igual protección en el ejercicio de los derechos, misión que, indudablemente, cumple el proceso jurisdiccional al dar solución a los conflictos de intereses. Así lo reconoce el artículo 73 de la Carta política chilena, al decir que “la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”, y en concordancia con lo anterior, el artículo 19, n° 3, de la misma Constitución, dispone que aquellos deben decidirse exclusivamente por medio de un “debido proceso”.

Jaime Cárdenas, en su trabajo “Sobre los principios y su impacto en la interpretación constitucional y judicial”, sostiene que ellos hacen que el derecho tenga una clara textura abierta, siendo indeterminados, necesitados de significados que no están definidos a priori, que sólo se pueden precisar a la luz de las exigencias del caso particular.

Para el estudio y posterior análisis del debido proceso constitucional debemos distinguir tres grandes clases de principios que lo sustentan: unos, generales; otros, orgánicos y, finalmente, los funcionales. Estos últimos incluyen dos conceptos absolutamente diferentes, los de procedimiento y proceso, pero que luego se vincularán sin perder su individualidad y autonomía, dando forma e integrándose al contenido del debido proceso. Por su importancia para el desarrollo de nuestro tema haré una síntesis en esta parte del trabajo siendo, por lo demás, éste el momento adecuado para situar el concepto de proceso, diferenciándolo de otros que, aún no siendo equiparables, son ordinariamente empleados como sinónimos.

2. *El procedimiento*

El procedimiento se define generalmente como el conjunto de normas anticipadas por las cuales se tramita el proceso. Son las reglas de la *litis* procesal que obligan al juez, a las partes y —eventualmente— a los terceros que intervienen en él. Consagran en lo esencial las garantías del debido proceso; entre ellas, el postulado que exige que tanto el tribunal como las partes conozcan con anticipación las reglas que deberán observar en sus distintas fases de desarrollo.

En esta perspectiva, el procedimiento constitucional es aquel previsto por la propia Constitución o por sus leyes complementarias para tramitar el proceso constitucional.

Más adelante examinaremos los principios que lo informan y sustentan.

El procedimiento, por su naturaleza, es preestablecido al proceso, generalmente lo contempla la ley y contiene normas irrenunciables, de orden público, que regulan la actividad del juez y de los sujetos involucrados, en la iniciación, prosecución y término del proceso.

Existen, y así debe ser, diversas clases de procedimientos que responden a la necesidad de contar con mecanismos adecuados para tramitar y decidir los distintos tipos de conflictos que se generen, destacándose, en esta oportunidad, por su relevancia, los constitucionales. Todos deben resolverse en un proceso que se sustanciará de conformidad con la norma de procedimiento aplicable, la que tendrá que establecerse anticipadamente en forma idónea y racional para proporcionar a las partes la oportunidad de expresar sus derechos, y al juez para hacer uso de su facultad de conocerlo y decidirlo.

Es por ello, y lo reitero, que nuestro constituyente dispuso que toda sentencia debe fundarse en un proceso previo y legalmente tramitado, o sea, ajustado en su desarrollo a la ley de procedimiento. El desajuste entre el proceso y el procedimiento autorizan su invalidación por la vía de la nulidad procesal.

En este contexto, el procedimiento, no obstante ser esencialmente *ordenatorio litis*, contiene en su preceptiva la consagración de la mayor parte de las garantías que configuran el debido proceso.

De esta manera, esta conquista constitucional se materializa en el debido proceso, pero la forma que el constituyente y el legislador tienen para establecerla e incorporarla al sistema de protección se encuentra, en lo medular, en las normas orgánicas y de procedimiento que le serán aplicables.

Es de la esencia de este concepto que el procedimiento exista y persista al proceso. El proceso termina con la sentencia o por algunas de las formas alternativas que autoriza la ley; muere y se archiva. El procedimiento queda, está ahí, disponible, para la tramitación de nuevos procesos y se mantendrá vigente hasta que el legislador decida cambiarlo, modificarlo o suprimirlo.

Para graficar la relación proceso-procedimiento, el buen ejemplo lo da Chiovenda, al decir que el proceso es al procedimiento lo que el agua es al río que le sirve de conductor. El agua es el proceso que pasa y se va. El cauce es el procedimiento que permanece.

Ahora bien, para que el legislador y los sujetos del proceso puedan, el primero establecerlo para que cumpla su misión procesal, y los segundos emplearlos, la doctrina ha consagrado un conjunto de principios informadores, los que siempre concurrirán al sustanciarse un debido proceso, toda vez que los más se encuentran incorporados a las normas de procedimiento que contienen sus ga-

rantías funcionales, que en cada caso deberán cumplir las partes en la realización de sus actos y que el juez, como su custodio, tiene la obligación de darles eficacia en ejercicio de su jurisdicción.

Estos principios, que son del procedimiento pero que, como se dijo, cobran eficacia en el proceso, fueron magistralmente expuestos por el profesor escocés Robert Wyness Millar en su obra *Los principios formativos del procedimiento civil*. Son más que conocidos los principios de la bilateralidad de la audiencia, mediación, intermediación, publicidad, inquisitivo, dispositivo, oralidad, protocolización y escrituración, valoración de la prueba, entre muchos otros.

Su aplicación en el diseño y construcción de los procedimientos constituye un antecedente científico que usa el legislador y que aplica el intérprete para sistematizar principios de general aceptación, a partir de los cuales regula los contenidos y límites de cada sistema procesal atendiendo fundamentalmente, para ello, a la naturaleza de los conflictos que deben decidirse por medio del proceso que por ellos debe tramitarse. Como consecuencia de su establecimiento la ley deberá contemplar en cada procedimiento el conjunto de garantías procesales que le permitan al proceso cumplir efectiva y eficientemente sus funciones. Por lo tanto, la aplicación de estos principios derivan en la incorporación de las garantías procesales necesarias en cada caso, lo que cobra especial relevancia tratándose de la justicia constitucional.

Es por ello que Jimeno Sendra, en su *Introducción al derecho procesal*, destaca la importante función que cumplen los principios que conforman el debido proceso y que conducirán, según él, “a la aplicación del modelo del proceso justo trazado en la Constitución española”.

De lo anterior se desprende que todo análisis de un proceso que conduzca al ejercicio de la jurisdicción constitucional debe basarse en una expresión ordenada de un sistema de principios procesales generalmente aceptados y suficientemente sistematizados.

En este contexto, el procedimiento constitucional es una clase de procedimiento destinado, por su especialidad, a regular la sustanciación del proceso constitucional.

En mi opinión, en este procedimiento debe escogerse y aplicarse algunos principios informadores esenciales, muchos de los cuales son diferentes a los que se emplean en el establecimiento de los procedimientos ordinarios, como luego se verá.

Actualmente, el derecho procesal también reconoce la existencia de principios orgánicos que apuntan a la organización judicial necesaria y adecuada para que los procesos cumplan fluidamente su función y puedan ser calificados de debidos. Es indudable que el proceso no será debido si el sistema judicial no resulta idóneo para el ejercicio pleno de la jurisdicción. Es lo que nuestra Constitución reconoce al expresar que el país deberá contar con los tribunales que fueren necesarios para el logro de una pronta y cumplida justicia en todo el territorio de la República. Más adelante me referiré a ellos en un capítulo especial.

Precisado el concepto de procedimiento, vamos al proceso.

3. *El proceso jurisdiccional*

La vida es un proceso.

El proceso es una forma de solución de conflictos que se define, generalmente, como un conjunto de actos unidos por la relación procesal y que, normado por un procedimiento, tiene por objeto la solución de un conflicto de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada.

Partiendo de la premisa que conduce a concluir que el proceso es el medio idóneo de solución de conflictos, me referiré en primer lugar, y muy brevemente, a su etimología, para luego expresar el concepto que tengo de proceso y que se encuentra extensamente desarrollado en mi libro sobre *Los actos procesales*.²

Proceso, en el lenguaje castellano, significa proceder, progreso, desenvolvimiento, seguir adelante. Constituye una serie de operaciones o actos variados y vinculados por la unidad del fin. Así considerado, en general puede hablarse de procesos químicos, biológicos, musicales, jurídicos. Entre estos últimos se ubican el proceso jurisdiccional y el judicial, que son los que nos interesan y de los cuales expresaremos algunas ideas muy generales en la medida en que sirven para el análisis del debido proceso.

Cada autor tiene y defiende su propia definición de proceso. Pedro Aragonese recopiló decenas de ellas que van desde el proceso-contrato hasta las sofisticadas doctrinas italianas y alemanas.

El entusiasmo por el tema y el interés en lograr una explicación intelectualmente satisfactoria acerca de su naturaleza jurídica me han llevado a sostener que es un acto procesal autónomo, porque reúne los requisitos de existencia y validez que la Constitución y la ley exigen para su nacimiento a la vida del derecho. Ellos, a veces, son coincidentes con los exigidos para la existencia y validez de los actos procesales singulares que lo integran pero, en otros casos, como se verá más adelante, tienen independencia respecto a aquellos que lo conforman. Mi pensamiento en esta apasionante materia, fruto de años de meditación y lectura, hoy me permite sostener como hipótesis de trabajo que el proceso tiene existencia propia en el mundo del derecho y que *es más* que la suma de los actos singulares que lo componen. Pero el proceso, como dice Chiovenda, es una unidad no solamente porque los varios actos de que se compone estén coligados para un fin común. Esta unidad es propia de cualquier empresa aunque no sea jurídica, como una obra de arte, la construcción de un edificio, un experimento científico y otras semejantes. El proceso, por el contrario, es una unidad jurídica, una organización jurídica; en otros términos, una relación jurídica.

² Véase Juan Colombo Campbell, "El proceso como acto procesal complejo", en *Los actos procesales*, capítulo 5, Jurídica, Santiago de Chile, 1997.

Con este planteamiento pretendo formular una explicación de lo que es el proceso, esperando que resulte útil y suficiente para sus principales operadores jurídicos: los jueces, abogados y estudiantes.

La respuesta a esta interrogante no debe buscarse en la calificación de su naturaleza jurídica, materia en la cual ya se han dado innumerables opiniones, sino para que en cualquiera de las teorías que lo explican se defina como hipótesis de trabajo cuál es el fundamento que tiene su existencia jurídica y material. Y no nos extrañe esta interrogante porque el mismo problema que estamos ahora tratando de dilucidar en torno al proceso jurisdiccional también se presenta con la ley, que es el resultado escrito y publicado de un conjunto de deliberaciones y trámites que se denominan “proceso de formación de la ley”. Ellos reúnen en sí mismos un conjunto de actos individuales, pero la suma de todos ellos, concadenados, con otra dimensión, es lo que configura la ley propiamente tal, que tiene una existencia diferente a los actos aislados que la generaron.

Precisar su naturaleza frente al derecho supone determinar la categoría jurídica general a que el proceso pertenece, esto es, su ubicación dentro del cuadro común de figuras que éste reconoce en su ámbito.

Su examen nos revela que se desenvuelve a través de una actividad llevada a cabo por los diversos sujetos que en él intervienen. La determinación de los vínculos que puedan unir a estos sujetos, así como la naturaleza jurídica de tales vínculos y de la estructura en su totalidad, es lo que ha de ser objeto de este planteamiento.

En síntesis, la tesis que postulo pretende dar al proceso un lugar, un espacio, dentro del ámbito del derecho procesal constitucional, para derivar y proyectar, a partir de él, las importantes consecuencias de orden jurídico y práctico que produce en el mundo jurídico.

El Estado cuenta con la Constitución, la ley, el proceso y la potestad administrativa para ejercer sus funciones públicas y es evidente que resulta imprescindible saber qué son y qué rol juegan estas instituciones en el ordenamiento jurídico liderado por la Carta Fundamental.

Como manifestaciones concretas de la importancia que este planteamiento tiene en el derecho procesal podemos citar las funciones generales y específicas que cumple el proceso como mecanismo de solución de conflictos; el ser el medio que se otorga a los tribunales para ejercer la jurisdicción con todas sus consecuencias y, algo más, plantear que su completa invalidación excede a la falta de validez de los actos individuales que lo integran, como ocurre por ejemplo con el proceso tramitado ante un tribunal absolutamente incompetente y con aquel que nació con un emplazamiento viciado. La ineficacia afecta, en ambos casos, actos concretos pero, por extensión, invalidan todo lo obrado en el proceso, o sea, al proceso mismo.

Otro tema importante que ha sido siempre discutido y muy poco clarificado en el ámbito de nuestra disciplina es el que se refiere a la determinación de la naturaleza

jurídica que tiene la materialidad jurídica del proceso, denominada comúnmente expediente. Se ha sostenido que es, en su conjunto, un instrumento público; otros afirman que el proceso contiene instrumentos privados o públicos, debiendo examinarse para ello cada una de las piezas que se requiera calificar, las que deben considerarse aisladamente. En este predicamento las resoluciones judiciales tendrían el carácter de documento público y los generados por las partes, como la demanda o contestación, serían privados. También hay quienes postulan que el proceso no puede calificarse como instrumento ya que su figura excede los conceptos tradicionales de la legislación común y procesal.

El tema de su calificación instrumental reviste especial importancia en los casos de adulteraciones, falsificaciones o pérdida del proceso o partes de él, toda vez que la calificación del tipo penal dependerá de si estamos frente a un instrumento público o privado que ha sido objeto del delito. Si se califica al proceso como instrumento público el delito se castigará como falsificación de instrumento público, sancionado por el párrafo 4º del título IV del Libro II del Código Penal. Por el contrario, si se lo califica de instrumento privado, se castigará de acuerdo con las reglas del párrafo 5º del mismo título y libro. En la tesis ecléctica habrá que examinar la pieza del expediente falsificado o adulterado para determinar el tipo penal en que incurre el participante al realizar el hecho punible, restando en este caso dilucidar qué ocurre si todo el proceso se falsifica.

Justamente éstos y muchos otros problemas se irán decantando y aclarando en la medida en que pueda concluirse que el proceso es, en sí mismo, un acto procesal autónomo, que se materializa en un expediente definido por el Código de Procedimiento Civil.

En el marco de la teoría de Carnelutti, y de la doctrina italiana en general, se ve al proceso como un ente autónomo que supera la suma de los actos individuales que lo conforman. No olvidemos que el proceso o supletoriamente el mecanismo autocompositivo que ponga término al conflicto son los que, en definitiva, van a producir los efectos de la cosa juzgada, que no la generan ni la sentencia considerada aisladamente ni el certificado del secretario ni el transcurso del tiempo. Tal efecto procesal es una consecuencia directa del proceso jurisdiccional afinado, considerado como un todo.

A continuación, deseo recordar junto a Chiovenda que:

Entre las instituciones jurídicas, el proceso civil es el organismo más delicado, ya que constituye el medio de atribuir los bienes de la vida a través de la actuación de la ley, por lo que tiene una posición central entre las instituciones de derecho privado y de derecho público, y siendo una relación tan compleja, en ella resaltan tanto el aspecto jurídico como el político y el social, de tal manera que los más ligeros cambios en las condiciones morales, políticas y sociales de la época se reflejan en su funcionamiento. Por ejemplo, en la medida en que dominan la rectitud y la buena fe en las relaciones sociales, así impera la confianza en las relaciones políticas entre los ciudadanos y los poderes públicos; cuanto más se encuentra difundido el hábito de mirar la sustancia de las cosas y menos divulgado el espíritu del formalismo, las controversias serán tramitadas

en forma expedita y requerirán menos garantías formales. Esta situación determina que se produzca con mayor facilidad que en otras materias una falta de armonía entre las normas y las necesidades de la práctica, ya que las formas creadas para determinado momento son inadecuadas para otro, además de que las clases forenses son eminentemente conservadoras respecto del tecnicismo procesal. Por consecuencia, existen disposiciones procesales que han perdido toda razón histórica de ser, pero no por ello puede el intérprete rehusar su aplicación, sino que debe señalarlas al legislador para que haga las reformas pertinentes. Otros preceptos pueden aún ser aplicados a las condiciones actuales, pero han sido entendidos de manera enteramente diversa en el pasado, no en cuanto a su contenido (lo que equivaldría a modificarlas), sino en relación con los fines que persiguen, lo que puede influir sobre los límites y la manera de su aplicación, y además nos advierte en la utilización de la doctrina antigua.

Lo mismo vale para el proceso constitucional.

Como características del proceso podemos destacar las siguientes:

a. *El proceso es un acto jurídico procesal autónomo.* El proceso es en sí mismo un acto jurídico procesal autónomo porque, como se dijo, concurren en su formación y desarrollo todos los requisitos de existencia y validez prescritos por la Constitución y la ley para que tenga vida propia como acto jurídico procesal. Debe calificarse así puesto que su nacimiento, desenvolvimiento y término están regulados por la normativa procesal.

Son requisitos de existencia del proceso, el conflicto de intereses de relevancia jurídica, que constituye su objeto; la jurisdicción y la acción cuando la ley de procedimiento aplica el principio dispositivo en la iniciación del proceso. En Chile ellos se encuentran reconocidos por el título X de la Constitución.

Sus requisitos de validez se encuentran incorporados en los elementos que concurren en cada uno de los actos individuales que lo integran.

La voluntad sin vicios, la capacidad del Estado representado por el tribunal competente, la del juez o jueces que actúen en su nombre, la jurisdicción, la de las partes y en general la manifestada por todos aquellos que ejecutan actos procesales singulares, constituyen los elementos exigidos para su validez.

A su vez, el objeto y la causa del proceso deben ser lícitos y si no lo fueren deberá considerárselo como un instrumento mal usado para lograr un fraude procesal. Es el proceso fraudulento, que debe ser invalidado por tal motivo.

Los actos procesales se traspasarán al proceso y, si ellos contienen vicios, lo infectarán de tal manera que al ser éstos impugnados puedan arrastrar y producir como consecuencia la invalidez total o parcial del proceso. Así, por ejemplo, si el vicio afecta al acto procesal de la notificación que provocó el emplazamiento, se invalidará la notificación y todo el proceso; en cambio, si el vicio se produce en el acto procesal singular "sentencia definitiva", sólo se invalidará aquella.

b. *El proceso es dinámico.* Su etimología, la ciencia procesal y el sistema positivo hacen del proceso una figura dinámica que nace, se desarrolla y termina. No obstante su extinción, los efectos de la sentencia que le ponga fin permanecerán vigentes en el mundo jurídico por siempre, como consecuencia del efecto de verdad

indiscutible e inamovible de la cosa juzgada que produce la resolución que le pone término. Recordemos que la excepción de cosa juzgada es imprescriptible y, por lo tanto, mantiene la plenitud de sus consecuencias cualquiera que sea el tiempo que transcurra entre la decisión ejecutoriada y el momento en que deba invocarse. Ello permite que el proceso cumpla con su finalidad propia, cual es la de resolver por siempre el conflicto debatido en él. Es su efecto natural.

c. *El proceso es complejo porque está compuesto por un conjunto de actos y hechos procesales vinculados entre sí.* El proceso está integrado por un conjunto de actos y hechos procesales singulares que unidos por la relación procesal le dan su fisonomía, presencia y autonomía en el mundo jurídico. En efecto, el proceso se presenta en el mundo del derecho como un ente autónomo con relación a los hechos y actos que lo integran y, como tal, tiene una existencia propia que supera a los elementos que lo integran.

Así lo explica Carnelutti cuando expresa que se habla, en cambio, de acto complejo cuando el acto se puede dividir en partes, cada una de las cuales es de por sí un acto, en el sentido de que es de por sí idónea para la producción de un efecto práctico; pero las distintas partes permanecen reunidas, no tanto por obra de la unidad del efecto (jurídico), como por obra de la unidad o, al menos, de la interdependencia de la causa.

La figura del acto continuado ha sido hasta ahora la menos estudiada de las dos. De ella se han venido ocupando casi exclusivamente los penalistas para el estudio del delito; cierto que cuando ellos hablan de delito continuado se guardan bien de coordinar dicha noción con la del delito concursual, dentro de la categoría más amplia del delito compuesto; pero ello no es obstáculo para que las palabras que usan aparezcan como las más adecuadas para la designación de las categorías generales que nos disponemos a construir.

El segundo tipo de acto complejo, cuyas partes singulares provienen de agentes distintos, puede decirse que es el que ha absorbido hasta ahora la atención de los científicos, que por ello han utilizado sólo la fórmula del acto complejo. Era natural que, poco a poco, avanzando paso a paso por un camino difícil, llegase la ciencia a dominar el fenómeno en su integridad y, de ese modo, a asignar a este tipo el lugar adecuado junto al acto continuado; al llegar a este punto es necesario establecer un nombre distinto para la designación de la segunda especie, ya que el nombre de acto complejo corresponde al *genus*. También ese nombre procede de la terminología del derecho penal, en el que el delito en cuya comisión participan diferentes agentes se denomina delito concursual; esta designación es aún más expresiva que la de delito continuado para reflejar la diferencia entre los dos subtipos, no ya de delito, sino, en general, de acto complejo.

Con tal propósito debemos recordar nuevamente al maestro Carnelutti cuando afirma la verdad, muy olvidada a menudo, de que el resultado del proceso depende mucho más de la calidad y la cantidad de los instrumentos personales irreales de que puede disponer, que de la bondad de las normas que regulan su empleo, y

agrega que debe tenerse en cuenta que el proceso se compone de hombres y de cosas, que es algo tangible, útil y necesario para la vigencia del derecho. No obstante hay que examinarlos.

d. *El proceso es un acto solemne.* Desde su nacimiento la solemnidad está en el proceso. La historia así lo demuestra. Los lugares donde se ventila, la presencia de las partes, la indumentaria de los jueces y sus formalidades lo confirman.

Todo proceso está sometido a la ritualidad de un procedimiento ya definido como el conjunto de reglas anticipadas que gobiernan su tramitación. El proceso cumplirá con más o menos formalidades atendiendo a la naturaleza del conflicto que debe resolver, antecedente que deberán necesariamente considerar el constituyente y el legislador para fijar la norma de procedimiento que lo regula. De allí que existan en el ordenamiento jurídico procedimientos ordinarios, constitucionales, especiales, ejecutivos y otros, atendiendo al tipo de conflicto que se debe conocer y resolver por el proceso, sin que por ello se altere su naturaleza.

A propósito de esta característica debe recordarse lo dispuesto por el artículo 19, nº 3, de la Constitución política, que expresa que “corresponde al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento”.

Las normas de procedimiento son las que contienen la regulación de los actos singulares que, sumados, constituyen el proceso universal. Su existencia material es sólo una formalidad que no lo condiciona. El proceso, incluida su versión verbal, responde a esta característica.

e. *El proceso tiene sujeto, objeto y causa.* Al proceso concurren diversos sujetos. Para que se forme la relación procesal y nazca el proceso se requiere, a lo menos, la concurrencia de dos de ellos, de entre los cuales el que nunca puede faltar es el tribunal.

En un sistema normal dispositivo tampoco podrán faltar los sujetos activo y pasivo para configurar la clásica trilogía procesal de actor, tribunal y demandado.

En el área de los procesos constitucionales, cuando se establece el control preventivo obligatorio, se da el caso de que la cámara legislativa deba enviar el proyecto al tribunal constitucional para que éste emita una decisión acerca de su constitucionalidad. En cambio, en otros procesos constitucionales también se da la recordada clásica trilogía, como ocurre con la protección, el amparo y los requerimientos.

f. *La parte afectada por el conflicto, por lo general, invierte su rol en el proceso.* En efecto, el sujeto afectado por el incumplimiento de la norma —víctima del conflicto— será quien pida la apertura de un proceso para que el tribunal se lo resuelva y el sujeto activo que lo provocó pasará a tener en el proceso el papel de sujeto pasivo o demandado.

Además, todo proceso jurisdiccional tiene por objeto la solución de un conflicto de intereses de relevancia jurídica y su causa es el cumplimiento de lo que le encomienda la Carta Fundamental, según ya quedó demostrado en este trabajo.

g. *Mérito o límite del proceso.* El proceso limita en la competencia específica del tribunal, materia a la que me referiré a propósito de los principios orgánicos del debido proceso.

En la justicia constitucional, y tratándose de las facultades que tienen los tribunales constitucionales para declarar la inconstitucionalidad de leyes y decretos, se invierte este principio, como luego se verá a propósito del estudio de la cosa juzgada constitucional.

El límite objetivo lo determina su competencia específica, definida como la facultad que tiene el tribunal que radicó el conocimiento de un proceso para resolverlo.

El artículo 160 del Código de Procedimiento Civil expresa: “las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio”.

En este ámbito constituye una garantía esencial de los sujetos del proceso la de que sean ellos quienes fijen la competencia específica del tribunal, de tal modo que éste no pueda extender su decisión a materias que no le fueron sometidas.

Es por tal razón que los artículos 31 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 170 del Código de Procedimiento Civil y 500 del Código de Procedimiento Penal y su paralelo en el Código Procesal Penal, establecen la obligación del juez de fijar en su sentencia definitiva exactamente los límites del conflicto sometido a su decisión.

Si el tribunal excede su competencia específica, incurrirá en el vicio de *ultra petita* definido por el artículo 768, n° 4, que expresa “en haber sido dada *ultra petita*, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de la facultad que éste tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la ley” y confirmada por el artículo 541, n° 10, del Código de Procedimiento Penal que dice: “haber sido dada *ultra petita*, esto es, extendiéndola a puntos inconexos con los que hubieren sido materia de la acusación y de la defensa”.

Este aspecto debe ser especial y muy seriamente considerado por los jueces constitucionales ya que sus sentencias generalmente no son susceptibles de recurso alguno.

h. *La expresión física o material del proceso es el expediente.* Depende del principio informativo del procedimiento que aplique el legislador si nos encontraremos con un proceso escrito, protocolizado o verbal. En este último caso se identificará materialmente con los datos necesarios que la ley deberá exigir, al menos, como una formalidad que permita individualizarlo.

Lo concreto es que siempre el proceso tiene una existencia material que sirve de apoyo a la sentencia que se dicte, que al cumplirse proyecta sus efectos fuera de él. Este es el tantas veces citado concepto de expediente que nos proporciona el artículo 29 del Código de Procedimiento Civil.

La ley n° 17.997, Orgánica del Tribunal Constitucional, aplica el principio de la escrituración y por lo tanto siempre existirá un expediente que contenga los actos del proceso, conservándose de esta forma su historia fidedigna.

i. *Los efectos finales de la sentencia que ponen término al proceso afectarán al conflicto que se resolvió a través de él.* El conflicto está, por definición, fuera del proceso e ingresa a él para ser resuelto.

En el proceso se ha dicho con mucha razón que el juez tiene un papel similar al del historiador, toda vez que ambos, por sus funciones, rememoran hechos pasados.

En efecto, en el proceso se reconstituye el conflicto, se revive lo ocurrido, con las versiones que dan los sujetos involucrados, que pueden ser o no coincidentes, y con las pruebas de los hechos, elementos indispensables para formar la convicción del juzgador.

Terminado el proceso por su decisión, los efectos de la sentencia salen de él para volver a la realidad y poner término efectivo al conflicto que lo motivó.

En el proceso constitucional, en muchos casos la esencia del conflicto a decidir es una cuestión de derecho, lo que no significa que deba descartarse la presencia de hechos que requieran prueba.

4. *El debido proceso constitucional*

Ya precisados los conceptos de proceso y procedimiento, corresponde centrar el desarrollo del tema en el debido proceso como forma de solución del conflicto constitucional.

Como punto de partida puede decirse que todos los poderes deben ceñirse, en el ejercicio de sus funciones, a lo que manda la Constitución. El Poder Judicial debe obrar de manera tal que no afecte la garantía de la defensa en juicio (debido proceso adjetivo) y el Legislativo no debe alterar la sustancia de los derechos por vía reglamentaria (debido proceso sustantivo). En cuanto a la Administración, debe observar ambos.

Cuando el conflicto a decidir es constitucional estamos en presencia de un proceso constitucional.

El debido proceso debe examinarse a la luz de principios de general aceptación, los cuales permitirán establecer los contenidos que les son propios, y sus límites, atendiendo siempre para ello a la especial naturaleza del conflicto que deba decidirse por la sentencia que le ponga término. Precisamente por su construcción lógica son estos principios los que determinan el conjunto de garantías procesales que debe aplicar la normativa constitucional y legal destinada a regularlo.

Para entender esta noción, según Linares Quintana, debe recordarse que existe un debido proceso adjetivo y un debido proceso sustantivo. El primero de ellos está identificado con lo que en Argentina se llama “debido proceso” o bien “defensa en juicio”, es decir, que se trata de una garantía de tipo procesal, tendiente a la defensa de los derechos de una persona en un proceso judicial. El segundo está identificado con el criterio de razonabilidad que la Corte expone. El autor citado, buscando una conceptualización, sostiene que este criterio es un estándar, patrón o módulo que permite determinar, dentro del arbitrio que la Constitución deja al legislador, hasta dónde éste puede restringir la libertad del individuo. Ahora bien, intentando una definición más formal, sostiene que el

debido proceso sustantivo, o garantía de la razonabilidad, es la exigencia constitucional de que las leyes deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente de la norma jurídica creada y el hecho consecuente de la prestación o sanción, teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que, como prestación o sanción, establece dicho acto.

Estos principios están en esta área, en la norma de procedimiento, pero se aplican, como ya se dijo, en cada proceso que es el elemento “con vida” del mundo jurídico.

Corresponde ahora examinar los principales requisitos que deben concurrir para que opere el proceso como forma de solución del conflicto constitucional. Ellos son los siguientes:

a. La existencia de un conflicto de intereses de relevancia constitucional. Este elemento lo reconoce muy bien Niceto Alcalá al expresar:

Es evidente, so pena de encerrarnos en un círculo vicioso, que el proceso no surge del proceso, sino de una situación extra y metaprocesal, que él está llamado a canalizar y resolver. Esa situación de conflicto, originadora del proceso, puede ser denominada litigio, entendida la palabra en la misma dirección que Carnelutti pero en términos más amplios, como conflicto jurídicamente trascendente y susceptible de solución.

El juez no polemiza, aconseja o informa; resuelve.

Para que se cumpla con este requisito es suficiente, en materia civil, que el actor subjetivamente estime que el conflicto existe, posición que lo habilita para poner en movimiento la acción destinada a aperturar un proceso; en materia penal, que exista un hecho que revista caracteres de delito y, en materia constitucional, que el conflicto violente la Constitución y que esté sometido especialmente a la jurisdicción. En otros términos, el proceso constitucional sólo podrá emplearse cuando un tribunal tenga competencia para resolver conflictos constitucionales y sea debidamente impulsado ya que, salvo en los países que cuentan con control difuso, los tribunales ordinarios carecen de jurisdicción para resolverlos.

b. La concurrencia interrelacionada y sucesiva de un conjunto de actos procesales que integran el proceso y que emanan del tribunal, de los sujetos legitimados y, eventualmente, de terceros autorizados para actuar en él.

Materialmente, los actos que lo conforman se incorporan al proceso, o a los sistemas alternativos de solución.

En general, los tribunales constitucionales, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, tratados y decretos, emplean procesos escritos que concluyen con sentencias fundadas.

c. El proceso constitucional, al igual que todo proceso, es una relación jurídico-procesal compleja que, limitando en su competencia específica, sirve para resolver mediante la sentencia definitiva el conflicto *sub lite* sometido a su decisión.

d. Todo proceso, en su desarrollo, debe ajustarse a una norma de procedimiento, y reitero que debe serle preestablecida. Con ello se garantiza que el tribunal

constitucional, al conocerlo, cumpla estrictamente con las formas que le impuso el legislador al formularla.

5. *Objetivos del debido proceso constitucional*

Precisados los más importantes requisitos que deben concurrir para enfrentarnos a un debido proceso constitucional, resulta útil recordar, a continuación, cuáles son sus finalidades o propósitos, que, como ya se dijo, son básicamente tres.

En primer lugar destacamos que la finalidad directa e inmediata del proceso constitucional, como la de todo proceso, es la solución del conflicto sometido a la jurisdicción con efecto de cosa juzgada. Esto, como ya tantas veces lo he señalado, significa que la sentencia que lo decida producirá la acción y la excepción de cosa juzgada, expresiones procesales implícitas en el concepto de proceso, debiendo reiterarse que en el proceso constitucional los efectos de la cosa juzgada son generalmente absolutos, a diferencia de los procesos comunes en que la regla general y básica es su efecto *inter partes*.

La certeza jurídica que otorga la excepción, al impedir que la solución se repita, constituye, sin duda, uno de los elementos más importantes de su definición procesal.

En segundo lugar, la sentencia que da solución al conflicto constitucional a través del proceso cumple la función residual superior e inmediata de mantener la plena y real vigencia de la preceptiva constitucional en su forma y fondo, valores y principios.

Finalmente, y como su tercer objetivo, hay que recordar que los efectos de la cosa juzgada constitucional establecen el mecanismo idóneo para dar eficacia real al principio de la supremacía constitucional.

La organización judicial debe asegurar que el proceso cumpla todas estas funciones en forma lícita. En su desarrollo y término deberá satisfacer los objetivos que le encomiendan en todo ordenamiento jurídico la Constitución, la ley y los tratados.

Es por ello que el proceso que adolece de objeto ilícito debe calificarse de fraudulento y la sentencia que lo decide producirá sólo una apariencia de cosa juzgada, violentando sus funciones y objetivos en su esencia, punto que reviste extrema gravedad tratándose de los conflictos constitucionales.

Continuando con este interesante tema puede recordarse, a propósito del análisis de las finalidades que el proceso tiene, que:

En sus primeros tiempos, los germanos, que perpetuaron sus costumbres hasta muy avanzada la Edad Media, imprimieron a la justicia un carácter de fuerza y superstición, de influencia divina, ya que creían a los dioses más imparciales que los hombres. En estos pueblos se abandona la razón como criterio para hacer justicia. Ya el demandante y el demandado no esgrimen acciones y excepciones, ni los jueces escudriñan la verdad a través de las pruebas producidas por las partes; es el dedo de Dios quien condena o absuelve. Es la época de los “juicios de Dios”, de “la ordalía” de la prueba del agua y del fuego, del combate decididor de las controversias. Así se hunde a un hombre en una cuba de agua: si flota es inocente, si queda debajo es culpable;

se aplica un hierro candente a la piel de uno de los litigantes: si la herida sana pronto no debe, si tarda en sanar es deudor; las partes luchan cuerpo a cuerpo y la sentencia es favorable a aquel que después de ruda pelea logra oprimir con su pie el cadáver del adversario. No es la razón, sino los dioses y las espadas los que “administran justicia”.

Wagner, el genial compositor y escritor alemán, que formó su obra musical con material de leyenda y tradición de su pueblo, evoca en el caballero Lohengrin este proceso en que Dios es el que hace justicia, cuando al son de las heráldicas trompetas los litigantes se aprestan a combatir y el rey exclama:

¡Oh Dios supremo, fuente de amor, el brazo guía tú del campeón, Y aquel que es justo sea vencedor; Que triunfe el vero, no la traición! [...] Dad al que es justo valor y esperanza. Y al que es impío quitad la pujanza. Fatal es la hora. ¡Ayudadnos cielo! ¡Y rasgad del engaño el mísero velo!

Este es el proceso que sustituyó al romano pero llegó un día —¡que tardó siglos!— en que el hombre despertó de aquella larga pesadilla. Una legión de investigadores se volcó con ansiedad sobre los viejos papiros y palimpsestos para escudriñar el contenido auténtico de ese viejo proceso. Lentamente fueron apareciendo los originales latinos, borrosos al principio, con los glosadores de Bolonia en el siglo XI, más claros después, con los llamados posglosadores o comentaristas que se apartaban de la exégesis, y definitivamente claros con los pandectistas alemanes, que estudian el proceso común. La escuela histórica de Federico Carlos de Savigny, a mediados del pasado siglo, hizo resplandecer en toda su prístina pureza aquel proceso histórico que parecía soterrado y mistificado. El máximo de exaltación en torno a los estudios del proceso romano ocurre cuando Niebuhr descubre en la Biblioteca Capitular de Verona el palimpsesto que contiene las Instituciones de Gaio, única obra que permitió reconstruir en su integridad los viejos sistemas de las acciones de la ley y el formulario. En 1933, en manos de un coleccionista de El Cairo, apareció un código egipcio que arrojó mucha luz sobre la *iudicis postulatio* y la *condictio* de las *legis acciones*.

Amílcar A. Mercader, en su *Estudio de Derecho Procesal*, efectuado en honor a Hugo Alsina, formula algunos comentarios interesantes sobre el proceso que deseo repetir, por ser atinentes al tema que nos preocupa. Expresa el autor:

[...] todo lo humano está destinado a extinguirse y renovarse en el tiempo, sobra razón para admitir que el destino del derecho sea el de desactualizarse necesaria y continuamente.

Pero, dentro de esta condición consustancial de lo normativo, no es imposible ni difícil discriminar y destacar situaciones de muy diversa entidad, que se relacionan con el grado y medida de las crisis o de las desarmonías que disminuyen la eficacia del ordenamiento.

Gran parte de ellas afloran en el proceso, no sólo por la relación inmediata y constante del proceso mismo con aquel acaecer litigioso a través de cuyo desarrollo el derecho cobra su realidad más objetiva, sino —y aun principalmente— porque, después de Roma, después del período medieval y después del siglo individualista —es un siglo

demasiado largo para las concepciones jurídicas, por la vigorosa influencia de la grande escuela y del Código Napoleón— las ideas del proceso han sufrido un cambio fundamental e inocultable.

Las controversias judiciales permanecen idénticas en el tiempo, ofreciendo el intrincado espectáculo de sus complejos hilos sobre el inalterable cañamazo del interés humano con su densa secuela de avideces y egoísmos, pero las nociones técnicas que sugiere el proceso, como fenómeno de la jurisdicción, han trasladado su epicentro hacia zonas separadas por inconmensurables distancias astronómicas.

Precisadas las funciones del proceso, adornadas por su marco histórico, continuaré el desarrollo del tema señalando algunas ideas fundamentales acerca de sus presupuestos y principios.

IV. Presupuestos y principios del debido proceso constitucional

Presupuestos generales, orgánicos y funcionales deben concurrir copulativamente para que el proceso constitucional, destinado a decidir conflictos originados por infracción a las normas que se refieran a la organización del Estado o a la violación de garantías constitucionales, pueda ser calificado como “debido”.

1. Presupuestos y principios generales del debido proceso constitucional

Como ya se dijo, en los países que cuentan con una Constitución escrita, es su texto el que incorpora al sistema procesal las bases de lo que puede denominarse “el debido proceso constitucional”. En los que no la tienen debe entenderse la expresión constitucional como una referencia al conjunto de principios, precedentes y normas que se refieran a materias constitucionales, como ocurre, precisamente, en el sistema anglosajón, origen directo de la conceptualización del debido proceso.

En tal caso, no hay Constitución pero sí principios recogidos por el derecho constitucional y por el derecho procesal constitucional que lo sustentan.

Precisado lo anterior podemos incluir entre los presupuestos generales del debido proceso constitucional a los siguientes:

A. Constitución política y proceso

Que la Constitución política contemple al debido proceso constitucional, como la forma natural y racional de solución jurisdiccional de los conflictos que se produzcan por el ejercicio de las funciones públicas o por hechos o actos que provoquen el quebrantamiento de los derechos esenciales de las personas. Los profesores José Manuel Cardoso Da Costa, presidente del Tribunal Constitucional de Portugal, y Carlos Mezzanotte, juez de la Corte Constitucional italiana, en un congreso celebrado en la Universidad de Talca, Chile, coincidieron en que toda nueva Constitución impone la necesidad de contar con un órgano jurisdiccional que garantice su cumplimiento y la plena observancia de sus normas y principios.

La Constitución política de Chile los incorpora en el artículo 19, n° 3°, en cuanto expresa: “Toda sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”.

Dado que en Latinoamérica todos los países cuentan con Constituciones escritas, desarrollaremos algunas ideas partiendo del referido supuesto, sin perjuicio de reiterar que el concepto esencial que analizamos rige igualmente para aquellos que no las tengan.

En este entorno, el debido proceso es la culminación de la protección jurisdiccional de la Constitución, toda vez que, si consideramos solamente la jurisdicción constitucional en abstracto y no al instrumento destinado a hacerla efectiva en el caso concreto, estaríamos frente a un sistema imposible, incompleto e inoperante de justicia constitucional.

Jurisdicción y proceso son conceptos indisolublemente unidos y no pueden subsistir el uno sin el otro.

La jurisdicción sin proceso es inviable y el proceso sin jurisdicción no es un proceso jurisdiccional y, por lo tanto, ello lo inhibe para decidir un conflicto de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada.

Resulta curioso observar que la abundante doctrina escrita sobre justicia constitucional, en las últimas décadas, se ha centrado en el análisis y estudio de sus bases orgánicas, destacándose entre ellas la jurisdicción constitucional, tema desarrollado extensamente en todos los textos especializados. En cambio es muy escaso el apoyo científico-jurídico que podemos encontrar para el análisis del proceso constitucional y, menos aún, de los principios informadores que deben concurrir para que reúna las exigencias que le permitan su calificación como “debido y justo”.

El cumplimiento de este primer presupuesto general del debido proceso constitucional se proyecta en dos áreas fundamentales. La primera está conformada por la normativa constitucional que, en esencia, regula la organización del Estado fijando las atribuciones de los poderes públicos y de quienes los representan, y consagra las garantías fundamentales de los habitantes.

La segunda se refiere a la protección jurisdiccional de sus disposiciones por medio del debido proceso, mecanismo que le permitirá recuperar su eficacia real en caso de producirse un acto de cualquier sujeto que las quebrante. La sentencia que lo decida reivindicará la plena vigencia de la norma constitucional vulnerada con el nacimiento del conflicto.

Es aquí donde emerge la figura de su guardián, el tribunal constitucional, magistral creación de Kelsen destinada a garantizar la eficacia de la supremacía constitucional a través del debido proceso. Este puede establecerse como un órgano autónomo especializado, que es mi preferencia, o asignarle competencia a otros que integren el sistema normal de justicia, como ocurre, por ejemplo, en los países que tienen control difuso. Lo importante es que el sistema cuente con un tribunal competente para decidir los conflictos constitucionales.

Este principio lo precisa Néstor Pedro Sagüés en su *Introducción al derecho procesal constitucional* al afirmar que los tribunales constitucionales “cumplen un rol instrumental, en el sentido de que les toca tutelar la vigencia y operatividad de la Constitución mediante la implementación de la judicatura y de los remedios procesales pertinentes”.

Recordemos que Calamandrei muy bien ha dicho que todas las declaraciones constitucionales son fútiles si no existen medios jurídico-procesales que aseguren su eficacia real.

La conversión de la Constitución en una verdadera norma jurídica vinculante para todos los poderes públicos, entre ellos el juez, ha revolucionado y cambiado definitivamente el papel de la justicia constitucional, toda vez que ha generado un vaso comunicante entre los tribunales constitucionales y los establecidos por el resto del sistema. Un buen ejemplo de ello es el caso italiano, en que cualquier tribunal puede suspender el conocimiento de un proceso a su cargo si surge en él una cuestión de constitucionalidad, cuya decisión somete a la consideración de la Corte Constitucional.

Cuando un tribunal constitucional, en uso de su jurisdicción, declara nula una ley por vicios de inconstitucionalidad, no es sino el portavoz, el instrumento de la Constitución, destinado a protegerla. Es, como se dijo, su guardián.

Reitero que en Estados Unidos el control difuso significa que todos los jueces deben aplicar la Constitución por sobre la ley; por lo tanto, en ese modelo no se cuestiona la jurisdicción de los tribunales comunes para conocer de materias constitucionales, pero el asunto resulta importante en los países que tienen control de constitucionalidad concentrado o mixto.

B. Ampliación de la jurisdicción

Que el ámbito de la jurisdicción incluya la facultad de decidir conflictos constitucionales.

Tradicionalmente la jurisdicción comprendía la facultad de resolver las causas civiles y criminales, y excluía, como más adelante se verá, la posibilidad de hacerlo con los conflictos constitucionales. En la actualidad, otros importantes conflictos se han traspasado a la órbita de la jurisdicción, entre los cuales cabe destacar especialmente los constitucionales.

En consecuencia, la jurisdicción poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir, hoy extiende su ámbito para incluir en su cobertura la solución de los conflictos que la Constitución, los tratados o la ley ponen en la esfera de atribuciones de los tribunales constitucionales o, por excepción, de los tribunales ordinarios cuando la preceptiva les atribuye expresamente la facultad de decidirlos, toda vez que, sin disposición que así lo señale, carecen de tal competencia.

Favoreu precisa este concepto al expresar:

Un tribunal constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos.

El derecho fundamental a la integridad y primacía de la Constitución y las normas que articulan la jurisdicción constitucional deben interpretarse de manera que potencien al máximo su defensa y cumplimiento. En este orden de ideas, la jurisdicción constitucional tiene un significado esencial para el perfeccionamiento y la vigencia del Estado constitucional de derecho, la división y el equilibrio de las ramas del poder público, la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, la división vertical del poder del Estado y el respeto de los derechos fundamentales.

También debe tenerse en cuenta que esta ampliación de la jurisdicción permite a los tribunales constitucionales desempeñar una función esencial de adaptación de la Constitución y de los textos que la complementan a la realidad nacional, en los casos en que su rigidez provoque problemas en la aplicación de sus normas o una alteración de las garantías en su esencia.

Para cumplir su alta misión los tribunales constitucionales deben contar con jurisdicción suficiente para resolver los conflictos propiamente contenciosos y para intervenir, a través de la *jurisdicción de certeza*, en el control preventivo de las leyes. Con ello, al ejercer su jurisdicción en uno y otro caso, garantizan el principio de la supremacía constitucional y logran dar eficacia real a los derechos personales.

Manuel Medina Guerrero, a propósito de los límites funcionales de la jurisdicción constitucional, apunta que puesto que el tribunal constitucional, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución, determina de modo vinculante el sentido de los preceptos constitucionales, a él también corresponde delimitar sus propias funciones, acotando su jurisdicción del ámbito de actuación perteneciente a los tradicionales poderes del Estado. Como afirmara Tomás y Valiente, dentro del sistema que es la Constitución:

Nadie puede decirle al Tribunal cuáles son sus límites, lo cual no significa que no los tenga, sino que éstos son los que la Constitución dice que son, en unos términos cuyo sentido establece el propio Tribunal como intérprete supremo.

La jurisdicción constitucional se proyecta así como una de las garantías básicas del Estado constitucional de derecho. El poder público en todas sus manifestaciones —Estado legislador, Estado administrador y Estado juez— debe someter su quehacer a la Constitución. La jurisdicción constitucional asegura que, efectivamente, todas las autoridades públicas sujeten sus actos (aquí quedan comprendidos, entre otros, las leyes, las sentencias y los actos administrativos) a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales se desarrolle dentro de un ámbito correcto y de legítimo ejercicio de la función constitucional que les compete.

En efecto, el tipo normal y habitual de control jurisdiccional de la constitucionalidad a través del proceso existe en todos los regímenes que establecen el principio

de supremacía de la Constitución al que deben conformarse los actos de todos los órganos del Estado y de los particulares.

Constituciones modernas como las de Italia, Austria, Alemania, Francia, España, Bélgica y Portugal contemplan cortes constitucionales como los tribunales idóneos para decidir conflictos constitucionales, a los que otorgan una amplia y suficiente jurisdicción.

El establecimiento de una jurisdicción constitucional se traduce en borrar la sombra siniestra de la autotutela en la solución de los conflictos sometidos al proceso jurisdiccional, la que, de no existir, estaría siempre al acecho.

Para precisar conceptos debemos concluir que, desde el punto de vista del derecho procesal constitucional, la creación de tribunales constitucionales implica ampliar la esfera de la jurisdicción, para incluir en ella la solución de conflictos constitucionales, especialmente los generados por el uso de las funciones legislativa y ejecutiva por los órganos competentes. La primera es la que el juez de la Corte Suprema de Estados Unidos Stephen Breyer denomina *revisión judicial independiente*, expresión que usa para referirse a la autoridad que es dada a los jueces para invalidar leyes sobre la base de que ellas violan disposiciones de una Constitución escrita.

Hoy la doctrina especializada, a partir de Cappelletti, postula que hay consenso en que la función que desarrollan los tribunales constitucionales es netamente jurisdiccional. Este planteamiento tiene importancia por cuanto, si se considera que la actuación del tribunal es propia de un legislador, sus decisiones no vinculan a los jueces, cuya libertad para interpretar la ley se mantiene inalterable. Sólo produce efecto su decisión cuando la ley cuestionada es declarada inconstitucional y expulsada del sistema.

Sagüés, en su obra *Derecho procesal constitucional*, se refiere extensamente al concepto de jurisdicción que proclama como “decisivo” para el derecho procesal, y agrega que puede considerarse en sentido amplio o restrictivo, en sentido material o dentro de lo que denomina *doctrina orgánica*.

Alfredo Di Iorio expresa que la doctrina entiende la jurisdicción constitucional en sentido material, como la actividad estatal encargada de decidir en las cuestiones de materia constitucional y viene a ser la tutela jurisdiccional destinada a corregir actos inconstitucionales de los órganos del Estado, lo que incluye el control de constitucionalidad de las leyes y otras normas, la solución de los conflictos de competencia y la defensa de los derechos públicos subjetivos constitucionales de los habitantes.

Finalmente, la doctrina orgánica considera que una auténtica jurisdicción constitucional sólo se presenta cuando el conocimiento de las pretensiones fundadas en normas de derecho constitucional se atribuyen a órganos jurisdiccionales independientes de la común organización judicial.

Concuerdo con Sagüés en que la jurisdicción constitucional no se define por el órgano que la cumplimenta, sino por la materia sobre la cual versa. En otros términos, ella existe con o sin órgano especializado.

Además, como apunta Biscaretti, aun cuando se programe un tribunal constitucional “único”, algunas funciones jurisdiccionales materialmente constitucionales siguen confiadas a otros órganos del Estado, entre los cuales figuran los tribunales comunes, el Parlamento y órganos administrativos. Éste es, precisamente, el caso del sistema chileno, en que hay un sistema compartido de jurisdicción constitucional.

En cambio, discrepo en cuanto concluye que una versión amplia del vocablo *jurisdicción* se impone, no tanto por sus méritos, sino porque refleja una realidad inculcable.

En mi opinión, enfocado el tema desde el punto de vista del conflicto, debe llegarse necesariamente a concluir que, siendo el proceso jurisdiccional la única forma de solución prevista por la Constitución para resolverlo, la función que desarrolla el juez constitucional, quienquiera que éste sea, es necesariamente jurisdiccional, ya que, de lo contrario, al decidirla, no podría hacerlo con efecto de cosa juzgada.

Esta posición la confirma Héctor Fix-Zamudio, en cuanto piensa que tanto los organismos calificados como cortes o tribunales constitucionales, como las salas especializadas de cortes supremas, así como estas últimas, cuya función esencial es la de resolver conflictos constitucionales, son verdaderos órganos jurisdiccionales, la mayor parte de carácter autónomo, ya sea que estén situados dentro o fuera del poder judicial ordinario. Concluye que, cualquiera que sea el tribunal, la función que realiza es jurisdiccional.

En torno a este interesante tema, el profesor Lautaro Ríos Álvarez sostiene, con mucha razón, que la jurisdicción constitucional es la potestad decisoria atribuida por la Constitución a uno o más órganos jurisdiccionales con la precisa misión de resguardar y hacer prevalecer el principio de supremacía de la Constitución en todas o en algunas de sus manifestaciones.

Hoy, la mayor parte de los tratadistas concuerda con dicha posición. La idea central que sostienen es que estos órganos siempre resuelven conflictos constitucionales en el marco del ejercicio de una función jurisdiccional. Podemos citar, entre muchos otros, a Favoreu, Cappelletti, Brewer-Carías, Rodolfo Piza, Francisco Rubio Llorente, José Luis Cea, Gastón Gómez Bernales, Francisco Cumplido, Mario Verdugo, Raúl Bertelsen, Humberto Nogueira Alcalá y Teodoro Ribera Neumann.

Cabe concluir, entonces, que la función que desempeñan los tribunales constitucionales al resolver conflictos constitucionales es jurisdiccional.

Las teorías del poder neutro y del legislador negativo resultan interesantes e ingeniosas para explicar las atribuciones del tribunal pero, como ya lo he expresado en mi obra sobre la jurisdicción, cada vez que un tribunal resuelve un conflicto con efecto de cosa juzgada está ejerciendo jurisdicción.³

Ahora bien, el tribunal constitucional, que está fuera de la organización común, tiene una jurisdicción que la Constitución le otorga y que marca la diferencia fundamental entre éste y un tribunal supremo: mientras el primero se sitúa necesariamente

³ Véase *La jurisdicción en el derecho*, Jurídica, Santiago de Chile, año 1991.

—y de ahí su nombre— en la cúspide de un edificio jurisdiccional, el segundo se halla fuera de todo el aparato jurisdiccional ordinario.

Como subraya V. Crisafulli, a propósito del tribunal italiano, éste “no sólo no se incluye en el orden judicial, sino que ni siquiera pertenece a la organización jurisdiccional, en el sentido más amplio del término. El tribunal constitucional se mantiene ajeno a los poderes estatales conocidos tradicionalmente. Forma un poder independiente cuyo papel consiste en asegurar el respeto a la Constitución en todos los ámbitos”. Lo anterior es válido para todos los sistemas estudiados, pues, como también lo ha señalado Kelsen, el órgano encargado de hacer respetar la Constitución no puede asimilarse a uno de los poderes que controla.

Como efecto de los atributos de la jurisdicción, el tribunal encargado de efectuar el control debe estar dotado de facultades decisorias. Ello significa que las resoluciones o sentencias del órgano contralor producen efectos jurídicos vinculantes para los afectados, los que no pueden actuar al margen de lo decidido por el órgano que realiza el control. Es la concreción de la facultad de las personas afectadas o interesadas de impugnar por sí mismas el precepto o acto inconstitucional.

En Chile, este principio estaría plenamente cumplido toda vez que es la propia Constitución política la que otorga jurisdicción y competencia al Tribunal Constitucional en su artículo 82, a la Corte Suprema en los artículos 12 y 80, a los tribunales electorales en el capítulo VIII, y a las cortes de apelaciones en los artículos 20 y 21.

C. El ingrediente político del proceso constitucional

Sin embargo, y a pesar de la afirmación que hiciera acerca de la naturaleza jurisdiccional de su competencia, no es posible negar la existencia de un ingrediente indubitadamente político en la función que desarrollan los tribunales constitucionales, pero debo agregar que este elemento no deriva, como se afirma en ocasiones, de la naturaleza de los órganos que designan a los miembros del tribunal constitucional o le asignan sus atribuciones, sino que constituye un factor conscientemente vinculado al concepto de justicia constitucional que deriva del significado de la competencia que asume el tribunal al operar en el ámbito de los conflictos constitucionales. En efecto, la función del tribunal constitucional es la defensa de un orden constitucional concreto, específico, que es el articulado en una Constitución, también determinada, que en cada caso es la vigente y que se llama precisamente Constitución política.

Conuerdo, por lo tanto, en que toda Constitución es una norma jurídica con un significado político incuestionable, el cual refleja los principios y valores constitucionales que en ese texto han expresado unas fuerzas políticas concretas que son las que, vinculadas al pueblo, han integrado el poder constituyente en un momento histórico concreto y han hecho materialmente la Constitución.

Viene a mi memoria, a propósito de este importante elemento del proceso constitucional, lo que señalara el juez norteamericano Joseph Caldwell, el que al referirse

a las cartas constitucionales señaló que se puede decir que una Constitución es el esfuerzo de un pueblo para dejar escrito su espíritu sustantivo.

En definitiva, la Constitución es un acto normativo cuyo carácter político es especialmente pronunciado. De allí la inexcusable conexión de todo tribunal constitucional con esos principios y valores constitucionales específicos, cuya primacía debe garantizar, ya que, en caso contrario, su función no tendría sentido. No obstante, todo ello en nada altera la naturaleza de la función jurisdiccional que ejerce.

Sergio Cotta, ya en 1977, ponía de relieve la labor política jurídica de los jueces constitucionales, al plantear que la libertad, la propiedad y la tutela de los bienes sustanciales tienen una protección política.

El pensamiento de Pablo Dermizaky demuestra claramente el carácter jurídico-político de la justicia constitucional, lo que, a su juicio, explica su relevancia y complejidad. Esta relación directa entre justicia y política determina la naturaleza pública de su jurisdicción, que erige a los tribunales constitucionales en árbitros de cuestiones de Estado y de poder.

Este especial ingrediente de la jurisdicción constitucional también lo destaca González Pérez al señalar que ella tiene matices políticos, pese a que siempre asume una problemática jurídica, y por eso es saludable confiarla a un órgano especial. Concluye que la jurisdicción constitucional se perfila como el primero y más importante de los requisitos procesales para conocer en los procesos constitucionales.

De igual forma, Óscar Alzaga nos recuerda que, como bien es sabido, constituye deformación natural del formalismo jurídico el negarse a tomar en consideración los aspectos metajurídicos que influyen en la creación, configuración y funcionamiento de las instituciones jurídicas; y, sin embargo, el mejor realismo nos aconseja contemplar desde la atalaya del derecho constitucional cuantos aspectos políticos subyacentes ejercen influencia en la composición y en la dinámica práctica de las instituciones y órganos que crean y regulan las Constituciones políticas. Esto lo expresa a propósito de lo que denomina “la vertiente política del tribunal constitucional”.

Por último, resulta interesante recordar a Héctor Fix-Zamudio, en cuanto considera que los tribunales constitucionales ejercen una jurisdicción política pero de carácter técnico ya que, como lo ha sostenido la doctrina, lo político y lo jurisdiccional no son excluyentes entre sí, en virtud de que la gran trascendencia política de las cuestiones directamente constitucionales no significa que no puedan sujetarse a criterios de derecho y a formas jurisdiccionales, además de que los mencionados tribunales actúan con independencia respecto de los otros organismos de poder del Estado.

Pero, más allá de estos matices, la idea de que el control de constitucionalidad de las leyes deja de ser un control jurisdiccional para ser un control político y que el Tribunal Constitucional deja de ser una jurisdicción para politizarse, ha sido descartada en el caso más emblemático, el del Conseil Constitutionnel francés, creado por el constituyente con el único fin de vigilar al Parlamento, con una composición exclusivamente política y ejerciendo un control a priori, considerado propio de las ins-

tituciones políticas. Cuando este organismo ha festejado su trigésimo aniversario, ya no se discute su función jurisdiccional.

Esta posición la resume Pierre Bon en su trabajo *El Conseil Constitutionnel francés y el modelo de las cortes constitucionales europeas*, y la confirma Franck Moderne en *El control previo de constitucionalidad en la Europa contemporánea*, en que concluye:

La gran mayoría de los autores franceses admiten hoy la naturaleza jurisdiccional del control previo de constitucionalidad: no se discute más el papel de juez desempeñado por el Consejo Constitucional.

A estas alturas, y al término de esta parte del trabajo, concuerdo plenamente con la posición que sostiene mi estimado amigo Humberto Nogueira, en cuanto a que la jurisdicción constitucional es una de las expresiones de la defensa de la Constitución de tipo institucionalizada y jurídica, que constituye una limitación del poder político con carácter objetivo y de control generalmente solicitado, y que, por tratarse de un control jurídico, es siempre un control interórganos que hace efectiva la suprallegalidad como garantía de la supremacía constitucional.

Que el orden sea objetivo significa que existe un orden normativo preexistente, que la valoración del objeto sometido a control está basada en razones jurídicas y que el órgano es independiente, imparcial y calificado.

Que el control sea necesario implica que el órgano controlante debe ejercer el control cuando le sea solicitado, y si del resultado del control resulta la infracción, el órgano que desarrolla el control debe emitir en su fallo la sanción, sea la anulación o la aplicación de la norma o acto controlado, según sea el caso.

Los órganos que ejercen el control jurídico son aquellos verificadores de limitaciones preestablecidas, y que, como señala Manuel Aragón, “no mandan, sino que sólo frenan”.

En definitiva, político es el conflicto y no el tribunal que lo resuelve.

En mérito de todo lo brevemente expuesto debe concluirse que la jurisdicción constitucional constituye evidentemente un principio informador general e indispensable del debido proceso constitucional.

2. *Presupuestos y principios orgánicos del debido proceso constitucional*

Los presupuestos orgánicos son aquellos que se refieren a la organización, atribuciones y funcionamiento de los tribunales constitucionales y a los principios que se le aplican.

Incluyen en lo esencial la jurisdicción, la competencia y las bases fundamentales del ordenamiento procesal que regulan a los tribunales y a los jueces constitucionales.

Ya señalamos al inicio de este trabajo que el debido proceso se nutre de elementos funcionales y orgánicos que no pueden faltar en su formación.

Para el análisis de sus presupuestos orgánicos dividiremos esta parte de la exposición en dos grandes temas. El primero destinado a los principios informadores aplicables a los tribunales constitucionales y el segundo, a los jueces constitucionales.

A. *Presupuestos y principios orgánicos del debido proceso, vinculados a los tribunales constitucionales: su organización, bases y competencia*

1. *Necesidad de establecer la jurisdicción constitucional*

El sistema procesal debe contar con un tribunal o una organización de tribunales suficientes, competentes y adecuados para dar solución a los conflictos constitucionales.

Lo natural es que sea un tribunal constitucional independiente y autónomo el órgano al que la Constitución y sus leyes complementarias otorguen jurisdicción y competencia para resolverlos.

Cuarenta miembros de la Asociación Alemana de Derecho Político expresaron, a propósito del libro publicado en homenaje al XXV aniversario del Tribunal Constitucional alemán:

No es concebible una Ley Fundamental en la que desapareciera el tribunal constitucional, con sus amplias competencias, sin que aquella sufriera una reforma en su esencia. El tribunal constitucional se ha evidenciado como el más importante garante del respeto por el resto de los órganos estatales al derecho constitucional. La consiguiente contención del poder político en beneficio de la normatividad de la Constitución ha hecho arraigar el importante significado de la Ley Fundamental en la conciencia social y ha contribuido considerablemente a la consolidación del nuevo orden político.

Concordando con los maestros alemanes, hoy no es posible concebir un sistema constitucional eficiente sin un tribunal constitucional que proteja la Constitución, como también resulta indudable que todo cuanto se refiera al tribunal constitucional es una materia propia del derecho procesal constitucional.

No obstante, comparto la opinión de Norbert Lösing en cuanto a que un tribunal constitucional y la jurisdicción constitucional no son un seguro de vida para una Constitución, ni de por sí un garante de la vigencia de las condiciones de un Estado de derecho. Es un instrumento útil para su desarrollo y fortalecimiento en aquellos países donde existe un mínimo consenso básico en relación con los preceptos constitucionales cumplidores de unos estándares mínimos y donde la voluntad de reconocer la supremacía de la Constitución, al menos no esté excluida.

Partiendo de la premisa de la conveniencia de establecer un tribunal constitucional, el sistema procesal orgánico ofrece al poder constituyente también las alternativas de dar competencia a la corte suprema o a una de sus salas, o diseñar un sistema de control compartido de constitucionalidad. En el desarrollo de este trabajo ya se han expresado las ideas fundamentales en torno a este punto.

Estas posibilidades quedan abiertas frente a las dos posiciones que el profesor Fromont plantea como conceptos de justicia constitucional. De acuerdo con el primero, se considera tribunal constitucional al que conoce de las controversias sobre las competencias de los poderes públicos, y el segundo estima que la ejerce el encargado de la aplicación de las normas fundamentales, cualquiera que sea su ubicación en el ámbito jurisdiccional.

En este punto resulta fundamental recordar la precisión que formula Louis Favoreu al enseñar que sólo debe considerarse como tribunal constitucional la jurisdicción creada para conocer de manera especial y exclusiva del contencioso constitucional, situada fuera de la jurisdicción ordinaria e independiente tanto de ésta como de los otros poderes públicos, y agrega que los tribunales supremos o salas constitucionales de los mismos pueden considerarse como jurisdicciones constitucionales, pero no como tribunales constitucionales.

Personalmente estimo que deben considerarse como tribunales constitucionales a los propiamente tales, o sea, todos aquellos que ejerzan preferentemente jurisdicción constitucional. No obstante, reconozco la atribución del constituyente de otorgar a la corte suprema, a una de sus salas o a otros tribunales, competencia para dirimir conflictos constitucionales, lo que no les hará perder su ubicación dentro de la organización judicial del país, como tampoco su competencia principal.

Mi opción es la de otorgar la mayor competencia constitucional aconsejable a los tribunales constitucionales, sin perjuicio de que determinados conflictos que afectan a la Constitución puedan seguir siendo conocidos por otros tribunales del sistema, como las cortes electorales, la corte suprema o las cortes de apelaciones.

Este principio resulta igualmente valedero y se cumple en aquellos países que cuentan con un sistema difuso de justicia constitucional que, como sabemos, faculta a todos los tribunales para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes. Esta sería otra forma de manifestación de la jurisdicción constitucional, por lo que debe quedar comprendida en el ámbito de este principio informador.

A propósito de estas ideas matrices, en el capítulo siguiente se expresarán las principales características de los tribunales constitucionales que, en síntesis, significa que deben ser creados por la Constitución; ser absolutamente independientes y no pertenecer a ninguno de los poderes públicos tradicionales; que sus jueces deben ser cuidadosamente escogidos y que, en fin, sus sentencias producirán generalmente el efecto de cosa juzgada absoluta.

Este tribunal, como sostiene García Pelayo, es un regulador de la constitucionalidad de la acción del Estado, y como tal está destinado a dar plena existencia al Estado de derecho y a garantizar la vigencia de la distribución de poderes establecida por la Constitución, ambos componentes inexcusables, en nuestro tiempo, del verdadero "Estado constitucional".

Para que el mecanismo de control de constitucionalidad opere plenamente, el órgano controlador debe ser distinto al ente que decide los actos sometidos a revisión.

La autonomía del órgano se transforma así en un principio informador básico de la justicia constitucional. Vanossi, en su obra *Introducción a los sistemas de control de la constitucionalidad*, afirma que si hay subordinación es absolutamente ingenuo pensar que estando sujeto el controlante al controlado, pueda ejercer uno sobre otro función de control. Como dijo Loewenstein, “los conejos no son, generalmente, los guardianes más seguros del jardín”.

Finalmente debemos expresar que, por su propia naturaleza, de preferencia estos tribunales deben estar fuera del Poder Judicial y contar con una competencia absolutamente diferenciada, para evitar eventuales conflictos de poderes entre ambos sistemas, teniendo siempre en cuenta, como lo sostiene la doctrina, que el tribunal constitucional especializado es el intérprete natural y final de la Constitución. No obstante tenemos los ejemplos de Alemania y de Bolivia, en que sus tribunales constitucionales integran el Poder Judicial pero son absolutamente autónomos.

Por último cabe referirse en esta parte, y en el ámbito de este principio, a otro interesante tema que es el de su legitimidad como órgano democrático, ya que se afirma, criticándolo, que no obstante que sus jueces no son elegidos por el pueblo, pueden dejar sin efecto leyes aprobadas por sus representantes.

En efecto, aún cada cierto tiempo se cuestiona la legitimidad de los jueces y tribunales constitucionales debido a las funciones jurídico-políticas que les son encomendadas, argumentándose que los integrantes de esta jurisdicción, destinada a la solución de conflictos constitucionales, no fueron elegidos democráticamente, no obstante lo cual tienen, como es sabido, la facultad de declarar la inconstitucionalidad con efectos generales de leyes aprobadas por miembros elegidos en votación popular. Un buen expositor de esta tesis es el magistrado inglés Lord Devlin, quien sostiene que la legislación judicial es inaceptable porque carece de carácter democrático, si se toma en cuenta que los jueces deben ser independientes y, cuanto más lo son, son menos responsables ante los gobernados y sus representantes.

En respuesta a tal aserto, Mauro Cappelletti defiende tanto la legitimidad de origen como de funciones de los tribunales constitucionales, ya que la democracia no puede reducirse a una simple idea de mayorías; significa también participación, libertad y tolerancia, por lo que una justicia razonablemente independiente de los caprichos e intolerancias de las mayorías puede contribuir en gran medida a esa misma democracia. Añade que una justicia suficientemente activa, dinámica y creadora puede asegurar simultáneamente la preservación de un sistema de equilibrio de poderes frente a las ramas políticas, así como los adecuados controles frente a esos otros centros de poder no gubernamentales o casi gubernamentales, tan típicos de las sociedades modernas.

Estimo que esta crítica queda absolutamente superada con lo expuesto por Pedro Cruz Villalón en su trabajo *Legitimidade de justiça constitucional e princípio da maioria*, presentado en el Coloquio del Décimo Aniversario del Tribunal Constitucional de Portugal, donde postula que los tribunales constituciona-

les tienen una triple legitimidad: la primera, objetiva; una de origen y, finalmente, otra de ejercicio:

La legitimidad de los tribunales constitucionales es, ante todo, pura y simplemente la legitimidad de la propia Constitución. La segunda es la legitimidad de la minoría frente a la de la mayoría, en cuanto a la defensa de los derechos fundamentales que se garantiza a todos los ciudadanos con independencia de la voluntad mayoritaria. Finalmente, la justicia constitucional posee la legitimidad de la neutralidad y de la independencia, atributos con que cuentan los tribunales constitucionales.

Esta posición es destacada por el juez de la Corte Suprema estadounidense Stephen Breyer, en el texto de la conferencia que dictó en memoria de L. A. Hart, y que denominó “Revisión judicial: la perspectiva de un juez”, en 1998, donde refuta las críticas a la falta de legitimación democrática a los jueces constitucionales, la que reproduce en su estudio especializado sobre el tema.

La legitimidad de la justicia constitucional, en su esencia, fue compartida por los 17 participantes en el *Colóquio sobre Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional* ya invocado, realizado en Lisboa entre el 28 y 29 de mayo de 1993, conclusiones que damos por reproducidas y que compartimos plenamente.

2. Principio de la jurisdicción plena y suficiente

Concordando con la necesidad de contar con una justicia constitucional, todo tribunal que la integre debe tener jurisdicción suficiente que le permita conocer, juzgar y hacer cumplir lo juzgado. Es el poder de la jurisdicción. Si falta, es débil o insuficiente, en cualquiera de sus momentos, el proceso en que se aplique no cumplirá su alta misión.

La jurisdicción constitucional, como señala Renoux, decide conflictos relacionados con la validez general de la norma con respecto a la Constitución, y la doctrina italiana, que tiene un buen exponente en el profesor Giovanni Tarello, concluye que el control ejercido por el tribunal constitucional tendría relación con la validez de la norma, es decir, del principio contenido en el texto y que establece un comportamiento social determinado.

En homenaje al tiempo, cabe aquí reproducir y reiterar todo lo expuesto en este trabajo sobre la jurisdicción como principio general del debido proceso constitucional.

3. Principio del tribunal preestablecido, denominado también garantía del juez natural

Actualmente la doctrina es uniforme en el sentido de postular que todo tribunal constitucional debe encontrarse establecido con anterioridad a los conflictos que le corresponderá resolver. Nuestra Constitución, en el artículo 19, n° 3, inciso cuarto, consagra este principio al señalar:

Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta.

Por su ubicación en el capítulo III, esta norma constitucional es plenamente aplicable a nuestro Tribunal, regulado posteriormente por el capítulo VII, como de igual manera a los demás tribunales que tienen competencia en materia constitucional.

4. Principio del tribunal independiente

Todo tribunal constitucional debe contar con lo que podría denominarse independencia reforzada, ya que como controlador de los actos de otros poderes públicos, la aplicación de este principio en su establecimiento cobra especial relevancia.

Néstor Pedro Sagüés, preguntándose: “¿quién controla?”, responde que la primera garantía para la tutela de los derechos constitucionales es contar con un adecuado control de constitucionalidad ejercido por órganos independientes, imparciales e idóneos.

En torno a este principio, Augusto Morello precisa qué debe entenderse por independencia, más allá de las expresiones constitucionales, manifestando que, en esencia, lo es el no sometimiento a los dictados del poder político o económico o de grupos de interés, de presión o de personas. Significa libertad de criterio para resolver las controversias sin ataduras o limitaciones de ninguna clase y sin otra sumisión que al imperio de la Constitución, ni otro compromiso que no sea el de la propia conciencia y el de los principios éticos que conforman un comportamiento moral.

En esta perspectiva, el tema de la independencia de los tribunales constitucionales se proyecta como un principio estrechamente vinculado a otros igualmente importantes, como lo son el sistema de nominación de los jueces constitucionales y la conveniencia o inconveniencia de su reelección.

Como su análisis incide además en el área de los jueces, volveré posteriormente sobre el tema cuando me refiera a ellos.

La importancia de la aplicación de este principio radica en la preeminencia de la garantía de la independencia del tribunal constitucional, lo que le permita evitar, como cuerpo, presiones externas que puedan influir en su decisión colegiada.

Hoy la doctrina especializada plantea como áreas vulnerables que podrían afectar su independencia, un presupuesto deficitario y/o dependiente, la falta de autonomía para la designación y contratación de su personal asesor y administrativo y, en general, el acceso a los medios materiales que requiera para su actividad, como edificios, vehículos, maquinaria, etc.

Como concluye Luis López Guerra, la independencia del tribunal constitucional será posible sólo si tales condicionamientos no existen, es decir, si el tribunal se encuentra en una posición de autonomía institucional respecto a los poderes que controla.

Las constituciones son muy parcas en la regulación de los tribunales constitucionales y, en sus textos, por regla general no hacen referencia expresa a su auto-

mía, remitiéndose al efecto a lo que dispongan sus leyes orgánicas. Es la tesis que adopta la Constitución chilena en el artículo 81, inciso final, al disponer que:

Una ley orgánica constitucional determinará la planta, remuneraciones y estatuto del personal del Tribunal Constitucional, así como su organización y funcionamiento.

A juicio de algunos, ya este mandato constitucional implica por sí mismo una limitación a la independencia de los tribunales constitucionales, toda vez que por la vía de la regulación legislativa ésta podría ser vulnerada o restringida. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia españolas han considerado que el legislador en esta área no puede disponer de una absoluta discrecionalidad en el uso de su potestad legislativa, sosteniendo que aun cuando la autonomía no cuente con una declaración o base constitucional explícita, debe entenderse incluida dentro del ordenamiento jurídico constitucional, al menos como norma de origen consuetudinario y, como tal, plenamente sustentable.

Es así que debo reconocer que en Chile la ley orgánica del Tribunal Constitucional garantiza en su texto su plena autonomía al disponer, en su artículo 1º, lo siguiente: “El Tribunal Constitucional regulado por el capítulo VII de la Constitución política y por esta ley, es un órgano del Estado, autónomo e independiente de toda otra autoridad o poder”, y complementa esta disposición con la facultad que le otorga para designar de entre sus jueces al presidente, contar con una cierta autonomía presupuestaria y con la exención del control de su administración financiera por parte de la Contraloría General de la República.

Finalmente podemos citar en respaldo de este principio que el Tribunal Constitucional chileno está facultado para dictar autos acordados, normas internas destinadas a reglamentar las materias contenidas en su ley orgánica y que, de acuerdo con el artículo 79 de la Constitución, están expresamente exceptuadas de la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema.

Giovanni Catarino nos recuerda, reforzando esta situación, que la Corte Constitucional italiana, en sentencia del año 1981, resolvió que por su posición de recíproca independencia en cuanto definidores del *indirizzo* político del país, estaban exentos de control contable externo de la Corte dei Conti, no obstante no estar establecida esta excepción en su ley orgánica.

En Chile, la incorporación de la independencia como principio básico para que opere el debido proceso está expresamente reconocida en la Constitución política por la segunda parte del inciso segundo del artículo 73, en concordancia con sus artículos 6º, 7º y 79. Ellos, en síntesis, establecen que ni el Congreso Nacional ni el presidente de la República pueden sustanciar procesos jurisdiccionales, abocarse a su conocimiento, resolverlos, invadir sus atribuciones o violentar el efecto de la cosa juzgada, todo lo que se consolida con las cerradas normas de competencia contenidas en el artículo 82.

5. Principios orgánicos vinculados a la competencia

5.1. *Reglas generales de la competencia.* La ley orgánica sobre organización y atribuciones de los tribunales contempla un conjunto de reglas generales que son aplicables a todo proceso en que el tribunal ejerza jurisdicción, incluyendo naturalmente entre ellos a los procesos constitucionales.

Como precedente jurisprudencial se puede invocar la sentencia rol n° 228, de 15 de diciembre de 1995, en que el Tribunal Constitucional de Chile dio aplicación a la regla de la radicación en un proceso sometido a su conocimiento.

A la competencia del tribunal constitucional se le aplican las reglas de la inexcusabilidad, radicación, extensión y ejecución. A las de otros tribunales que ejercen jurisdicción constitucional, en un sistema compartido o difuso se aplican, además, las reglas del grado y de la extensión. Todo esto constituye un ingrediente necesario del debido proceso.

5.2. *Competencia absoluta.* Todo tribunal para radicar el proceso debe tener competencia absoluta. La regla que así lo establece le permite al Constituyente o al legislador establecer, en razón de la materia y de la jerarquía, la organización adecuada de tribunales con capacidad suficiente para sustanciar y resolver, por medio del proceso, la amplia gama de conflictos que surgen en la vida nacional.

Es precisamente la naturaleza del conflicto lo que ha conducido a los constituyentes a la creación de tribunales constitucionales con competencia para decidirlos, ya que su solución excede el ámbito normal de la jurisdicción de los tribunales comunes.

En fin podemos decir que la aplicación de este principio es la que fijará la posición de cada país en orden al sistema de control de constitucionalidad que desee establecer y, si es concentrado, decidir si se lo entregará a un tribunal o a varios.

En Chile se aplican también las normas de competencia absoluta en los casos en que concurren diversas jerarquías de tribunales en la decisión de conflictos constitucionales, como sucede en la justicia electoral y en las acciones de protección y amparo, en que por la vía de la apelación pueden existir dos tribunales de igual competencia en razón de la materia, pero de diversa jerarquía.

En síntesis, el factor materia es el que ha provocado e impulsado la creación y asignación de competencia a los tribunales constitucionales, ya sea que éstos la asuman en forma privativa o la compartan.

5.3. *Competencia relativa.* Si el sistema contempla más de un tribunal con igual competencia absoluta para conocer en materias constitucionales debe asignársele, además, competencia relativa. Esto permite la distribución de los conflictos entre los distintos tribunales de similar competencia absoluta, tomando en consideración el territorio donde ejercen su jurisdicción, facilitándose así el acceso de las partes al proceso. En esta alternativa, su aplicación constituye otro factor que conduce al debido proceso.

Esta regla tendrá aplicación solamente en los sistemas de control difuso y en los de control concentrado y compartido, donde coexistan en el territorio dos o más tribunales del mismo rango.

En Chile es el caso de las cortes de apelaciones que, distribuidas a lo largo del territorio nacional, tienen competencia constitucional para conocer de las acciones de amparo.

Si existe un control concentrado y monopólico, este principio no tiene aplicación ya que existe un solo tribunal constitucional, cuyo territorio es el de la República.

5.4. *Competencia específica.* Se define como la facultad que tiene el tribunal para conocer de las materias que conforman un proceso determinado. Es la singularización de la jurisdicción al caso concreto. El tribunal asume competencia específica para conocer el proceso y resolver el conflicto que en él se ventila y de su ejercicio surgirá el efecto de cosa juzgada, y la *ultra* y *extra petita* cuando el tribunal la extralimite.

Constituye un principio informador básico y una garantía para los sujetos del proceso, que el tribunal sólo pueda conocer lo que se le pide y resolver solamente lo debatido. Es una aplicación orgánica esencial del principio dispositivo y en tal condición se incorpora al proceso.

En este sentido existe una rica jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que ha mantenido una doctrina reiterada en el sentido que “el vicio de incongruencia entendido como el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurra la controversia procesal”.

Volveremos más adelante con un desarrollo ampliado de este tema.

6. *Características de la competencia de los tribunales constitucionales*

Su competencia tiene un elemento esencial: el control de la constitucionalidad de las leyes. Favoreu señala que “no hay Justicia Constitucional y, por lo tanto, no hay Tribunal Constitucional sin la atribución central que es el control de constitucionalidad de las leyes, es decir, la sumisión de la voluntad del Parlamento al respeto de la regla de derecho, ya se trate de una regla formal o de fondo”.

Esta competencia puede distribuirse en cuatro grandes áreas, que comprenden, la primera, a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y de los tratados; la segunda, que se refiere a los decretos con fuerza de ley, decretos leyes y decretos; la tercera, a la posibilidad de declarar inconstitucionales las sentencias dictadas por los tribunales del sistema, tesis que se ha confirmado por resoluciones dictadas por los tribunales constitucionales de Colombia y Costa Rica; y, finalmente, la cuarta, toda el área de protección de los derechos humanos o garantías personales.

En este marco pueden precisarse las siguientes como características de la competencia jurisdiccional de los tribunales constitucionales.

a. Es de origen constitucional y por lo tanto, no puede ser alterada por ley.

No obstante, una ley orgánica o un tratado podrán agregar competencia al tribunal constitucional, en cuyo caso ésta sí podría sustituirse por otra norma de igual naturaleza.

b. Es restringida y sólo se refiere a las materias relativas a los conflictos tipificados por la Constitución política de cada país y sus leyes complementarias y que sean de competencia de los tribunales constitucionales. Norbert Lösing, en su trabajo “Sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, plantea que no es de extrañar que la justicia constitucional como sistema ya no sea puesta en duda. En cambio, sostiene que hay numerosas voces que advierten sobre los límites de la misma, que están formados por las competencias que se le asignan, el parámetro de control reducido de la Constitución y el ordenamiento procesal de la actuación del tribunal.

Otra limitación importante surge del hecho de que al tribunal le está vedado, en general, actuar de oficio.

c. Es privativa del tribunal constitucional, órgano del Estado, autónomo e independiente de toda otra autoridad o poder en el ejercicio de su competencia y, como tal, improrrogable e indelegable.

Esta característica debe entenderse en concordancia con lo previsto en las constituciones que consagran el sistema difuso o compartido en su control de constitucionalidad. En el primero de los casos, todos los tribunales la tendrán; y en el segundo, aquellos a los que se confiere.

d. Es de ejercicio forzado o eventual, según la materia que se trate.

Es de competencia forzada cuando la Constitución o la ley exigen la intervención de un tribunal constitucional, sin mediar actividad de parte, aplicándose al sistema el principio inquisitivo.

Es eventual cuando la apertura de un proceso y, por ende, el impulso de la competencia constitucional dependen de la voluntad de los sujetos legitimados.

En Chile es de ejercicio forzado cuando el Tribunal Constitucional realiza el control preventivo de las leyes orgánicas constitucionales (artículo 82, n° 1°, de la Constitución), y cuando el Tribunal Calificador de Elecciones ratifica los resultados electorales (artículo 84 de la misma Carta), y eventual, en el resto de la competencia constitucional.

A esta área se refiere en Chile el artículo 3° de su ley orgánica, que dispone: “el Tribunal sólo podrá ejercer su jurisdicción a requerimiento de los órganos constitucionales interesados o de las personas que intenten la acción pública, en los términos señalados en el artículo 82 de la Constitución política”.

e. La competencia constitucional limita en el mérito de la norma sometida a revisión de constitucionalidad.

Su competencia limita en lo que se denomina el mérito del acto impugnado o controlado. Con esta doctrina coinciden la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de Francia, Alemania, Italia, España y Chile y la comparten las opiniones de distinguidos procesalistas y constitucionalistas.

Su aplicación se traduce en que el tribunal constitucional no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control. Sólo debe resolver si dichos actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales. De una parte debe velar porque la ley o el decreto no vulnere los límites constitucionales, y de otra, no puede inmiscuirse en la esencia del ejercicio de la función pública que le corresponde al Congreso Nacional, al presidente de la República o a los otros tribunales de la organización de justicia.

En efecto, al resolver, dentro del concepto chiovendano, el Tribunal sustituye la voluntad de los sujetos involucrados en el conflicto, haciendo prevalecer su voluntad por sobre la del órgano controlado.

En otros términos, el Tribunal Constitucional sustituye la voluntad de los parlamentarios o la del presidente de la República.

Lo expresado demuestra la gravedad de la decisión y la consiguiente necesidad de contar con reglas claras y precisas de competencia.

En el ejercicio de esta facultad, el legislador se encuentra sujeto al marco que fija la propia Carta Fundamental. El Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar por que la ley, efectivamente, no vulnere los límites constitucionales.

Tal esfera de autonomía comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan al legislador a la adopción de una u otra fórmula normativa. Sólo cuando el Parlamento exceda su ámbito de competencia, infringiendo los márgenes contemplados en la Carta Fundamental, o violente el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido.

El principio que se ha descrito constituye un criterio interpretativo adoptado explícitamente por los más importantes tribunales constitucionales del mundo.

En concordancia con este orden de ideas, el Consejo Constitucional francés ha declarado su incompetencia para emitir pronunciamientos sobre cuestiones de mérito.

En efecto, con ocasión de un requerimiento que impugnaba un proyecto de ley que creaba y aumentaba penas, el Consejo galo decidió:

[...] la Constitución no le confiere al Consejo constitucional un poder general para juzgar y decidir idéntico a aquél del Parlamento. Sólo le entrega competencia para decidir si una ley sometida a su control es consistente o no con la Constitución.

En el caso jurisprudencial descrito, los requirentes fundamentaban la impugnación de la ley sobre penas en el artículo 8° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, según el cual: “la ley no debe establecer otras

penas que las estricta y evidentemente necesarias”. En su resolución, el Consejo Constitucional francés afirmó:

Dentro de los márgenes de su misión, no le cabe al Consejo Constitucional reemplazar el juicio del Parlamento por el propio con respecto a la necesidad de las penas impuestas a los delitos [...].

El Tribunal Constitucional español, por su parte, ha considerado que:

La Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales aquél puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad.

Explicando dicho espacio de libertad legislativa, el Tribunal hispano ha añadido:

Como ya dijimos en una de nuestras primeras sentencias (STC 11/1981.FJ7), “la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferentes signo”. El legislador es libre, dentro de los límites que la Constitución establece, para elegir la regulación de tal o cual derecho o institución jurídica que considere más adecuada a sus preferencias políticas. Quien no puede dejarse llevar a este terreno es el Tribunal Constitucional.

Por último, en el caso de Italia, el principio de la autonomía legislativa ha sido reconocido expresamente por la normativa que reglamenta las funciones del Tribunal Constitucional. En tal sentido, el artículo 28 de la ley 87, del 11 de marzo de 1953, veda al tribunal “cualquier valoración de naturaleza política y cualquier control sobre el uso del poder discrecional del Parlamento”.

En el modelo chileno, revisando su jurisprudencia, puede afirmarse que el tribunal no hace consideraciones acerca del mérito de las normas que le corresponde conocer, como se desprende especialmente de sus sentencias roles n° 141, 231, 242 y 247.

f. La competencia en la justicia constitucional se rige por el principio de la especialidad; y en el caso del amparo, además, por las normas que lo establecen.

En subsidio y sólo a falta de reglas especiales, a la competencia de estos Tribunales se les aplican los principios generales contenidos en la legislación común.

g. La falta de competencia o la incompetencia por falta de jurisdicción deberá ser resuelta por el propio tribunal.

En ningún caso se podrá promover cuestión acerca de la jurisdicción o competencia del tribunal. Sólo éste podrá conocer y resolver su propia falta de jurisdicción o competencia. Es lo que establecen la mayor parte de las constituciones.

Este principio es incorporado al sistema nacional por el artículo 18 de nuestra ley orgánica al expresar:

En ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia del tribunal. Solo este, de oficio, podrá conocer y resolver su falta de jurisdicción o competencia.

h. El ejercicio de la competencia para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes cumple otras funciones conexas: contribuye a la pacificación de la vida

política dando la certidumbre a la oposición de que tiene un medio de hacer respetar, por la mayoría, los límites constitucionales; asegura la regulación y autenticación de los cambios y las alternancias políticas evitando un “retorno del péndulo” demasiado fuerte, susceptible de romper el equilibrio constitucional, y canalizando la oleada de reformas de la nueva mayoría; y, por último, refuerza la cohesión de la sociedad política, como ha sido el caso de los Estados Unidos.

i. Si en un proceso el Tribunal Constitucional, en uso de su competencia, requiere interpretar la Constitución, al hacerlo debe regirse por las reglas propias de la hermenéutica constitucional que son especiales, diferentes a las del derecho privado y ya vastamente conocidas, por la amplia cobertura que tiene en la justicia constitucional.

De esta manera, interpretar la Constitución es interpretar una norma jurídica pero de especiales características, vinculadas siempre a situaciones particulares de cada etapa histórica determinante en la organización política de un país.

En este entendido, la interpretación constitucional ha de orientarse a mantener el principio de la seguridad jurídica y la vigencia del Estado de Derecho.

Esto obliga al intérprete a lograr un equilibrio capaz de evitar el sacrificio de la Constitución como norma jurídica ante las condiciones de la realidad, así como una excesiva consideración formalista de las normas constitucionales ajenas a ella.

Como dijo el *Chief of Justice* John Marshall en el proceso *Mac Culloch vs. Maryland*, en 1819: “nunca debemos olvidar que lo que estamos interpretando es una Constitución”.

Al enunciar este presupuesto lo reenviamos a lo expuesto por distinguidos juristas que lo han tratado con precisión e intensidad como Torsten Stein, Francisco Rubio Llorente, Germán Bidart Campos, Segundo Linares Quintana, Eduardo Couture, Héctor Fix-Zamudio, Néstor Pedro Sagüés, Mauro Cappelletti, Paolo Biscaretti, y últimamente Marcos Gerardo Monroy Cabra.

Todo ellos coinciden en que existen principios informadores que son propios de la hermenéutica constitucional y que deben ser especialmente aplicados por los tribunales constitucionales.

Por la importancia que tiene, transcribiremos el resumen que hace nuestro juez constitucional, profesor José Luis Cea, en su obra *El derecho constitucional chileno*, que se refiere a la materia señalando que:

Primero, aunque toda la Constitución es parte de un sistema jurídico y, como tal, susceptible de ser interpretada según los cánones comunes de la hermenéutica jurídica, también es cierto que toda Constitución no es igual a las demás normas integrantes de aquel sistema, por que única básica o fundamental; suprema o máxima; escueta o general; auto aplicativa o de fuerza normativa propia e inmediata, etc. Por esas cualidades exclusivas, razonable resulta no interpretar la Constitución como cualquier precepto de un ordenamiento jurídico, sea una ley, un código o reglamento.

Segundo, de aquellas propiedades que la convierten en una normativa exclusiva fluye, igualmente, la hermenéutica delicada y prolija, prudente y visionaria, cautelosa y previsor, flexible y adaptadora que ha de buscarse para acertar con una recta interpretación de las reglas constitucionales. Ciertamente es que dichas cualidades podrían

ser requeridas de todo intérprete enfrentado a cualquier precepto jurídico, pero nos parece exagerado sostenerlo así, como una regla general, esto sin perjuicio del inusitado trabajo que demandaría, v. gr., hacerlo ante cuestiones reglamentarias o aun legales, pero rutinarias, adjetivas o administrativas. Jamás, en cambio, de la hermenéutica constitucional podrá con acierto ser dicho que ella es sencilla en su realización, corriente en sus efectos, intrascendente en su consecuencia, repetitiva, accesoria o con otros rasgos parecidos.

Tercero y último, el texto de la Constitución es breve, denso en principios y normas, abundante de historia interna o fidedigna en sus disposiciones de historia externa o de los procesos vividos por el país, integrador del Derecho con otras disciplinas, texto en el que se tratar de resolver, de la mejor manera posible, las tensiones inevitables que surgen al conciliar el pretérito, el presente y el futuro de la convivencia nacional. Todo ello y mucho más torna indiscutible que el intérprete de la Carta Fundamental no puede ser nada más que un hábil jurista. Por el contrario, su rol principal es pensar la Constitución a largo plazo, con la agudeza y la profundidad, con la originalidad y la lucidez, con la firmeza a la vez que la prudencia del estadista o, más modestamente, del gobernante juicioso, del magistrado justo, del político coherente con sus principios, en fin, del profesor que vive y siente los valores que infunden dirección a la carta Fundamental [...]

[...] algunas normas de la Constitución que deben servir de criterios matrices en la interpretación de todo su articulado.

Primera, interpretar siempre de buena fe la Constitución, sea que el intérprete esté o no de acuerdo con su contenido, comparta o disienta de lo preceptuado en él, haga o no suyos los valores fundamentales del ordenamiento jurídico articulados en su texto. La buena fe, entonces, quiere decir aquí aceptación transparente de lo mandado por la Carta fundamental, actitud que lleva a respetarla o acatarla, a cumplir fiel y celosamente sus mandatos, sin caer en resquicios, manipulaciones o tergiversaciones movidas por designios ideológicos, partidistas, sectarios, de oportunidad o conveniencia, etc.

Segunda, comprender la Constitución, como explica Wilhelm Dilthey en su *Teoría Hermenéutica*, desentramando el significado de ella, sus conexiones de sentido, sobre la base de los valores que propugna, con cuya realización se compromete el Poder Constituyente y que prefiguran el Proyecto Máximo, el supremo objetivo de la comunidad nacional. Buscar esos valores, descubrirlos en los principios y normas en que aparecen articulados, para después comprenderlos y tratar de ponerlos en práctica, esa es la cláusula que propugnamos. Dignidad y derechos inalienables del hombre, libertad e igualdad, seguridad humana y orden público, solidaridad y equidad, justicia en sus diversas especies, bien común, subsidiaridad estatal, etc., son valores que, una vez localizados en las disposiciones constitucionales, posibilitan después determinar el correcto sentido y alcance de ellas, o sea, efectuar su legítima hermenéutica.

Finalmente, y en tercer lugar, reconocer que todo precepto constitucional es expresión de un valor, pero que, al mismo tiempo, hay disposiciones con capacidad integradora en un sistema coherente, cuya profundidad y amplitud conceptual son más amplias que las restantes, de manera que el intérprete hallará siempre en ella los criterios maestros orientadores de su labor, desentrañándola del espíritu manifestado imperfectamente en el contexto y, más débilmente todavía, en el texto de una cláusula aislada, de un pasaje breve o de un solo precepto.

j. Por último, su competencia permite a los tribunales constitucionales desempeñar una función esencial de adaptación de la Constitución a la realidad nacional en los casos en que su rigidez provoque problemas de alteración de garantías o conflicto de poder.

7. Principio de la inexcusabilidad

Consagra la función de “deber” implícita en la potestad de la jurisdicción. Ello exige que el tribunal actúe cada vez que sea legalmente accionado o llamado a intervenir por mandato de la Constitución o la ley.

Toda la competencia de los tribunales constitucionales se rige por el principio de la inexcusabilidad, contemplada en Chile por el artículo 73 de la Constitución política, ya comentado, y por el inciso segundo del artículo 3° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que expresa:

Reclamada su intervención en forma legal y en asuntos de su competencia, no podrá excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva el asunto sometido a su decisión.

No obstante, debemos comentar que esta última norma resulta inexacta al incorporarla al texto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en cuanto expresa: “Ni aun por falta de ley que resuelva la contienda”, toda vez que este órgano jurisdiccional sólo puede aplicar la Constitución y por ende no está en condiciones de actuar sino en los casos que, siendo infringida, son de su competencia. En consecuencia debe excusarse de ejercer su autoridad cuando el asunto no esté sometido por la propia Constitución política o por una ley a la competencia de un tribunal constitucional; obviamente que todo ello es sin perjuicio de su natural facultad de interpretar y adaptar la Constitución a situaciones no previstas.

Por lo tanto, la expresión “ni aun por falta de ley” no opera en la competencia constitucional. En otros términos, si no hay infracción constitucional no se aplica esta regla que fue innecesariamente reiterada en la ley orgánica.

La jurisprudencia del Tribunal chileno en sucesivas sentencias ha resuelto que el Tribunal legalmente impulsado y en materias de su competencia debe abrir proceso en cumplimiento de su deber constitucional.

En mérito de lo expuesto la inexcusabilidad se aplica como principio informador en los casos de acción o requerimiento, en que indudablemente se ejercita una acción procesal, y también cuando debe decidir de oficio sobre eventuales inconstitucionalidades, como ocurre, por ejemplo, en el control preventivo de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales.

8. Principio informador de los tribunales suficientes

La Constitución y la ley deberán contemplar un gran tribunal constitucional o un número adecuado de tribunales que tengan competencia en materias constitucionales, para que el uno o los otros cumplan con los objetivos vinculados al debido proceso, a saber, que en razón de la materia se cuente con tribunales suficientes para conocer de los conflictos constitucionales.

Para apreciar este principio debe distinguirse entre los sistemas difuso y concentrado de control de constitucionalidad. En el primero, todos los tribunales ordina-

rios tienen competencia residual para conocer de la generalidad de los conflictos constitucionales, y cuando su número exija, ya sea un mayor número de tribunales de similar competencia o su redistribución eficiente dentro del territorio nacional, ello se cumplirá, a fin de que no exista impedimento ni retardo en la apertura, tramitación y decisión de los procesos que afecten a la normalidad constitucional.

En el sistema concentrado, a su vez, hay que distinguir si es único o compartido y, según lo que se decida, al (a los) tribunal(es) competencia y elementos suficientes para dar cumplimiento a este principio.

En síntesis, tratándose de la competencia constitucional cada país deberá elegir su sistema, difuso o concentrado; único o compartido; pero siempre deberá velar por que el tribunal o aquellos que tengan competencia constitucional sean suficientes, lo que les permitirá ejercer su función en forma oportuna y eficiente.

Nuestra Carta, en el artículo 74 ya citado, contiene una disposición imperativa en cuanto otorga un mandato al legislador que le exige establecer la organización judicial necesaria para lograr una pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República.

La naturaleza de los conflictos constitucionales exige que el principio de suficiencia se cumpla integralmente como única forma de lograr una decisión oportuna que dé eficacia a la Constitución y garantice su supremacía.

9. Principio del acceso al proceso

El acceso al proceso es un elemento esencial de la tutela judicial efectiva, y ello implica contar con la posibilidad cierta y oportuna de provocar la actividad jurisdiccional tendiente a lograr la decisión de un juez.

El sistema procesal deberá consagrar los mecanismos adecuados para que las partes tengan un fluido acceso a los tribunales de justicia, de tal manera que se les garantice plenamente el uso del proceso como mecanismo de solución a sus conflictos.

Jorge Marabotto, en el trabajo que denominó “Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia”, expresa que debe ser un acceso real y no teórico, ya que se trata de que la igualdad de las personas sea tangible y se concrete en los hechos. Agrega:

[...] si el Estado ha monopolizado como principio el poder solucionar los conflictos, es claro que se tiene que permitir el fácil acceso a la jurisdicción. [...] De nada valdría proclamar que las personas tienen acceso a la justicia, si luego en la realidad de los hechos esa posibilidad resulta menguada o inexistente.

Plenamente de acuerdo con ello, debe concluirse que nada se saca con tener la mejor organización judicial del mundo si los afectados por los conflictos no pueden acceder fluidamente a ella.

El principio orgánico del buen acceso incluye, a mi juicio, la asesoría letrada para las personas que litiguen ante los tribunales, y debe consagrarse en forma programática en la Constitución. Luego le corresponderá al legislador reglamentarlo para darle efecti-

vidad. En síntesis, ello permite a los sujetos del conflicto constitucional llegar con una adecuada asesoría al tribunal constitucional competente.

La aplicación de este principio es, por cierto, un complemento indispensable de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, garantía asegurada a todas las personas en el artículo 19, n° 3, de la Carta política, y reconocida expresamente en sus incisos segundo y tercero, que señalan:

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos.

B. Presupuestos y principios orgánicos del debido proceso constitucional, vinculados a los jueces

Se ha dicho que la función del juez está rodeada de un significado mágico. Ello deriva, según los historiadores del derecho, del origen religioso que tuvo la figura del juez en todas las grandes culturas.

En efecto, la función de juzgar se encomendó en un principio al jefe de familia, luego al brujo o hechicero de la tribu, al profeta o al oráculo, a los sacerdotes, más tarde a los ancianos. Posteriormente, la ejercieron Dios, el rey y los tribunales eclesiásticos. Reivindicando lo que implica su significado, hoy es un atributo privativo de los jueces, herederos de su devenir histórico y que tienen en sus manos la función de hacer justicia dando, como nos enseñó Roma, a cada cual lo que le corresponde.

Estos jueces, brillantemente descritos por Calamandrei y Ossorio en sus obras *El elogio de los jueces* y *El alma de la toga*, son las personas naturales que, en representación del tribunal, ejercen material y directamente la jurisdicción, expresando en actos la voluntad del tribunal, que es la del Estado.

Toda jurisdicción, en definitiva, es ejercida por personas naturales denominadas magistrados o jueces, designados especialmente para actuar en representación pública del tribunal competente, ya sea individualmente o en forma colegiada, según la naturaleza del órgano jurisdiccional a que pertenecen.

Los jueces constitucionales, en consideración a su especialidad y a los conflictos que están llamados a resolver, deben reunir requisitos mucho más exigentes que aquellos que se desempeñan en la justicia común.

Por su trascendencia, éste fue el tema elegido para ser tratado en el Décimo Encuentro de Jueces Constitucionales de Latinoamérica, organizado por la Fundación Konrad Adenauer, realizado en Santiago en la primera semana de setiembre de 2003, donde se tocaron diversos aspectos entre los que se destacó el de su perfil y la responsabilidad política de quienes los designan.

Pero más allá de los planteamientos doctrinarios, la realidad nos muestra que, en definitiva, es el juez la persona que tiene el poder de la jurisdicción y es por ello, como sostiene Couture, que

[...] el problema del juez consiste en elegir un hombre a quien ha de asignarse la misión casi divina de juzgar a sus semejantes, sin poder abdicar de sus pasiones, de sus dolores y de sus impulsos de hombre. Ser al mismo tiempo juez y hombre constituye un dilema dramático; como decía finalmente el canciller D'Aguesseau, lo prodigioso del juez es que lo puede todo para la justicia y no puede nada para sí mismo.

La elección del juez constituye ya de por sí una cosa sutil y delicada. Pero además de la elección existe un problema de investidura, consistente en saber cuál es el cúmulo de poderes que la sociedad ha de depositar en ese hombre que, sin dejar de ser tal, ha de tener el privilegio de decidir la suerte de sus semejantes.

Contemplemos, pues, las dos caras de esta medalla. Lo que significa la elección del juez en sí misma y lo que significa investirlo de sus atributos.

A esta altura de las cosas, el problema agudísimo no consiste ya en encontrar los hombres. Estos, al fin y al cabo, andan por la calle y una buena linterna de Diógenes permitirá encontrarlos, tal como Inglaterra los ha podido hallar. Pero después de hallado el juez, es indispensable darle el mando y la autoridad, es decir, los atributos mismos de su investidura y la medida exacta de sus posibilidades materiales de realización.

El problema consiste entonces en hallar el equilibrio entre dos cosas casi sagradas: la libertad y la autoridad; entre el individuo y el poder.

Para saber lo que vale la justicia es necesario entonces saber lo que vale el juez, en su íntima dimensión humana, en el sistema en que vive; si el hombre es libre en el mundo que lo rodea, la justicia está salvada; si no lo es, la justicia está irreparablemente perdida.

El día que los jueces tienen miedo, ni un solo ciudadano puede reposar tranquilo. El juez, en su patética condición de hombre que todo lo puede para la justicia y nada puede para sí mismo, es el secreto de nuestra paz interior. Lo decía con palabras de metal el texto del rey visigodo: “la salud del pueblo es tener derecho, y mantenerlo”.

En la publicación *La dama ciega*, de la Asociación de Magistrados del Uruguay, se lee: “La justicia, para ser justa, se venda los ojos. Nosotros también, para ser justos, los abrimos”. Interesante.

Finalmente, y a modo de resumen, recuerdo las características que según Favoreau debe tener un juez constitucional, que son tres: es un juez, es constitucional y es único.

Examinaremos a continuación los principios informadores más importantes vinculados a los jueces constitucionales.

1. Principio de la idoneidad

Los jueces constitucionales deben ser idóneos y plenamente capacitados para el ejercicio de sus cargos.

La idoneidad es de la esencia de su función. Igualmente, su formación y capacitación plena en el área de la justicia constitucional resultan básicas en el desempeño de un buen juez.

Esto confirma que al juez constitucional, hoy, no le es suficiente un simple conocimiento de las nociones del ordenamiento positivo, sino que requiere, además,

para operar correctamente la Constitución, de instrumentos conceptuales extraídos de la cultura histórica, filosófica, sociológica y económica, sin desdeñar el profundizar y comparar, lo cual le permite acercarse a ordenamientos diferentes del suyo.

Mi distinguido amigo, juez de la Corte Constitucional de Italia, Massimo Vari, piensa que este argumento toca el tema de la preparación y cultura del juez con un enfoque particular, que es aquel de la formación del juez, problema no sólo cultural, sino también institucional, reflejándose en el modo en el que él incide, con su delicada función, dentro del orden social. La experiencia que hoy vemos en buena parte de Europa y en el resto del mundo, naturalmente con la salvedad de casos particulares, nos lleva a advertir —de frente a la extrema necesidad de justicia y de tutela de derechos, incluso aquellos integralmente nuevos— una atenuación del rol del legislador en pos de la obra de los jueces, con su función más creativa a través de su jurisprudencia, en que se expresa, pragmáticamente, una preferencia más por la justicia a favor del particular que por la conservación de reglas abstractas y, al mismo tiempo, también del acercamiento de los grandes sistemas jurídicos de *civil law* y de *common law*.

El rol creciente de la justicia constitucional en la sociedad exige que los jueces tengan la posibilidad de ejercitar su extraordinario poder teniendo como respaldo no sólo la autoridad de poderes constitutivos sino también la necesaria autoridad que deriva de su competencia, preparación y capacidad de reconocer las nuevas exigencias sociales, cada vez más complejas.

La necesidad de un juez de tener consistencia a través del tiempo es también una fuente de restricciones. La jueza O'Connors ha dicho que las primeras decisiones de un juez crean una huella que las decisiones posteriores deben seguir. Además, el proceso de nominación probablemente asegura que los jueces tienen conciencia, a través de su experiencia previa, de la historia de la Nación y su legado cultural. Estos hechos, combinados con la diversidad de opiniones y la longevidad de los períodos, ayudan a disminuir los cambios radicales en la actitud de la Corte frente a problemas constitucionales.

Este juez, que debe manejar normas, principios y valores constitucionales e interpretarlos, debe agregar a sus conocimientos y experiencia una gran dosis de ponderación y prudencia en sus decisiones por la trascendencia que éstas tienen y por los efectos *erga omnes* que producen muchas de las sentencias en que participa.

El magistrado asume hoy la pesada tarea, pero noble carga, de humanizar y vitalizar las normas y, como sostiene Tomás Ogayar, el juez al aplicar la norma al caso concreto de nuestro tiempo tiene que salir, cada vez con más frecuencia, fuera del ámbito de aquella y acudir a los principios generales del derecho y a los derivados de las lagunas que la norma tan corrientemente deja. En definitiva, la labor del juez se ha convertido en auténtica creación del derecho.

En este contexto es el juez constitucional quien debe decidir por medio de un debido proceso, el conflicto constitucional, que idealmente debe lograr, en la medida de lo posible, una solución justa.

Es cierto lo que expresa Roger Perrot al referirse a los magistrados constitucionales cuando señala que el juez de nuestros días ha cesado de ser aquel personaje fuera del común que encarna una verdad superior que nadie discute. Hoy es un hombre inmerso en la sociedad con sus prerrogativas, responsabilidades y angustias.

A propósito de este tema resulta igualmente interesante recordar el pensamiento de Augusto Morello, quien precisa que el juez, persona física, también debe ser idóneo, requisito o presupuesto general que aunado a la honradez de conducta y transparente vida privada son las condiciones o presupuestos (mínimos necesarios pero no suficientes) para desempeñar el delicado rol de juzgador. Y, agrega, con coraje moral.

Las decisiones de los jueces constitucionales han de imponerse a todos por convicción, y esto sólo se consigue con una sólida formación y preparación del juez, la que, según Rafael de Mendizabal, emana de una siempre despierta sensibilidad que deben tener para detectar la orientación correcta que exige el interés general contemplado en su conjunto.

Recuerdo con énfasis que hoy hace justicia el juez; antes era tarea del propio Dios o del rey.

Es por ello que el Estado, responsablemente, a través de sus representantes, deberá hacer el mayor esfuerzo para que el país cuente con los mejores jueces en todos sus niveles, es decir, desde los jueces que se desempeñan en los tribunales de base, hasta los que ejercen jurisdicción en las cortes de apelaciones y Corte Suprema. Pero debe ser aún más exigente tratándose de los jueces constitucionales.

En un reciente trabajo, Óscar Alzaga, a propósito de la composición del Tribunal Constitucional español, plantea una muy válida interrogante vinculada a este principio, en torno a si el juez constitucional debe ser de carrera o debe venir del mundo externo. Los sistemas constitucionales han diseñado soluciones diferentes, que se han concentrado en alternativas más bien políticas, como son los casos de Alemania, Francia e Italia, en tanto que otras legislaciones han preferido una respuesta mixta, jurídico-política, con participación de ambos segmentos, como lo han sido, entre otros, los casos de España y Chile. Cuando la Corte Suprema o una de sus salas es un tribunal constitucional, todos sus jueces son de carrera.

Es válido en este punto el planteamiento de Héctor Fix-Zamudio en cuanto indica que la extracción de los jueces debe emanar de los juristas tanto académicos como abogados con experiencia en cargos políticos no partidistas y ello se debe a que la opinión generalizada es la de que, debido a que deben realizar la interpretación de las normas fundamentales (así como de los principios y valores constitucionales), deben tener características particulares por la intensa actividad axiológica que deben realizar los jueces constitucionales, lo cual exige una peculiar sensibilidad política.

Aun cuando ya consideramos a la interpretación constitucional a propósito de las características de la competencia, debemos ahora enfocarla en este contexto y concluir que es uno de los elementos que conduce a que los jueces sean idóneos para

desempeñarse en el cargo de juez constitucional, una de cuyas exigencias es la de activar su capacidad para interpretar la Constitución y velar por su supremacía en el ordenamiento jurídico.

En efecto, el juez constitucional debe estar en condiciones óptimas para lograrlo. Cappelletti resume esta atribución de la esencia de la actuación del juez constitucional al señalar que la misión “de interpretar” resulta irresistiblemente creadora y va mucho más lejos de su función tradicional de ser un mero intérprete fiel del tenor literal de la ley.

La interpretación jurisdiccional cumple una función esencial de adaptación de la Constitución a hechos no previstos, sobre todo en los casos en que la rigidez de la Constitución se opone a revisiones demasiado frecuentes.

Debe tenerse muy en cuenta que el tribunal constitucional es el intérprete oficial supremo y final de la Constitución. Ello permite que por la vía de la hermenéutica, la Constitución perdure y se proyecte; es decir, que no quede anticuada o petrificada en la medida en que los conceptos abstractos que contiene pueden ser redefinidos aplicándolos u adaptándolos a las exigencias de la realidad de cada día.

La doctrina y la jurisprudencia comparada y la del propio Tribunal Constitucional de Chile han precisado con mucha claridad que la interpretación de la Constitución se rige por principios diferentes a los de la interpretación de la ley en general, todos los cuales no es del caso entrar a recapitular por ser suficientemente conocidos por los especialistas. Esta materia está siendo analizada meticulosamente por el juez constitucional Eugenio Valenzuela, en un trabajo de próxima publicación.

Mas, el límite de la interpretación, como lo señala el Tribunal español, está en que el tribunal constitucional no puede hacer decir a los textos sometidos a su conocimiento lo que no dicen, ya que ello implicaría legislar y no interpretar.

Es por este motivo que la primera restricción al intérprete constitucional se encuentra en la propia Constitución, pues su labor no puede encaminarse a la creación de preceptos constitucionales.

Al interpretar la normativa constitucional, la jurisprudencia de estos tribunales colabora en la modernización de la preceptiva de orden público básica adaptando sus disposiciones a situaciones o eventualidades no precisadas ni estrictamente previstas en ella.

También debe tenerse presente que ningún artículo de la Constitución puede interpretarse aisladamente y que sus disposiciones deben coordinarse con las demás, evitándose así su autodestrucción. Por lo tanto, todo juez al interpretar la Constitución debe cuidarse de que no se altere el equilibrio de su conjunto.

El juez constitucional sustancialmente de la misma manera, pero cuantitativamente en mayor medida de lo que sucede con el juez común, debe colmar esas lagunas y determinar cómo “concretar” sus conceptos y valores.

Esa obra de integración debe, por consiguiente, llevarse a efecto necesariamente mediante una “interpretación creadora”, inspirada en los “fines” o “valores” constitucionales y será, por lo tanto, una actividad no meramente lógica sino también volitiva o, si se quiere, “teleológica”.

En este entendido se menciona el principio del efecto “útil”, según el cual, cuando una disposición es susceptible de dos sentidos, es preferible entenderla en aquel que le permite tener algún efecto antes que en el sentido con el cual no lo tendría.

Recordemos finalmente que el artículo 19, nº 26, de la Constitución política expresa:

La Constitución asegura a todas las personas; la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Es su labor moderadora e integradora, desarrollada dentro de una comunidad política en constante conflicto, lo que justifica y recomienda que la estructura del tribunal constitucional esté compuesta por magistrados designados por las tres funciones clásicas del Estado, siendo así el único órgano constitucional en cuyo proceso de nombramiento intervienen los demás órganos constitucionales. Esta particular elección acentúa y refuerza su carácter integrador y su legitimidad y confianza por parte de las demás autoridades constitucionales y por el pueblo entero. En síntesis, es el juez constitucional el que con sus sentencias debe cumplir la alta función de dirimir, con la expresión de su voluntad, las controversias a través de un debido proceso jurisdiccional.

Cada país tendrá que buscar el sistema más conveniente y adecuado para que los magistrados constitucionales puedan cumplir con su alta misión.

2. Principio de la independencia

La independencia se traduce, intelectualmente, en la libertad de criterio y, parafraseando el verso de Quevedo, en la libertad de decir lo que se siente sin tener que sentir lo que se dice, decidiendo sin miedo a las consecuencias.

Piero Calamandrei nos recuerda que la independencia es un duro privilegio que exige a quien lo goza el valor de quedar a solas consigo mismo, cara a cara con su conciencia.

Los jueces deben tener absoluta independencia en el ejercicio de su cargo, requisito éste que comparten con el tribunal, órgano en el que desempeñan sus funciones. Esto significa que el contenido o fundamento de un fallo no puede traducirse en la posibilidad política de exoneración del juez que lo suscribe.

Como expresa Couture, “la independencia del juez es el secreto de su dignidad; pero la autoridad de que se le reviste es como la clave de su eficacia. Según un aforismo clásico, los jueces sin autoridad son fantoches en manos de las partes. Pero en un sentido opuesto, no es menos cierto que los jueces con excesiva autoridad son déspotas de la justicia”.

En ello influye el proceso de selección, que ha de ser en extremo riguroso para que pueda cumplir las difíciles y delicadas tareas dentro de la dinámica justicia constitucional.

Morello nos recuerda que este juez está bajo la lupa de una opinión pública sensibilizada que, ansiosa, se expresa y juzga en alguna proporción en el arduo menester de reclutamiento de los magistrados.

De igual manera refuerza la independencia la aplicación del principio que con mucha precisión Louis Favoreu llama de “ingratitude”, y que consiste en que nombrado el juez debe desvincularse absolutamente del órgano que lo designa.

La concurrencia de estos factores apuntan al proceso justo.

A propósito de este principio resulta útil recordar lo expuesto por Francisco Tomás y Valiente, para quien los jueces independientes son los garantes de la Constitución y deben ser respetados como tales por todos los órganos del Estado y por los particulares.

Para reforzar su independencia la normativa procesal establece un conjunto de causales de impugnación, las que podrán ser promovidas por el miembro afectado o por cualquiera de los ministros y serán resueltas de inmediato por el tribunal con exclusión de éste.

3. *Principio de la inamovilidad*

La permanencia y estabilidad del juez es un ingrediente indispensable para respaldar su firmeza. Inamovilidad significa, pues, que nombrado o designado un juez conforme a su estatuto, no puede ser removido del cargo.

Los jueces deben gozar de inamovilidad como única forma de impedir presiones externas en el ejercicio de la jurisdicción.

En relación con este principio recordaremos algunos puntos importantes.

El juez que puede ser removido por aquellos a quienes debe controlar, pierde su independencia. Es por ello que en la generalidad de los sistemas los jueces constitucionales no tienen responsabilidad política.

Este principio nos proporciona un argumento más para optar por la creación de tribunales constitucionales y no entregar esta competencia a los tribunales comunes, cuyos jueces superiores están expuestos a ella, por lo cual quedan de alguna forma vinculados a las decisiones de mayorías políticas ocasionales.

En Chile, la Constitución política en sus artículos 48 y 49 faculta a la Cámara de Diputados para acusar a los magistrados de los tribunales superiores de justicia por notable abandono de sus deberes y al Senado, actuando como jurado, para resolverlas. Por la declaración de culpabilidad queda el acusado destituido de su cargo. El mismo fenómeno se observa en Argentina y Paraguay, donde han sido destituidos magistrados por este procedimiento.

Los jueces constitucionales no están sujetos a control político, con lo cual el sistema chileno da eficacia a este principio que se traduce en una independencia plena al momento de fallar.

4. *Principio de la responsabilidad*

Los jueces deben ser plenamente responsables en el ejercicio de su jurisdicción. Éste debe ser tan estricto como sea necesario para compensar sus derechos constitucionales de independencia e inamovilidad.

A mayor libertad que los jueces constitucionales tienen, mayor responsabilidad, y, si ella se quiebra o se hace impotente, cabe recordar el viejo adagio “*Quis custodiet custodes*”.

Reforzando este principio, el artículo 13 de la ley orgánica del Tribunal establece que, sin perjuicio de lo que expresa la Constitución política, los jueces cesan en su cargo por impedimento que, de conformidad con las normas constitucionales o legales pertinentes, inhabilite al miembro designado para desempeñar el cargo. La inhabilitación será declarada por acuerdo de la mayoría de los miembros en ejercicio del tribunal con exclusión de los afectados, en sesión especialmente convocada al efecto.

5. *Principio de la permanencia en el cargo*

El juez constitucional debe desempeñar sus funciones a perpetuidad o por un periodo prolongado. Es por ello que en esta área hay diversas tendencias. Según algunos, los jueces deben ser perpetuos; no obstante, algunas constituciones les señalan un tope de edad. En cambio, otros ordenamientos establecen un plazo de duración en sus cargos, pero debemos agregar que siempre son períodos largos.

En el ámbito de este principio se discute acerca de la conveniencia o inconveniencia de posibilitar o impedir la reelección de los jueces constitucionales por nuevos períodos, todo ello vinculado a su independencia.

3. *Presupuestos y principios funcionales del debido proceso constitucional*

*Todo proceso debe ganarse el nombre
de debido y el apellido de justo.*

Se sustentan en los principios informadores de los procedimientos, según ya se dijo al comienzo de esta exposición, los que fueron sistematizados magistralmente por Robert Wyness Millar, a quien, como lo expresa Eduardo Couture en el prólogo de su libro *La ciencia del derecho contemporáneo*, le debe muchos favores. En efecto, afirma que, con esta ayuda invalorable, cualquier código puede ser leído y entendido como si lo fuera a través de una cuadrícula transparente.

Los principios constituyen un método para exponer el derecho procesal, disciplina que cubre el área de la justicia, por lo que su análisis se ubicará siempre en el programa de política procesal que cada país tenga en relación con su estructura.

Ellos se formulan sobre la base de un conjunto de ideas que muchas veces surgen de la propia ley, aunque no se encuentren expresamente sistematizadas en ella.

Estos principios, como ya se dijo, proporcionan al legislador parámetros imprescindibles para abordar el análisis de los procedimientos que, por su aplicación forzada, se traspasarán al proceso.

La Constitución chilena, en su artículo 19, n° 3°, otorga un mandato expreso al legislador en este sentido, en cuanto indica que le corresponderá establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo.

Iñaqui Esparza, en su obra ya citada sobre el *Principio del debido proceso*, expresa que nos hallamos ante instituciones que en muchos casos no están reconocidas por el derecho positivo, pese a lo cual poseen un valor incalculable como elemento para la interpretación e integración, en el sentido más amplio de las normas, por lo que científicamente considera imprescindible su empleo para el estudio de las instituciones jurídicas que regulan el debido proceso. Es lo que Gómez Colomer considera como un movimiento de constitucionalización de los principios procesales.

En esta línea de pensamiento quiero recordar también a Hernández Gil en cuanto afirma que estos principios desempeñan por sí mismos una función normativa y a Héctor Fix-Zamudio en cuanto concluye que es la técnica del proceso la que da efectividad a las disposiciones constitucionales. En otros términos, es el instrumento que tiene la jurisdicción para decidir el conflicto constitucional.

De lo expuesto se desprende, como ya se dejó establecido como premisa en la parte preliminar de este trabajo, que jurisdicción y proceso son instituciones inseparables en el estudio de la justicia constitucional.

El proceso constitucional es un proceso y, como tal, se le aplican todas las normas constitucionales y legales de fondo y de forma que deben observarse para que pueda ser calificado como debido. Es lo que Couture denomina la “constitucionalización del proceso”.

Es por ello que, si bien es cierto que la ley debe fijar los trámites necesarios para la sustanciación del proceso, no lo es menos que siempre ha de hacerlo en forma racional y asegurando que sea sustantivamente justo. En otras palabras, la legalidad formal del procedimiento no basta para que el proceso sea calificado de racional y justo, como tampoco someterse a la racionalidad procedimental significa que esté cumplida, sin más, la exigencia de justicia sustantiva.

Cabe sostener, en consecuencia, la existencia de un modelo constitucional comprensivo del proceso, cualquiera que sea el procedimiento a que esté sometido.

El proceso judicial, como ya en 1951 lo enseñaba Carnacini en su obra *Tutela judicial y técnica del proceso*, es un fenómeno esencialmente participativo donde concurren un conjunto de actos destinados a poner término al conflicto con plena garantía de los sujetos involucrados, lo que se suma a lo sostenido por Osvaldo Gozaíni en su libro *Derecho procesal constitucional*, de que no hay un proceso debido por sí mismo. Antes del conflicto es una garantía y, puesto en marcha, mide su eficacia en relación con los derechos que viene a tutelar.

Concluye que el procedimiento será importante pero no por sí mismo, sino como un modelo técnico solvente para debatir los conflictos en los tribunales.

Mi opinión apunta a que todo proceso debe ganarse el nombre de debido y el apellido de justo.

En síntesis, como sostiene Montero Aroca, los presupuestos del debido proceso son ideas producto tanto de la técnica jurídica como de la ideología sociopolítica del constituyente y de quienes elaboran las leyes que la complementan.

Finalmente concordamos con la doctrina española en que estos principios integran lo que ellos denominan los valores superiores constitucionales y que se encuentran integrados en la Carta Constitucional de España. Éstos, sostiene García de Enterría, son la base del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir toda su interpretación y aplicación.

Los valores superiores son auténticas normas jurídicas que representan los ideales de una comunidad y que no se agotan en su contenido normativo, sino que constituyen un parámetro para la interpretación y, a la vez, un límite para el propio ordenamiento.

A. *Presupuestos y principios vinculados con el procedimiento*⁴

1. *Principio del procedimiento preestablecido*

Constituye un presupuesto elemental de la garantía funcional del debido proceso, que los sujetos que intervienen en él conozcan anticipadamente el procedimiento por el cual se va a sustanciar el proceso y, a su vez, el juez sepa las oportunidades en que debe intervenir, hasta poder llegar al dictado de la sentencia definitiva que le pone término.

Toda constitución política debe reconocer expresamente este presupuesto y exigir que el proceso sea legalmente tramitado, tarea que el legislador debe cumplir al concretar en los textos procesales las garantías de un racional y justo procedimiento y sancionar su inobservancia.

Este principio, en armonía y concordancia con el del juez natural, conduce a que los sujetos que voluntaria o forzadamente deban ingresar a un proceso sepan de antemano cuál es el tribunal que los va a juzgar y cuál es el procedimiento que deben seguir.

Nuestra Constitución eleva este principio al rango de constitucional al expresar que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”.

La doctrina interpreta que un proceso se encuentra en tal condición cuando en su tramitación se ha ajustado a la ley de procedimiento.

⁴ Recordemos que algunos temas básicos sobre esta materia ya fueron expuestos en la primera parte de este trabajo.

En otros términos, existe un procedimiento preestablecido y todo proceso deberá tramitarse de acuerdo con lo que él dispone.

2. *Principios de la bilateralidad y de la unilateralidad*

El principio de la bilateralidad se traduce en que las partes deben tener conocimiento del proceso y, como su efecto, pleno derecho a defensa. Según Wyness Millar este principio es inseparable del ejercicio de la jurisdicción. Para Stein, él se cumple brindando a los sujetos del proceso la debida ocasión para ser oídos.

La unilateralidad significa que el tribunal podrá actuar y adoptar decisiones sin el previo conocimiento del sujeto afectado.

En términos generales, en todo proceso debe operar el principio de la bilateralidad y, por lo tanto, no se podrá sentenciar en definitiva mientras éste no se aplique. No obstante, en casos excepcionales y por razones de conveniencia procesal, el legislador puede aplicar el principio de la unilateralidad, lo que realiza con frecuencia en los procedimientos monitorios, cautelares y para el logro del cumplimiento eficiente de las cargas procesales a que está sometido el inculcado en los procedimientos penales. En tal caso, la unilateralidad queda compensada con la racionalidad que debe tener el procedimiento y con la preparación del juez ante el cual se tramita el proceso.

A propósito de la aplicación del principio de la bilateralidad al proceso, el Tribunal Constitucional español ha sostenido reiteradamente que éste constituye un “elemento integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva” que contempla el artículo 24.1 de su Constitución. Así, por ejemplo, en sentencia 109 de 1989 decidió que la aplicación de este principio forma parte del proceso debido.

Morello, concordando con estas ideas, expresa que el principio rector de la debida audiencia es universalmente aceptado y que existe un verdadero consenso en que es la fuente que introduce el gran equilibrio entre el derecho constitucional y el derecho procesal. Agrega que “la audiencia en justicia es la Carta Magna del procedimiento”, y que este principio debe ser suficiente y adecuado, recordando que las resoluciones del Tribunal de Estrasburgo le han reconocido su plena eficacia.

Repasando la historia podemos recordar que tanto en el sistema romano como en el germánico, y luego también en el anglosajón, el demandado debía estar físicamente presente en el proceso, lo que se lograba con apercibimientos y castigos. Actualmente, con el concepto incorporado al proceso de las cargas procesales, el emplazamiento legal constituye suficiente satisfacción de este principio. O sea, su aplicación reconoce y les otorga a los afectados la oportunidad de defenderse bajo apercibimiento de preclusión, lo que se traduce en que si no hacen uso de sus derechos en tiempo y forma perderán su oportunidad.

Debe destacarse igualmente que la bilateralidad se manifiesta en las diversas etapas del proceso, pudiendo, como ya se dijo, darse excepciones legitimadas y justificadas que consagren la unilateralidad sin que ello vicie el proceso en su esencia o lo prive del carácter de debido.

En todo caso, lo que nunca puede faltar en algún momento es el emplazamiento, o sea, la notificación suficiente a los sujetos afectados o interesados, de que el proceso existe, que pueden defenderse, y que la sentencia les sea oponible directamente. Durante el curso del proceso, la bilateralidad se manifiesta en el conocimiento que tienen las partes de todos los actos y resoluciones dictados en el proceso, lo que les permite intervenir cada vez que lo estimen necesario.

Debe concluirse que, constitucionalmente, la aplicación de este principio da eficacia a la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, llamada tradicionalmente igualdad ante la justicia y que en Chile contempla expresamente el artículo 19, n° 3°, de nuestra Constitución.

Enfrentando a su aplicación efectiva al debido proceso constitucional podemos distinguir en nuestro sistema las siguientes situaciones:

i) *Control preventivo de constitucionalidad*. En este caso el procedimiento, en cumplimiento de lo dispuesto en el citado artículo 19, n° 3°, de la Carta, se encuentra contemplado por el título II, párrafo 1°, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de Chile.

En el curso de éste u otros trabajos hemos sostenido que en el control preventivo nos encontramos frente a una acción de declaración de certeza que, por expresa disposición de la Constitución política —artículo 82, n° 1°—, requiere de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, como igualmente que éste, al decidirlo, ejerza en plenitud jurisdicción.

En este caso, el proceso de control de constitucionalidad se inicia con la comunicación que le formula al Tribunal el presidente de la Cámara legislativa de origen, junto al cual envía los proyectos de leyes orgánicas constitucionales sobre los que debe emitir pronunciamiento.

El artículo 34, ubicado entre las normas de procedimiento, agrega que si durante la discusión del proyecto se hubiere suscitado cuestión de constitucionalidad de uno o más de sus preceptos debe, además, enviarse al Tribunal las actas de las sesiones de sala o comisión, o el oficio del presidente de la República, en su caso, donde conste la cuestión de constitucionalidad debatida o representada.

Recibida tal comunicación, el presidente del Tribunal Constitucional ordenará traer los autos en relación y el asunto quedará en estado de tabla. Oída la relación, el Tribunal resolverá sobre la constitucionalidad del proyecto.

En este procedimiento, el principio de la bilateralidad debe darse por cumplido por el hecho del envío del proyecto por la Cámara de origen, la que, como ya se dijo, deberá indicar las cuestiones de constitucionalidad que la afectaren si se hubieren planteado durante su tramitación. Es decir, el parlamentario que haya suscitado la cuestión de constitucionalidad durante el trámite legislativo será necesariamente oído por el Tribunal Constitucional toda vez que éste está obligado a conocer de esa intervención, y además, tendrá que fundar su sentencia en el punto específico en que se planteó la cuestión debatida.

Por lo tanto, el Tribunal cuenta con todos los elementos necesarios para poder emitir pronunciamiento sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley. También es frecuente que, para mejor resolver, solicite la historia fidedigna de la ley o actas del Congreso.

Por tanto, estamos enfrentados a un proceso de control preventivo al que no es posible aplicar los cánones tradicionales de la bilateralidad diseñada para los procesos contenciosos, toda vez que su objetivo es diferente.

Considerando lo expuesto a propósito del conflicto en este trabajo, reiteramos que el constituyente lo presume al exigirle al Parlamento que al prestar su aprobación a una ley orgánica constitucional o interpretativa de la Constitución deba enviarlo al control obligatorio.

Para darles un sello de constitucionalidad a estas leyes, nuestra Carta consideró el modelo francés, que otorga competencia a los tribunales constitucionales para emitir pronunciamiento preventivo sobre los proyectos de ley antes mencionados.

Igualmente debe considerarse que la sentencia afecta directamente a la voluntad de las mayorías parlamentarias que concurrieron con su manifestación al proceso de formación de la ley, toda vez que los preceptos del proyecto declarados inconstitucionales serán eliminados y, si la inconstitucionalidad se refiere a todo el proyecto o a su núcleo central, se invalidará por completo.

Igual jurisdicción preventiva aplica el Tribunal Calificador de Elecciones cuando, en cumplimiento del artículo 84 de la Constitución, toma conocimiento del escrutinio general y de la calificación de los actos electorales para elegir al presidente de la República y los parlamentarios.

La misma norma se contempla en el artículo 85 para los tribunales electorales regionales encargados de conocer el escrutinio general y la calificación de las elecciones que la ley les encomienda.

ii) *Requerimiento*. Este se produce cuando se activa la competencia contemplada en los demás numerales del artículo 82 de la Constitución, con exclusión del n° 9°. Para la sustanciación del proceso respectivo la ley orgánica contempla un procedimiento distinto en el párrafo 2° del título II, que denomina *conflictos de constitucionalidad*. De sus disposiciones se desprende claramente la aplicación del principio de la bilateralidad, como fluye, por ejemplo, de lo dispuesto en el artículo 42 que ordena que, admitido a tramitación el requerimiento, deberá ponerse en conocimiento de los órganos constitucionales interesados, enviándoles copia de él, y que éstos dispondrán de cinco días contados desde la fecha de la comunicación para hacer llegar al tribunal las observaciones y los antecedentes que estimen necesarios. Agrega el artículo 45: la sentencia se comunicará al requirente, en su caso, al presidente de la República, al Senado, a la Cámara de Diputados y a la Contraloría General de la República.

El mismo procedimiento, con variantes, se aplica a los contenciosos de los números 3°, 4°, 5°, 6° y 12 del artículo 82; contempla procedimientos diferentes para la

declaración de inhabilidad e incompatibilidad de los ministros de Estado y parlamentarios y para decidir acerca de los atentados contra el ordenamiento institucional. En todos ellos se contempla el emplazamiento de los afectados.

Igual situación se produce en los contenciosos electorales, de los que les corresponde conocer al Tribunal Calificador de Elecciones y a los tribunales electorales regionales.

iii) *Otros contenciosos constitucionales destinados a la protección de garantías personales.* Los principales son el amparo personal —artículo 21— el amparo y protección de otras garantías constitucionales —artículo 20—, reclamo de nacionalidad —artículo 12—, el derecho a que se declare un proceso penal como injusto —artículo 19, n° 7°, letra i— y el amparo económico —artículo 19, n° 21, de la Constitución, reglamentado por la ley n° 18.971.

En todos ellos el legislador, al establecer los procedimientos respectivos, aplicó el principio de la bilateralidad.

3. Principios dispositivo e inquisitivo

La aplicación del principio dispositivo produce dos efectos básicos en el proceso: el primero, en cuanto sólo la parte afectada por un conflicto puede impulsar, a través del ejercicio de su acción, su apertura para que se lo decida; y el segundo se traduce en que el juez no puede decidir más allá de lo que los sujetos activo y pasivo o la ley sometan a su consideración.

En materia constitucional su aplicación es universalmente aceptada, pero con importantes excepciones y reservas. Para examinarlo debemos precisar que en el contencioso constitucional existen tres grandes canales para abrir un proceso: dos de ellos por impulso de sujetos legitimados y el tercero por orden de la Constitución o la ley.

a. La acción

Es la facultad de un sujeto de traspasar un conflicto al proceso para lograr su solución jurisdiccional. Es su forma natural de aperturarlo.

Para comprender bien esta materia me referiré, en primer término, a la acción procesal y, luego, a los sujetos legitimados para impulsarla, temas que debemos distinguir nítidamente.

Veremos más adelante que el sistema protege tanto a la acción como a sus titulares.

En el contexto del principio dispositivo, la acción puede definirse como el acto procesal en virtud del cual un sujeto legitimado se dirige a un tribunal para que abra un proceso donde pueda plantear la satisfacción de sus pretensiones. El derecho procesal constitucional hace suya y reconoce plenamente esta forma de abrir un proceso, y la contempla especialmente cuando se trata de la protección de las garantías constitu-

cionales; y tanto es así, que las constituciones y su legislación complementaria, para el amparo de la libertad, otorgan acción pública.

En la decisión de conflictos entre poderes públicos, también los sistemas funcionales contemplan la posibilidad de que los órganos públicos afectados puedan traspasar los conflictos a un proceso de competencia de un tribunal constitucional por medio de la acción, pero limitan a sus actores.

Los sujetos legitimados son los titulares de la acción, o sea, quienes están constitucional o legalmente facultados para hacer uso de ella.

Por ejemplo, en Chile son sujetos legitimados para accionar las minorías políticas de las Cámaras, las propias Cámaras y el presidente de la República, quienes pueden impulsar a través de un requerimiento la actividad del Tribunal Constitucional.

Tratándose de garantías constitucionales existe una mayor amplitud en cuanto a la legitimación de los sujetos, llegándose, como se dijo, en el amparo personal a la acción popular, que significa que toda persona con capacidad pasa a estar legitimada como titular de la acción procesal.

Planck, refiriéndose al principio dispositivo, expresa que “las partes presentan al tribunal el material que desean sea utilizado para la averiguación del verdadero contenido de la relación existente entre ellas y cuya selección queda librada a su propio arbitrio. El tribunal, por su parte, espera pasivamente la presentación de dicho material, interviniendo únicamente en los términos necesarios para asegurar que las actividades procesales de los litigantes se desenvuelvan en base a métodos ordenados, sin exceder los límites establecidos por ley. El procedimiento adquiere así la forma de una controversia de las partes, permitida y supervisada por el tribunal”.

En las varias formas en que esté el principio aquí enunciado, se refleja en conocidas máximas del derecho romano medieval que lo validan, como ser:

Nemo iudex sine actore.

¡Da mihi factum, dabo tibi ius!

Iudici fit probatio.

Iudex iudicet secundum allegata et probata partium.

Ne eat iudex ultra petita partium.

Ne procedat iudex ex officio.

Quod non est in actis non est in mundo.

Por lo tanto, además de los controles abstractos y concretos de constitucionalidad y en concordancia con este principio, algunos estados europeos otorgan a sus habitantes el poder de presentar directamente acción de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional sin que ello quede subordinado a la existencia de un litigio o a la aplicación de la ley en *litis*. Es el caso de Austria y Alemania, en que toda persona puede plantear ante el Tribunal Constitucional una acción dirigida a impugnar una ley o reglamento que pudiese atentar contra sus derechos, aunque todavía no se haya aplicado.

En España esta acción se encuentra restringida a los amparos que le permiten a todo ciudadano deducir ante el Tribunal Constitucional un recurso contra una decisión procedente de cualquier poder del Estado.

Gimeno Sendra, en su obra *Constitución y proceso*, a propósito de la polémica suscitada en España sobre la aplicación del artículo 24 al debido proceso, incluye el derecho a la acción como uno de sus principios informadores.

Como afirma Brewer Carías, en estos procesos, estando en juego la constitucionalidad de un acto de efectos generales que afecta a todos, no hay duda de que todos deben estar en condiciones de impugnarlo. Estima que es la consagración del principio de la *actio popularis*, para que por esta vía ejerza el control concentrado de constitucionalidad.

En Chile, la Constitución establece el derecho al uso de la acción procesal constitucional en un conjunto de disposiciones entre las que destacan:

i. *El requerimiento ante el Tribunal Constitucional*, artículo 82, n° 2° y siguientes. Expresan:

Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

[...] 2°. Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;

3°. Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;

4°. Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones;

5°. Resolver los reclamos en caso de que el presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda o dicte un decreto inconstitucional;

6°. Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el presidente en conformidad al artículo 88;

7°. Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, en conformidad a lo dispuesto en los incisos sexto, séptimo y octavo del número 15° del artículo 19 de esta Constitución. Sin embargo, si la persona afectada fuere el presidente de la República o el presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio;

10°. Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones;

11°. Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios, y

12°. Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60.

En el caso del número 2°, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una

cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley.

En el caso del número 3°, la cuestión podrá ser planteada por el presidente de la República dentro del plazo de diez días cuando la Contraloría rechace por inconstitucional un decreto con fuerza de ley. También podrá ser promovida por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio en caso de que la Contraloría hubiere tomado razón de un decreto con fuerza de ley que se impugne de inconstitucional. Este requerimiento deberá efectuarse dentro del plazo de treinta días, contados desde la publicación del respectivo decreto con fuerza de ley.

En el caso del número 4°, la cuestión podrá promoverse a requerimiento del Senado o de la Cámara de Diputados, dentro de diez días contados desde la fecha de publicación del decreto que fije el día de la consulta plebiscitaria.

En los casos del número 5°, la cuestión podrá promoverse por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado o dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que el presidente de la República debió efectuar la promulgación de la ley. Si el Tribunal acogiere el reclamo promulgará en su fallo la ley que no lo haya sido o rectificará la promulgación incorrecta.

En el caso del número 9°, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de la Cámara de Diputados o de la cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

Habrá acción pública para requerir al Tribunal respecto de las atribuciones que se le confieren por los números 7° y 10° de este artículo.

Sin embargo, si en el caso del número 7° la persona afectada fuere el presidente de la República o el presidente electo, el requerimiento deberá formularse por la Cámara de Diputados o por la cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

En el caso del número 11°, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del presidente de la República o de no menos de diez parlamentarios en ejercicio.

En el caso del número 12°, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras, efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado.

ii. *Acción para obtener la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.* Artículo 80.

La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento.

Esta competencia, en virtud de un proyecto de reforma constitucional pendiente de aprobación, se traspasaría próximamente al Tribunal Constitucional.

iii. *Acción de reclamo de nacionalidad.* Expresa el artículo 12, a propósito de este principio, que:

La persona afectada por acto o resolución de autoridad administrativa que la prive de su nacionalidad chilena o se la desconozca, podrá recurrir, por sí o por cualquiera a su nombre, dentro del plazo de treinta días, ante la Corte Suprema.

iv. *Acción de protección*. Es una manifestación de la llamada acción de inconstitucionalidad que amplía la protección jurisdiccional de las garantías constitucionales.

En Chile, de esta acción conoce la Corte de Apelaciones en primera instancia y la Corte Suprema en segunda, y se encuentra prevista por el artículo 20 de la Constitución, que expresa:

El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24° y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del n° 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

v. *Amparo personal de la libertad*. Está consagrado por el artículo 21 de la Constitución, que señala:

Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Esa magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

vi. *Reclamaciones electorales*. Artículos 84 y 85:

El primero dispone que un tribunal especial, que se denominará Tribunal Calificador de Elecciones, resolverá las reclamaciones a que dieren lugar los actos electorales y proclamará a los que resulten elegidos; el artículo 85 señala: "Habrán tribunales electorales regionales con competencia para resolver las reclamaciones a que dieren lugar y de proclamar a los candidatos electos. Sus resoluciones serán apelables por ante el Tribunal Calificador de Elecciones en la forma que determine la ley".

vii. *Amparo económico*. Lo contempla el artículo 19, n° 21, de la Constitución y lo regula la ley n° 18.971 que otorga acción pública para denunciar las infracciones al sistema económico protegido por la Constitución.

b. Petición judicial

Esta alternativa se presenta cuando el sistema de justicia constitucional faculta a los jueces tradicionales para que, enfrentados a un problema de constitucionalidad, puedan suspender la tramitación de un proceso y elevar la consulta respectiva al tribunal constitucional competente. En este caso se produce el impulso por iniciativa de un tribunal que, careciendo de competencia para decidirlo, sí cuenta con la posibilidad de lograr un pronunciamiento del tribunal que la tiene. En el derecho comparado encontramos la aplicación de este sistema en la competencia de los tribunales constitucionales de España, Austria, Hungría, Bélgica, Italia y Portugal.

Vinculado a la aplicación de este principio, el profesor Dominique Rousseau plantea una importante característica del proceso constitucional, al afirmar que el problema de la constitucionalidad o no de una norma, cuestionada no en abstracto por órganos políticos sino en concreto por un juez en el transcurso de un litigio, no constituye sólo un problema individual, sino que se traduce en un control efectivo sobre el legislador.

En Chile, podría argumentarse que ello excepcionalmente ocurre cuando la Corte Suprema, conociendo de un proceso, tome conocimiento de una inconstitucionalidad que afecte a una ley. En este caso podría pronunciarse sobre su eventual inconstitucionalidad al tenor de lo dispuesto por el antes citado artículo 80 de la Constitución política.

c. Control preventivo

Es aquel que se produce cuando un acto de la autoridad debe ser sometido automáticamente a un control jurisdiccional de constitucionalidad. El más común es el control preventivo de constitucionalidad de los proyectos de ley orgánica, que deben obligatoriamente ser enviados por el Parlamento al Tribunal para su análisis de constitucionalidad.

Francia y Chile, que lo tienen expresamente establecido en sus Constituciones, lo han limitado a los proyectos de ley que contengan materias propias de ley orgánica constitucional, calificación que en Francia se materializa al iniciar la tramitación del proyecto, y que en Chile se efectúa por la Cámara de origen después de terminada su tramitación.

Este procedimiento ha generado algunos problemas, producto de desacuerdos en cuanto a la interpretación acerca de la naturaleza constitucional de las normas aprobadas por el Congreso.

Actualmente hay una corriente doctrinaria que impulsa la idea de que todo proyecto de ley debería ir al control previo del Tribunal Constitucional, con lo

cual se terminaría el control a posteriori de constitucionalidad de la ley, por innecesario.

En efecto, cuando en 1990 el Parlamento francés debatió en vano la posibilidad de introducir en Francia el control a posteriori, los partidarios del control preventivo defendieron los méritos y ventajas del sistema elegido por el constituyente en 1958. Según ellos, y así lo recuerda el profesor Rousseau, este control es rápido, simple y, sobre todo, garantiza una perfecta seguridad en las relaciones jurídicas, ya que al resolverse la constitucionalidad de la ley antes de su entrada en vigor, una vez que se promulga su texto se sabe con certeza que ya no podrá ser discutida.

4. *Principio del orden consecutivo*

El proceso debe necesariamente avanzar para cumplir sus objetivos. Para ello, la ley debe regular sus principales fases de desenvolvimiento, de tal modo que se respeten los derechos esenciales de defensa y prueba.

Este orden normalmente lo señala la ley, pero puede ser establecido excepcionalmente por el Tribunal o las partes, lo que da origen a la conocida clasificación de los procedimientos en legales, judiciales o convencionales.

En el procedimiento constitucional se aplica el principio del orden consecutivo legal y, por lo tanto, los trámites del proceso deben ser consagrados por la ley. Mas, en el desarrollo de sus etapas puede aplicarse, excepcionalmente, el principio del orden consecutivo discrecional, lo que es frecuente observar en la sustanciación de los amparos personales.

Las constituciones sólo fijan principios generales y, por ende, corresponderá al legislador establecer procedimientos racionales y justos para la sustanciación de los procesos constitucionales, en función del conflicto a resolver.

La aplicación de este principio está estrechamente vinculada al de la preclusión, que permite la clausura de las sucesivas etapas del proceso como única forma de llegar a la fase decisoria.

5. *Principio del derecho a la prueba*

Todo procedimiento, para que sea debido, debe necesariamente otorgar a los sujetos involucrados el derecho a probar los hechos fundantes de sus pretensiones y contrapretensiones, y al Tribunal le corresponde valorarla.

El juez constitucional debe partir de una verdad material que puede exigir una mayor o menor prueba, pero que necesariamente debe quedar plenamente demostrada en el proceso, ya que sólo a los hechos probados se les aplicará la Constitución como norma *decisoria litis*, para la decisión del conflicto.

Es por ello que, por aplicación de este principio, en todo procedimiento debe señalarse una fase de prueba que les permita a las partes rendirla.

Actualmente se considera la prueba como una carga procesal, lo que significa que, si no se rinde, precluye la oportunidad.

En los procesos constitucionales, el conflicto a decidir presenta un mayor énfasis en materias de derecho que en situaciones de hecho, toda vez que versa sobre la aplicación o interpretación de la Constitución política, áreas en las cuales hay pocos hechos que demostrar.

No obstante, esta etapa no puede eliminarse ya que si hubiere hechos controvertidos el derecho a la prueba constituye un presupuesto del proceso.

Es por ello que para responder a una de las exigencias elementales del debido proceso, el procedimiento constitucional debe necesariamente considerar una etapa de rendición de la prueba.

Con los matices expresados, esta condición deberá ser cumplida de forma tal de dar seguridades a los interesados.

En torno a la aplicación de este principio resulta útil citar, entre otros, la sentencia del Tribunal Constitucional español, rol n° 161, de 1985, que resolvió que deben entenderse quebrantadas las garantías de un proceso cuando, propuesta la prueba, ha sido denegada y tal prueba es congruente e influyente para la decisión. Concluye que en este caso es claro que falta el presupuesto necesario para que pueda enjuiciarse y que se ha producido una indefensión quebrantadora del derecho al proceso debido, que tiene en el artículo 24 su reconocimiento constitucional.

Sin embargo, debemos poner énfasis en que el tema central de la prueba que debe incorporarse al debido proceso constitucional gira en torno al sistema previsto para su valoración, ya que, dada la latitud de interpretación que se tiene en la justicia constitucional, éste debe ser menos rígido que aquel que se establece para la justicia común.

Como principios informadores de los sistemas de valoración de la prueba, el constituyente puede escoger del abanico que se extiende desde la prueba legal o tasada, hasta el de valoración libre.

En mi opinión, el que más adecuadamente responde a las necesidades probatorias de un debido proceso constitucional es el de la sana crítica, más que conocido por todos los lectores de este trabajo.

Finalmente, en función de este principio, debe autorizarse al juez constitucional la búsqueda oficial de pruebas, en caso de ser necesario, para una mejor decisión del conflicto.

6. Principio de la sentencia fundada o motivada

Existen diversas razones para concluir que, por la naturaleza de la sentencia que se dicta en un proceso constitucional, por los efectos generales que normalmente produce y por la jurisprudencia que surge de sus consideraciones, ella debe ser siempre necesaria y debidamente fundada.

El principio que estamos comentando incluye, a juicio de Ignacio Borrajo e Ignacio Sánchez, el derecho fundamental a que los órganos judiciales motiven sus

decisiones, prohibiéndoles, en consecuencia, que éstas resulten manifiestamente irrazonables, arbitrarias o fruto de un error patente, si no lo hacen.

La motivación de la sentencia legitima la función jurisdiccional y debe lograr el convencimiento de los sujetos del proceso y de los ciudadanos en general sobre la corrección y la justicia de la decisión judicial y mostrar el esfuerzo del tribunal constitucional para lograr una aplicación de la norma libre de toda arbitrariedad.

El Tribunal Constitucional español, aplicando este principio, ha declarado en cuanto a esta materia que “no vincula únicamente el fallo o parte dispositiva de la sentencia de conflicto, sino toda la doctrina que se recoge en los fundamentos. Es inevitable, dada la función de supremo intérprete de la Constitución que el Tribunal Constitucional recoge”.

El profesor Fernández González, en apoyo a la incorporación de este principio como elemento del debido proceso, opina que resulta obvio que la sentencia del tribunal constitucional deba ser fundada, puesto que particularmente su parte considerativa sirve como doctrina privilegiada para los demás operadores jurídicos.

De acuerdo con el artículo 31 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional de Chile, sus sentencias deben ser fundadas y contener una parte expositiva, otra considerativa y finalmente una resolutive. Esta norma tuvo su origen en el artículo 39, inciso segundo, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España, que dispone:

El Tribunal Constitucional podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso.

Puede concluirse que la exigibilidad de la sentencia fundada es un paso más que conduce a la configuración del concepto del proceso justo, integrándose este principio, por esta vía, a los demás que informan el debido proceso constitucional.

También a propósito de este tema debemos señalar que los especialistas en derecho procesal constitucional discuten acerca de la conveniencia o inconveniencia de agregar a las sentencias de los órganos colegiados los llamados “votos disidentes” o de minoría. Los países han optado por una u otra alternativa. Así por ejemplo, Italia y Austria han determinado que las sentencias de sus tribunales constitucionales no pueden tener opiniones de minoría, porque, a juicio de quienes construyeron el sistema, ello la debilita. En cambio, los que sostienen la posición contraria estiman que la sentencia y doctrina que de ella emanan se enriquece con posiciones de minoría que muchas veces con el andar del tiempo podrían transformarse en sentencias. Es la situación en que actualmente se encuentran Alemania y Chile, entre muchos otros.

En todo caso, ésta no es una discusión cerrada, y tanto la doctrina como sesiones de trabajo de los mismos tribunales constitucionales siguen discutiendo, permanentemente, sobre este importante asunto y las consecuencias que derivan de su decisión.

7. Principio de la revisión jurisdiccional

Los recursos procesales son los medios que tienen las partes para corregir los agravios o vicios en que incurre la sentencia. Por lo tanto, todo proceso debido debe contener un sistema que los contemple, salvo en aquellos casos en que, por la naturaleza del conflicto, sea recomendable que el tribunal ejerza su jurisdicción en única instancia.

El debido proceso constitucional se rige en este punto por principios informadores diferentes a los del proceso común, ya que puede decirse que en la generalidad de los ordenamientos constitucionales, por su propia naturaleza, especialmente en los casos de decisiones de conflictos de poderes, las sentencias de los tribunales constitucionales no son susceptibles de recursos procesales.

Lo afirmado es una consecuencia lógica de la labor que estos órganos cumplen, toda vez que son los únicos llamados a decidir para siempre los conflictos colocados en la órbita de su competencia, sin que existan tribunales que puedan revisar posteriormente sus decisiones.

En el área de protección de las garantías constitucionales se aplica el mismo principio cuando de estas acciones conozca el tribunal constitucional. En cambio, cuando la competencia constitucional para conocer de las acciones de amparo la tengan los tribunales comunes, resulta normal y lógico aplicar el principio de la doble instancia y del control de legalidad del proceso, por la vía de los recursos.

En los primeros casos, el constituyente privilegia el principio de la certeza por sobre el de la doble instancia.

Actualmente existe una corriente doctrinaria que postula que debe asignarse competencia a tribunales internacionales o transnacionales reconocidos por el sistema interno de cada país, para revisar sentencias dictadas en procesos constitucionales, especialmente vinculados a los derechos humanos.

El sistema chileno, en ciertos procesos constitucionales, consagra el principio de la revisión constitucional, como ocurre en la justicia electoral y en las acciones de amparo, protección y amparo económico. En cambio, en las materias de que conocen el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, aplica el principio de la única instancia. En el primer caso, así lo expresa el artículo 83 de la Constitución:

Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido.

Por su ubicación en el sistema orgánico ordinario, la Corte Suprema no tiene un tribunal superior jerárquico que pueda revisar sus decisiones.

8. Principios de la publicidad y secreto

Rafael de Mendizábal, en su *Código con un juez sedente*, afirma:

Sin la publicidad de los debates judiciales no puede hacerse auténtica justicia. Cuando el ujier abre las puertas de cada tribunal, es el pueblo español quien entra y

contempla a sus jueces y quien lo juzga para poder así respetarlos. Cobra trascendencia desde tal perspectiva el mandato constitucional de que los juicios se celebren en audiencia pública.

En armonía con este principio, el Tribunal Constitucional español ha sentenciado que no cabe un proceso clandestino o secreto, sino con luz y taquígrafos, con publicidad, como una exigencia constitucional.

En los procesos constitucionales, la aplicación del principio de la publicidad debe ser la regla general para que el proceso avance y sea debido. Solamente por razones superiores, las actuaciones del proceso pueden ser mantenidas en secreto en cumplimiento a la norma de procedimiento que así lo disponga.

Por lo tanto, enfrentado a la alternativa de aplicar los principios de la publicidad o del secreto, el legislador, en la generalidad de los casos, para la sustanciación del proceso debe hacer prevalecer el principio de la publicidad.

Es común que al debido proceso constitucional se le aplique el principio de la publicidad con excepciones, como ocurre también en la generalidad de los procesos, en la fase del acuerdo decisorio del tribunal.

En la justicia constitucional, por los efectos que producen sus decisiones en el quehacer nacional, resulta altamente conveniente que haya una transparencia absoluta en la sustanciación de las causas.

9. Principios de la mediación y de la inmediatez

La aplicación de estos principios alternativos al debido proceso constitucional dependerá del conflicto a decidir. En la competencia, que comprende la protección de las garantías constitucionales, resulta indudable que la inmediatez es un elemento importante para poder considerar al proceso como debido. Es el caso típico del amparo personal en que el juez, directamente, debe practicar las diligencias necesarias para poner término a una privación o una limitación de la libertad cuando ésta sea arbitraria o no se ajuste a los derechos que la Constitución otorga a las personas.

En cambio, en el resto de los casos es común que los sistemas procedimentales apliquen el principio de la mediación, que es propio de los procedimientos escritos.

10. Principios de oralidad, escrituración y protocolización

En las áreas de solución de conflictos entre poderes públicos, los sistemas emplean generalmente el principio de la escrituración.

En la protección de garantías puede aplicarse, sin que se menoscabe el debido proceso, el principio de la oralidad o el de la protocolización. Este último será necesario cuando se contemple un sistema de recursos procesales.

En Costa Rica, la legislación permite a la Sala Constitucional aplicar la oralidad en determinados procesos cuando estime que el procedimiento escrito pueda retardar la sustanciación del proceso o dificultar al juez el esclarecimiento de sus dudas en relación con el caso planteado.

En Chile, el procedimiento ante el Tribunal Constitucional es escrito. Excepcionalmente el Tribunal, si lo estima necesario, podrá disponer que se oigan alegatos, en la forma y condiciones que el propio juzgador determine.

En la práctica, el derecho a escuchar alegatos constituye la regla general en los sistemas de justicia constitucional a nivel mundial, por tratarse de tribunales colegiados.

B. Presupuestos y principios relacionados con el proceso

Al proceso se le aplican, como su natural efecto, los principios informadores que adopte el procedimiento, pero además, podemos recapitular algunos que inciden directamente en su establecimiento.

Los principales de ellos son los siguientes:

1. Principios de disponibilidad y acceso al proceso

El proceso constitucional debe estar al alcance efectivo de todos los sujetos involucrados en un conflicto constitucional de intereses de relevancia jurídica que sea necesario resolver y para lo cual tenga competencia un tribunal constitucional.

Este principio es esencial, pero requiere de la concurrencia de condiciones políticas y sociales que permitan hacerlo efectivo.

Al grupo social, el conflicto que más lo afecta es el que conduce a un quiebre constitucional, lo que ocurre cuando poderes públicos o personas violentan la preceptiva constitucional, arrogándose atribuciones que no les corresponden. En este instante debe aparecer su guardián —el juez constitucional—, pero para que éste cumpla su misión deben darse las condiciones necesarias, siendo determinantes aquellas que se refieren al efectivo cumplimiento de sus decisiones.

En este ámbito, un buen ejemplo lo encontramos en la sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, que evitó un golpe de Estado con óptimos efectos, puesto que fue acatada por los poderes en conflicto.

En relación con la protección de las garantías personales ocurre una situación similar, ya que es casi consustancial a los gobiernos autoritarios que éstos restrinjan o suspendan estas garantías, dejando inoperantes a los tribunales competentes para protegerlas.

Todo lo expresado conduce a reforzar este principio para que el proceso, sobre todo en casos de emergencia, cumpla sus funciones en el ámbito de protección de la Constitución.

Esta posición la comparte plenamente Augusto Morello cuando se pregunta: ¿De qué vale que los operadores jurídicos diversifiquen vocaciones y estudios cada vez más complejos en sus técnicas, y generen una imparable inflación de normas, si, contrariamente, los destinatarios (consumidores) de todo ese arsenal jurídico y de las ulteriores tareas de interpretación, se hallan, vivencialmente, en un vaciamiento o

laguna acerca de la existencia, sentido y alcances de unos derechos que ellos en verdad no están en condiciones de alegar, ejercer ni menos tutelar?

Como sostiene Allan Brewer R. Carias, en el proceso de inconstitucionalidad no hay partes propiamente dichas, sino que se trata en realidad de un proceso contencioso contra un acto, el cual puede ser iniciado por cualquier particular o entidad pública o privada.

Distinta es la situación tratándose de la protección de las garantías constitucionales en que, en muchos casos, se otorga incluso acción popular para impulsar la actividad jurisdiccional.

Fix-Zamudio señala que son numerosos los constitucionalistas que consideran que la verdadera garantía de los derechos de la persona humana consiste precisamente en su protección procesal, para lo cual es preciso distinguir entre los derechos del hombre y las garantías de tales derechos, que no son otras que los medios procesales por conducto de los cuales es posible su realización y eficacia.

La jurisdicción es un poder deber y, como tal, el tribunal, legalmente impulsado o por exigencia constitucional o legal, no puede excusarse de abrir proceso.

El proceso ya fue definido en la primera parte de este trabajo y los actos procesales que se irán sucediendo y acumulando dependerán de la naturaleza del conflicto de que conozca un tribunal constitucional.

El principio informador del procedimiento del acceso a la justicia está íntimamente vinculado con este tema y, por lo tanto, todo lo dicho antes a su propósito debe reiterarse en este instante.

2. Los principios informadores del procedimiento constitucional

El debido proceso se define como aquel que en su desarrollo se ajusta a la norma de procedimiento.

Reiteramos que los principios del procedimiento que lo informan, tienen incidencia directa en aquellos que se aplican al proceso, toda vez que, al tramitarse éste de acuerdo con la norma de procedimiento, se le incorporan.

Por lo tanto, todo lo que se dijo a su propósito debe aplicarse, armonizarse y singularizarse en cada proceso, lo que, desde ya, se traduce en un principio informativo de éste.

El proceso se verá así marcado por los principios informadores del procedimiento señalados para su tramitación.

3. Principio de la actividad del proceso

El proceso debe avanzar y terminar, principio que tiene especial relevancia en la solución de los conflictos constitucionales, en que hay consenso en la doctrina especializada en cuanto a que sus efectos van más allá de los sujetos directamente involucrados, ya que afectan a la nación toda.

Para ello, el proceso debe recoger los actos procesales emanados del tribunal, de los sujetos involucrados en su solución y, eventualmente, de terceros autorizados para actuar en él.

El equilibrio de estos actos realizados por los sujetos que lo operan es fundamental para que el proceso cumpla su objetivo.

El contenido de este principio ya se consideró en este trabajo a propósito del proceso jurisdiccional y lo enunciamos para mantener un orden en el desarrollo del tema.

Para que este principio sea efectivo, es menester dotar al juez de las herramientas suficientes para dirigir el debate, valorar la prueba y dictar sentencia en jurisdicción de derecho o equidad, según cuál sea el principio que la ley le imponga, y a los sujetos involucrados los elementos necesarios para que oportunamente hagan valer sus derechos y eventualmente puedan impugnar las decisiones que los agraven.

4. El mérito del proceso, principio básico del debido proceso constitucional

En primer término, reproduzco aquí lo expuesto a propósito de las características de la competencia de los tribunales constitucionales, en cuanto a que ella limita en el mérito de la norma sometida a revisión de constitucionalidad (puntos 2.a y 6.e de este trabajo), y en la competencia específica que tiene para decidir en el caso concreto.

En relación con la aplicación de este principio, se trata ahora de precisar dos elementos fundamentales de la justicia constitucional, referidos especialmente a la solución de conflictos de constitucionalidad entre poderes públicos, los que se generan normalmente por extralimitación de funciones.

El primero es pragmático y hay que examinarlo a la luz de los principios que se refieren a la competencia y atribuciones de la autoridad, y que en Chile encuentran su sustento en la aplicación de los artículos 6° y 7° de la Constitución, en conexión con los demás que fijan las atribuciones de los órganos públicos.

Los citados artículos señalan:

Artículo 6°. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

Artículo 7°. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

En definitiva, un primer tema es la competencia asignada a cada poder por la Constitución y su usurpación por otro, lo que genera automáticamente un conflicto de constitucionalidad, que debe ser resuelto por un tribunal constitucional, ya que para ello han sido establecidos.

El segundo deriva de la eventual invasión que el tribunal constitucional pueda hacer a las competencias de los órganos públicos sometidos a su control, en áreas que son del resorte privativo de cada autoridad y que se identifican con el mérito del acto impugnado.

Esto último se traduce en que los tribunales constitucionales, a los que se aplican los artículos 6° y 7° transcritos, en el ejercicio de su jurisdicción deben ser extremadamente cuidadosos en no invadir las atribuciones exclusivas de los poderes públicos que se identifican con su función preferente, lo que se materializa en la decisión acerca del mérito de los actos sometidos a su jurisdicción, por lo cual al resolver deben limitarse a determinar si éstos infringen o no la preceptiva constitucional, sin entrar, por esa vía, a sustituir la esfera privativa de atribuciones de los otros órganos cuyos actos controla.

Lo segundo apunta al ámbito de la competencia específica del tribunal ya analizada, y que constituye un elemento esencial para que la solución del conflicto sea eficaz. En virtud de este principio, abierto el proceso, ya sea a petición de parte o de oficio, el tribunal radica y luego fijará su competencia específica, de la cual no podrá salirse en la sentencia que dicte al decidir el conflicto, como tampoco podrá invadir el mérito de la norma impugnada que es de la competencia privativa del órgano del que emana, como ya se ha dicho.

Esto último se reitera en esta parte sólo por razones pedagógicas, ya que fue desarrollado a propósito de los principios orgánicos del proceso.

Este ingrediente funcional resulta trascendente en el control de constitucionalidad, en que debe precisarse con claridad la competencia del tribunal, para evitar vicios de *extra* o *ultra petita*.

Debe tenerse presente, a propósito de la invocación de este principio, que él en ningún caso limita la aplicación por parte del tribunal de disposiciones constitucionales no invocadas en el proceso por los sujetos legitimados.

Esto explica las diferencias entre los principios del debido proceso común y el debido proceso constitucional, en atención a los márgenes de la competencia específica de cada uno. En efecto, mientras que el primero está constreñido a las normas de interpretación entregadas por la ley, el segundo emplea los principios de hermenéutica constitucional que le proporciona la doctrina del ramo.

Como conclusiones derivadas de la aplicación de este principio podemos destacar:

- a. que la sentencia de un tribunal constitucional, al decidir, debe hacerlo en estricta congruencia con el mérito del proceso, o sea, en el ámbito de su competencia específica, y
- b. que la sentencia no puede pronunciarse sobre el mérito del acto impugnado de inconstitucionalidad;

- c. que el tribunal constitucional es el único capacitado, por la función intrínseca que desempeña, para determinar los límites de los poderes públicos y autolimitar su ámbito de actuación, como consecuencia de ser el intérprete supremo de la Constitución.

La suma de éstos es la que da eficacia al principio que hemos expuesto como mérito del proceso.

5. Principio de la constitucionalidad

Hemos reiterado, en éste y otros trabajos, que los tribunales constitucionales aplican directamente la Constitución como norma *decisoria litis* en los procesos en que les corresponde intervenir.

Otto Bachof, en su obra *Jueces y Constitución*, expresa que la defensa y protección de la Constitución y de su sistema de valores constituye la labor y el deber más noble de todos los órganos estatales y, sobre todo, del legislador. Pero en caso de duda, es el juez el que tiene, de hecho, la última palabra.

En los textos clásicos de derecho procesal y constitucional, se invoca por costumbre el principio de la legalidad a que debe someterse el sistema judicial. Éste hoy, en el área de la justicia constitucional, sin lugar a dudas, ha sido sustituido por el principio de la constitucionalidad, que se traduce en que, si hay discrepancia entre la Constitución y la ley, debe aplicarse la Constitución.

En efecto, como señala Pablo Pérez Tremps, la aparición de la justicia constitucional como valor ha conducido a una cierta transformación del ordenamiento, el que se ve impregnado de principios y valores constitucionales, gracias a la acción diaria de la justicia constitucional. La vieja idea de la “legalidad” se ve reforzada y, en parte, reemplazada por la de “constitucionalidad”. La tendencia mundial mira hacia la constitucionalización del derecho.

Ahora bien, partiendo del supuesto de que la Constitución es la norma máxima que regula la convivencia social, cabe recordar nuevamente a Favoreu en cuanto expresa en torno a este tema:

La consolidación de la Justicia Constitucional ha exacerbado la fuerza normativa de la Constitución. Su exigibilidad jurídica ante jueces y tribunales constituye uno de los presupuestos básicos del Estado democrático. Asimismo, la llamada jurisdicción de la vida política y del conflicto social latente, encuentra en los tribunales constitucionales un instrumento esencial, aunque no exclusivo, de garantía del respeto a la Constitución de los poderes públicos y también de los particulares.

Este principio se aplica igualmente y de modo más intenso y reforzado en los países que cuentan con un sistema de control difuso, ya que, en todos los conflictos que deciden, hacen prevalecer la constitucionalidad por sobre la legalidad. En esencia, su establecimiento se basa en que todo tribunal enfrentado a una ley que debe aplicar y que estima inconstitucional, debe inaplicarla.

En síntesis, tanto en el sistema de control concentrado como en el sistema de control difuso, el principio de la constitucionalidad hoy prevalece como norma rectora en todo el ordenamiento jurisdiccional. Antes, en la concepción de Montesquieu, el juez era el vocero de la ley; hoy lo es de la Constitución y de la ley, en la medida en que no sea inconstitucional.

En este siglo XXI los jueces constitucionales son los garantes de la supremacía de la Constitución. A partir de la revolución francesa surge el dogma de la infabilidad de la ley; a partir del constitucionalismo moderno lo esencial es la Constitución; si la ley va contra sus disposiciones, debe eliminarse. En la aplicación de este principio colaboró en forma importante la labor de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

En la actualidad, los tribunales constitucionales que, de alguna manera, han adoptado el modelo kelseniano, plasmado en el Tribunal de Austria, cuya jurisdicción compatibiliza su función con el principio de separación de poderes, tienen por misión el respeto y la eficacia de la Constitución por la autoridad y los habitantes del país. A los abogados nombrados como jueces constitucionales les corresponde la misión directa de plasmar dicho mandato en sentencias.

Puede decirse que la Constitución moderna, en la medida en que contiene un catálogo de derechos fundamentales, exige al Estado un eficiente y real cumplimiento, que inicia el legislador, quien debe implementarla, y concluye con la sentencia en caso de conflicto o violación.

Hoy, la Constitución Política no es la “ley del Estado” sino que constituye textos que contemplan, además, los derechos fundamentales de las personas, incluso ante o contra el propio Estado. Es por ello que se requiere de una justicia constitucional y de jueces constitucionales.

Kelsen, justificando la existencia de la jurisdicción constitucional, expresa:

La legislación está absolutamente subordinada a la Constitución como la justicia ordinaria lo está al derecho y la administración a la legislación.

Eisenmann señala que para mantener la vigencia real de la preceptiva constitucional hay sólo dos opciones: dejar al cuidado del legislador las garantías de la Constitución o confiar a los jueces la tarea de asegurar su respeto por parte de aquél.

La constitucionalización del derecho hoy ya no es un tema a discutirse.

6. Principio del derecho a una sentencia fundada

A propósito de los principios informadores del proceso, también se planteó este tema. En este punto corresponde, vinculándolo al proceso, realzar la afirmación de que el derecho al proceso comprende el derecho a obtener una sentencia oportuna y fundada que decida el conflicto sometido a la jurisdicción.

En definitiva —y ésta será una de nuestras conclusiones—, es la sentencia la que resume la aplicación efectiva de los principios que hemos venido examinando,

ya que nada se saca con tener un debido proceso incompleto, entendiéndose por tal aquel cuya sentencia carece de explicación o fundamento.

Este principio aplicado al proceso se puede reducir a una frase: *sin proceso previo nadie puede ser condenado por una sentencia*.

El proceso termina con una sentencia razonada que decide el conflicto conforme a su mérito. Así lo reconoce expresamente nuestra Constitución Política al señalar que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, y lo estará cuando la sentencia le ponga término.

Además, por aplicación del principio que estamos comentando, debemos reiterar que la sentencia debe ser convincente y, para lograrlo, necesariamente fundada. Lo que ya quedó explicado más atrás.

Rafael de Mendizábal bien señala que las decisiones judiciales han de imponerse a todos por convicción y ésta sólo se consigue con una sólida preparación técnica de los jueces expresada en sus sentencias. Es lo que denomina la *orientación correcta* que exige el interés general contemplado en su conjunto.

La decisión de un proceso constitucional cumple además un rol social de gran trascendencia. En efecto, la sentencia no se limita a decidirlo, sino que, por los fundamentos que invoca en su fallo es que el resto de las instituciones, tanto políticas como del cuerpo social, se ven necesariamente influidas y afectadas por aquella decisión y sus fundamentos, lo que conduce a la construcción de una nutrida jurisprudencia que sirve esencialmente la misión de interpretar y adaptar la Constitución.

En Chile, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, acogiendo el principio del debido proceso, exige que las sentencias del Tribunal que regula sean fundadas.

La publicada jurisprudencia de sus resoluciones demuestra la importancia del contenido de sus fallos.

7. Principios de la certeza y de la cosa juzgada

Es de la esencia del proceso que sus efectos se traduzcan en una verdad jurídica indiscutible e inamovible, o sea, que la sentencia produzca cosa juzgada.

Los efectos de la cosa juzgada son diferentes según el conflicto sometido a la decisión del Tribunal Constitucional.

Con esto se llega al punto más controvertido y problemático del control de normas en el modelo europeo de justicia constitucional y, en especial, en torno a la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Como recuerda Luis Aguiar de Luque, en la versión originaria de la Constitución Austríaca de 1920 las sentencias de inconstitucionalidad producían la expulsión de la norma del sistema, lo que se conoce como efecto *ex nunc*. Pero agrega que, sin embargo, en los 50 años de experiencia de jurisdicción constitucional en los países que cuentan con mayor tradición en este tipo de instituciones, se han puesto de manifiesto las dificultades prácticas del referido planteamiento primario.

El tema se centra en el eventual efecto retroactivo de la sentencia de inconstitucionalidad.

Muchos sistemas hacen retrotraer la declaración de inconstitucionalidad al nacimiento de la norma, produciéndose el efecto *ex tunc*, como ocurre en Alemania y Portugal. No obstante, se han limitado sus alcances declarándose que no se puede revisar procesos judiciales fenecidos o actos jurídicos que hayan producido derechos adquiridos.

Es por ello que algunos ordenamientos, como el de Austria, con la modificación del año 1975, facultan a los tribunales constitucionales para decidir acerca de los efectos de las sentencias en cuanto al tiempo.

También a propósito de este tema deben mencionarse las sentencias denominadas *intermedias*, regidas por la prudencia, llamadas así por Manuel Cardoso, y las *manipulativas*, que surgen de la jurisprudencia italiana, en que se declara la constitucionalidad en el entendido de que sean aplicadas de determinada forma.

Esta última categoría de sentencias modifica el alcance normativo de un texto determinado, particularmente, dentro de ellas, las decisiones que pretenden operar positivamente, innovando el ordenamiento a través de la introducción de normas diferentes de las expresadas en un texto normativo.

La Corte italiana recurre a este tipo de sentencias cuando una disposición tiene un alcance normativo menor del que constitucionalmente debería tener, en cuyo caso el Tribunal declara inconstitucional la disposición en la parte que no prevé algo, tras lo cual la Corte, mediante la interpretación, crea una norma por adición o por sustitución.

En estos casos el juez constitucional altera el ordenamiento, porque honrando el principio de interpretación conforme, adiciona algo al precepto impugnado, convirtiéndose así, según muchos, entre ellos Gustavo Zagrebelsky, en un legislador positivo.

La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el aborto es un buen ejemplo que lo explica.

En Chile, el Tribunal Constitucional en innumerables ocasiones ha declarado que determinados preceptos legales son constitucionales “en el entendido que...”.⁵

Con relación a la aplicación de este importante tema podemos efectuar las siguientes distinciones:

- a. En el sistema de control difuso, los efectos de la cosa juzgada constitucional se rigen por las mismas reglas que los de la justicia común, toda vez que son los tribunales que la constituyen los que tienen competencia para decidirlos.
- b. En el sistema concentrado, hay que hacer algunas distinciones y subdistinciones.

⁵ La aplicación de este principio puede buscarse en los cinco libros de los fallos del Tribunal Constitucional chileno, y también en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de España, Portugal, Alemania, Austria, Italia, Francia, Rumania y Turquía.

- b.1. En los procesos que tienen por objeto declarar la inconstitucionalidad de una ley o de un decreto, las sentencias producen cosa juzgada sustancial y absoluta. Esto significa que el asunto no puede volver a debatirse y sus efectos son *erga omnes*.
- b.2. Antes de poner término al análisis de este principio, resulta útil recordar el problema que se presenta cuando los tribunales con competencia constitucional, actuando en procesos que versen sobre inaplicabilidad de la ley a un caso concreto, dictan una sentencia afirmativa, lo que se traduce en una declaración de inconstitucionalidad sólo válida en ese caso específico.

Es lo que ocurre en Chile con las atribuciones de la Corte Suprema, señaladas en el artículo 80 de la Constitución, que indica que esa Corte:

[...] de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento.

Esta alternativa, a mi juicio, violenta flagrantemente el principio de igualdad ante la ley, porque, como lo señala mayoritariamente la doctrina especializada, las leyes son constitucionales o inconstitucionales para todos por igual, lo que se traduce en que no puede haber un sujeto beneficiado con una declaración de inconstitucionalidad en circunstancias en que la norma tiene plena validez para todo el resto de los habitantes. Ello conduce a concluir que una ley inconstitucional rige las relaciones jurídicas salvo en el caso concreto resuelto.⁶

En cambio, cuando le corresponde su conocimiento al Tribunal Constitucional, sus decisiones sobre inconstitucionalidad producirán cosa juzgada sustancial y absoluta y, por lo tanto, el contenido de sus sentencias será inamovible y afectará a todos los habitantes de la nación, consagrando así el principio de igualdad ante la ley.

- b.3. En los procesos electorales ocurre lo mismo que en el caso anterior, a menos que el sistema contemple una doble instancia electoral.
- b.4. En los procesos de cautela de garantías personales, generalmente la sentencia produce cosa juzgada formal, lo que significa que en otras instancias podrá volver a debatirse el tema. Ello sucede generalmente cuando esta competencia la tienen tribunales del sistema común, como ocurre en Chile con el amparo personal y la protección de garantías.

Los efectos del proceso deben salir de él para volver al conflicto y resolverlo efectivamente. El proceso solamente cumplirá su misión si se revierte la situación que provocó la actividad jurisdiccional.

⁶ Véase el trabajo del autor, "El conflicto constitucional y el tribunal que debe resolverlo. Un aporte para el estudio de la declaración de inconstitucionalidad de la ley", publicado en la revista *Ius et Praxis*, tomo 6, n° 2, año 2000, de la Universidad de Talca.

La ejecución ha de llevarse a cabo en sus propios términos, con respeto absoluto a las situaciones jurídicas reconocidas así en el fallo y sin posibilidad de modificar el texto de las sentencias en cualquiera de sus componentes y menos aún en el de su parte resolutive.

En otros términos, la sentencia es inamovible para el resto del mundo y para los jueces que la dictaron, por aplicación del principio del desasimiento.

Rafael de Mendizábal comenta que la posibilidad de modificación conllevaría un fraude a la tutela judicial y asestaría un rudo golpe a la seguridad jurídica que ha de guiar la actuación de todos los poderes públicos, acabando con el concepto mismo de firmeza y permitiendo que el proceso pudiera resultar interminable y su resultado aleatorio.

En síntesis, debe restablecerse la situación fáctica que se alteró por el conflicto, lo que se identifica con el momento jurisdiccional del cumplimiento.

Este principio se elevó a rango constitucional con la modificación que se hiciera al artículo 73 de la Carta Fundamental.

8. Principio de la oportunidad

La duración del proceso hoy en día se ha transformado en uno de sus principios informadores, ya que se parte del supuesto de que, si la decisión no es oportuna, es igual a que si no la hubiere.

Este tema se encuentra notablemente desarrollado por Morello en su obra sobre el *proceso justo*, por cuanto la aplicación práctica de este principio apunta precisamente al tema.

La garantía de la tutela efectiva debe hacerse en tiempo prudencial que compatibilice la maduración imprescindible del proceso, con su pronta solución.

El profesor de derecho procesal de La Plata (Argentina) Elías Kraiselburd apuntaba que dos cosas no podían dejar de hacerse sin el consumo de un tiempo necesario y propio: dormir y hacer justicia; de apurarse o demorarse indebidamente el tiempo adecuado a cada uno de esos quehaceres, los resultados y productos finales quedan inacabados; son ineptos e infecundos.

Como recuerdan Ignacio Borrajo Iniesta e Ignacio Sánchez Yllera en su trabajo “El derecho a la tutela efectiva y las garantías constitucionales del proceso”:

[...] en este punto es preciso recordar la lección que nos dio una de las mejores generaciones de reformadores de la justicia que hemos tenido en España, como lo fueron los redactores de la Constitución de Cádiz de 1812. Ésta se preocupó de remediar uno de los más graves males de la justicia, su lentitud.

Concluido el examen de los presupuestos y principios del debido proceso constitucional, es hora de efectuar algunas reflexiones y consideraciones finales sobre el tema, que por su importancia conformarán el capítulo final de este trabajo.

Antes, deseo expresar que mis ideas en torno al apasionante tema de la justicia constitucional, en las cuales he invertido muchas horas, sólo pretenden constituir un

modesto aporte que incentive a los estudiosos del derecho procesal constitucional a continuar con su investigación.

V. Algunas reflexiones y consideraciones en torno al debido y justo proceso constitucional

1. A partir de la segunda mitad del siglo XX, la Constitución Política, gracias al esfuerzo del constituyente y de los parlamentos, como de la actividad creativa de los jueces, se ha enriquecido con una nueva dimensión que se traduce en su aplicación directa como norma *decisoria litis* por los tribunales al decidir los conflictos constitucionales.

Las constituciones modernas regulan, en lo esencial, las siguientes materias fundamentales: a) la organización del Estado, fijando las atribuciones de los poderes públicos; b) la consagración de los derechos y deberes de los ciudadanos, y c) la incorporación a su texto de un sistema de protección jurisdiccional de sus disposiciones, en que concurren armónicamente el establecimiento una jurisdicción suficiente y de un proceso eficiente.

Esto provoca, como consecuencia natural, que todo el sistema jurídico debe ajustarse a la Constitución, tanto en cuanto se refiera a las órbitas de poder como a la debida protección de las garantías constitucionales.

El proceso cumple ambos propósitos y, si cualquiera de los poderes públicos extralimita su competencia, sus decisiones deben ser necesariamente invalidadas por la sentencia constitucional. También si alguien violenta las garantías constitucionales debe ser sancionado.

2. El conflicto constitucional se produce cuando un órgano público o una persona, con su acción u omisión, generan como resultado la infracción valórica, formal o sustancial de preceptos o principios contenidos en la Constitución Política.

Partiendo del supuesto de que todo conflicto constitucional debe resolverse, concluimos que la forma racional y natural de hacerlo es a través del proceso constitucional.

Los conflictos constitucionales entre poderes públicos necesariamente se resuelven, y de no emplearse el proceso se decidirán por mecanismos autotuteladores, con sus nefastas consecuencias.

Recordemos también que la solución del conflicto constitucional se proyecta a toda la comunidad y, como tal, interesa a todos los habitantes del país.

Como conclusión puede afirmarse que el país que quiere una Constitución que se respete debe contar con una justicia constitucional que la ampare y proteja cuando es quebrantada y que, en definitiva, lo político es el conflicto y no el tribunal que lo resuelve.

3. El sistema procesal debe contar con un tribunal o una organización de tribunales suficientes, competentes y adecuados para dar solución a los conflictos constitucionales.

Lo natural es que sea un tribunal independiente y autónomo, considerado el guardián de la Constitución, el órgano al que la Carta Fundamental y sus leyes complementarias otorgan jurisdicción y competencia para resolver tales conflictos; pero, como quedó dicho en este trabajo, hay otras alternativas.

4. En este entorno, el debido proceso es la culminación eficaz de la protección jurisdiccional de la Constitución, toda vez que, si consideramos solamente a la jurisdicción constitucional en abstracto y no al instrumento destinado a hacerla efectiva en el caso concreto, estaríamos frente a un sistema imposible, incompleto e inoperante de justicia constitucional.

Jurisdicción y proceso son conceptos indisolublemente unidos y no pueden subsistir el uno sin el otro.

La jurisdicción sin proceso es inviable y el proceso sin jurisdicción no es un proceso jurisdiccional y, por lo tanto, ello lo inhibe para decidir un conflicto de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada.

Así, se concluye que la jurisdicción sin proceso es sólo un ideal de justicia.

El proceso que lo decida debe ser idóneo para que cumpla, en su esencia, el triple objetivo planteado en este trabajo, a saber: solucionar el conflicto, restablecer la vigencia real de la norma constitucional quebrantada y otorgar plena vigencia al principio de la supremacía constitucional.

5. Para lograr sus objetivos, el proceso constitucional debe ser siempre debido y, en la medida de lo posible, justo.

Será debido cuando cumpla con los requisitos generales orgánicos y funcionales expuestos.

Con la salvedad del empleo de la expresión *justicia* y reconociendo que puede usarse como vocablo técnico, el proceso constitucional debe lograr una solución lo más justa posible en el entorno constitucional que lo rodea; ello dependerá de los factores subjetivos planteados en este trabajo y de la actividad personal del juez.

6. A los jueces constitucionales les está encomendada la alta función de decidir los conflictos constitucionales; es por ello que deben contar con una alta preparación y con las garantías imprescindibles que les permitan desempeñar sus funciones.

Este juez que debe manejar normas, principios y valores constitucionales e interpretarlos, tiene que agregar a sus conocimientos y experiencia una gran dosis de ponderación y prudencia en sus decisiones, por la trascendencia que éstas tienen y por los efectos *erga omnes* que producen muchas de las sentencias en que participa.

Reiteramos la magistral síntesis que hace Louis Favoreu en torno a este principio al precisar que el juez constitucional debe reunir tres características: es un juez, es constitucional y es único.

7. El proceso constitucional le permite al constituyente contar con una válvula de seguridad para interpretar la Constitución y adaptarla a situaciones no previstas.

8. El proceso constitucional, al aplicar directamente la Constitución como norma *decisoria litis*, restringe su competencia a lo que la Constitución dispone, limitando, por ende, sus facultades en el mérito de la norma impugnada, materia que, como quedó demostrado, es privativa de los órganos que la decidieron.

El mérito del proceso y sus límites constituyen principios básicos en la justicia constitucional.

Como conclusiones derivadas de la aplicación de este principio podemos destacar:

- a. que la sentencia de un tribunal constitucional al decidir debe hacerlo en estricta congruencia con el mérito del proceso, o sea, en el ámbito de su competencia específica;
- b. que la sentencia no puede pronunciarse sobre el mérito del acto impugnado de inconstitucionalidad; y
- c. que el tribunal constitucional es el único capacitado, por la función intrínseca que desempeña, para determinar los límites de los poderes públicos y autolimitar su ámbito de actuación propio, como consecuencia de ser el intérprete supremo de la Constitución.

Debe destacarse que un primer tema es la competencia asignada a cada poder por la Constitución y su usurpación por otro, lo que genera automáticamente un conflicto de constitucionalidad que debe ser resuelto por un tribunal constitucional, ya que para ello han sido establecidos.

El segundo deriva de la eventual invasión que el tribunal constitucional pueda hacer a las competencias de los órganos públicos sometidos a su control, en áreas que son del resorte privativo de cada autoridad y que se identifican con el mérito del acto impugnado.

Esto último se traduce en que los tribunales constitucionales, en el ejercicio de su jurisdicción, deben ser extremadamente cuidadosos de no invadir las atribuciones exclusivas de los poderes públicos que se identifican con su función y que se traducen en la decisión acerca del mérito de los actos sometidos a su jurisdicción, por lo cual deben limitarse a resolver si éstos infringen o no la preceptiva constitucional, y no pueden por esa vía sustituir la esfera privativa de atribuciones de los otros órganos cuyos actos controlan.

9. La norma declarada inconstitucional en un proceso debe ser expulsada del ordenamiento jurídico, ya que de lo contrario se produciría una infracción flagrante al principio de igualdad ante la ley, como se expresó en este trabajo.

10. La interpretación hecha reflexivamente por el juez constitucional para resolver el conflicto tiene sobre la sociedad efectos generales que finalmente moldean la estructura social, y se efectúa de acuerdo con los principios de hermenéutica constitucional expuestos.

Debe tenerse muy en cuenta que el Tribunal Constitucional es el intérprete oficial supremo y final de la Constitución. Ello permite que, por la vía de la hermenéutica, la Constitución perdure y se proyecte, es decir, que no quede anticuada o petri-

ficada, lo que se logrará en la medida en que los conceptos abstractos que contiene puedan ser redefinidos aplicándolos o adaptándolos a las exigencias de la realidad de cada día.

11. Todo proceso constitucional debe ganarse el nombre de *debido* y el apellido de *justo*. Éste es el debido y justo proceso que nosotros, los jueces constitucionales, anhelamos idealmente como elemento indispensable para la decisión de los conflictos sometidos a la decisión de la justicia constitucional.

Bibliografía

- AGUIAR DE LUQUE, Luis, “Control de normas en el modelo europeo de justicia constitucional”, en *La justicia constitucional en la actualidad*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2002.
- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, “Notas relativas al concepto de jurisdicción”, en *Revista de Derecho Procesal*, Santiago, 1972.
- *Proceso, autocomposición y autodefensa*, UNAM, México, 1970.
- ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, “La composición del Tribunal Constitucional español. Tribunales y justicia constitucional”, en *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, n° 108, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.
- ARAGÓN REYES, Manuel, “El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978”, en *Revista de Estudios Políticos*, n° 7, Nueva época, 1979.
- ARAGONESES, Pedro, *Proceso y derecho procesal*, Aguilar, Madrid, 1960.
- BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.
- BIDART CAMPOS, Germán, *La Corte Suprema. Tribunal de garantías constitucionales*, Ediar, Buenos Aires, 1984.
- *La interpretación y el control constitucional en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987.
- BISCARETTI DI RUFFÍA, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *Temas de derecho procesal constitucional*, Fallos del mes, Santiago, 2002.
- BORRAJO INIESTA, Ignacio, e Ignacio SÁNCHEZ YLLERA, “El derecho a la tutela efectiva y las garantías constitucionales del proceso”, en *Derecho a la vida (Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- BON, Pierre, “El Conseil constitutionnel francés y el modelo de las cortes constitucionales europeas”, XXIV Jornadas de Derecho Público, vol. 20, n° 2 y 3, t. I,

- Revista Chilena de Derecho Procesal*, Santiago, Universidad Católica de Chile, 1993.
- BREWER-CARIAS, Allan R., *Justicia constitucional*, t. VI, “Instituciones políticas y constitucionales”, Universidad Católica del Táchira, Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1996.
- BREYER, Stephen, *Revisión judicial: la perspectiva de un juez*, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 1998.
- BRUGI BRAGIO, Mac, *Instituciones de derecho civil*, Uteha, México, 1940.
- CALDWELL, Joseph, “Proceso de las Constituciones estadounidenses”, IV Seminario Internacional de Justicia Constitucional (Bolivia, 2000), Tribunal Constitucional, memoria n° 5, Sucre, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro, *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, Universidad Autónoma de México, México, 1987.
- CÁRDENAS, Jaime, “Los principios y su impacto en la interpretación constitucional y judicial”, en *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, n° 108, México, 2002.
- CARDOSO DA COSTA, José Manuel, “La justice constitutionnelle dans le cadre de pouvoirs de l’État”, en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. III, Lisboa, 1987.
- CARNELUTTI, Francisco, *Sistema de derecho procesal civil*, Uteha, Buenos Aires, 1944.
- CATARINO, Giovanni, *Indépendance et autonomie de la Court constitutionnelle: le juge, contrôle et gestion*, CDL – 1 v, 1998.
- CEA, José Luis, *Teoría del gobierno. Derecho chileno y comparado*, Universidad Católica de Chile, Santiago, 1999.
- *El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica*, Universidad Austral, Valdivia, 1999.
- *Tratado de la Constitución de 1980. Características generales. Garantías constitucionales*, Jurídica de Chile, Santiago, 1988.
- COLOMBO CAMPBELL, Juan, *La competencia*, Jurídica de Chile, Santiago, 1959.
- *La jurisdicción en el derecho chileno*, Santiago, Jurídica de Chile, 1991.
- *Los actos procesales*, Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
- “El conflicto constitucional y sus formas de solución”, en *Revista de Actualidad Administrativa*, n° 13, Nueva Imprenta, Madrid, 2001.
- “Funciones del derecho procesal constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2002*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2002.
- “La justicia constitucional”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XIV, Santiago, julio 2003.

- COLOMER VIADEL, Antonio, *Constitución, Estado y democracia en el umbral del siglo XXI*, Valencia, 1995.
- COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1958.
- “Las garantías constitucionales del proceso civil”, en *Estudios de derecho procesal en honor a Hugo Alsina*, Ediar, Buenos Aires, 1946.
- CRISAFULLI, Vezio, *Giustizia costituzionale e Potere Legislativo. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. 4, Giuffrè Editore, Milán, 1977.
- “La Corte Costituzionale ha vent’anni”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, año XXI, 1976.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, “Legitimidade e legitimação da justiça constitucional e princípio de maioria”, en *Coloquio 10º Aniversario del Tribunal Constitucional de Portugal*, Coimbra-Lisboa, 1995.
- *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- CHASE PLATE, Luis Enrique, “La jurisdicción constitucional y la jurisdicción contencioso-administrativa”, en *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, n° 108, México, 2002.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *La acción en el sistema de los derechos*, Edeval, Valparaíso, 1992.
- DAMASKA, Mirjan R., *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
- DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael, *Código con un juez sedente*, Notigraf, Madrid, 1999.
- DERMIZAKY PEREDO, Pablo, *Justicia constitucional y estado de Derecho*, Alexander, Cochabamba, 2003.
- “Justicia constitucional en el sistema político”, en *La justicia constitucional boliviana*, Sucre, 2003.
- DI ILORIO, Alfredo J., *Lineamientos de la teoría general del derecho procesal. Propuesta de un derecho jurisdiccional*, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- ESPARZA LEIBAR, Iñaki, *El principio del proceso debido*, Bosch, Barcelona, 1995.
- FAVOREU, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El derecho a la jurisdicción y las garantías del proceso debido en el ordenamiento constitucional español”, en *Ius et Praxis*, año 5, Universidad de Talca, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1997.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales”, en *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, n° 108, México, 2002.

- *El juez ante la norma constitucional*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001.
- FROMONT, Michel, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, París, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1994.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, “El ‘status’ del tribunal constitucional”, en *Revista Española del Derecho Constitucional*, nº 1, 1981.
- GARCÍA ROCA, Javier, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Tecnos, Madrid, 1987.
- GIMENO SENDRA, Víctor, *Fundamentos de derecho procesal*, Civitas, Madrid, 1981.
- GÓMEZ COLOMER, Ángel, “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, en *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2001.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Civitas, Madrid, 1980.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Derecho procesal constitucional*, t. I, Editorial de Belgrano, Universidad de Belgrano, 1999.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, “El amparo contra particulares en Costa Rica”, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, nº 80, Colegio de Abogados, San José de Costa Rica, 1990.
- KELSEN, Hans, *La teoría pura general del derecho*, Losada, Buenos Aires, 1941.
- *¿Quién debe ser el defensor de las Constituciones?*, Tecnos, Madrid, 1995.
- KONRAD ADENAUER STIFTUNG, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal alemán*, Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003.
- LAVROFF, Dmitri, *La práctica constitucional en Francia y en España de 1958 y 1978 a 1999*, Presses Universitaires de Bordeaux, Maison des Pays Ibériques, Bordeaux, 2001.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1968.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, “Organización y posición institucional de la justicia constitucional en Europa”, en *La justicia constitucional en la actualidad. Fortalecimiento de la justicia constitucional en el Ecuador*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2002.
- LÖSING Norbert, “La jurisdicción constitucional en Europa”, en *La justicia constitucional boliviana*, Sucre, 2003.
- *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Dykinson, Madrid, 2002.
- MARABOTTO LUGARO, Jorge, “Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2003*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2003.
- MERCADER, Amílcar A., “El silencio en el proceso”, en *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Ediar, Buenos Aires, 1946.
- MEZZANOTTE, Carlos, conferencia dictada en el Tribunal Constitucional de Chile, 2002.

- MODERNE, Franck, “El control previo de constitucionalidad en la Europa contemporánea”, en XXIV Jornadas de Derecho Público, vol 20, n^{os} 2 y 3, t. I., *Revista Chilena de Derecho Público*, Universidad Católica de Chile, Santiago, 1993.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo, *La interpretación constitucional*, Librería del Profesional, Colombia, 2002.
- MONTERO AROCA, Juan, *Derecho constitucional*, vol. I., Bosch, Barcelona, 1987.
- MORA MORA, Luis Paulino, “Jurisdicción constitucional en América Latina (con especial énfasis en Costa Rica)”, en *La justicia constitucional en la actualidad. Fortalecimiento de la justicia constitucional en el Ecuador*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2002.
- MORELLO, Augusto M., *Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- *El proceso justo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
- NOGUEIRA, Humberto, “La jurisdicción constitucional en Chile”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997.
- “Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol XIV, julio 2003.
- PÉREZ TREMPES, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- “Justicia constitucional y defensa de derechos fundamentales en Europa”, en *La justicia constitucional en la actualidad*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2002.
- PIZA ESCALANTE, Rodolfo, “Legitimación democrática en la nueva justicia constitucional de Costa Rica”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 1, Fundación Konrad Adenauer, 1995.
- RIBERA NEUMANN, Teodoro, “Función y composición del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Públicos*, n^o 27, 1987.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, “Elementos fundamentales de la justicia constitucional”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n^o 5, Madrid, 2001.
- ROUSSEAU, Dominique, “La justicia constitucional en Europa. Estudio preliminar de Teresa Freixes Sanjuán”, en *Cuadernos y Debates*, n^o 141, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, *La jurisdicción constitucional*, Civitas, Madrid, 1980.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional*, Astoez, 1992.
- *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, 1993.
- *El Tribunal Constitucional e interpretación constitucional*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995.
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983.
- *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1992.
- STEIN, Torton, *Criterios de interpretación de la Constitución*, Comisión Andina de Juristas, 1996.

- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Constitución: escritos de introducción histórica*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- VALENZUELA, Eugenio, *Repertorio de jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Jurídica de Chile, Santiago, 1989.
- VANOSSI, José, *Introducción a los sistemas de control de la constitucionalidad*.
- VARI, Massimo, "Formación y cultura del juez", en *La Revista de Derecho*, año VI, n° 1, Santiago, Universidad Central, 2000.
- VEGA GÓMEZ, Juan, y Edgar CORZO SOSA (coords.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, n° 108, México, 2002.
- WYNESS MILLAR, Robert, *Los principios formativos del procedimiento civil*, Ediar, Buenos Aires, 1945.
- "XXIV Jornadas de Derecho Público. 18 al 20 de noviembre de 1993" *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, n°s 2 y 3, tomo I, mayo-diciembre 1993, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1993.
- ZAPATA, Francisco, *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Biblioteca Americana, Santiago, 2002.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1997.

Víctor Bazán (Argentina)*

Amicus curiae, transparencia del debate judicial y debido proceso

I. Observaciones introductorias

En el presente trabajo nos proponemos verter algunas reflexiones generales sobre el *amicus curiae*, ponderar la eventual incidencia o utilidad de éste en pro de elevar la cotización cualitativa del debate judicial y discurrir sobre la indispensabilidad o no de *interpositio legislatoris* para su admisión procesal.

En el contexto de la indagación que nos fijamos, entre otros puntos, abordaremos sucesivamente: una referencia a la génesis de la figura, a su trasvasamiento al derecho inglés¹ y su posterior canalización hacia otros ámbitos geográficos donde impera el *Common Law*;² una delineación de las líneas básicas del instituto, la metamorfosis que ha sufrido desde su configuración primigenia hasta la actualidad y las interesantes perspectivas y potencialidades funcionales que brinda, tanto en el dere-

* Catedrático de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público y Comunitario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo, San Juan (Argentina). Miembro titular e integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, en la que se desempeña como secretario de la sección Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

¹ Morineau señala que el derecho inglés sentó las bases del *Common Law*. Añade que precisamente las dos grandes ramas que configuran aquél son el *Common Law* y la *Equity*, jurisdicciones paralelas que, con el paso del tiempo, terminaron fusionándose (Marta Morineau, *Una introducción al 'Common Law'*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, p. 9).

Asimismo, puntualiza que ambos son sistemas jurisprudenciales; el primero, originado en los tribunales reales y, la segunda, en el Tribunal de la Cancillería (ibídem, p. 18).

² Se ha indicado que, en la actualidad, casi un tercio de la población mundial habita en regiones cuyo derecho ha tenido influencia del *Common Law*, ya que la expansión colonial de Gran Bretaña se encargó de extenderlo a Norteamérica, la India, Australia, Nueva Zelanda, y a grandes sectores del África y del sudeste asiático (Cf. Konrad Zweigert y Heinz Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 2ª ed., Oxford University Press, 1992, p. 227; cit. por Morineau, o. cit., pp. 46-47).

cho doméstico cuanto para la dimensión propia de las instancias iusinternacionales; un recorrido por algunos eslabones jurisprudenciales que se han verificado en torno del *amicus curiae* y el planteamiento de la incógnita que se genera acerca de si la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, también CSJN) se mostrará explícitamente permeable o refractaria frente a la posible intervención de asistentes oficiosos en procesos radicados en su seno; y, por último, y antes de dar paso a ciertas apreciaciones que clausurarán el trabajo, nos entregaremos a enunciar y a adelantar alguna opinión en punto a determinadas cuestiones de interés vinculadas con la problemática en análisis y su eventual despliegue prospectivo.

Anunciado brevemente el itinerario, nos permitimos aclarar al comienzo que, desde el punto de vista terminológico, en el trabajo que ponemos a consideración del lector emplearemos con idéntico alcance semántico las expresiones *amicus/amici curiae*, *amigo/s del tribunal* y *asistente/s oficioso/s*.

II. Génesis del *amicus curiae* y evolución del empleo de la figura en el derecho comparado estatal y el derecho internacional

I. Origen, consolidación y propagación hacia los sistemas legales que adscriben al *Common Law*

No es nuestra intención abundar en consideraciones acerca de la génesis de la institución, sobria y claramente expuesta por Cueto Rúa.³ Sólo recordaremos que los primeros antecedentes de aquélla pueden ubicarse en el derecho romano y luego en el derecho inglés; la figura fue posteriormente receptada y desarrollada en el escenario jurídico norteamericano y en otros países de habla (o influencia) inglesa. Por ejemplo, y en referencia a estos últimos, pueden compulsarse la *rule* 18 de la Suprema Corte de Canadá; la orden IV, § I, de las Reglas de la Suprema Corte de India; la *rule* 81 de la High Court de Nueva Zelanda y, en Australia, el precedente *Lange v. ABC* (S 108/116).⁴

En tren de brindar algún ejemplo de su empleo reciente en el Reino Unido, entre numerosos casos podría computarse el de *Jodie and Mary*, fallado el 22 de setiembre de 2000 por una Corte de Apelaciones en Gran Bretaña⁵ aplicando —según refiere

³ Cf. Julio C. Cueto Rúa, “Acerca del ‘amicus curiae’”, en *La Ley*, 1988-D, Buenos Aires, p. 721. Como comentario al margen, sería injusto no reconocer que el citado trabajo del Dr. Cueto Rúa constituye un aporte pionero, visionario y útil al estudio de la institución en el marco doctrinario argentino.

⁴ Cf. Georg C. Umbricht, “An ‘Amicus Curiae Brief’ on Amicus Curiae Briefs at the WTO”, en *Journal of International Economic Law*, 2001, Oxford University Press, p. 780, nota 32 a pie de página.

⁵ “Court of Appeal re A. (Children), Ward, Brooke, y Walker, Judgement delivered 22 September 2000”, en *Bulletin of Medical Ethics*, n° 161, setiembre de 2000, pp. 17 y ss.; cit. por Pedro Federico Hoof, “Anencefalia e interrupción del embarazo: Una visión integradora a la luz de la Bioética y los

Hooft— la metodología de la “ponderación” —sobre la que retornaremos—, que en cada situación particular y concreta sopesa valores, derechos y deberes en conflicto.⁶ Como recuerda el citado autor, se trataba de un caso particularmente complejo con múltiples interrogantes éticos en el que dos gemelas siamesas, que compartían órganos vitales, carecían virtualmente de posibilidades de vida aceptables, salvo que mediante una intervención médica se intentase la separación; pero la intervención, al tiempo de ofrecer expectativas razonables de vida a una de ellas (Jodie), tendría como consecuencia casi necesaria la muerte de su gemela (Mary). En definitiva, el tribunal —reconociendo que se trataba de uno de los casos más difíciles de los que le había tocado resolver— basándose en el reconocimiento del valor intrínseco de toda vida humana —en el caso, de ambas gemelas— y en razón de todas las connotaciones médicas (imposibilidad de que ambas continuaran viviendo, expectativa razonable de vida para Jodie en caso de efectuarse la intervención médica, situación desventajosa en que se encontraba Mary, el estado de necesidad implícito en toda la problemática, la invocación del principio de doble efecto, y la debida ponderación del único valor y derecho con posibilidad de ser salvado, en el caso, la vida de sólo una de ellas), decidió conceder la autorización al equipo médico para llevar adelante la mencionada intervención quirúrgica de separación, no obstante la opinión contraria expresada por los padres.⁷

Por su parte, en Estados Unidos los *amici curiae* también han tenido protagonismo⁸ en sonados casos de la Corte Suprema de aquel país, como los relativos a materia antidiscriminatoria (v. gr., *Regents of the University of California v. Bakke* —438 US 265 [1978]—), la disputa aborto-antiaborto (*Webster v. Reproductive Health Services* —492 US 490 [1989]—), y la eutanasia —*mercy killing*— (por ejemplo, en oportunidad de la discusión sobre la constitucionalidad de las leyes de los estados de Washington y Nueva York que prohibían a los médicos ayudar a morir a los pacientes que así lo solicitaban⁹).

Vinculado con ello, Böhmer precisa que los casos que la Corte Suprema estadounidense selecciona para decidir son paradigmáticos de alguna situación determinada y sientan jurisprudencia sobre el tema para el futuro, agregando que la importan-

Derechos Humanos”, en Víctor Bazán (coord.): *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*, libro en reconocimiento al Prof. Dr. Germán J. Bidart Campos, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 328.

⁶ Hooft, o. cit.

⁷ *Ibidem*.

⁸ A modo de curiosidad, se ha relatado que el récord de presentaciones en un caso se dio en *Sony Corporation of America v. Universal City Studios*, donde 140 *amici curiae* fueron ingresados en la “fascinante lucha” que involucraba el derecho de los ciudadanos norteamericanos a copiar programas de televisión en sus hogares por medio de grabadoras de *videotape*, tales como aquellas fabricadas por Betamax (cf. Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, Oxford University Press, 1993, p. 239).

⁹ Que incluyó la presentación de un *amicus curiae* por parte de seis filósofos morales y políticos de indiscutidos predicamento científico y estatura intelectual: Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, Thomas Scanlon y Judith Jarvis Thomson.

cia de tales causas se hace evidente a partir de la gran cantidad de capital social acumulado previamente a la decisión del tribunal.¹⁰

Ciertamente, se trata de una práctica muy extendida en el derecho norteamericano. De hecho, en las Reglas (*Rules*) del Alto Tribunal (de 11 de enero de 1999) se hace referencia a los *amici curiae* en diversos pasajes: reglas 21.2.b, 21.4, 28.7, 29.6, 44.4 y, fundamental y específicamente, en la n° 37, la que con claridad deja al descubierto cuál es el criterio imperante a la hora de meritar la calidad de las presentaciones que en tal carácter se le formulen, al disponer (en su punto 1) que un *brief* de un *amicus curiae* que destaca a la Corte una *cuestión relevante que las partes aún no le han señalado*, puede brindarle una ayuda considerable (énfasis propio); contrariamente, un *brief* que no persigue este propósito dificulta la tarea de la Corte y su presentación es vista con desfavor.

En línea con lo anterior, y siempre en el contexto jurídico norteamericano, Sola ha precisado que, dentro del modelo dialógico de creación de precedentes, el *amicus curiae* permite la ampliación de participantes en el debate. Así, mientras mayor sea la participación de ideas en el debate constitucional, mayor será la legitimidad del precedente que se establezca y, al mismo tiempo, se cumplirá con el fundamento democrático de que las normas son autoimpuestas y, de allí, obligatorias y legítimas.¹¹

Para finalizar esta breve referencia, colacionamos una reflexión del autor citado en último término, quien a lo expuesto agrega que tales memoriales se presentan tanto en el momento en que se analiza la apertura del recurso (*writ of certiorari*) como en el de considerar los méritos de la causa, y señala —además— que se ha verificado una relación positiva entre la cantidad de memoriales articulados en apoyo de la apertura del recurso y la concesión por la Corte Suprema.¹²

2. Utilización en las instancias iusinternacionales

Análogamente, ha recibido importante acogida y utilización en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y otras instancias internacionales. Por ejemplo:

- *La Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos*. Ante esta última, se ha empleado en diversos casos contenciosos y en la totalidad de las opiniones consultivas que emitiera; concretamente, el sustento normati-

¹⁰ Martín Böhmer, “Introducción a los *Amici Curiae*”, en *Perspectivas Bioéticas en las Américas*, n° 4, segundo semestre de 1997, número monográfico “Problemas al final de la vida: Definición de muerte. Eutanasia. Muerte asistida”, FLACSO, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, pp. 101-102.

¹¹ Juan V. Sola, “El recurso extraordinario y el debate constitucional”, en el número especial “Recurso extraordinario federal”, coordinado por Néstor P. Sagüés con la colaboración de Héctor E. Sabelli, *LexisNexis - Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 26 de marzo de 2003, p. 95.

¹² *Ibidem*.

vo de tales presentaciones radica —actualmente— en la interacción de los artículos 62.3 y 44.3 del Reglamento de la Corte.¹³

- *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Cabe fundamentalmente tener en consideración el artículo 36 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1 del Protocolo n° 11,¹⁴ relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio. Dicha norma pauta la “intervención de terceros” ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y específicamente en el apartado 2, establece que, en interés de la buena administración de justicia, el presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier alta parte contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que formule observaciones por escrito o a participar en la vista.
- *El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia* (cf. norma 74 de las Reglas de Procedimiento). Para llamar la atención sobre algunos usos a los que en distintos contextos se destina la figura, viene a cuento resaltar que, en un interesante caso vinculado con la problemática, la Sala IIIª de Primera Instancia concluyó que el derecho internacional consuetudinario estipula que el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) tiene el derecho absoluto a no revelar información relativa a su trabajo. En otras palabras, en la importante decisión tomada el 27 de julio de 1999, determinó que el CICR no se encuentra obligado a rendir declaraciones ante el Tribunal. Así, y no obstante la Fiscalía admitía las preocupaciones del CICR por la confidencialidad de su trabajo, no aceptaba que, como cuestión de derecho, no le fuera posible a aquél revelar la información en su poder, por lo que propuso —en orden a que el CICR presentara sus puntos de vista—, se le otorgara una autorización para comparecer como *amicus curiae*, de acuerdo con la mencionada norma 74 de las Reglas de Procedimiento, lo que supone una importante decisión para la continuidad de las sustanciales labores del CICR en el marco del derecho internacional humanitario, además de que la pauta de confidencialidad (como lo trasunta la decisión) constituye la marca distintiva del Comité, cuya preservación beneficia a la comunidad internacional toda.¹⁵
- *Los paneles y el Cuerpo de Apelación de la Organización Mundial del Comercio*. Luego de un análisis que le tomó cerca de cuatro años para definir

¹³ Nos referimos al actual Reglamento del Tribunal que, con las últimas modificaciones realizadas a su texto, entró en vigor el 1 de junio de 2001 (cf. Resolución del 24 de noviembre de 2000). El aludido Reglamento fue aprobado por la Corte en su XLIX período ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000.

¹⁴ Protocolo que entró en vigor en noviembre de 1998.

¹⁵ Véase caso *El Fiscal c. Simic*.

cómo manejar en general los escritos de *amici curiae*, la práctica actual de dicho Cuerpo indica que ha convalidado presentaciones de éstos no sólo ante los paneles sino también ante sí, circunstancia, esta última, que ha generado alguna polémica. En tren de identificar algunas causas relevantes, valga evocar que en el caso *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (de 6 de noviembre de 1998) produjo una interpretación amplia del artículo 13 del DSU (*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* [Acuerdo sobre Reglas y Procedimientos que regulan la solución de controversias]) habilitando a los paneles a considerar escritos de *amici curiae*.¹⁶ Ya en el nivel apelatorio, en *United States - Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom* (7 de junio de 2000), el Cuerpo de Apelación argumentó que, a la luz del artículo 17.9 del DSU, él mismo recepta extensivamente autoridad para adoptar reglas de procedimiento que no entren en conflicto —*inter alia*— con el DSU; asimismo, determinó que ostentaba autoridad legal para aceptar y considerar información no solicitada, en la medida en que el aporte del actor no estatal fuera pertinente y útil.¹⁷

3. *Sumaria recapitulación*

Las precedentes referencias al derecho comparado estatal y a diversas instancias iusinternacionales no han perseguido plasmar una mera yuxtaposición de datos, sino acercar breves apuntes ilustrativos sobre el nacimiento, el desarrollo y el funcionamiento de la figura en ámbitos jurídicos foráneos y, específicamente, en algunos campos *sensibles* de la discusión jurisdiccional, para usufructuar tales experiencias en orden a verificar la potencial viabilidad de transferir aquella institución a nuestro propio derecho, *aplicando de ella lo aplicable*, es decir, y más allá de la tautología, lo que pueda resultar adecuado a nuestra idiosincrasia jurídica y compatible con ella, evitando implantes artificiales e indiscriminados.

III. Esbozo de los lineamientos básicos que caracterizan a la figura

Como punto de partida para los comentarios e interrogantes que se desarrollarán en tramos más avanzados de este trabajo, en el presente sector nos limitaremos a suministrar algunas sucintas referencias conceptuales y pautas básicas para delinear someramente los perfiles del instituto y adelantar la identificación de ciertos ámbitos en los que su empleo podría deparar márgenes considerables de utilidad. Veamos:

¹⁶ Umbricht, o. cit., p. 775.

¹⁷ *Ibidem*.

1. *Perfil primigenio y mutación contemporánea*

Si bien en un principio la participación del *amigo del tribunal* estaba enderezada principalmente a *ayudarlo neutralmente* y proporcionarle información en torno de cuestiones esencialmente jurídicas respecto de las que aquél pudiere albergar dudas o estar equivocado en el criterio asumido hasta entonces sobre el particular, acercándole fallos jurisprudenciales o antecedentes doctrinarios útiles para dirimir casos con cierto grado de complejidad, actualmente ha abandonado su carácter otrora imparcial, para convertirse en una suerte de *interviniente interesado y comprometido*, que argumenta jurídicamente para obtener un pronunciamiento favorable a la posición que auspicia.¹⁸

Como con realismo afirma Cueto Rúa, en la actualidad no se le pide neutralidad; sí se espera, en cambio, una inteligente contribución sobre los problemas planteados por el caso y su repercusión respecto de terceros y demás integrantes de la comunidad, *aun a sabiendas que el amicus es el amicus del actor o el demandado*.¹⁹

Avanzando en nuestra reflexión, cabe destacar que el asistente oficioso no reviste calidad de parte ni mediatiza, desplaza o reemplaza a éstas; debe ostentar un interés justificado en la decisión que pondrá fin al pleito en el que se presenta, interés que debe exceder el de los directamente afectados por la resolución concreta; su actuación no devenga honorarios ni tiene efectos vinculantes para el tribunal; el informe no constituye una pericia; se trata de un interviniente interesado y comprometido, es decir que, más que *amigo del tribunal* es *amigo de la causa*. Al respecto, y con relación al derecho norteamericano, se ha señalado: “Long gone is the original concept of the *amicus curiae* —namely, that it ‘acts for no one, but simply seeks to give information to the Court’—. The device of the brief *amicus curiae*, that is, ‘friend of the court’, which may well be a misnomer in some situations, ‘friend of the cause’ being far more accurate [...]” (énfasis del original).²⁰

En suma, es un tercero ajeno a la disputa judicial pero que ostenta un justificado interés en el modo como el litigio se resolverá en definitiva.

Desde otro ángulo, y como lo evidencia la incipiente praxis jurisprudencial vernácula, los escritos pueden ser presentados no solamente por particulares (personas individuales, grupos de individuos, ONG, etcétera), sino también por órganos del Estado,²¹ v. gr., en el caso argentino, por el Ministerio de Relaciones Exteriores, de

¹⁸ Como gráficamente ha afirmado Krislov, “*what was once a gesture of friendship has become a deliberate act of advocacy*” (“The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy”, en *Yale Law Journal*, t. 72, 1963, p. 694).

¹⁹ Cueto Rúa, o. cit., p. 723.

²⁰ Abraham, o. cit., p. 236.

²¹ En el ámbito jurídico norteamericano es moneda corriente que los *amici curiae* sean presentados (además de, v. gr., activas organizaciones civiles y otros grupos de presión —ACLU, NAACP, AFL-CIO, NAM, American Bar Association—) por el propio gobierno federal, a través del *Solicitor General*. Sobre el punto, véase por ejemplo Harry P. Stumpf, *American Judicial Politics*, Prentice Hall, 1998, pp. 401 y 402.

acuerdo con el artículo 7 de la ley 24.488 (véase referencia a éste en nota 42); el procurador penitenciario,²² por ejemplo, como lo hizo ante la Cámara Nacional Electoral en la causa *Mignone*, dirimida en definitiva por la CSJN el 9 de abril de 2002 (sobre la que también volveremos²³).

2. *Particular relevancia en la resolución de cuestiones dilemáticas*

Como pudimos apreciar en la reseña anterior sobre determinados casos de los derechos inglés y norteamericano (*supra*, II.1), los *amici curiae* pueden constituir herramientas válidas para funcionar en la resolución de cuestiones controversiales y que presenten significativos dilemas éticos o de otra índole —por ejemplo, de análisis constitucional de una normativa de importancia o sensibilidad públicas—, en las que la decisión a recaer sea susceptible de marcar una guía jurisprudencial para otros casos pendientes. Es decir, asuntos en los que esté en juego un interés público relevante cuya dilucidación judicial ostente una fuerte proyección o trascendencia colectivas; en otras palabras, temáticas que excedan el mero interés de las partes, v. gr.: los “desaparecidos” en la última dictadura militar argentina y las flagrantes violaciones a los derechos humanos cometidas en aquella época; virtualidad jurídico-constitucional de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final —problemática en torno de la que retornaremos (*infra*, IV.2.B)—; autorización para proceder a la interrupción del embarazo por anencefalia; aborto; eutanasia.

Precisamente, los *amici* constituyen el instrumento por el cual los *otros interesados* (esto es, aquellos que no son parte o no firman los escritos principales) acceden a la justicia para hacer oír su voz y sus argumentos.²⁴

Empleando analógica y figurativamente la categorización dworkiniana,²⁵ podrían resultar útiles recursos para operar en los *casos difíciles*, es decir, aquellos en los que —*inter alia*— exista incerteza, sea porque converjan varias normas que determinan sentencias distintas (en tanto tales previsiones normativas son contradictorias), sea porque no exista norma exactamente aplicable.

²² Por medio del decreto 1.598/93 (sancionado el 29.7.1993 y publicado el 3.8.1993) tal funcionario fue creado en jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional, cargo extraescalafonario con rango y jerarquía de subsecretario, para ejercer sus funciones en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Nación, al que (cf. el artículo 9 del señalado decreto) informará periódicamente de lo actuado, debiendo hacer lo propio, anualmente y por intermedio del Poder Ejecutivo, al Congreso de la Nación (*ibídem*).

²³ Para mayores referencias sobre tal precedente, véase *infra*, IV.1.D.

²⁴ Böhmer, o. cit., pp. 101-102.

²⁵ Véase Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 4ª reimp., 1999, pp. 146-208, y el interesante prólogo de Albert Calsamiglia que, bajo el título “Ensayo sobre Dworkin”, presenta la obra (véase, concretamente, p. 13).

3. *Nuevos elementos que justifican su utilización en el derecho argentino*

Ciertamente, el instituto en cuestión puede receptor un valor adicional en el ámbito jurídico interno; conclusión que puede arriesgarse a poco de reparar en ciertos rasgos que tipifican a este último, tales como el alto grado de desarrollo adquirido por el derecho internacional de los derechos humanos, la envergadura de los instrumentos internacionales en dicha materia *vis-à-vis* el derecho interno y la fuerza que cobran los informes, las recomendaciones, las decisiones y las opiniones consultivas de los órganos protectorios en las instancias internacionales (por ejemplo, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos), a cuyos repertorios de precedentes (en el caso de la Comisión) y jurisprudencia (en el de la Corte) deberían adaptarse las soluciones jurisdiccionales dispensadas en el escenario judicial local, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (nueva clave de bóveda para una interpretación *aggiornata* de la Ley Fundamental) y por la propia jurisprudencia de la CSJN (v. gr., *in re Girolodi*²⁶ y *Bramajo*²⁷).²⁸

En un escenario con características de tal magnitud, al *amicus* puede cumplir un papel relevante al proporcionar a los magistrados elementos de juicio actualizados en materia de derechos humanos, relativos a la interpretación y la aplicación de los tratados internacionales sobre tal materia, por ejemplo, por parte de los aludidos

²⁶ Fallo del 7 de abril de 1995. Compulsar su texto, v. gr., en *Jurisprudencia Argentina*, 1995-III, Buenos Aires, pp. 570-573.

²⁷ Sentencia del 12 de setiembre de 1996. Véase su texto, por ejemplo, en *Jurisprudencia Argentina*, 1996-IV, Buenos Aires, pp. 439 y ss.

²⁸ Sin perjuicio de cuanto afirmamos en el texto, cabe reconocer que, respecto de la cotización jurídica de los informes y las recomendaciones de la Comisión Interamericana, la Corte Suprema argentina ha descrito una trayectoria jurisprudencial *ondulante*, pues, siguiendo los lineamientos sentados en *Girolodi*, resolvió la causa *Bramajo* adjudicando en esta última la calidad de *guía para la interpretación de los preceptos convencionales a la opinión de la Comisión Interamericana*, en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de ésta para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 8° del voto de la mayoría), aunque luego parecería haber plasmado un repliegue de la amplia posición primigenia cuando en la causa *Acosta, Claudia B.* (fallo del 22 de diciembre de 1998; véase *Jurisprudencia Argentina*, 1999-II, Buenos Aires, pp. 346 y ss.) aclaró que, si bien por el principio de buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, éste *debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial* (considerando 13 de la mayoría). Esta última visión del Alto Tribunal nacional fue confirmada en *Felicetti, Roberto y otros* (del 21 de diciembre de 2000; ver *La Ley*, 2001-B, Buenos Aires, pp. 62 y ss.), causa públicamente conocida como una de las vinculadas con el copamiento de *La Tablada* (véase considerando 6° de la mayoría) —en todos los casos el énfasis debe ser atribuido.

Una referencia crítica al fallo citado en último término puede verse en Víctor Bazán, “Entre las omisiones inconstitucionales de las autoridades públicas y la necesaria justiciabilidad de los derechos”, en *Revista de Derecho Constitucional*, n° 3, julio-diciembre 2000, Sherwood, Caracas, pp. 15-44.

órganos del sistema protectorio interamericano, espectro en el que no cabe soslayar que los instrumentos internacionales recipiendarios de jerarquía constitucional por conducto de la reforma de 1994 (y los que se añadan en el futuro) *valen* tanto como la propia Ley Fundamental y representan, al igual que el texto y el espíritu de ésta, parámetros para el contralor de constitucionalidad de la normativa legal e infralegal.

IV. Rápida reseña de algunos precedentes jurisprudenciales en los que se ha admitido la participación de *amici curiae*

1. *La praxis judicial hasta el presente*

Naturalmente sin ánimo alguno de exhaustividad, emprenderemos un rápido recorrido enunciativo de algunos precedentes de diversos órganos judiciales federales y de la Cámara Nacional Electoral (dictados entre 1995 y 2001) en los que se aceptó la participación de *amici curiae*.²⁹

Todos los casos estuvieron recorridos por una suerte de médula vivificante común, puesto que, de una u otra manera, en ellos estaba en juego la interpretación y la aplicación de normas del derecho internacional de los derechos humanos; la ponderación de determinadas aristas conectadas con la jerarquía normativa de ciertos tratados internacionales de derechos humanos frente al derecho interno, y la constatación del imperativo que se cierne sobre los órganos judiciales domésticos en el sentido de aplicar aquella preceptiva con preferencia al ordenamiento jurídico interno (al menos, subconstitucional). Veamos:

A. En primer lugar, no podría dejar de mencionarse un antecedente fundamental. Nos referimos a la causa n° 761, *Hechos denunciados como ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA)*, de la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (resolución conjunta de ambas salas de dicha Cámara).

Se trata de un documento histórico, ya que por vez primera se admitió en los tribunales argentinos un *amicus curiae*,³⁰ por medio de la resolución emitida —por mayoría— el 18 de mayo de 1995.³¹

²⁹ Un antecedente contrario a la admisión de las presentaciones de *amici curiae* puede constatarse en la causa *Kimel, Eduardo s/ Injurias*, tramitada ante la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

³⁰ La presentación fue suscrita por distintos funcionarios en representación del Human Rights Watch (HRW) y del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL); ambas, entidades no gubernamentales internacionales dedicadas a la defensa y la promoción de los derechos humanos universalmente reconocidos.

³¹ Su texto puede ser consultado en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n° 21, enero-junio de 1995, San José de Costa Rica, pp. 149 y ss.

B. Ha sido acogido, también, en la causa *Sterla, Silvia s/ interrupción de la prisión preventiva*, del Juzgado Criminal y Correccional Federal n° 2 de la Capital Federal, precedente en el que —al igual que en el anteriormente individualizado— se circunscribe la viabilidad del instituto al supuesto de que quien pretenda presentarse en calidad de *amicus* sea una organización no gubernamental con un especial interés en la cuestión debatida y que acredite especialización acerca de ésta.³²

C. Confirmando la citada tendencia, *in re Balverdi, Juan Antonio y otros s/ infracc. Ley 23.737*, puede verificarse otro antecedente de aceptación de la figura *sub examine*, por parte de la Cámara en lo Criminal y Correccional de Apelaciones en lo Federal, Sala II^a.³³

D. Por su parte, en *Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo*, de la Cámara Nacional Electoral (pronunciamiento del 10 de octubre de 2000), se abrió una brecha singular dado que ésta aceptó la participación en carácter de *amicus curiae* del procurador penitenciario, quien se había presentado invocando tal calidad, antes de que se expidiera dicho órgano de alzada respecto del recurso de apelación interpuesto por el amparista, a la sazón, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), que había promovido tal acción contra el Estado nacional (Ministerios del Interior y de Justicia), con el objeto de obtener que se adoptaran las medidas necesarias para garantizar el derecho constitucional a sufragar de las personas detenidas sin condena en todos los establecimientos penitenciarios de la nación, en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos, objeto para el cual solicitó que se declarara la inconstitucionalidad del artículo 3, inciso *d* del Código Electoral Nacional.

La jueza federal de primera instancia rechazó el amparo, tanto por considerar inadmisibile la vía procesal intentada por la accionante, cuanto por el fondo del asunto.

El aludido tribunal de alzada revocó la sentencia de la instancia inferior y declaró la inconstitucionalidad del artículo 3, inciso *d*, del Código Electoral Nacional, que excluye del padrón electoral a “los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad”.

Arribada la causa a la CSJN, ésta confirmó el fallo en el marco del recurso de hecho deducido por la actora *in re M. 1486. XXXVI - M. 1491. XXXVI: Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo* (sentencia del 9 de abril de 2002), aunque no se limitó ni resignó (como lo había hecho el *a quo*) a la censura del precepto por inconstitucional (dado que la Cámara había supeditado el ejercicio del derecho al dictado de la necesaria reglamentación que posibilitara el sufragio de aquella categoría de personas), sino que el Máximo Tribunal avanzó operativamente y manifestó que correspondía “*urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no con-*

³² La solicitud fue articulada por dos letrados en representación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

³³ También aquí intervino el CELS.

denados” y, en ese marco, consideró prudente “disponer que este derecho sea implementado *por las autoridades competentes dentro del plazo de seis meses*”.³⁴

E. Para finalizar esta reseña ejemplificativa de casos en que se decidió la procedibilidad de la figura del *amicus*, valga evocar la causa *INADI c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior - Dto. 957/01 - Ley 25.453 s/ Amparo Ley 16.986*, del 4 de octubre de 2001, resuelta por la Sala I^a de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.³⁵

Como aspectos salientes del caso, bástenos recordar que el entonces interventor del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), organismo descentralizado creado por la ley 24.515, en jurisdicción del Ministerio del Interior del Estado nacional, inició acción de amparo contra el Estado nacional - Ministerio del Interior, con el objeto de que se declarara la falta de vigencia, inconstitucionalidad o inaplicabilidad al INADI del decreto 957/01, y del acto administrativo notificado el 3 de setiembre de 2001, persiguiendo —en consecuencia— el mantenimiento de su planta de personal en 50 personas, además del interventor, con el presupuesto de personal vigente en marzo de 2001 y con la sola reducción del 13% en sus remuneraciones a partir del 1 de julio de 2001.

La jueza de primera instancia, remitiéndose al dictamen de la fiscal federal, se declaró incompetente. Ante el recurso pertinente, y radicados los actuados en la Sala I^a de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, se presentaron escritos de un *amicus curiae*, cuyo desglose fue ordenado en función de lo normado por el artículo 484 del CPCCN. En definitiva, y mediante argumentos propios, la sala decidió por mayoría confirmar el pronunciamiento resistido.³⁶

En lo que aquí interesa, es decir, los escritos arrojados por el presentante en calidad de *amicus curiae* (se trataba del doctor Héctor Masnatta, ex ministro de la CSJN y miembro de la Convención Constituyente de 1994), en tanto no se encontraba aún consentido el auto de presidencia que disponía el desglose de aquéllos, el tribunal procedió a revocarlo de oficio y ordenó que tales libelos fueran nuevamente agregados a la causa, teniendo al impetrante por presentado *en el carácter invocado* y por constituido domicilio.

³⁴ El énfasis, en ambos casos, ha sido añadido. Los párrafos entrecomillados corresponden al considerando 9º de la mayoría, compuesta por Nazareno, Moliné O'Connor y López. En sendos votos particulares, aunque coincidentes en lo sustancial, lo hicieron Boggiano (véase el considerando 8º) y Bossert (véase el considerando 30). Por su parte, Fayt y Petracchi, en voto conjunto, concurrieron con la mayoría (véase, sobre el punto en cuestión, el considerando 19).

³⁵ Un comentario a tal fallo puede compulsarse en Víctor Bazán, “A propósito de la viabilidad del *amicus curiae* pese a la inexistencia de previsión legal que lo instaure”, en *Derecho Administrativo (Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica)*, LexisNexis, nº 43, Buenos Aires, 2003, pp. 215-225. Por su parte, el fallo íntegro se encuentra transcrito en las pp. 197-215 de la misma obra.

³⁶ La mayoría estuvo compuesta por los doctores Coviello y Buján. Por su parte, el voto minoritario correspondió al doctor Licht, quien en tal moción disidente abundó en consideraciones referentes a la temática del *amicus curiae*.

Aun cuando el caso ofrece aristas bastante singulares, cuya consideración *in extenso* resulta imposible efectuar aquí, se evidencia una cierta actitud aperturista de los magistrados integrantes de la sala que emitieron el fallo, puesto que —con mayor o menor dosis de efusividad o entusiasmo ante la institución en examen y/o los argumentos traídos por el asistente oficioso— evidenciaron un saludable desapego del puro formalismo al autorizar la incorporación de los escritos del *amicus curiae* pese a la inexistencia de ley que instaurara la figura en forma expresa y general, y por otro lado, dieron curso a la participación de un sujeto *particular* que asumió el rol de asistente oficioso.

2. *Una incógnita: la percepción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*

A. Al menos hasta donde alcanza nuestra información, la Corte Suprema argentina aún no ha tenido ocasión de expedirse contundentemente por la admisión de *amici* en expedientes radicados ante ella.³⁷

No es sencillo descifrar cuál será la percepción del cuerpo sobre el particular. Solamente estamos en condiciones de precisar que, al menos *extrajudicialmente*, el hoy ex presidente del Tribunal, doctor Julio S. Nazareno, exteriorizó su visión claramente favorable a la recepción del instituto incluso sin ley que lo plasmara explícitamente.

En efecto, con ocasión de participar de la IIª Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia (marzo de 1999), concretamente al presentar el tema “Participación ciudadana en los procesos judiciales” (primera sesión plenaria dedicada a tratar lo relacionado con la problemática de la organización judicial), precisó contundentemente y sin ambages que, si bien no existen en la República Argentina normas procesales que contemplen la figura del *amicus curiae*, una intervención de esta naturaleza ante la Corte Suprema no debe ser dogmáticamente desestimada ante la ausencia de texto legal, pues podría estar justificada en la naturaleza e implicaciones del fallo a pronunciar y, ya desde una visión procesal, la admisibilidad de oír a los *amigos* de las partes contaría con el apoyo que da la integración analógica del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que le confiere la facultad de oír a cualquier persona u organización que puedan aportar elementos de juicio que se consideren de utilidad para la decisión a adoptar.

B. El debate recobra vigencia ya que en una de las causas actualmente radicadas ante la Corte, referidas a la validez constitucional de las leyes 23.492, de Punto Final, y 23.521, de Obediencia Debida,³⁸ se ha presentado un *amicus curiae* para

³⁷ Según una información extraoficial, en algunos casos se ha presentado en calidad de *amicus* el periodista Horacio Verbitsky, ante cuyos escritos —y siempre según la fuente consultada— la Corte se limitó a decir: “Agréguese”, o a utilizar una expresión semejante.

³⁸ Específicamente aludimos al caso *Simón, Julio y otros*, en el que la Sala IIª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó la resolución de primera instancia. En esta última, el fallo fue pronunciado por el doctor Gabriel R. Cavallo —hoy juez de cámara— el 6 de marzo de 2001, declarando la invalidez, la inconstitucionalidad y la nulidad insana-

cuestionar los argumentos del procurador general de la Nación, quien en su dictamen se expidió claramente a favor de que el máximo tribunal confirme la inconstitucionalidad de tales leyes (tal opinión fue emitida el 29 de agosto de 2002).

Al momento de confeccionar este trabajo no disponemos de información que dé cuenta de si tal memorial fue o no admitido por la Corte. Desde nuestra óptica sería muy interesante que el Tribunal acogiera la postulación que se formuló en calidad de *amicus*, abriéndose a otras que en el futuro pudieran articularse. Dejamos aclarado que nos interesa la sustancia de la institución, con plena independencia de que, en el particular, no compartamos la posición que el *amicus* asumió en su informe ni el interés que auspicia.

Para finalizar este escueto señalamiento, y a modo de digresión, nos ha parecido útil traer a colación algunos párrafos del mencionado dictamen emitido por el procurador general en la causa identificada en último término. El descarnado vigor de las palabras allí vertidas exime de añadir cualquier comentario e impone acompañar sólo con el silencio respetuoso la acertada descripción de una realidad que lacera y avergüenza, trasuntando —en definitiva— la exhortación a respetar y honrar un principio fundamental: el *debido proceso*, además de que, por extensión, insta a hacer lo propio con el no menos eminente postulado preambular de *afianzar la justicia*:

La República Argentina atraviesa momentos de desolación y fatiga. Es como si un pueblo cansado buscara soluciones trágicas. Se ha deteriorado todo, la funcionalidad de las instituciones, la calidad de la vida, el valor de la moneda, la confianza pública, la fe civil, la línea de pobreza, el deseo de renovar la apuesta cívica.

Todas las mañanas parecería perderse un nuevo plebiscito ante el mismo cuerpo social que nos mira con ojo torvo, el temple enardecido, el corazón temeroso.

Un Estado que apenas puede proveer Derecho, apenas seguridad, apenas garantías, poco tiene que predicar.

Y no queremos que la indolencia aqueje nuestra grave tarea porque entonces sí estaremos ante la peor tragedia nacional. [...] La sociedad se ha convertido en un encuentro violento de los hombres con el poder. La lucidez de la civilización democrática parece estar interrumpida. Hay muchas razones para sospechar que la sociedad argentina, enfrentada a una crisis pendular, adolece de irrealidad; sufre el infortunio de asimilar sus espejismos y alucinaciones. Es en momentos como éstos cuando hay que evitar los gestos irreparables puesto que ninguna señal que no sirva para hacer más decente la situación actual no debe ser ejecutada. De alguna forma hay que salvar el decoro de una sociedad que debe sobrevivir con dignidad y cuyos intereses la Constitución nos manda defender. La planificación política jamás debiera asfixiar a la prudencia jurídica porque el jurista y el juez son la voz del Derecho que sirve a la Justicia. De otro modo mereceremos vivir horas imposibles.

Imposible nos sería no compartir la preocupación-admonición patentizada en el dictamen.

ble de los artículos 1 de la ley 23.492 y 1, 3 y 4 de la ley 23.521. La carátula (en la instancia originaria) es: “Causa N° 8.686/2000, ‘Simón, Julio; Del Cerro, Juan Antonio s/ sustracción de menores de 10 años’”, tramitada específicamente ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 4, Secretaría n° 7.

V. Algunas aristas de la problemática del *amicus curiae* dignas de mención

I. Sobre el sustento constitucional de la figura

Nítidamente al menos, no se observa la existencia de cláusula o principio constitucional alguno que pudiera quedar comprometido o lesionado si se viabilizara la participación del *amicus curiae* en el proceso, aun sin consagración legal expresa.

En una aproximación preliminar, parecería que tal institución recepta legitimación constitucional, enunciativamente, por parte de los artículos 14 (derecho de peticionar a las autoridades), 18 (debido proceso), 33 (derechos y garantías implícitos), 28 (prohibición de toda limitación irrazonable al ejercicio de los derechos) y 75, inciso 22, párrafo 2°, en cuanto a la jerarquización constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos allí individualizados y los que en el futuro sean ungidos con tal carácter,³⁹ disposiciones, todas, que quedan envueltas y recorridas por el caudal axiológico que les suministra el postulado contenido en el Preámbulo que compele a “*afianzar la justicia*” (énfasis propio).

Asimismo, da la sensación de que la figura se alinea también con el sesgo que la reforma de 1994 pretendió transfundir al texto y al espíritu constitucionales, alentando la participación popular en la toma de decisiones de interés público, por ejemplo, y *mutatis mutandi*, por medio de los mecanismos de democracia semidirecta (iniciativa y consulta populares, respectivamente, artículos 39 y 40).

También, cabe computar otro elemento coadyuvante, cual es la directriz incorporada por la aludida reforma en pro de hacer extensiva, en la acción de amparo, la legitimación (ergo, la intervención) de las ONG o asociaciones que persigan la protección de derechos de incidencia colectiva, a la luz del artículo 43, párrafo 2°, de la Constitución Nacional.

Por último, y en sintonía con todo ello, corresponde asimismo ponderar la configuración de un nuevo paradigma del principio de igualdad, caracterizado por la exigencia de complementación de la *igualdad formal* (artículo 16) con la *igualdad material*, lo que queda corporizado en el texto constitucional con una fórmula léxica que, con matices, puede resumirse como: *igualdad real de oportunidades, posibilidades y de trato* (véanse, v. g., artículos 37, 75, incisos 2, 19 y 23), para cuya operativización sin eufemismos se requiere del Estado que *actúe* paliando arbitrarias discriminaciones y previniendo o corrigiendo infundadas desigualdades,⁴⁰ por caso,

³⁹ A la nómina expedida en el párrafo segundo de tal cláusula constitucional se ha añadido la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, instrumento al que se ha adjudicado semejante alcurnia por medio de la ley 24.820 (BO del 29.5.1997).

⁴⁰ Véase por ejemplo Víctor Bazán, “La Constitución y la jurisprudencia contra la inercia legislativa o el principio del fin de las excusas”, en Germán J. Bidart Campos (coord.), *Economía, Constitución y derechos sociales*, Ediar, Buenos Aires, 1997, pp. 111-174, en esp. pp. 124-130; “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho compa-

mediante la generación de políticas de discriminación inversa para beneficiar a los grupos o personas tradicionalmente desaventajados. A ello parecería apuntar, precisamente, la institución del *amicus*.

En ese sentido, y en un escenario en el que se pretende consolidar la *democracia participativa* —aun cuando la adjetivación podría resultar redundante en relación con el término al que refiere, calificándolo—, vislumbramos que el *amicus curiae* puede encaramarse como una herramienta interesante para aportar en favor de la democratización y la transparencia del debate judicial, en ciertos casos que excedan el mero interés de las partes o supuestos que puedan resultar paradigmáticos por la proyección social y pública que la decisión a adoptar sea susceptible de engendrar.

Por supuesto, deberán quedar siempre a buen resguardo las atribuciones del tribunal para rechazar o desglosar memoriales de *amici* que sólo pretendan entorpecer o prolongar excesivamente el juicio, afectando elementales principios como el de economía procesal y los legítimos derechos de los litigantes porque, de lo contrario, se desnaturalizarían los fines de la figura, volviéndose ésta nociva y antifuncional, al tiempo que se mediatizaría uno de los objetivos que persigue: la preservación del *debido proceso*.

En conexión con ello, Cueto Rúa se hace eco de las palabras de Krislov, impregnadas de agudo realismo y en las que pone de manifiesto algunos de los problemas creados por el *amicus* transformado en promotor. Así —evoca—, si el alegato poco agrega al de las partes en cuyo apoyo se ha presentado, poco o nada suma a la causa, salvo el valor emergente de un endoso efectuado por un grupo, ente o asociación prestigiosos, *lo que se parece bastante a la presión política*.⁴¹

2. ¿Es imprescindible la intermediación del legislador?

A partir del plafón argumental tejido por algunas de las reflexiones anteriores, queda claro que no albergamos dudas en cuanto a que la carencia de una previsión legal expresa que institucionalice la figura no es óbice para su planteo por el interesado y su posterior admisión por parte del tribunal actuante.

Es posible pensar que tal recepción por el órgano judicial en cuestión se enmarca en el complejo de facultades implícitas que le viene adjudicado legalmente.

Además, y acudiendo a una hermenéutica *analogizante*, podría conjeturarse que si en nuestro país existe en el orden federal un antecedente normativo que *expresamente* alude al instituto (nos referimos al artículo 7 de la ley 24.488,⁴² de

rado”, en Miguel Carbonell (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, pp. 91-286.

⁴¹ Krislov, o. cit., p. 711 (en el caso, hemos seguido la interpretación que, de las palabras de aquél, realiza en castellano Cueto Rúa [cit. en nota 3, p. 724]).

⁴² Tal ley, sobre “Inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ante tribunales argentinos”, fue sancionada el 31.5.1995, promulgada parcialmente el 22.6.1995 y publicada el 28.6.1995. Concretamente en su artículo 7, establece: “En el caso de una demanda contra un Estado extranjero, el

1995),⁴³ no sería irrazonable —quizás, *a fortiori*— interpretar extensivamente la cláusula y sustentar una *habilitación* para la recreación de la figura en otros ámbitos procesales. Como hipótesis de mínima, y al existir la señalada prescripción legal explícita sobre el particular, no cabría predicar *a priori* una radical oposición del legislador, algún reparo iusfilosófico o de otra índole ni una obturación universal del empleo del *amicus* en supuestos que no correspondan al estrictamente capturado por la literalidad de la cláusula señalada.

Asimismo, y comprendiendo en la apreciación siguiente también los escenarios jurídicos locales, vemos que los propios reglamentos de la Corte Suprema o de los Superiores Tribunales provinciales podrían contemplarla sin necesidad de *interpositio legislatoris*, desde que, en definitiva, coadyuva a garantizar el debido proceso⁴⁴ y puede proporcionar nuevos elementos de análisis o enfoques jurídicos idóneos para realzar cualitativamente las decisiones judiciales, al tiempo que —ya como sostienen Abregú y Courtis— la posibilidad de fundar éstas en argumentos públicamente ponderados constituye un factor suplementario de legitimidad de la actuación del Poder Judicial.⁴⁵

Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto *podrá expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el tribunal interviniente, en su carácter de “amigo del tribunal”* [énfasis propio].

⁴³ Fuera del ámbito federal, es decir, ingresando en el plano local, específicamente en el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es dable verificar que en el artículo 22 de la ley 402 (de Procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ), sancionada el 8.6.2000, promulgada por decreto 956 del 6.7.2000 y publicada en el *BOCBA* el 17.7.2000), se ha institucionalizado la figura, estableciéndose (concretamente en el marco del ejercicio de la acción declarativa de inconstitucionalidad de jurisdicción originaria y exclusiva del TSJ) las pautas para la participación en el proceso de los asistentes oficiosos. Dicho artículo 22 dispone:

“Cualquier persona, puede presentarse en el proceso en calidad de asistente oficioso, hasta diez (10) días antes de la fecha de celebración de la audiencia. En la presentación deberá constituir domicilio en la jurisdicción.

”Su participación se limita a expresar una opinión fundamentada sobre el tema en debate.

”El/la juez/a de trámite agrega la presentación del asistente oficioso al expediente y queda a disposición de quienes participen en la audiencia.

”El asistente oficioso no reviste carácter de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a éstas. Las opiniones o sugerencias del asistente oficioso tienen por objeto ilustrar al tribunal y no tendrá ningún efecto vinculante con relación a éste. Su actuación no devengará honorarios judiciales.

”Todas las resoluciones del tribunal son irrecurribles para el asistente oficioso.

”Agregada la presentación, el Tribunal Superior, si lo considera pertinente, puede citar al asistente oficioso a fin de que exponga su opinión en el acto de la audiencia en forma previa a los alegatos de las partes”.

⁴⁴ Coincidimos con la apreciación que sobre el punto particular nos hiciera el profesor Walter F. Carnota en un intercambio de ideas informal sobre el tema del *amicus curiae*.

⁴⁵ Martín Abregú y Christian Courtis, “Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino”, en el excelente volumen colectivo compilado por dichos autores: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 388.

Finalmente, los autores citados en último término nos ponen frente a otro motivo sobre el que asentar la no imprescindible de consagración normativa expresa para la procedencia del instituto. Condensando el pensamiento de aquéllos, puede decirse que, si ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos existe la posibilidad de comparecer en calidad de *amicus* y si llegar con un caso ante ella supone el agotamiento previo de los recursos internos del Estado demandado —requisito este último concedido, según la Corte, en interés del propio Estado—, resulta entonces absurdo prohibir a instituciones o grupos interesados presentarse en calidad de *amicus* ante los tribunales internos (oportunidad frente a la que el Estado tiene posibilidades de remediar la alegada violación en sede interna) y conceder esa posibilidad después, cuando el Estado ya ha sido demandado ante la Corte por la imputación de los mismos hechos. Además, y siendo la instancia interamericana coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno, parece razonable —sostienen— ofrecer a los grupos o instituciones interesados en articular opiniones fundadas sobre la materia en cuestión la misma posibilidad de participación procesal en sede interna que la que tienen en sede internacional, adelantando ante los tribunales locales argumentos que eventualmente serán considerados por la Corte Interamericana.⁴⁶

3. ¿Lesión al principio *iura novit curia*⁴⁷?

Desde otro perfil, estimamos que de ninguna manera cabría predicar de la figura incompatibilidad con el principio *iura novit curia*, dado que el magistrado actuante jamás debe abdicar de su obligación de seleccionar y aplicar el derecho pertinente para resolver el caso, independientemente de si aquél coincide o no con la argumentación traída por el *amicus*. Además, esgrimir una posición tan conservadora y prejuiciosa (sobre un pretendido atentado contra la materia procesal subyacente tras aquella máxima latina), paralelamente a dar curso a un formalismo cuando menos objetable, dejaría traslucir un trasfondo de *soberbia* al considerar —erróneamente— que *el juez conoce todo el derecho*, al tiempo que supondría una nota de *infalibilidad* que no casaría adecuadamente con la implementación de una estructura procesal recursiva (ordinaria y extraordinaria) para revisar defectos, excesos y demás imperfecciones plasmados en las sentencias por los respectivos jueces de las instancias inferiores.⁴⁸

⁴⁶ *Ibíd.*, pp. 392-393.

⁴⁷ El interrogante no alude a un supuesto de ciencia-ficción. Por el contrario, una de las mociones disidentes emitidas en la reseñada causa n° 761. *Hechos denunciados como ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA)*, y que proponían la inadmisión de la presentación del *amicus curiae*, se sustentaba en que la ausencia de normativa legal que institucionalizase la figura y, precisamente, el principio *iura novit curia* impedían su procedibilidad (cf. voto de la doctora Riva Aramayo).

⁴⁸ Para que la apreciación volcada en el texto no sea malinterpretada, nos apresuramos a aclarar que no sólo ha sido expresada con el máximo respeto por la investidura y la labor judiciales, sino que se ha vertido desde una perspectiva autocrítica, ya que ejercemos la magistratura judicial.

Pero además, aquel brocárdico sólo indica que el juez no se encuentra vinculado por las calificaciones jurídicas de los justiciables,⁴⁹ lo que significa —y no otra cosa— que puede separarse de la fundamentación de derecho que los litigantes efectúen, estando facultado a escoger por sí el sustento de derecho que estime pertinente para dar soporte a su pronunciamiento.

Nada indica, entonces, que el campo de acción del *iura novit curia* pueda verse invadido o puesto en entredicho por la circunstancia de que el magistrado interviniente admita un *amicus curiae*, ya que ni éste ocupa ámbitos funcionales propios de aquél ni la apertura de su participación procesal resulta inconciliable con la pervivencia del mentado principio, en tanto quien decide en definitiva la controversia judicial seleccionando para ello las normas jurídicas de aplicación es exclusivamente el magistrado y no el asistente oficioso.

En otras palabras, no converge un intercambio de roles, conservando el juez plena libertad para receptor o separarse, total o parcialmente, de los argumentos jurídicos que el *amicus* pudiera acercar al proceso.

4. *Cuestiones dudosas o polémicas. El debate por venir*

Uno de los propósitos del presente trabajo se centra —como hemos puesto recurrentemente de manifiesto— en adelantar algunas ideas en relación con la factibilidad del empleo del *amicus curiae*, aun sin ley que lo institucionalice, sin perjuicio de lo cual reconocemos que el debate sobre tal institución está muy lejos de haberse agotado.

A. *Acerca de algunas dudas en cuanto a los alcances de su participación procesal*

En efecto, subsisten numerosos asuntos por estudiar, analizar, desarrollar; por ejemplo, y entre muchos otros:

- discernir si la intervención de *amici curiae* sólo podrá ser solicitada por éstos y/o por las partes o si también el tribunal recibirá atribución para requerir, *motu proprio*, dicha participación;
- si las partes pueden o no oponerse a que los asistentes oficiosos actúen en el proceso;
- si cabe correr traslado a aquéllas del pedido de éstos para intervenir en la causa y si, ante la oposición de los litigantes, podría igualmente el tribunal conceder a los *amici* habilitación para ingresar al proceso;
- si, no obstante la conformidad expresa o tácita de las partes, podría de todos modos el tribunal rechazar la presentación de los asistentes oficiosos;

⁴⁹ Cf. Augusto M. Morello, Gualberto L. Sosa, y Roberto O. Berizonce, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, Platense y Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2ª ed. reelab. y ampl. (1ª reimpres.), 1990, t. I, p. 121.

- si, admitida la participación de éstos, les estará vedada siempre y en todos los casos la posibilidad de plantear recursos; o si, no aceptada su actuación, podrán recurrir esa desestimación inicial;
- dilucidar si la actuación de los *amici* puede darse en cualquier proceso y en cualquier instancia o si, por el contrario, estará reservada a determinadas causas y/o ante ciertas instancias específicas, v. g., la CSJN, la Cámara Nacional de Casación Penal y las Cámaras Nacionales y Federales de Apelación;⁵⁰ o sólo ante alguno de tales órganos jurisdiccionales;⁵¹
- si la presentación de *amicus curiae* debería quedar limitada sólo a personas u organismos de reconocida especialización y/o experiencia con relación al asunto en debate o si la participación debería ser, al menos *a priori*, amplia o indiscriminada;
- si los escritos sólo deberían versar sobre cuestiones jurídicas o también podrían introducirse en aspectos fácticos de la causa;
- explicitar si el memorial deberá cumplimentar ciertos requisitos formales; en su caso, cuáles y en qué instrumento normativo estarán contenidas tales pautas a observar;⁵²
- esclarecer si un *amicus* sólo puede presentarse en una de las instancias judiciales del proceso y no repetir en las superiores o si, por el contrario, estaría habilitado para hacerlo y, asimismo, establecer si el mismo presentante podría incorporar —en casos excepcionales y por hechos o circunstancias sobrevinientes que lo justificaren— más de un memorial por instancia; y
- determinar si le serán oponibles los efectos de la cosa juzgada de la sentencia que resuelve la causa en la que comparece.⁵³

Y así podríamos prolongar nuestras cavilaciones y continuar suministrando diversos interrogantes que genera la potencial actuación del asistente oficioso en el proceso. En todo caso, sólo resta aguardar la determinación normativa de algunas pautas para encapsular jurídicamente la figura, al menos en sus lineamientos básicos,

⁵⁰ Al modo como lo establecen, circunscribiéndolo a dichos órganos judiciales, los proyectos de ley que en fecha relativamente reciente fueron presentados ante el Congreso de la Nación para dar corporización institucional explícita a la figura, registrados bajo los n^{os} 0662-S-01 y 0050-PE-02.

⁵¹ Como lo preveía el proyecto de ley n^o 68-D-90 presentado ante el Legislativo nacional por Jorge Reinaldo Vanossi, quien propiciaba ceñir la actuación del *amicus* a las causas judiciales que tramiten ante la Corte en la instancia extraordinaria de apelación (cf. artículo 1 del proyecto), o sea, concretamente, en la sustanciación del recurso previsto en el artículo 14 de la ley 48.

⁵² Por ejemplo, el proyecto de ley n^o 0662-S-01 dispone, en su artículo 4, que el *amicus curiae* deberá presentarse por escrito de acuerdo con las formalidades fijadas por el Reglamento para la Justicia Nacional.

⁵³ Se ha dicho que, en principio, quien interviene en un juicio como *amicus curiae* no está alcanzado por los efectos de la cosa juzgada (cf. Wright, Miller y Cooper, *Federal practice and procedure*, vol. 18, p. 432, cit. por Héctor A. Mairal, *Control judicial de la administración pública*, vol. 2, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 724, nota 32 a pie de página).

y el significativo aporte adicional que seguramente brindará la praxis jurisprudencial que paulatinamente se prefigure para avanzar en la elaboración de ciertos detalles o pormenorizaciones sobre ribetes más puntuales a su respecto.

B. Sobre el impacto en los jueces, la ponderación judicial, la razonabilidad de las sentencias, la previsión de los efectos prácticos de éstas y la obtención de cierto grado de consenso social

Por otra parte, un ingrediente del problema que merece atención radica en la eventual reticencia judicial que la figura podría provocar, fundamentalmente en razón del *impacto* que —aunque nunca se llegue a verbalizar— se corporizaría al recibir los jueces opiniones de encumbradas entidades o de prestigiosos especialistas individuales, en relación con el tema sobre el que les corresponde decidir. Quizás, los escritos de renombrados *amici curiae* podrían operar internamente en el ánimo de los magistrados como fuertes elementos de presión. Es que, en caso de que los jueces se separen de la posición que aquéllos sustentan, deberían redoblar esfuerzos y estudio para fundamentar las sentencias en cuestión, en orden a no “quedar en evidencia” al dictar resoluciones débiles o carentes de mayor profundización o sustento frente a sólidos y actualizados argumentos jurídicos de signo contrario aportados por algunos asistentes oficiosos. En otras palabras, a mayor *peso específico y jerarquía* de la institución o del sujeto presentantes, *mayor sería el impacto a provocar en el juez*.

Sea como fuere, y si tales temores efectivamente existieran, pensamos que la idea debería circular por un reexamen de la concepción jurídico-cultural, desterrando pruritos o preconcepciones y tendiendo hacia el paulatino incremento de la autoexigencia en orden al dictado de pronunciamientos de mayor calidad que diriman con justicia el caso traído a conocimiento judicial. No hay que evadir responsabilidades ni temerle al cambio, sino profundizar el estudio de la causa y comprometerse con ella; escuchar a los *amici*, que —en ocasiones— podrán realzar cualitativamente el debate y aportar para la conformación de la argumentación judicial, mas sintiéndose libres para servirse o separarse de los fundamentos arrimados por aquéllos, con honestidad y responsabilidad, pero, fundamentalmente, con la íntima convicción de estar dilucidando el caso con dosis equilibradas de medida y prudencia, haciendo mérito de los diversos factores convergentes en él y preconciendo mentalmente las consecuencias *prácticas* que podrían desencadenarse a partir del fallo respectivo, y sobre todo —y a pesar de potenciales ingredientes *políticos* en juego— sin abdicar de la directriz *jurídica* que debe orientar a la magistratura.

A salvo las diferencias en cuanto a los sistemas de control constitucional (órganos que lo desarrollan, modalidad de tal fiscalización, efectos de las sentencias —*inter alia*—) entre la jurisdicción constitucional en países de Europa que adoptan el control concentrado y la argentina que prohija el difuso, pero con una textura de suficiente importancia como para ser insertado aquí, conviene colacionar el interesante enfoque que brinda García de Enterría, quien se refiere a la necesidad de que el

juez constitucional no pierda en ningún momento de vista las consecuencias prácticas (i. e., políticas) de la decisión que está llamado a dictar, en tanto la justicia constitucional, siendo política por su materia, es estrictamente jurídica por sus métodos y sus criterios de fondo.⁵⁴

El maestro español reenvía a Bachof, quien afirma que cuando las sentencias (con efectos vinculantes generales o fuerza de ley) son “políticamente inexactas o falsas (en el sentido de que desbaratan las tareas políticas legítimas de la dirección del Estado) la lesión puede alcanzar a la comunidad política entera”, por lo que, “más que el juez de otros ámbitos de la justicia, puede y debe el juez constitucional no perder de vista las *consecuencias* —y las frecuentemente consecuencias políticas— de sus sentencias”⁵⁵ [remarcado del original].

En definitiva, la conclusión a la que arriba García de Enterría es que el Tribunal Constitucional no puede ser ciego a las consecuencias políticas de sus decisiones;⁵⁶ sin embargo, y citando nuevamente a Bachof, matiza la apreciación en cuanto a que “esas consecuencias sólo puede tomarlas en cuenta en el marco de las posibilidades abiertas por el ordenamiento. [...] En caso de conflicto entre el Derecho y la política, el juez está sólo vinculado al *Derecho*”⁵⁷ [énfasis del original].

En otras palabras, el Tribunal Constitucional, en su doble función de tribunal y órgano constitucional, no podría rehuir el examen de las consecuencias políticas del pronunciamiento a emitir, pero en definitiva, y más allá de ello, su vinculación última ancla en el derecho.

Complementariamente, y para concluir, permítasenos decir que coincidimos con Sagués cuando afirma que el operador-intérprete de la Constitución maneja normas, pero también conductas y valores,⁵⁸ y que, por tanto, la previsibilidad es y debe ser parte del razonamiento jurídico,⁵⁹ puesto que, al tiempo que valor político, es también valor jurídico.⁶⁰ El autor citado sintetiza su conclusión, subrayando que la interpretación de la norma (y —agregamos— la propia actividad del tribunal), para ser axiológicamente correcta, debe ser “previsora” y no imprevisora, temeraria o imprudente, debiendo auscultar las consecuencias y los resultados de la interpretación, tanto para el caso concreto como para el medio social en que su tarea se desenvuelve.⁶¹

⁵⁴ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, reimpr., 1991, pp. 179-180.

⁵⁵ Otto Bachof, “Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik”, publicado en la recopilación a cargo de Peter Häberle, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, 1976, pp. 285 y ss.; aludido por García de Enterría, o. cit., p. 180.

⁵⁶ García de Enterría, o. cit., p. 183.

⁵⁷ Bachof, o. cit., pp. 302-303; mencionado por García de Enterría, o. cit., pp. 183-184.

⁵⁸ Néstor P. Sagués, *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 114.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 115.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 122.

⁶¹ *Ibidem*, p. 127.

No deje de repararse, para comprender el sentido y la utilidad que a nuestra elaboración prestan los comentarios volcados en los párrafos anteriores (aun cuando pudieran entenderse meramente tangenciales), que la institución del *amicus curiae* puede adquirir relevancia —como reiteradamente hemos puesto de manifiesto— en casos complejos o cuestiones que plantean un dilema ético o de otra índole, y que la sentencia que las dirima probablemente no agotará sus efectos en la hipótesis concreta sino que podría ostentar fuerza expansiva hacia otros supuestos o procesos pendientes.

En tales hipótesis, las presentaciones de *amici curiae* podrían coadyuvar al enriquecimiento cualitativo del material sobre el cual la magistratura desenvolverá la tarea de *ponderación* cuando en los asuntos a dirimir convergen distintos principios —eventualmente antagónicos— y cada uno de los pasos o fases de la argumentación judicial⁶² implica un llamamiento al ejercicio de valoraciones que conlleva cierto margen de *discrecionalidad*, patentizable sobre todo —como afirma Prieto Sanchís— “cuando se pretende realizar la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, donde la apreciación subjetiva sobre los valores en pugna y sobre la relación ‘coste-beneficio’ resulta casi inevitable”.⁶³

Refiriéndose al neoconstitucionalismo, el catedrático citado en último término precisa que tal concepción implica una apertura al “judicialismo” —al menos desde la perspectiva europea—, “de modo que, si lo que gana el Estado de Derecho por un lado no lo quiere perder por el otro, esta fórmula política reclama entre otras cosas una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales”, sentido que tiene —a criterio de tal autor— la ponderación rectamente entendida.⁶⁴

⁶² Aunque quizás rudimentaria y obvia nuestra apreciación, recordamos que no sólo las partes en el proceso argumentan jurídicamente, sino que el juez también lo hace (véase, por ejemplo, Armando S. Andruet [h.], “La sentencia judicial”, en Olsen Ghirardi [dir.]: *El razonamiento judicial*, t. 4, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho, Córdoba, 2001, pp. 59 y ss.).

Profundizando la precedente afirmación, se ha puntualizado acertadamente que la problemática de la argumentación —desde la óptica de su contenido o de su campo de aplicación— se presenta en una doble perspectiva: una dialógica, dentro del debate que regla el proceso, dirigida a persuadir y convencer al juez en defensa de las posiciones asumidas por los contradictores, intentando destruir además los argumentos del adversario; y, la segunda, se desenvuelve como expresión de fundamentos y motivaciones que proporciona el juez en los considerandos de su decisión, intentando persuadir y convencer a sus primeros destinatarios, es decir, las partes en el contradictorio y a los receptores últimos que son la comunidad jurídica y la comunidad toda como beneficiaria del servicio de justicia (cf. Ariel Álvarez Gardiol, “Motivación de las sentencias y razonabilidad”, en Olsen Ghirardi [dir.]: *El siglo XXI y el razonamiento forense*, t. 3, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho, Córdoba, 2000, pp. 11-12).

⁶³ Prieto Sanchís, Luis: “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en materiales de enseñanza del curso de posgrado “Constitucionalismo y democracia. Nuevos paradigmas de la teoría del derecho”, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 2002, p. 29 del trabajo.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 35.

Más allá de la referencia al derecho europeo y a la discusión en tal escenario jurídico acerca de la búsqueda de un nuevo paradigma de la teoría del derecho (perfilando los contornos del Estado Constitucional de Derecho —neonconstitucionalismo—),⁶⁵ como líneas salientes que cabría extraer de los comentarios precedentes y extrapolar a nuestro derecho vernáculo, creemos de importancia poner el acento en la trascendente labor de *ponderación* a cargo de la magistratura, con cuyo eficaz y valioso desenvolvimiento podrían colaborar las presentaciones de *amici curiae* en orden a fortalecer el debate judicial y contribuir a la elaboración de sentencias que, abasteciendo la exigencia de razonabilidad,⁶⁶ generen paralelamente algún grado de consenso en la comunidad.⁶⁷

Entiéndanse bien nuestras palabras e intención: mayor legitimidad democrática, no viraje al populismo o a la demagogia.

Desarrollando esa proposición, el objetivo no es teñir de *populismo* a la tarea judicial, sino predicar que en ciertos casos, en los que se patentice un relevante interés jurídico que exceda del propio y estricto de los litigantes, se permita la intervención de *amici curiae*, oyéndolos y, así, democratizando en cierta medida el debate, lo que —al menos, en principio— podría permitir al juez munirse de variados elementos jurídicos y de ópticas diversas, y ver vigorizada su posición para sentenciar al recabar una cierta dosis

⁶⁵ Prieto Sanchís puntualiza que el neonconstitucionalismo parecería reclamar una nueva teoría del derecho, cuyos rasgos sobresalientes son: “más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas” (ibídem, p. 9).

⁶⁶ *Mutatis mutandi*, reenviamos a Prieto Sanchís, quien —luego de defender el método ponderativo— pone de manifiesto que el gran hallazgo de la jurisprudencia constitucional española es lo que suele conocerse con el nombre de *juicio de razonabilidad* y que representa el método característico para la aplicación de las genuinas normas constitucionales, y muy particularmente para la aplicación del principio de igualdad. Añade que una versión más depurada de la genérica razonabilidad nos la ofrece el principio o máxima de la *proporcionalidad*, que es el método habitualmente utilizado por los tribunales, constitucionales o no, para resolver la colisión circunstancial entre derechos fundamentales o, ya en general, el conflicto entre derechos y otros bienes constitucionales.

Más adelante, advierte que en muchas ocasiones se utilizan los vocablos *proporcionalidad* y *ponderación* como sinónimos; sin embargo, aclara que, en realidad, parece que la ponderación representa la última fase del principio de proporcionalidad, esto es, lo que denomina “proporcionalidad en sentido estricto” (Luis Prieto Sanchís, “Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico”, en *Doxa*, n° 23, 2000, Alicante, pp. 178-180 y nota a pie de página 56).

⁶⁷ Para Atienza, una decisión jurídica es razonable en sentido estricto sólo si: se toma en situaciones en que no se podría, o no sería aceptable, adoptar una decisión estrictamente racional; logra un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión; y obtiene un máximo de consenso (“Sobre lo razonable en el derecho”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 22, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 108).

adicional de legitimación, justamente, a partir de haber hecho extensivas las vías de participación hacia otros sectores interesados de la comunidad.

C. *Sobre la llamada dificultad contramayoritaria de los jueces y la utilidad del amicus curiae para abrir canales de participación, enriquecer el debate y democratizar los procesos judiciales*

En tren de contabilizar adhesiones al establecimiento institucional de la figura, conviene no perder de vista que incluso algunos autores que han incursionado seria y agudamente en el arduo problema de la dificultad contramayoritaria⁶⁸ de los jueces, trasuntando visiones críticas respecto del control judicial de constitucionalidad, conceden algún grado de utilidad al empleo del *amicus curiae*.

En efecto, Gargarella —luego de detallar las soluciones que tanto el conservadurismo como el populismo intentaban proporcionar frente al carácter contramayoritario del poder judicial— se aboca al examen de lo que denomina “soluciones ‘intermedias’ para el problema del control de las leyes”, catalogándolas como propuestas que tendieron a aceptar la práctica del predominio judicial en el control de las leyes, pero procurando “debilitar” sus rasgos más conservadores.⁶⁹ Dentro de tales mecanismos incluye a los “grupos de presión como respaldo a los sectores más desaventajados”, categoría que engloba a los *amici*, que —según aquel autor— constituyen un “muy beneficioso método de respaldo” a una cierta causa a través de la inclusión de escritos de apoyo.⁷⁰ Tal práctica —siempre en la visión autoral citada—, muy difundida en Estados Unidos, consiste en la presentación de alegatos que complementan a los ya dirigidos por las partes y suelen tener un peso importante al ser redactados muchas veces por personalidades o grupos de conocida trayectoria, contribuyendo a inclinar al tribunal hacia ciertos resultados mediante la influencia de nuevos argumentos otorgados por personas o instituciones de seriedad y prestigio reconocidos.⁷¹ Ya al momento del balance de las soluciones intermedias, que —en la percepción de Gargarella— aparecieron con el objeto de aliviar las críticas que solían dirigirse al carácter contramayoritario de la justicia, comenta que aquéllas ostentan un carácter meramente “remedial”, en tanto nunca ponen en cuestión la raíz conservadora propia del sistema que se procura modificar o morigerar y en todos los casos se sigue contando con un grupo de individuos especializados en el control de las decisiones constitucionales más básicas.⁷²

⁶⁸ Más allá de las referencias autorales que, en el texto, dispensaremos a continuación sobre el particular, es ineludible nombrar y reenviar, entre otros, a Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962.

⁶⁹ Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 105.

⁷⁰ *Ibídem*, pp. 105-107.

⁷¹ *Ibídem*, p. 107.

⁷² *Ibídem*, pp. 114-115.

Nino, por su parte, expone en términos epistémicos la mencionada *dificultad contramayoritaria* (como argumento negatorio del control judicial de constitucionalidad), sosteniendo que “parece reflejar un elitismo epistémico inaceptable presuponer que unos señores, por más ilustrados que sean, puedan llegar a conclusiones valorativas correctas en la soledad de sus despachos y bibliotecas, sin participar en el proceso de discusión pública con todos los interesados en una u otra decisión y sin que su decisión sea revisada en ese proceso de revisión pública”.⁷³ A continuación, admite que un proceso judicial implica alguna discusión, más en el sistema norteamericano que en el argentino porque aquél presenta instituciones como los debates públicos, las acciones de clase o la intervención de *amicus curiae*, pero concluye que de ningún modo se trata de una discusión institucionalizada en la que participan, con igual oportunidad, todos los que están afectados por la norma que se toma como base de la decisión.⁷⁴ Cuando el autor citado reseña algunos “argumentos para excepcionar el argumento negatorio”, incluye al de los jueces como controladores del proceso democrático, y dentro de éste y llevándolo al plano de la discusión en nuestro país, apunta a una revisión radical de la doctrina de las cuestiones políticas, precisando que lo que se requiere de la Corte Suprema es que muestre su activismo respecto del proceso político, *promoviendo y ampliando el proceso democrático, al abrir nuevos canales de participación y fortaleciendo la representación, sobre todo, de los grupos con menos posibilidades de injerencia real en ese proceso*.⁷⁵ En torno a ello, sostiene que *tal activismo requiere hacer más laxos los criterios de participación en el proceso judicial*, por vía —*inter alia*— de la intervención de *amicus curiae*.⁷⁶

Por último, Carrió, en contrapunto con los anteriores, defiende (condicionadamente) la *Judicial Review* y alude a lo que denomina el “control ‘democrático’” de ésta, aseverando que una reforma interesante sería introducir la institución del *amicus curiae*, ya que el debate judicial adquiriría con ella una apertura y una amplitud de integración que no tienen hoy, en medida suficiente, nuestros procedimientos contradictorios, agregando que *el debate se volvería más democrático, en un sentido interesante (y relevante en este campo) de esa palabra*.⁷⁷

Antes de dar paso a las apreciaciones finales, permítasenos aclarar que el recorrido precedente por las citadas visiones autorales no ha perseguido una mera descarga de palabras para abultar la extensión de este tópico con ideas ajenas, sino que ha sido pensado para colacionar serias y valiosas posiciones doctrinarias que, aun con

⁷³ Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 685.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 696.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Genaro R. Carrió, “Una defensa condicionada de la *Judicial Review*”, en Autores varios: *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Cuadernos y Debates, n° 29, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 162.

ciertas diferencias palpables y recorriendo diversas líneas argumentativas, evidencian —en lo que aquí interesa— un punto de confluencia: asignan —con alguna matización o con mayor o menor grado de efusividad— una calificación elogiosa al *amicus curiae* como mecanismo que permite flexibilizar los criterios de participación en los procesos y democratizar el debate judicial, lo que —por cierto— no es un dato irrelevante.

VI. Observaciones finales

En orden a clausurar el presente trabajo, a continuación pasaremos a compaginar condensadamente algunas de las líneas salientes de las reflexiones preliminares hasta aquí formuladas en torno de la figura que nos convoca:

1. En materia de *amicus curiae*, como respecto de otras instituciones jurídicas de cuya eventual extrapolación al escenario jurídico interno pudiera columbrarse alguna dosis de utilidad procesal y/o sustancial, es conveniente visualizar seria y detenidamente las experiencias del derecho comparado, para verificar la potencial viabilidad de *importarla*, pero siempre cuidando de *aplicar de ella lo aplicable*, es decir, lo que pueda resultar adecuado a nuestra idiosincrasia jurídica y compatible con ella, evitando implantes artificiales e indiscriminados.

2. Para caracterizar primariamente al asistente oficioso puede afirmarse que éste no reviste calidad de parte ni mediatiza, desplaza o reemplaza a éstas; debe ostentar un interés justificado en la decisión que pondrá fin al pleito en el que se presenta, interés que deberá exceder el de los directamente afectados por la resolución concreta; su actuación no devenga honorarios ni tiene efectos vinculantes para el tribunal; además de que, entre otros aspectos que lo tipifican, el memorial que dirija al tribunal no constituye un informe pericial.

Asimismo, puede constituir una herramienta válida para funcionar en la resolución de cuestiones que resulten controversiales y entrañen significativos dilemas éticos o de otra índole, por ejemplo, de análisis constitucional de una normativa de importancia o sensibilidad sociales, en las que la decisión a recaer sea susceptible de marcar una guía jurisprudencial para otros casos pendientes.

En otras palabras, asuntos en los que esté en juego un interés público relevante cuya dilucidación judicial ostente una fuerte proyección o trascendencia colectivas.

3. En punto a las implicaciones constitucionales de la institución, no se alcanza a vislumbrar que, al menos abiertamente, exista cláusula o principio alguno de nuestra Ley Fundamental que resulte comprometido o en pugna al habilitar la participación del *amicus curiae* en el proceso, aun sin ley que lo consagre normativamente.

4. La carencia de una previsión legal expresa que lo regule en nuestro ámbito jurídico vernáculo no es óbice para su planteo por el interesado y la posterior admisión por parte del tribunal actuante, sin perjuicio de lo cual sería conveniente —por razones de seguridad jurídica y predictibilidad— la sanción de una preceptiva espe-

cífica que demarcara los lineamientos funcionales básicos de aquélla, en orden a delimitar con nitidez la índole, el alcance y los efectos de la participación procesal que habría de conferírsele y alejar de tal manera el riesgo que supone el dictado de respuestas jurisdiccionales intercadenas. Aquellos trazos normativos serían, a su vez, complementados y pormenorizados por la praxis jurisdiccional que vaya desplegándose en derredor de la figura.

5. En el marco jurídico argentino la institución cobra mayor relieve a partir del grado de desarrollo adquirido por el derecho internacional de los derechos humanos, la envergadura de los instrumentos internacionales en dicha materia *vis-à-vis* el derecho interno y la fuerza que receptan los informes, las recomendaciones, las decisiones y las opiniones consultivas de los órganos protectorios en las instancias internacionales, a cuyos repertorios de precedentes (por ejemplo, en el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) y jurisprudencia (v. g., en el de la Corte Interamericana) deberían adaptarse las soluciones jurisdiccionales dispensadas en el escenario judicial local, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional y por la doctrina judicial de la Corte Suprema.

En ese sentido, el *amicus* está llamado a cumplir un papel relevante en la medida en que puede proporcionar a los magistrados actualizadas pautas atinentes a la interpretación y la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, por parte de —v. g.— los aludidos órganos del sistema protectorio interamericano, espectro en el que no cabe soslayar que los documentos internacionales recipientes de jerarquía constitucional por conducto de la reforma de 1994 (y los que se añadan en el futuro) *valen* tanto como la propia Carta Magna y representan (al igual que el texto y el espíritu de la Constitución formal) parámetros para el contralor de constitucionalidad de la normativa legal e infralegal.

6. La tendencia jurisprudencial de los órganos judiciales federales cuyos precedentes fueron reseñados *supra* marca que —satisfechos ciertos recaudos— se ha admitido la participación de *amici curiae* soslayando la inexistencia de ley que plasme institucionalmente la figura, lo que nos parece una solución digna de encomio.

Por otra parte, se va abriendo una línea de doctrina judicial que abandona la suerte de autorrestricción inicial en cuanto a acoger solamente los escritos formulados por organizaciones no gubernamentales con un especial interés en la cuestión discutida y que acrediten versación en ella, para pasar a autorizar, también, la intervención de particulares y hasta de órganos del propio Estado, como es el caso del procurador penitenciario.

7. Aun cuando refiriéndose específicamente al derecho norteamericano, pero en reflexión provechosa para nuestra propia praxis jurídica, se ha puntualizado que la utilidad del *amicus curiae* es que permite transformar una acción de inconstitucionalidad entre dos partes en un debate amplio sobre la inconstitucionalidad de una norma, ya que toda persona o sector interesados en la problemática pueden presentar memoriales sobre la cuestión federal planteada, lo que permite conocer todos los

argumentos posibles sobre el punto, facilitando la acción de los jueces al tomar conocimiento de elementos que las partes no habrían incorporado.⁷⁸ Precisamente aquella amplitud del debate —se ha añadido— es lo que permitirá que el precedente constitucional que surja de la sentencia tenga verdadera ejemplaridad.⁷⁹

En sintonía con ello, y al modo como fue expuesto anteriormente, el *amicus curiae* presenta una destacada raíz democrática y su intervención entraña, conforme lo enseñado por Nino, una herramienta para hacer más laxos los criterios de participación en el proceso judicial en el marco del activismo judicial, actitud esta última que se muestra fructífera para promover y ampliar el proceso democrático, abriendo nuevos canales de participación, sobre todo, de los grupos con menos posibilidades de injerencia real en ese proceso.⁸⁰

Convergentemente, y en el marco de las reformas que propone para el mejoramiento democrático de la *Judicial Review*, Carrió considera que una modificación de interés en tal dirección sería incorporar la figura que abordamos en este trabajo, dado que el debate judicial adquiriría con ella una apertura y una amplitud de integración que no tienen hoy, en medida suficiente, nuestros procedimientos contradictorios, añadiendo que *el debate se volvería más democrático, en un sentido interesante (y relevante en este campo) de esa palabra.*⁸¹

8. Hemos de subrayar la trascendente labor de *ponderación* que —al dirimir los conflictos judiciales— en múltiples ocasiones lleva adelante la magistratura, técnica para cuyo eficaz y valioso desenvolvimiento podría prestar colaboración el *amicus curiae* en orden a fortalecer el debate judicial y contribuir a la elaboración de sentencias que, abasteciendo la exigencia de razonabilidad, generen, correlativamente, algún grado de consenso en la comunidad.

En modo alguno desde estas líneas alentamos un deslizamiento de la tarea judicial hacia el *populismo* o la *demagogia*, sino, y simplemente, nos permitimos observar que en determinados casos en los que converja un interés jurídico relevante que exceda del propio y estricto de las partes, no es irrazonable abrir procesalmente la causa a la intervención de asistentes oficiosos, para oír sus argumentos y democratizar el debate, lo que —al menos, en principio— podría permitir al juez proveerse de variados elementos jurídicos y, al franquear el comparendo de diversos sectores fuera de los litigantes, tonificar cualitativamente su posición para sentenciar al haber recabado una cierta dosis adicional de legitimación para desarrollar la trascendente misión jurisdiccional que le viene deferida.

9. Nuestro balance preliminar da cuenta de que se está ante la presencia de una institución laudable, que, utilizada dentro de ciertos carriles, coherentes con nuestra fisonomía jurídica y ceñidos a determinadas condiciones (por ejemplo, evitar que

⁷⁸ Sola, o. cit., p. 96.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Nino, l. cit. nota 73.

⁸¹ Carrió, l. cit. nota 77.

perturben o entorpezcan la normal marcha de los procesos y afecten la economía procesal y los legítimos derechos de las partes, caso en el que, en puridad, no serían *amicus* sino *enemicus*⁸²), ostenta aptitud para brindar mayor transparencia a las decisiones jurisdiccionales de interés público y puede encaramarse como un relevante vehículo para fortalecer, transparentar y democratizar el debate judicial y, por extensión, para asegurar —en la medida de lo posible— la tantas veces declamada, y en reiteradas ocasiones incumplida, garantía del *debido proceso*, que involucra —*inter alia*— la emisión de sentencias razonadas, justas y jurídicamente sustentables, misión eminente en cabeza de los jueces, quienes cifran buena parte de su legitimidad en la racionalidad de sus decisiones.⁸³

⁸² Además de que el tribunal actuante, al dirimir la cuestión, tampoco estaría obligado a analizar uno a uno los argumentos aportados en las diversas presentaciones de los *amici*.

El juego de palabras que empleamos en el texto (*amicus-enemicus*) lo tomamos de una referencia que, acerca de la institución del asistente oficioso, nos fue realizada por el profesor Fabián Salvioli en una conversación informal que mantuvimos al respecto.

⁸³ La oración que cierra el texto parafrasea una apreciación de Marina Gascón Abellán, quien en un certero párrafo precisa: “Los estudios relativos a la argumentación jurídica, y singularmente judicial, así como a la función y posición de los tribunales en un sistema normativo evolucionado, han conocido un extraordinario desarrollo en las últimas décadas. Acaso ello pueda obedecer a que, de entre todos los operadores jurídicos, son los jueces los únicos que verdaderamente argumentan sus decisiones o, cuando menos, quienes han ido produciendo un estilo más depurado y persuasivo; desde luego, ni las exposiciones legales de motivos ni las motivaciones administrativas presentan tales perfiles, *tal vez porque tanto el poder legislativo como el ejecutivo cifran su legitimidad en la justificación de su origen más que en la racionalidad de sus decisiones*” —énfasis propio— (*La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 9).

Mario A. R. Midón (Argentina) *

Caso *San Luis*:

Una sentencia justa que protege la propiedad y preserva la supremacía de la Constitución

El reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sonado caso *San Luis* y los alcances del fallo con la dispersión de cuestiones tratadas —la idoneidad del amparo para la efectiva tutela de los derechos reconocidos por el ordenamiento, la protección de la propiedad, los límites a la facultad congressional para delegar la potestad de legislar en el Poder Ejecutivo, la concurrencia de los presupuestos fácticos que habilitan el dictado de un decreto de necesidad y urgencia y las implicancias institucionales que ellas acarrearán— inspiran estas líneas. Todo en la convicción de que la sentencia del tribunal cimero ha hecho justicia y genera la consiguiente expectativa del retorno a un Estado de Derecho a partir del debido ejercicio del control de constitucionalidad.

Como es sabido, el decisorio lo fue por mayoría, con el voto afirmativo de los ministros Moline O'Connor, López, Nazareno, Fayt y Vázquez, en ese orden, en tanto disintieron los ministros Belluscio, Maqueda y Boggiano.

I. Idoneidad del amparo

Frente a la lesión que irrogó el decreto 1570/01 y su legislación complementaria —entre ella el 214/02—, fueron numerosos los justiciables que para reparar tan singular lesión ocurrieron a la jurisdicción, y de ellos la inmensa mayoría optó por la vía de la acción de amparo.

Precisamente, en el caso sometido a examen —en el que la provincia de San Luis interpuso un juicio de amparo— la Corte debió ponderar, en primer término, si tal ruta procesal era técnicamente la adecuada. Expidiéndose por la afirmativa y con fuente en los considerandos del lejano precedente *Kot SRL*, la mayoría sostuvo:

* Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE).

[...] siempre que aparezca de un modo claro y manifiesto el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo.

En tanto, la minoría disidente circunscribió sus diferencias al hecho de que:

[...] los actores han omitido demostrar que su pretensión —de carácter estrictamente patrimonial— no pueda hallar tutela adecuada en los procedimientos ordinarios ni que se encuentren impedidos de obtener, mediante ellos, la reparación de los perjuicios que eventualmente podrían causarles las disposiciones impugnadas [...] [ya que] si bien la ley de amparo no es excluyente de las cuestiones que requieren trámites probatorios, descarta a aquellos que son complejos o de difícil acreditación y que, por lo tanto, exigen un aporte mayor de elementos de juicio que no pueden producirse en el breve trámite previsto en la reglamentación legal.

Cierto es que, por la criba de los tribunales, muchas veces son criterios discrecionales los que definen la viabilidad o el rechazo de un amparo, circunstancias que por ello mismo en la jurisprudencia lucen a primera vista como contradictorios y erráticos si no se repara en las particularidades del caso sometido a juicio. Desde esa perspectiva, la sentada por la mayoría en el fallo que comentamos es la que más se aviene a respetar la sustantividad del amparo como garantía federal.

Aseverar que el reclamo de las sumas objeto en un contrato de depósito a plazo fijo celebrado con una institución bancaria —la que al vencimiento se niega a restituir la totalidad del debido importe a su titular— constituye una cuestión “compleja o de difícil acreditación” parece un eufemismo desmentido por la realidad. Más aún en el supuesto de autos, en que los demandados habían reconocido la existencia de tales depósitos y, por ende, lo que se debatía como cuestión central no era otra cosa que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas que impusieron restricciones a la libre disponibilidad de tales fondos.

Se trataba, en definitiva, de una cuestión de puro derecho, ya que nada de problemático, enmarañado, difícil, difuso, espinoso, ininteligible, engorroso o como quiera llamársele tiene el examinar la compatibilidad de una norma con la Ley Mayor de la nación. Además, ésa es tarea de los jueces, y tanto lo es que la propia Corte, luego de muchos años de debate, se avino a admitir el control de oficio de esos actos.¹

Por otra parte, imponer al amparista la prueba que “no puede hallar tutela adecuada en los procedimientos ordinarios” es sujetarlo al imposible de una prueba demoníaca, con lo cual la “expeditividad” y “rapidez” a que refiere el artículo 43 de la Constitución y el “procedimiento sencillo y breve” de que da cuenta el artículo 18 del Pacto de San José de Costa Rica son apenas una lírica declaración del constituyente.

¹ Ana María Bestard, “El caso Mill de Pereyra y la declaración de inconstitucionalidad de oficio”, en *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 30.8.2001.

Si la finalidad de los reformadores del 94 fue la de valorizar un instituto deva- luado como el del amparo, razonar contra letra y espíritu de la norma importa la lisa y llana derogación de tan vital instituto.

II. Límites a la potestad legislativa ejercida por delegación que fueron inobservados por el Ejecutivo

El *holding* del fallo está asociado a la existencia de dos normas: la ley de emer- gencia n° 25.561 y el decreto de necesidad y urgencia n° 214/02, y a la incongruencia de este último con la Ley Fundamental de la nación.

En efecto, la ley de emergencia n° 25.561, dictada al amparo de lo establecido por el artículo 76 de la Constitución, tras declarar la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegó en el Poder Ejecu- tivo diversas facultades legislativas para conjurar la crisis. Dicha transferencia quedó limitada, en lo que aquí interesa, a “establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras y dictar regulaciones cambiarias” (artículo 2°), a reestructurar “las deudas con el sector financiero” (artículo 6, segundo párrafo), “establecer medidas compensatorias que eviten desequilibrios en las enti- dades financieras” (artículo 6, párrafo tercero) y disponer “las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas” (artículo 6, párrafo 5°).²

Definidos los lineamientos rectores de la autorización conferida, es decir, sentado el patrón de la política legislativa a implementar, va de suyo que de allí en adelante los actos que como consecuencia de ella emitiera el Ejecutivo debían respetar ese estándar.

Sin embargo, al dictar el decreto 214/02, el presidente de la Nación no observó la limitación contenida en el artículo 6° de la ley 25.561, mandato congressional que le imponía “preservar el capital perteneciente a los ahorristas que hubieren realizado depósitos en entidades financieras a la fecha de la entrada en vigencia del decreto 1570/01”, tutela que comprendía “a los depósitos efectuados en divisas extranjeras”, artículo 6°, ley 25.561.

Ese acto, al fijar el valor del dólar en la suma de \$ 1,40 más el CER, evadió la protección congressional estatuida por la representación popular, pues dicho importe amenguaba notoriamente la cuantía de lo depositado, afectando de esa manera el derecho de propiedad del amparista.

Ahora bien, como el Ejecutivo calificó al decreto 214/02 como de necesidad y urgencia, la Corte interpretó:

No es procedente que frente a una delegación —como la efectuada por el Congreso en la ley 25.561—, el Poder Ejecutivo ejerza facultades excepcionales, concebidas para ser desempeñadas en defecto de la actuación del Poder Legislativo y no en forma concurrente con él.

² Considerando 16 *in fine* del voto de los doctores López y Moline O’Connor.

Razonó el tribunal:

[...] la sanción de la ley 25.561 que declara la emergencia y delega facultades para lograr superarla, es suficiente evidencia de que no concurre la hipótesis que habilita el mecanismo establecido en el art. 99 inc. 3° de la Ley Fundamental, en tanto el Poder Ejecutivo no aludió a una diferente configuración fáctica que lo autorizase a ingresar en ese marco constitucional.

De tales consideraciones surge que, para el caso juzgado, no podían coexistir dos institutos de emergencia, en forma simultánea, cuando el objeto de cada uno de ellos responde a una misma situación de necesidad y se funda en análogos hechos. En el caso, si el Congreso había declarado la emergencia y delegado en el Ejecutivo sus facultades legislativas para enfrentarla, este último debía limitarse a usar de las potestades conferidas por la ley, estándole vedado acudir a otra fuente autónoma —a saber, un decreto de necesidad y urgencia— salvo que invocara hechos sobrevinientes distintos de aquellos que motivaron la emergencia.

Una solución contraria a la indicada, importaría admitir una nueva y sobreabundante declaración de emergencia, superpuesta a un estado de igual naturaleza reconocido con anterioridad por el Congreso y, con esta comprensión, carente de utilidad, salvo que constituyese un arbitrio elíptico para eludir el marco fijado por la delegación de sus facultades legislativas, justificación que no puede ser constitucionalmente aceptada.³

3. Emergencia y lesión al derecho de propiedad

En ese contexto la Corte concluye:

[...] el poder administrador, al margen de las directivas establecidas por el Poder Legislativo (art. 6, ley 25.561) desconoció —contra legem— la sustancia de los depósitos bancarios efectuados en moneda extranjera, al ordenar su eventual —y postergada— restitución a un valor arbitrariamente fijado por ese mismo poder estatal.

De allí que:

El sistema jurídico impugnado, fundado en la emergencia, ha arrasado lisa y llanamente con la garantía constitucional de la propiedad y destruido el presupuesto, también constitucionalmente establecido, de la seguridad jurídica con total olvido de que cuando se recurre a los poderes de emergencia se lo hace con el objeto de amparar y defender el orden preestablecido pues ella no suprime la legitimidad constitucional sino que la garantiza por vía de remedios extraordinarios.

En un país donde la tradición cultural no se ha caracterizado precisamente por el respeto a la ley, resulta alentador —aunque elemental— el sentido de tal considerando. No en vano somos parte de un concierto donde todo o casi todo es emergencia, y con semejante alcance convivimos con naturalidad en un clima donde es frecuente que los detentadores del poder público, para escapar a sus propios desaciertos, apelen

³ Del voto del doctor Nazareno, considerando 28.

a las más disímiles figuras en busca de una cobertura legal que de modo indulgente legitime sus improperios a la Constitución.⁴

Nada más sabio, entonces, que volver a las fuentes. Así lo hace la Corte cuando, invocando sus propios precedentes oriundos de la década del veinte, apela a “la noción de derecho adquirido como ligada imprescindiblemente a la de seguridad jurídica”. Porque:

Cuando bajo la vigencia de una ley un particular ha cumplido todos los actos y obligaciones sustanciales y requisitos formales previstos en ella para ser titular de un derecho debe tenerse por adquirido, y es inadmisibles su modificación por una norma posterior sin agravar el derecho constitucional de propiedad.

Por otra parte, si la Corte es “guardián de la Constitución”, calidad que una vez más reivindica en el fallo, resulta congruente con esa investidura que:

*La interpretación acerca del alcance y contenido de las garantías constitucionales amparadas no puede desentenderse de las condiciones políticas, jurídicas, sociales y económicas dominantes que imperan en la comunidad en un momento dado.*⁵

Desde esa óptica, apelar a una exégesis sociológica como lo hace la Corte al recordar que “la controversia que subyace en este proceso se ha visto reiterada en más de cien mil causas que tramitan ante los tribunales de todo el país” importa una visión realista de las consecuencias que trajo consigo la confiscación de los depósitos bancarios. Es que consultar las vivencias de tiempo, lugar y modo a la hora de fallar se traduce en un obrar esquivo a los artificios de una magistratura aséptica. Si el Estado nos prohíbe tomarnos justicia por mano propia y si los jueces son nuestros representantes, por ser un tercio de poder en el Estado, asumir la defensa de los derechos de sus representados como lo ha hecho la Corte, y antes que ella muchísimos otros jueces federales y provinciales de todo el país, comporta halagüeño y reparador mensaje que no sólo protege la propiedad sino que también preserva la supremacía constitucional.

IV. El obrar engañoso del Estado a través de la ley 25.466

Ahondar en el significado de la ley de intangibilidad de los depósitos bancarios n° 25.466, ponderación que no escapa al juicio de la Corte, es ir a la médula de la cuestión debatida. No sólo porque el contrato de depósito en cuestión —cuya íntegra devolución pretendía la provincia de San Luis— se había constituido al amparo de sus disposiciones, circunstancia que tornaba aplicable a ese objeto el concepto de “derechos adquiridos”, sino también porque aquella ley que sobreprotegía el derecho de propiedad fue el “anzuelo” para que numerosos habitantes confiaran la guarda de sus ahorros a instituciones bancarias.

⁴ Mario A. R. Midón, *Decretos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 40.

⁵ La bastardilla es nuestra.

Más aún, porque dicho instrumento legislativo fue sancionado y promulgado en tiempos de emergencia, cuando regía la ley 25.344 bajo cuya advocación el Estado podía consagrar limitaciones a los derechos y, en el particular caso, a través del citado instrumento le brindó una cobertura aún mayor. Por ende, si hallándose en crisis el Estado promete no tocar la propiedad ajena, es un desafío al más común de los sentidos que al poco tiempo de su vigencia quien aseguró la invulnerabilidad de un derecho vuelva sobre sus pasos para, unilateralmente, dejar sin efecto su compromiso institucional de ayer.

Al calificar esa situación los ministros Moline O'Connor y López juzgaron que “el poder público defraudó con el dictado de las normas aquí cuestionadas”. El ministro Fayt fue más allá y, tras recordar el contenido de los debates parlamentarios que se sucedieron con motivo de la sanción de la ley 25.466, coligió que dicha normativa “antes que al afianzamiento de la protección de los depositantes los condujo —con quebranto del principio de buena fe que debe presidir el comportamiento estatal— a una celada”. Para el ministro Vázquez el comportamiento estatal fue “grave”. “A partir de allí se quebró la base de toda sociedad organizada: la confianza y el respeto ineludible a la ley” —sentenció.

En tanto, el ministro Nazareno concluyó que “el régimen de la propiedad privada se resentiría gravemente si fuera admisible y lograra tutela judicial la conducta de quien primero acata una norma —en el caso, la dicta— y luego la desconoce, pretendiendo cancelar los efectos de aquel acatamiento y los que de ellos derivaron, ocasionando grave trastorno a las relaciones patrimoniales”.

Con tales aseveraciones queda en claro que un Estado tramposo, artero, sinuoso en sus comportamientos, que vuelve sobre sus pasos con pliegues y repliegues que la Constitución y las leyes no toleran, alterando derechos de sus habitantes, es cualquier cosa menos un Estado de Derecho.

V. Reflexiones que suscita un voto

Las consideraciones vertidas por el ministro Vázquez, aunque coincidentes en lo central con las restantes de la mayoría, por las particularidades que encierra su enfoque invitan a reflexionar sobre tres aspectos que no fueron abordados por los demás componentes del cuerpo, a saber: las condiciones exigidas por el artículo 99 inciso 3° para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia, el tema de los límites implícitos para la emisión de dichos actos, y la inconstitucionalidad del decreto 1316/02 en cuanto inhibió el derecho a la jurisdicción.

1. *Ausencia de imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para la sanción de la ley*

Acerca de la primera de esas cuestiones, el citado juez ingresó a un terreno al que por regla la Corte ha sido remisa a la hora de controlar la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia.

Es la primera vez, por lo que a nuestro conocimiento concierne, que sin tapujos se afirma, con el énfasis con que lo hace el votante, que en el *sub examine* y en referencia al decreto 214/02 no concurrieron las condiciones exigidas por el artículo 99 inciso 3° de la Constitución Nacional, en lo tocante a la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos por la Ley Fundamental para la sanción de las leyes.

En su voto, luego de transcribir consideraciones que el alto tribunal había emitido al sentenciar en *Verrochi*,⁶ recuerda:

En la fecha en que se dictó el decreto 214/02, el Poder Legislativo no se encontraba en receso, y la labor parlamentaria se hallaba legalmente habilitada por el decreto 23 del 22 de diciembre de 2001, que dio por prorrogadas las sesiones ordinarias del Honorable Congreso de la Nación hasta el 28 de febrero de 2002. Por otra parte, como es público y notorio, las cámaras legislativas no se encontraban imposibilitadas de reunirse [...]

El enunciado incorpora de modo expreso como materia de control la existencia del acontecimiento extraordinario que complementa el concepto indeterminado de necesidad y urgencia, con otro determinado y manifiesto susceptible de verificación empírica, cual es la atrofia que sufre el órgano llamado a producir las leyes.

En esa línea de pensamiento venimos sosteniendo que al parate congresional habilitante del artículo 99 inciso 3° se le debe adicionar un plus, un ingrediente extra. La detención congresional que autoriza el dictado de un decreto de necesidad y urgencia habrá de obedecer, además, a motivos ajenos a la voluntad de quienes conforman las mayorías que el órgano requiere para sesionar, y tales presupuestos no concurren por mora congresional, rechazo de una iniciativa, falta de quórum o falta de consenso en las cámaras.⁷

En nuestras prácticas políticas, desafortunadamente, estos actos que irrumpieron en el escenario institucional en colosal andanada se han legitimado como un medio no traumático para que el Ejecutivo legisle en aquellas situaciones que a su juicio requieren una solución normativa de urgencia en un plazo incompatible con el que demanda la participación del Congreso, convirtiendo al instrumento excepcional concebido para ejecutar políticas de Estado en herramienta casi ordinaria de gobierno.

En el futuro, si esta todavía solitaria posición en el seno de la Corte llegara a contar con suficiente adhesión, la justicia podrá encauzar por la senda constitucional la inveterada práctica de los Ejecutivos de turno, que leen parcialmente la Constitución y toman de ella la porción que los habilita a usar de la potestad extraordinaria, pero omiten acogerse a las prescripciones que lo restringen, en particular al mandato que condiciona su dictado solamente al caso de imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes.

⁶ Mario A. R. Midón, “Verrochi: empate técnico entre la libertad y el poder”, en *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 22.10.1999.

⁷ Midón, *Decretos de necesidad...*, o. cit., pp. 85-87.

2. Reconocimiento de límites implícitos

La riqueza del voto que nos ocupa prosigue con una fundada referencia a los límites implícitos que condicionan la emisión de estos decretos. Dice el ministro cuyo juicio nos ocupa:

Medidas del tenor de las establecidas por el artículo 2° del decreto 214/02, dada su profunda e inusitada incidencia sobre el derecho de propiedad, calificable como una verdadera privación de ella, no pueden ser el objeto de decretos emitidos por el Poder Ejecutivo, ni siquiera bajo el argumento de su necesidad y urgencia, pues aunque lo dispuesto por el art. 99 inc. 3° de la Constitución impida solamente recurrir a esa vía en materia penal, tributaria, electoral o referente al régimen de los partidos políticos, resulta de toda evidencia que tampoco puede ser utilizada para obtener efectos jurídicos análogos a los de una confiscación o expropiación, para cumplir la cual aun el Poder Legislativo tiene una facultad de actuación limitada [...] En ese sentido no es dudoso que a las prohibiciones expresas del citado art. 99 inc. 3° se deben sumar otras que, como la indicada, resultan implícitamente consagradas por la necesaria articulación y armonización que las distintas cláusulas constitucionales reclaman entre sí.

Coincidiendo con esa tesis, venimos proponiendo que, si lo implícito es lo que está incluido en una cosa aunque no se exprese, habrá que concluir que en la economía de nuestra Constitución lucen como límites sustanciales implícitos, al menos, los siguientes: a) prohibición genérica de restringir derechos, declaraciones y garantías contenidos en la primera parte de la Constitución; b) prohibición específica de interrumpir la vigencia o restringir los derechos y garantías que no se suspenden durante las situaciones de emergencia; c) motivación suficiente y expresa de las razones fácticas que tornan indispensable apelar a la extrema medida; d) razonabilidad del acto legislativo; e) vigencia temporal del decreto de necesidad y urgencia; y f) respeto a la supremacía constitucional.⁸

3. Típico caso de suma del poder público y facultades extraordinarias

A modo de *obiter*, puesto que a la fecha de la sentencia el decreto 1316/02, reglamentario de la ley 25.587, ya no se hallaba en vigencia, formula el votante ajustadas consideraciones acerca de dicho acto que había dispuesto la suspensión por 120 días hábiles del cumplimiento y ejecución de las sentencias definitivas dictadas en los procesos judiciales.

Lo dispuesto por el artículo 1° del decreto 1316/02 [...] no solamente desconoció una garantía constitucional de la provincia actora, sino que además constituyó un atentado contra el principio de separación de poderes del Estado, pues no otra cosa cabe inferir si por imposición del Poder Ejecutivo los ciudadanos no pueden recurrir al Poder Judicial y los jueces no pueden mandar cumplir sus sentencias, máxime en un caso como el *sub lite*, en el que, a diferencia de otras hipótesis otrora consideradas por esta Corte, se esterilizan los efectos de todo pronunciamiento judicial que se emita en relación a un vasto complejo normativo, con afectación en grado extremo de la vida y patrimonio de las personas.

⁸ *Ibidem*, p. 116.

Completando el pensamiento expuesto, interpretamos que dicho decreto, al igual que la ley 25.587, ha comportado una grosera intromisión del Ejecutivo y del Legislativo en la actividad jurisdiccional. El primero se arrogó suma del Poder Público, pues legisló, ejecutó y cerró el paso a la jurisdicción. El segundo, al sancionar semejante esperpento legal, usó de facultades extraordinarias al prohibir a la jurisdicción el dictado de medidas cautelares que pertenecen, con exclusividad, a la órbita del Poder Judicial.

Tan flagrantes infracciones importan una vuelta de tuerca a la jurisprudencia de la mismísima Corte, la que ha puesto en claro la posibilidad de que los institutos procesales precautorios enfoquen sus proyecciones en tanto dure el litigio, sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque tales medidas se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado.⁹

VI. Conclusión

Iniciamos este comentario afirmando que con este fallo se ha hecho justicia; su lectura sugiere la esperanza de retorno al cauce constitucional desde la arista que compete al Poder Judicial, básicamente, como “guardián de la Constitución” y “tribunal de garantías constitucionales”.

Pero en la primavera de este renacimiento jurisdiccional que por el momento contabiliza unas pocas golondrinas —*Mill de Pereyra*, superando el vetusto criterio de *Ganadera los Lagos*; *Bussi*, como contracara del mamarracho que fue *Chaco c/ Estado Nacional*; *Fayt*; *Smith* y ahora *San Luis*—, menester es que el huerto del derecho judicial pueda exhibir otros muchos trinos jurisprudenciales como los que demanda la existencia de un verdadero Estado de Derecho.

⁹ In re *Camacho Acosta*, 7.8.1997.

Pablo Dermizaky P. (Bolivia) *

Justicia constitucional y cosa juzgada

I. La Constitución normativa

La fuerza normativa de la Constitución arranca de su calidad de ley fundamental, en cuanto a ésta se subordina todo el orden jurídico, cuya jerarquía se establece en la propia Constitución. Ambos conceptos, supremacía y fuerza normativa, aparecieron en la primera Constitución escrita, la de Estados Unidos de 1787, y fueron consagrados en el famoso caso *Marbury v. Madison*, en 1803.

Este carácter normativo de la Constitución no fue generalmente reconocido, ya que en Europa, por ejemplo, hasta la Segunda Guerra Mundial se consideraba a las constituciones como declaraciones de derechos, de principios y de normas programáticas sin fuerza vinculante. Pero a partir de 1920, la Constitución de Checoslovaquia, y después de 1945 las demás, asumieron la fuerza normativa que es inherente a su supremacía.¹

Por *fuerza normativa* de la Constitución debemos entender, como lo precisa Néstor Pedro Sagüés, “su aptitud para regular la producción de normas subconstitucionales y de los actos y omisiones de sus operadores”.² Vale decir que este carácter tiene un valor absoluto porque abarca todo el orden jurídico así como los actos administrativos y las resoluciones judiciales de los agentes de los poderes constituidos. Como dice Bidart Campos, ninguna norma de la Constitu-

* Ex profesor de Derecho Constitucional, de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Mayor de San Simón, Cochabamba (Bolivia). Primer presidente y fundador del Tribunal Constitucional de Bolivia (1998-2001). Miembro honorario de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales. Miembro titular no residente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

¹ Véase a propósito, Pablo Dermizaky P., *Justicia constitucional y Estado de Derecho*, Alexander, Cochabamba, 2003, caps. VII y IX.

² Néstor Pedro Sagüés, *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 19.

ción es inocua, porque “en todas sus partes, incluido el sistema de valores, principios y derechos, es invocable y alegable ante los tribunales”.³

II. La justicia constitucional

Es obvio que la justicia constitucional responde a la supremacía y a la fuerza normativa de la Constitución, lo que la distingue claramente de la justicia ordinaria. La primera se propone hacer efectiva la voluntad del poder constituyente plasmada en la Constitución, y, como se ha dicho, el poder constituyente es anterior al derecho, porque lo precede y lo crea, y se coloca, por esto, por encima del orden jurídico general.

Mientras la justicia ordinaria se ocupa de controversias entre particulares, o entre éstos y el Estado en su calidad de persona de derecho privado, la justicia constitucional es de orden público porque, al defender la Constitución, preserva la estructura jurídico-política del Estado y los derechos fundamentales de la persona. Esta relación directa entre justicia y política la erige en árbitro de cuestiones de Estado y de poder, al mismo tiempo que actúa como instrumento de pacificación y de cohesión política y social, como lo han hecho notar García de Enterría, Louis Favoreu y otros autores.

Estas claras diferencias entre justicia constitucional y justicia ordinaria no suponen una separación infranqueable entre ambas. Al contrario, su coordinación y complementariedad son requisito esencial de un Estado de Derecho. Esta relación fue resumida por Tomás y Valiente al decir que “separación orgánica, articulación competencial y supremacía formal y funcional del Tribunal Constitucional son los tres principios que deben orientar la interrelación entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional”. Por su parte, el Tribunal Constitucional de España se refirió a esta articulación de competencias en su sentencia nº 50-84, que a la letra dice:

La distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera al plano de la constitucionalidad y la jurisdicción ordinaria al de “la simple legalidad”, pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incommunicables. Ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar y aplicar la Ley, olvidar la existencia de la Constitución, *ni puede prescindir la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la Ley, cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales* [...]

Y el mismo Tribunal, en su sentencia nº 17-81, manifestó:

[...] corresponde en primer lugar a los jueces y tribunales, que han de negar validez a las normas reglamentarias que sean contrarias a la Constitución, inaplicándolas, y están facultados para inaplicar también incluso las normas legales que adolezcan del mismo defecto cuando sean anteriores a la Constitución. La supremacía de ésta obliga

³ Germán Bidart Campos, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, pp. 71-72.

también a los jueces y tribunales a examinar, de oficio o a instancia de parte, la posible inconstitucionalidad de las leyes en las que, en cada caso concreto, hayan de apoyar sus fallos, pero, en defensa, como antes se dice, de la dignidad de la ley emanada de la representación popular, el juicio adverso a que tal examen pueda eventualmente conducirlos, no los faculta para dejar sin más de aplicarlas, sino sólo para cuestionarlas ante este Tribunal. *La depuración continua del ordenamiento desde el punto de vista de la constitucionalidad de las Leyes [...], es así el resultado de una colaboración necesaria entre los órganos del poder judicial y el Tribunal Constitucional [...]*

Sin embargo, conviene tener presente, como lo subrayó el mismo Tomás y Valiente, que, mientras para los otros órganos e instituciones (de la justicia ordinaria) se trata de un deber genérico, de la consecuencia necesaria del cumplimiento de otras funciones o de una más entre éstas, para el Tribunal la defensa de la Constitución, de la totalidad de la Constitución y no sólo de una de sus partes, es su única razón de ser y de existir.⁴

III. Justicia constitucional y derechos fundamentales

El Estado constitucional tiene por fin al hombre, al ser humano. Éste no puede desarrollar su personalidad ni contribuir al progreso social si no ejerce plenamente los derechos inherentes a su condición. Por esto, el objetivo central de las constituciones políticas es el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales, declarados en su parte dogmática, que son protegidos por los poderes constituidos de que se ocupa la parte orgánica. El ejercicio de estos derechos se hace efectivo mediante las garantías jurisdiccionales que establece la Constitución (hábeas corpus, amparo, hábeas data), que protegen al titular contra los actos y resoluciones de todos los agentes públicos y personas particulares, sin excepción. Al respecto, el artículo 44 de la Ley del Tribunal Constitucional de Bolivia no deja lugar a dudas:

1. Los poderes públicos están obligados al cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por el Tribunal Constitucional. Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional, son obligatorios y vinculantes para los Poderes del Estado, legisladores, autoridades y tribunales.
2. Todos los órganos del Estado prestarán al Tribunal Constitucional con carácter preferente, urgente e inexcusable, la asistencia que éste requiera.

El *amparo* es la garantía universal para la reparación de los derechos desconocidos, vulnerados o amenazados. Por la naturaleza de la justicia constitucional, esta garantía protege “contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes”, según el precepto general, que no admite excepciones, del artículo 19 de la Constitución boliviana.

⁴ Francisco Tomás y Valiente, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 77, 78 y 87.

Esta generalidad, que abarca a los actos y resoluciones de todos los agentes públicos, incluidos los del órgano judicial, está reconocida en la legislación comparada, como se demuestra a continuación.

Alemania. El artículo 19-4 de la Ley Fundamental de 1949 dispone que “todo el que se vea lesionado en sus derechos por obra del poder público podrá acudir a la vía judicial”.

Brasil. Los artículos 102, 105 y 108 de la Constitución de 1988 autorizan a los tribunales Supremo Federal, Superior de Justicia y tribunales regionales federales, respectivamente, a conocer el *mandato de segurança* (amparo) contra actos de esos tribunales y de los jueces federales.

Colombia. El artículo 86 de la Constitución de 1991 dispone:

Toda persona tendrá acción de tutela [amparo] para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí mismo o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de *cualquier autoridad pública*.

Por su parte, el artículo 11 del decreto 2.591 de 1991 indica que la acción de tutela contra providencias judiciales que pongan fin a un proceso, caduca a los dos meses de ejecutoriada la resolución.

Chile. En su trabajo sobre “El Hábeas Corpus o Recurso de Amparo en Chile”,⁵ Humberto Nogueira Alcalá dice que este recurso “se aplica contra autoridades de todo tipo (gobierno, administración y judiciales), funcionarios o personas particulares”.

España. El artículo 44 de la ley orgánica 2/1.979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional de España dice:

1. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los siguientes requisitos: A) Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial. B) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional. C) Que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello.

2. El plazo para interponer el recurso de amparo será de veinte días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.

Guatemala. El artículo 80 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad establece:

Objeto del amparo. El amparo protege a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restaura el imperio de los mismos cuando la violación

⁵ Separata del nº 102 de la *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, octubre-diciembre de 1998, p. 205.

hubiere ocurrido. *No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícita una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.*

México. El artículo 107 párrafo III de la Constitución franquea el amparo contra sentencias definitivas o laudos de los que no proceda ningún recurso ordinario, o “cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido”, o “que afecten a personas extrañas al juicio”.

Panamá. La Constitución de 1983 dispone en su artículo 50:

Toda persona contra la cual se expida o se ejecute, *por cualquier servidor público*, una orden de hacer o de no hacer, que viole los derechos y garantías que esta Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona.

El recurso de amparo de garantías constitucionales a que este artículo se refiere, se tramitará mediante procedimiento sumario y será de competencia de los tribunales judiciales.

El decreto de gabinete 50 de 1990 restableció la acción de amparo contra resoluciones judiciales, “cuando se hayan agotado los medios y trámites previstos en la ley para la impugnación de la resolución judicial de que se trate”.

Venezuela. Los artículos 25 y 27 de la Constitución de 1999 otorgan el amparo contra “*todo acto* dictado en ejercicio del poder público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley [...]”.

La legislación comparada revisada someramente concuerda en que la acción de amparo procede contra resoluciones judiciales ejecutoriadas en las que se haya violado derechos fundamentales de la persona, sea porque la resolución se basó en una ley inconstitucional o no aplicable al caso concreto, sea porque se vulneró el derecho de defensa o las normas del debido proceso, según el artículo 16 de la Constitución boliviana y las leyes pertinentes.

El debido proceso es un derecho fundamental que forma parte del derecho de defensa, y es asimismo una garantía de los derechos porque hace efectivo su pleno ejercicio ante los tribunales. “Incluye la protección de todos los derechos establecidos en la Constitución, aun cuando no estén nombrados”.⁶

IV. La cosa juzgada

En derecho procesal común, la cosa juzgada suele dividirse en *formal* y *material*. La primera ocurre cuando una sentencia ejecutoriada no puede ser revisada dentro del mismo proceso, pero admite otra acción en un proceso distinto. La segunda es la que no admite revisión en ninguna forma y es, por ello, inmutable, como son la mayoría de las

⁶ Juan Vicente Sola, *Control judicial de constitucionalidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 500.

resoluciones de última instancia. Decimos “la mayoría”, y no todas, porque en nuestra legislación existe el recurso extraordinario de revisión, por ejemplo.

Cabe mencionar aquí la *cosa juzgada constitucional*, diferente de la cosa juzgada ordinaria, a la cual se sobrepone en materia de protección de los derechos fundamentales, por las razones expuestas en los párrafos precedentes. En este sentido la cosa juzgada ordinaria es siempre *formal* cuando en el proceso se han vulnerado esos derechos, porque es revisable mediante la acción de amparo, que culmina con una sentencia del Tribunal Constitucional que adquiere categoría de cosa juzgada *material*, porque es definitiva.

Por otra parte, cabe recordar que *no existe* cosa juzgada cuando se vulnera el debido proceso porque, en tal caso, todo lo sustanciado es nulo de pleno derecho, como nulas son las violaciones a la Constitución en virtud de su supremacía y de su fuerza normativa. Sobre el particular, el artículo 62 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) de España determina que son nulos de pleno derecho los actos administrativos “que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”. Aunque ésta es una prescripción específica para los actos de la administración pública, su fundamento se aplica a todo el orden jurídico, como lo ha entendido la legislación comparada citada en la sección III.

La Corte Constitucional de Colombia ha elaborado la llamada doctrina *de la vía de hecho*, según la cual “una actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho susceptible de control constitucional de la acción de tutela, cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona. Carece de fundamento objetivo la actuación manifiestamente contraria a la Constitución y a la Ley” (sentencia T-079 de 1993).

En otra sentencia (SU-342 de 1995), la misma Corte dijo que “la cosa juzgada que ampara dichas decisiones, obviamente no limita o inhibe el pronunciamiento del juez de tutela que corresponde a la jurisdicción constitucional y se pronuncia favorablemente sobre una pretensión que tiene su causa u origen en el quebrantamiento de derechos fundamentales. En tal virtud, *al juez de tutela no le obliga la cosa juzgada [...]*”.⁷

V. La seguridad jurídica

La seguridad jurídica es elemento esencial del orden jurídico nacional e internacional. Significa que los derechos adquiridos son respetados y que las relaciones sociales se desenvuelven en un marco de leyes y reglamentos, en el

⁷ Eduardo Cifuentes Muñoz, “Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

que se ha confiado a alguien la responsabilidad de decir la última palabra. En la justicia ordinaria, esta última palabra la tienen las cortes y tribunales supremos, cuando no hay agravio a la Constitución. Cuando la primacía de ésta se halla en juego, la última palabra la tienen las cortes y tribunales constitucionales, por la sencilla razón de que la Constitución se sobrepone al orden jurídico general. Se equivocan, por tanto, quienes en nombre de la seguridad jurídica sostienen la intangibilidad de las sentencias ordinarias “ejecutoriadas”. La seguridad jurídica reposa sobre la certeza de que, en cada materia, sólo una interpretación es finalmente posible. En la jurisdicción castrense, esa interpretación corresponde al más alto tribunal militar; en la jurisdicción civil y ordinaria, a la Corte Suprema de Justicia; en la jurisdicción constitucional, al Tribunal Constitucional. Si la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional tuviesen cada uno la facultad de interpretar la Constitución según su propio criterio, no habría seguridad jurídica al más alto nivel, como no la habría en otras materias jurisdiccionales. Por esto el artículo 4 de la ley n° 1.836 dice que “los tribunales, jueces y autoridades (sin excepción) aplicarán a sus decisiones la interpretación adoptada por el Tribunal Constitucional”. En otras palabras, el intérprete supremo de la Constitución en Bolivia es el Tribunal Constitucional.

Y éste no es un concepto nuevo. Su “incomprensión” deriva del hecho de haberse instituido órganos especializados para el ejercicio de la jurisdicción constitucional, separados de la justicia ordinaria. Donde esto ha ocurrido —España, Colombia y Bolivia, por ejemplo— han surgido controversias alimentadas por sentimientos de “desposesión” de sus competencias ordinarias.

El constitucionalismo estadounidense nos ofrece claras lecciones en ésta y en otras materias, por haber sido la Constitución de 1787 la primera con fuerza normativa, según hemos explicado en el punto I, *supra*. En el caso *Martín v. Hunter's Lessee* (1816), la Corte Suprema del estado de Virginia se negaba a reconocer la jurisdicción de la Corte Suprema de Estados Unidos, en un pleito de larga data, aduciendo que la sección 25 de la Judiciary Act de 1789, que confería esa competencia a esta última, violaba la Constitución porque atentaba contra la “soberanía” de los estados miembros de la federación. En la opinión de la Corte Suprema federal, escrita por el magistrado Joseph Story, se decía que la Constitución no fue acordada “por los estados en su capacidad soberana”, sino por “el pueblo de los Estados Unidos”, y que éste retuvo de los estados los poderes que otorgó al Congreso, el que confirió a la Corte Suprema jurisdicción sobre los casos iniciados en los tribunales estatales. Pero hay otra razón —proseguía Story— por la que el Congreso aprobó la sección 25 de la Judiciary Act, y “es la importancia, más aún, la necesidad de uniformar las decisiones a través de toda la Unión, en todas las materias comprendidas en la Constitución [...] Si no hubiera una autoridad revisora para controlar estas opiniones discordantes y antojadizas, sería deplorable el daño público que causaría tal estado de cosas”.

VI. Conclusiones

De lo expuesto se concluye lo siguiente:

1. La justicia constitucional es complementaria y coordinada con la justicia ordinaria; pero se sobrepone a ésta en el orden jurídico nacional, en virtud de la supremacía y de la fuerza normativa de la Constitución.

2. La protección de los derechos fundamentales es el objetivo central de la Constitución Política del Estado, teniendo en cuenta que el fin último del Estado de Derecho es la persona humana, cuyo desarrollo, progreso y bienestar debe asegurar.

3. El *amparo* constitucional, llamado *acción de tutela* en algunos países, es la garantía jurisdiccional universal para la defensa y protección de los derechos fundamentales.

4. El amparo constitucional protege “contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares (sin excepción) que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por la Constitución y las leyes”.

5. No existe *cosa juzgada* en la justicia ordinaria cuando en el juicio se han vulnerado derechos fundamentales y el debido proceso, porque tales violaciones vician de nulidad absoluta el procedimiento en que se basa la sentencia.

En los casos a que se refiere el numeral 5 de estas conclusiones, la cosa juzgada constitucional es la única definitiva e inmutable.

Jesús M. Casal Hernández (Venezuela) *

Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional

I. Introducción

El presente trabajo se inscribe dentro de la temática de los efectos de las sentencias constitucionales, es decir, de las dictadas en procesos de naturaleza constitucional. Se pretende exponer la clasificación general del derecho procesal constitucional sobre esta materia, para luego analizar sus componentes, con miras a lograr su adecuado uso. Dentro del extenso y complejo capítulo de la jurisdicción constitucional relativo a los efectos de sus pronunciamientos, se examinarán solamente las categorías fundamentales manejadas por la legislación y jurisprudencia comparadas, haciendo énfasis en el tratamiento que han de recibir en el sistema venezolano de justicia constitucional, para lo cual se tendrá en cuenta la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Se estudiarán, pues, la cosa juzgada, el efecto vinculante y la fuerza de ley o eficacia general como manifestaciones de las potencialidades jurídicas de las sentencias constitucionales, haciendo hincapié en las dos primeras, por las razones que luego se indicarán. Ello permitirá poner de relieve la riqueza dogmática que rodea la consideración de estos asuntos y, a la vez, la estrecha conexión entre la Constitución como norma jurídica suprema y la misión que debe cumplir en una democracia, por un lado, y el significado que ha de reconocerse a conceptos tradicionales del derecho procesal civil o propios de la jurisdicción constitucional, por otro lado.

Desde esta perspectiva, se subrayarán las peculiaridades de la cosa juzgada en la jurisdicción constitucional, sobre todo en los procesos de control normativo, y se intentará precisar el alcance de la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucio-

* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid; profesor de Derecho Constitucional y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello; vicepresidente de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional y miembro de la Comisión Andina de Juristas.

nal, todo lo cual es capital para conjugar en este ámbito del derecho los imperativos de la seguridad jurídica con la apertura de la Constitución a las cambiantes exigencias de la realidad política y social.

II. Los efectos de las sentencias constitucionales

La determinación de los efectos de las sentencias constitucionales ha dado lugar a innumerables controversias, hasta el punto de ser cuestionada la aplicabilidad en este ámbito de las categorías ordinarias del derecho procesal.

El tratamiento de este tema en el derecho y en la doctrina comparada no es en modo alguno uniforme, lo que complica su análisis y exposición. Así, en algunos sistemas la jurisprudencia tiende a comprender los principales efectos de las sentencias constitucionales dentro del concepto de la cosa juzgada, como se observa en los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana,¹ lo cual también ha ocurrido, en parte, hasta fecha reciente en Venezuela, mientras que en otros se distingue entre el efecto vinculante, la cosa juzgada y la fuerza de ley o eficacia general.² Juega asimismo un papel relevante en esta materia la noción de *precedente constitucional*, que ha sido utilizada en distintos ordenamientos, incluso en países con tradición jurídica romano-canónica (*civil law*).

La dificultad se agrava si consideramos la heterogeneidad de los procesos constitucionales cuyas sentencias son objeto de estudio, desde la óptica de sus efectos, pues los problemas que suscita la determinación de la eficacia de las sentencias de amparo no son idénticos a los que generan los fallos dictados en procesos de control de constitucionalidad de leyes u otras normas de igual rango.

No obstante, intentaremos esbozar, sin ánimo de exhaustividad, los principales efectos de las sentencias dictadas por los tribunales o salas constitucionales u otros órganos jurisdiccionales competentes para emitir la última palabra en la interpretación de la Constitución. Ello con el objeto de precisar la eficacia específica de los fallos constitucionales comprendida en las categorías del efecto vinculante y de la cosa juzgada.

La eficacia natural de toda sentencia consiste, siguiendo a Calamandrei, en declarar oficialmente la certeza del derecho incierto o controvertido, y en llevar esa declaración a su realización concreta.³ En lo que atañe a las sentencias constitucionales, ello se traduce en la declaración de certeza sobre la conformidad con la Constitución de la ley impugnada o cuestionada, en el ámbito de los procesos de control de la

¹ Cf. Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, Legis, 2000, Bogotá, pp. 14 y ss.

² En relación con esta distinción cf. Benda y Klein, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, Müller, Heidelberg, 1991, pp. 500 y ss.; Francisco Caamaño y otros, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 141 y ss.

³ Piero Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil*, EJE, 1973, Buenos Aires, vol. I, pp. 139 y ss.

constitucionalidad, o sobre la vulneración de algún derecho fundamental por actos u omisiones, si se trata de un amparo constitucional, y así sucesivamente según el proceso incoado. Tal declaración lleva aparejadas consecuencias aplicativas que varían en función del objeto del proceso.

Esa declaración de la certeza del derecho incierto o controvertido ostenta ciertas peculiaridades en la jurisdicción constitucional, sobre todo en lo relativo a su mutabilidad en los procesos de control de la constitucionalidad de las leyes, pero dicha construcción dogmática sirve de punto de partida para la determinación de las consecuencias de los fallos constitucionales. En algunos supuestos la declaración de certeza sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una disposición legal, o sobre la vulneración de un derecho fundamental, acarreará la anulación de la disposición, mientras que en otros desembocará en su desaplicación o en una sentencia interpretativa o aditiva, o en un mandato de restablecimiento del derecho constitucional vulnerado. La declaratoria de la nulidad del precepto legal impugnado tendrá una eficacia pro futuro (*ex nunc*) o retroactiva (*ex tunc*), sin perjuicio de la eventual postergación de los efectos anulatorios, en los sistemas en que ello se admite.

Esta diversidad de pronunciamientos puede ser sometida a distintas clasificaciones, según el criterio que se emplee. Cabe diferenciarlos, por ejemplo, en función de sus efectos en el tiempo; o del contenido de la decisión, siguiendo categorías generales (sentencia declarativa, constitutiva o de condena) o específicas del derecho procesal constitucional (sentencias anulatorias, interpretativas, de mera inconstitucionalidad, etcétera).

Pero en el derecho procesal constitucional a menudo se utiliza, particularmente en relación con los procesos de control normativo, una distinción no del todo homogénea que atiende a las principales implicaciones de las sentencias constitucionales sobre los órganos jurisdiccionales, los demás órganos del poder público y los particulares. Se trata de la diferenciación entre la cosa juzgada, el efecto vinculante y la fuerza de ley o eficacia general. A ella aludiremos a continuación, sin perder de vista que lo primordial de las sentencias constitucionales reside en el mandato o consecuencia jurídica que establecen, cuyo alcance y completa virtualidad, sin embargo, depende de la concurrencia de los efectos que examinaremos.

1. *La cosa juzgada*

La cosa juzgada, importa aclararlo desde ahora, no es, en nuestra opinión, el único ni tampoco necesariamente el principal efecto de las sentencias constitucionales, aunque sí puede ser una condición para que el fallo constitucional confirme su eficacia. El estudio del derecho comparado en esta materia indica que junto con la cosa juzgada, que no siempre es aceptada como categoría válida para los procesos constitucionales, especialmente para los que conducen al control de constitucionalidad de normas legales, se atribuye a dichas sentencias otros efectos relevantes, adosados al contenido del fallo.

Conviene señalar, en orden a la distinción entre los diversos efectos de las sentencias constitucionales, que la virtualidad jurídica específica de la cosa juzgada es la de representar un impedimento para la introducción de un nuevo recurso o la prosecución de un nuevo proceso en relación con el mismo litigio o caso previamente resuelto (identidad de partes, de objeto y de *causa petendi*). En lo que atañe a la cosa juzgada material, ello supone la articulación de mecanismos procesales que permitan hacer valer la fuerza obstativa que le es propia, entre los que se destaca la excepción de cosa juzgada (*exceptio rei iudicatae*).

De acuerdo con la teoría general del proceso civil, en la cosa juzgada reside el efecto principal (y normal) de la sentencia y del proceso mismo. Así, Couture sostuvo: “La sentencia tiene como efecto fundamental la producción de la cosa juzgada”.⁴

En igual dirección apunta la extendida opinión de restar significación a la eficacia de las sentencias definitivas pero no firmes, por ser aún susceptibles de impugnación, y de vincular estrechamente la noción de *cosa juzgada* y la *inmutabilidad* o *inimpugnabilidad* que comporta, con la de *imperatividad* o carácter obligatorio de la sentencia para las partes, como efecto esencial del pronunciamiento judicial. Para Chiovenda, “la sentencia sometida a recurso [...] no existe como declaración de derecho: no es más que un elemento de una posible declaración”,⁵ y Carnelutti identificaba la *imperatividad* del fallo con el concepto de *cosa juzgada material*.⁶

Esta visión resulta perfectamente explicable en la esfera del proceso civil, pues la pendencia indefinida de recursos contra una sentencia de mérito, o la posibilidad de revisar en un proceso futuro lo resuelto en un juicio mediante sentencia definitivamente firme, privaría al proceso de la función pacificadora o componedora de conflictos subjetivos que, junto con la justicia, le es esencial. Sin la posibilidad de someter el debate y la controversia judicial sobre un conflicto de derechos o intereses a la preclusión de la vía recursiva y a una resolución definitiva, el proceso civil no es capaz de cumplir los fines que lo justifican, ello sin perjuicio de los supuestos excepcionales en que puede ser enervada la fuerza de la cosa juzgada. De ahí que la *res iudicata* o *litigio juzgado*, según el conocido aforismo latino *pro veritate habetur*, arroje bajo su manto los efectos fundamentales de la sentencia. Con todo, algunos procesalistas han advertido que la cosa juzgada es la inmutabilidad del mandato que nace de una sentencia,⁷ siendo este mandato más un presupuesto que un efecto de aquélla.

De cualquier modo, los postulados dogmáticos del proceso civil, relativos a la eficacia de la sentencia, no se corresponden completamente con la naturaleza y fines de los

⁴ Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 327.

⁵ Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, t. III, p. 372.

⁶ Francisco Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*, UTEHA, Buenos Aires, 1944, t. I, pp. 321 y ss.

⁷ Enrico Liebman, *Manual de derecho procesal civil*, EJE, Buenos Aires, 1980, pp. 569 y ss.

procesos constitucionales y de la jurisdicción constitucional en un aspecto capital: el punto de equilibrio entre las exigencias de la seguridad jurídica y las de la justicia u otros valores colectivos contrapuestos. Los objetivos de seguridad o certeza jurídica no son ajenos a los procesos constitucionales, sobre todo a aquellos que se vinculan con el concepto de *litis*, como el juicio de amparo, por cuanto en éstos puede ser relevante cerrar la controversia intersubjetiva existente, pero en tales procesos converge una finalidad pública que frecuentemente se superpone a los otros intereses involucrados: la garantía de la supremacía y funcionalidad de la Constitución.

Particularmente, en los procesos de control normativo la doctrina y jurisprudencia constitucional comparada procuran dejar abierta la posibilidad de reconsideración de los criterios interpretativos de la Constitución previamente sostenidos, de modo que la línea divisoria entre la constitucionalidad y la inconstitucionalidad no es definitiva ni del todo rígida. Incluso, en la doctrina española algunos han acuñado, a partir de datos de derecho positivo presentes en muchos otros ordenamientos jurídicos (renovación periódica del Tribunal Constitucional —u órgano equivalente— y publicidad de los votos particulares), un “principio de reversibilidad de los pronunciamientos constitucionales”⁸ que daría una particular ductilidad a la cosa juzgada, si es que algo queda de ella para los defensores de tal principio. Con base en estas consideraciones, algunos autores niegan incluso la aplicabilidad de la categoría de la cosa juzgada a las sentencias desestimatorias de acciones o cuestiones de inconstitucionalidad.⁹

2. *El efecto vinculante*

El efecto vinculante de las sentencias dictadas por los tribunales constitucionales u otras máximas instancias encargadas de ejercer la jurisdicción constitucional se encuentra reconocido en la regulación de algunos sistemas de justicia constitucional. Lo contempla la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán en su artículo 31.1, al disponer que las decisiones de este Tribunal “vinculan” a los órganos constitucionales de la Federación y de los Estados, así como a todos los tribunales y autoridades administrativas. Este efecto vinculante (*Bindungswirkung*) consiste en la obligación de respetar y acatar lo establecido en las sentencias dictadas en los procesos constitucionales, lo cual comprende no sólo la observancia del mandato que tales decisiones puedan dirigir a alguna autoridad, sino también el sometimiento de todos los organismos públicos a las consecuencias jurídicas del pronunciamiento.

La primera singularidad que la doctrina alemana reconoce a este efecto vinculante frente a las consecuencias propias de la cosa juzgada —concepto que también

⁸ Francisco Rubio Llorente y Javier Jiménez Campo, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 84.

⁹ Encarnación Marín Pageo, *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 312 y ss.

es aplicado, con matices, a las sentencias del Tribunal Constitucional federal— estriba en su alcance general, que sobrepasaría los límites subjetivos de la *res iudicata*. Además, la jurisprudencia de ese Tribunal ha sostenido reiteradamente que el carácter vinculante de sus decisiones abarca tanto el dispositivo del fallo —contentivo de la anulación del precepto, del mandato de restablecimiento del derecho o de otra consecuencia propia de los procesos constitucionales—, como las razones principales que lo fundamentan (*tragende Gründe*), concernientes a la interpretación constitucional. Este alcance general de sus pronunciamientos frente a los jueces se justifica invocando el papel institucional del Tribunal Constitucional como máximo intérprete y guardián supremo de la Constitución.¹⁰

De este modo, se adopta una regla similar a la del precedente judicial (*stare decisis*), y la *ratio decidendi* de las sentencias constitucionales es vinculante para los otros tribunales. Esta manifestación del efecto vinculante no es, sin embargo, rígida, pues los tribunales ordinarios, además de poder diferenciar entre las razones fundamentales del fallo y las que no lo son, y de distinguir el caso del cual conocen del que se encuentra cubierto por el precedente, están facultados para plantear ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la misma ley o precepto ya declarado compatible con la Constitución, en los supuestos que luego veremos, siempre que cumplan con el deber de justificar suficientemente su apartamiento del precedente, que no pueden ignorar.¹¹

Algo parecido ocurre en España, donde la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé que todos los jueces y tribunales interpretarán las leyes y 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” (artículo 5.1). En igual sentido apuntaba ya, aunque sólo en relación con los procesos de control normativo, el artículo 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al vincular a todos los poderes públicos a las sentencias recaídas en procedimientos de control de la constitucionalidad de las leyes, lo cual es considerado una expresión del “efecto vinculante” que estamos examinando, no de la cosa juzgada, también mencionada en esta disposición.¹² El artículo 164.1 de la Constitución española brinda respaldo, por lo demás, a ese particular efecto.

En Italia, en cambio, no existe una previsión constitucional o legislativa de índole general sobre los efectos vinculantes de las sentencias constitucionales. La Constitución se limita a prever, en su artículo 136, la eficacia inmediata, desde su publicación, de las sentencias que declaren la ilegitimidad constitucional de una norma legal, lo cual se traduce, en concordancia con su artículo 137 —que no admite recurso

¹⁰ Cf. Benda y Klein, o. cit., pp. 511 y ss.; Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, Beck, Múnich, 1997, pp. 326 y ss.

¹¹ *Ibidem*

¹² Caamaño y otros, o. cit., pp. 150 y ss.

alguno contra las decisiones de la Corte Constitucional—, en la obligación de acatar el fallo. Se estima que, en los demás supuestos, las sentencias de la Corte Constitucional ostentan el valor de precedente persuasivo, al igual que los pronunciamientos de la Corte de Casación.¹³

El efecto vinculante de la jurisprudencia constitucional también se contempla en Costa Rica, en la Ley de la Jurisdicción Constitucional (artículo 13), y en la Constitución venezolana (artículo 335). En Argentina, pese a que la legislación federal atribuye efectos limitados o interpartes a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Bidart Campos ha sostenido que la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia debe ser observada por todos los tribunales del país, conclusión que apoya en la necesidad de preservar la uniformidad en la interpretación de la Constitución y de respetar la igualdad entre los justiciables.¹⁴ Sagüés, por su parte, se ha referido a la doctrina de la eficacia vinculante, aunque condicionada, de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia.¹⁵ En Colombia, la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de admitir la fuerza (relativa) del precedente constitucional.¹⁶

3. *La fuerza de ley*

Algunos ordenamientos otorgan a las sentencias dictadas en ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes una “fuerza de ley” o “eficacia general”. Así lo establece, en Alemania, el artículo 31.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, el cual atribuye “fuerza de ley” (*Gesetzeskraft*) a las decisiones de ese Tribunal que se pronuncien sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley. Esta previsión responde a razones históricas, las cuales se remontan a la fuerza de ley federal o de ley constitucional que se confería a los pronunciamientos de los altos tribunales que dirimían conflictos entre la federación y los estados, o entre el monarca y los sectores representados en el parlamento. Se estima que la significación actual del artículo 31.2 se circunscribe a extender a los particulares, y no sólo a los tribunales y demás órganos del poder público, la eficacia de tales decisiones, y a la obligación de publicar en el boletín o gaceta oficial la parte resolutive de la sentencia.¹⁷

En el derecho español, la “fuerza de ley” a que nos referimos ha sido relacionada con la eficacia general o *erga omnes* de los pronunciamientos constitucionales, que en parte no estaría amparada por el “efecto vinculante”, pues éste se referiría a los tribunales y demás órganos del poder público, no a los particulares. Sin embargo,

¹³ Alessandro Pizzorusso, *Lecciones de derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1984, pp. 403 y ss.

¹⁴ G. Bidart Campos, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, EDIAR, Buenos Aires, 1987, pp. 273-274.

¹⁵ Néstor P. Sagüés, *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 226-227.

¹⁶ López Medina, o. cit., pp. 11 y ss.

¹⁷ Cf. Schlaich, o. cit., pp. 332 y ss.

el criterio de distinción no residiría aquí, ya que se considera que el respeto por los particulares de las sentencias del Tribunal Constitucional, o de cualquier otra decisión jurisdiccional, viene impuesto por la Constitución misma. La especificidad de esta eficacia general se contraería, según algunos, a reconocer una fuerza especial, semejante a la de la ley aunque de signo contrario, a las sentencias que anulan un precepto legal por su inconstitucionalidad.¹⁸ Esta afirmación resulta más que discutible, teniendo en cuenta que estas sentencias no ostentan el rango y valor de una ley, pues de ser así se generaría la errónea idea de que podrían ser derogadas por otra ley. Además, la fundamentación jurídica recogida en la sentencia que anula la disposición legal es, por definición, de naturaleza constitucional.

En suma, dejando de lado la previsión sobre la necesaria publicación oficial de las sentencias correspondientes, como sucede en España, o del dispositivo del fallo, según prevé el derecho alemán, lo cual es simplemente una obligación impuesta legal o constitucionalmente por razones de seguridad jurídica, y aparte de la extensión de la obligatoriedad de las sentencias respectivas a los particulares, no parece que la fuerza de ley o la eficacia general añada una consecuencia relevante no comprendida ya en el efecto vinculante arriba examinado.

III. La cosa juzgada en los procesos constitucionales

1. *Peculiaridades de la cosa juzgada constitucional*

Posteriormente nos referiremos a las manifestaciones concretas de la ductilidad de la cosa juzgada en la jurisdicción constitucional, de las cuales sólo algunas son fácilmente subsumibles en los moldes clásicos de tal concepto, pero antes es preciso poner de relieve las razones fundamentales que justificarían esa flexibilidad o dinamismo en una materia que parecería predicar rigidez y permanencia.

En primer término, conviene tener presentes los fines propios de la jurisdicción constitucional y, en especial, del control de la constitucionalidad de las leyes. Este control va dirigido a preservar la supremacía de la Constitución, antes que a cerrar o resolver de manera definitiva un conflicto intersubjetivo. Aun en el ámbito del control difuso de la constitucionalidad, en aquellos sistemas difusos o mixtos de jurisdicción constitucional, o de la cuestión de inconstitucionalidad, en los que la determinación de la compatibilidad de una norma legal con la Constitución se produce a partir de un litigio concreto, como paso previo para su resolución, el control de constitucionalidad conserva una autonomía de fin frente al que es inherente al proceso en que la sentencia es dictada. En el control de la constitucionalidad, las exigencias de la

¹⁸ Caamaño, o. cit., p. 153.

seguridad jurídica ostentan una intensidad menor a la que es característica de los procesos ordinarios, ya que prevalece el interés en salvaguardar la Constitución, con todo lo que ello implica.

Aquí reside la segunda explicación de las singularidades de la cosa juzgada en materia constitucional: si la Constitución es un orden abierto de reglas y principios, un marco de posibilidades, un cauce por el cual discurre el proceso político democrático, que pretende encauzarlo de manera duradera a pesar del carácter cambiante de la realidad subyacente y de las demandas sociales, es obvio que las sentencias proferidas en los procesos constitucionales no pueden poseer una rigidez ni producir un efecto que conspire contra la adaptabilidad y el dinamismo de la Constitución.

En relación con esta especificidad de la jurisdicción constitucional es preciso dejar parcialmente a salvo, sin embargo, procesos constitucionales como el amparo, en los cuales los requerimientos de la seguridad jurídica no son tan distantes de los propios del proceso civil. Ciertamente, en el proceso de amparo, junto con el propósito de garantizar un derecho fundamental, se encuentran intereses subjetivos que reclaman una solución del conflicto jurídico-constitucional. No obstante, la cosa juzgada en estos supuestos ofrece algunas peculiaridades, como luego veremos, y en ningún caso acarrea una petrificación de la interpretación constitucional que sirvió de fundamento a la sentencia. Los conflictos constitucionales entre entidades públicas se contraen igualmente a una disputa entre potestades e intereses concretos, que debe ser zanjada.

2. *Cosa juzgada y procesos constitucionales*

Sin llegar a negar la existencia de la cosa juzgada en los procesos constitucionales, es indudable que la cosa juzgada constitucional (*giudicato costituzionale*) se distingue de la que rige en otros procesos.

En los procesos constitucionales, la posibilidad de revisar a través de recursos lo decidido mediante sentencia resulta frecuentemente descartada por el rango del órgano jurisdiccional que la emite, cuyos pronunciamientos no son impugnables. Esta sola circunstancia se corresponde con una de las vertientes del concepto bajo examen: la cosa juzgada *formal*. En los sistemas que autorizan a los jueces ordinarios para conocer de tales procesos o para ejercer el control (difuso) de constitucionalidad de las leyes, el agotamiento o la falta de interposición de los recursos disponibles produce el mismo efecto, sin perjuicio de los poderes extraordinarios de revisión de sentencias que ostente la máxima instancia de la justicia constitucional.

Las dificultades comienzan al examinar las implicaciones de la cosa juzgada *material* en la jurisdicción constitucional. El tratamiento adecuado de esta cuestión obliga a distinguir entre los siguientes procesos:

A. *La acción directa y la cuestión de inconstitucionalidad*

En sistemas de control concentrado de la constitucionalidad, erigidos sobre la base del modelo austríaco, los procesos constitucionales de control normativo son, por lo general y principalmente, dos: la acción directa de inconstitucionalidad de las leyes, que permite impugnar ante el Tribunal Constitucional la ley considerada contraria a la Constitución, y la cuestión de inconstitucionalidad, en virtud de la cual los jueces deben someter a la consideración de tal Tribunal la posible inconstitucionalidad de una norma legal relevante para la resolución de un caso concreto. La acción directa de inconstitucionalidad existe también en sistemas mixtos o integrales de jurisdicción constitucional, como el venezolano.

La aceptación rigurosa de una cosa juzgada material en tales procesos impediría replantear ulteriormente el asunto decidido, en cuanto concierne a la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto impugnado.¹⁹ Más aún si se piensa que el carácter objetivo de tales procesos de control normativo determina que pierdan relevancia los límites subjetivos de la cosa juzgada.²⁰ La ley declarada constitucional lo sería de manera absolutamente definitiva, sin perjuicio de su eventual contradicción con normas constitucionales que se introduzcan con posterioridad, de acuerdo con los procedimientos de revisión de la Constitución (inconstitucionalidad sobrevenida). Asimismo, la declaración de la inconstitucionalidad de una ley determinaría no sólo su anulación, sino además una prohibición permanente para el legislador futuro, que no podría reeditar la ley censurada, en virtud de la cosa juzgada material ya recaída.

Pero las singularidades de la jurisdicción constitucional, y las funciones que la Constitución debe cumplir, no admiten tal congelamiento de la interpretación constitucional y de los márgenes de actuación del legislador. De ahí que en los supuestos señalados la doctrina o jurisprudencia constitucionales admitan una flexibilización de los efectos de las sentencias que se aparta de los moldes clásicos de la cosa juzgada. Tal vez ello explica que, con frecuencia, la posibilidad de replantear judicialmente problemas relativos a la compatibilidad con la Constitución de normas legales sea examinada desde la óptica de los efectos vinculantes de las sentencias constitucionales, antes que bajo la categoría de la cosa juzgada.

¹⁹ Esta concepción se ve reflejada en un dictamen de nuestra Procuraduría General de la República: "La sentencia de inconstitucionalidad, como toda sentencia judicial, produce cosa juzgada. La que se obtenga en la jurisdicción objetiva, ya sea estimatoria o desestimatoria, produce siempre efectos *erga omnes*. De este principio se desprenden consecuencias de gran interés práctico como la de irrevocabilidad. Cuando la Corte Federal declara sin lugar el recurso por no contener el acto estatal impugnado los vicios denunciados, esa decisión no podrá ser revisada por gozar de las características de toda sentencia que produce cosa juzgada: la indiscutibilidad y la inmutabilidad.

"Para el caso de que la Corte Federal haya declarado sin lugar un recurso de inconstitucionalidad y sin embargo se le vuelve a impugnar por las mismas razones y con apoyo de las mismas disposiciones constitucionales, la Corte deberá aplicar de oficio su anterior sentencia o decidir la excepción de cosa juzgada opuesta por el Procurador de la Nación". *Doctrina PGR*, 1963, Caracas, 1964, pp. 199 y ss.

²⁰ Es la opinión de Benda y Klein, o. cit., p. 504.

Conviene analizar los alcances de los fallos constitucionales para apreciar la flexibilización mencionada, comenzando por las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de una norma legal. Suele considerarse que lo resuelto por una sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad de una ley no se extiende a disposiciones análogas contenidas en otros instrumentos legales, lo cual se aviene con los límites objetivos propios de la cosa juzgada. Los problemas se suscitan al precisar la incidencia de estas sentencias sobre la actuación futura del legislador, en lo concerniente a la posible reiteración de la norma censurada por inconstitucional.

Al respecto no existe en la doctrina y jurisprudencia una solución unánime. Para algunos ello sería siempre un ilícito constitucional.²¹ Otros opinan que la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad de una ley no impide al legislador sancionar otra ley de igual contenido, siempre que no pretenda abarcar las relaciones o situaciones cubiertas por el previo fallo anulatorio, es decir, siempre que sus efectos sean hacia el futuro. La ley reproductiva de la anterior nacería bajo la amenaza de ser declarada inconstitucional por adolecer de los mismos vicios que su predecesora, y la máxima instancia de la jurisdicción constitucional, o los jueces competentes para el eventual planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, podrían estar relativamente vinculados por el precedente, pero no operaría la cosa juzgada (material),²² la cual daría lugar a pensar en formas de ejecución de la sentencia ya dictada, sin la necesaria apertura de un nuevo proceso. Para justificar la inexistencia de una prohibición de reiteración de la norma declarada inconstitucional, se apela a la necesidad de evitar una parálisis en la evolución jurídica y a la libertad de configuración normativa del legislador.²³

Esta problemática parece no admitir respuestas dogmáticas. La reproducción de la ley declarada inconstitucional ha de considerarse en principio ilícita, por añadir al vicio de inconstitucionalidad antes advertido el desacato a un pronunciamiento del órgano supremo de la justicia constitucional. Pero tal reproducción puede considerarse aceptable cuando ha ocurrido un cambio en las circunstancias imperantes, en el contexto normativo, o en las concepciones jurídicas predominantes. Tampoco cabe descartar una rectificación de la jurisprudencia previamente establecida, ligada a una alteración en la composición del tribunal competente. El legislador puede provocar la revisión del criterio antes sustentado por la jurisdicción constitucional, y ésta tendrá la última palabra.

²¹ Rubio Llorente y Jiménez Campo, o. cit., p. 76.

²² Véase la reseña de esta posición, muy difundida en la doctrina italiana, en G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, 1977, pp. 327 y ss.; así como la tesis del autor sobre esta cuestión.

²³ Respecto de la admisibilidad de la reiteración del precepto declarado inconstitucional ha existido una divergencia entre las salas del Tribunal Constitucional Federal alemán, véase Schlaich, o. cit., pp. 324 y ss.

En lo que atañe a las sentencias desestimatorias, tampoco se extienden a normas similares previstas en otros textos legales.²⁴ En lo que respecta a la modificabilidad del criterio establecido en relación con la constitucionalidad del precepto examinado, se suele admitir, a veces en virtud de texto legal expreso, o invocando los límites temporales de la cosa juzgada o la ausencia de ésta, el replanteamiento de su posible incompatibilidad con la Constitución. Como la impugnación directa de las leyes se encuentra sujeta en algunos de los sistemas a plazos breves de caducidad, la nueva consideración de la compatibilidad de la norma legal con la Constitución puede producirse a través de la elevación por algún juez de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el mismo precepto ya declarado constitucional con ocasión de una acción directa, lo cual es generalmente aceptado, teniendo en cuenta, entre otras razones, las diferencias entre el control normativo directo y el que se ejerce incidentalmente, bajo el influjo del caso en que la cuestión se plantea. En algunos sistemas se permite incluso la interposición de una nueva acción directa basada en los mismos argumentos antes rechazados, o la elevación por otro juez, en la misma causa (juez de alzada, por ejemplo) o en una distinta, de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el precepto ya impugnado o cuestionado y con base en razones semejantes.²⁵

Lo expuesto denota una importante matización, cuando no un abandono, de los efectos inherentes a la cosa juzgada material. Algunos de los signos de ductilidad de las sentencias constitucionales puestos de relieve podrían ser explicados a partir de tal categoría, pues la inmutabilidad que es propia de la cosa juzgada, en su vertiente material, cedería ante un cambio de las circunstancias fácticas imperantes al momento de dictar la sentencia que adquirió firmeza. Pero en otros aspectos tal ductilidad va más allá de lo permitido por dicho concepto, como ocurre con las sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad, cuando se permite sin limitaciones un nuevo examen de la validez constitucional de la ley, o cuando ello es posible si ha ocurrido una variación no en los hechos, sino en las ideas jurídicas o sociales prevalecientes. Además, aun en los supuestos en que el replanteamiento de una acción o cuestión de inconstitucionalidad referida a la misma ley y a idénticos preceptos constitucionales se supedita a la presentación de otros argumentos, su admisión rompe con los moldes de la cosa juzgada, pues ésta no resulta enervada por un simple cambio en la argumentación del accionante, si se mantiene la identidad de sujetos, de objeto y de título jurídico.

²⁴ Véase la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, del 12 de diciembre de 1963, y los comentarios de Allan Brewer-Carías en *Instituciones políticas y constitucionales (justicia constitucional)*, t. VI, pp. 306 y ss.

²⁵ Cf. el artículo 87 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, según el cual las sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad no producen cosa juzgada. Véase, igualmente, Rubén Hernández Valle, *Derecho procesal constitucional*, Juricentro, San José, 1995, pp. 388 y ss.; y, en la doctrina italiana, Zagrebelsky, o. cit., pp. 255 y ss.

B. *El control difuso de la constitucionalidad*

En los países que siguen, parcial o totalmente, el modelo norteamericano de control difuso de la constitucionalidad, las sentencias firmes dictadas en causas en las que hayan surgido objeciones relativas a la compatibilidad de alguna ley con la Constitución adquieren la autoridad de la cosa juzgada, en sus vertientes formal o material, o en ambas, según la naturaleza del proceso y de la pretensión aducida. Pero un pronunciamiento del tribunal favorable a la inconstitucionalidad de la ley no acarreará su nulidad, y sólo podrá tener alcance general con arreglo al principio de *stare decisis*, o en virtud de la posición institucional del órgano que lo dicte.

Si el planteamiento de la invalidez de la norma legal es desechado, una eventual declaración posterior de su inconstitucionalidad y nulidad, emitida por el tribunal u órgano judicial encargado del control concentrado de la constitucionalidad, allí donde exista, puede afectar lo decidido en aquellas causas, de acuerdo con el régimen establecido en relación con los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad. Por otro lado, en el derecho venezolano se reconoce a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la facultad de revisar, de manera excepcional, las sentencias en que los jueces ejerzan el control difuso de la constitucionalidad —afirmando o negando la compatibilidad con la Constitución de la ley objetada—, lo cual se configura como un motivo extraordinario para la revisión de fallos investidos de la autoridad de la cosa juzgada.

C. *La acción de amparo*

Los efectos de este proceso constitucional pueden avenirse con la categoría de la cosa juzgada. Al presuponer normalmente un conflicto intersubjetivo, el amparo reclama una cierta garantía de seguridad jurídica en relación con la resolución judicial de la controversia. De ahí que, en los países donde el amparo constitucional funciona principalmente como un recurso contra sentencias que se interpone ante el Tribunal Constitucional, tras el agotamiento de los recursos judiciales previos, la sentencia de fondo dictada en el amparo posee efectos definitivos, sea para desechar la alegada violación de determinados derechos constitucionales y confirmar de manera indirecta lo decidido en las instancias ordinarias, sea para anular lo resuelto en tales instancias. Pero la interpretación de la Constitución que le haya servido de fundamento puede ser modificada en casos futuros, como también sucede en el proceso civil, en relación con la interpretación de la ley. No obstante, la ulterior declaratoria de la inconstitucionalidad de la ley que sirvió de base a las sentencias no consideradas lesivas de derechos constitucionales por el Tribunal Constitucional, podría incidir en el proceso previo, según apuntaremos en el apartado siguiente.

Por el contrario, en los sistemas en que el amparo se concibe como una acción sumaria, de cognición abreviada y contradictorio limitado, generalmente sólo se atri-

buye a sus sentencias el efecto de cosa juzgada formal,²⁶ ya que es posible discutir nuevamente sobre el conflicto intersubjetivo subyacente mediante otras vías procesales, o incluso a través de otro amparo constitucional, si ha habido un cambio en las circunstancias. Al respecto, es preciso advertir, sin embargo, que el efecto impeditivo ínsito a la cosa juzgada material sí opera cuando se intenta una nueva acción de amparo entre las mismas partes, en relación con hechos idénticos e invocando igual derecho y pretensión.²⁷

En Venezuela y Colombia las sentencias de amparo o tutela dictadas por los tribunales quedan sujetas a una facultad extraordinaria de revisión por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o la Corte Constitucional, respectivamente, lo cual puede incidir en la cosa juzgada de los fallos correspondientes.

3. *Las sentencias constitucionales y los juicios ordinarios*

Un asunto que sobrepasa los límites temáticos de este estudio, pero que se encuentra relacionado con él, es el de la repercusión de sentencias constitucionales, particularmente de las dictadas en procesos de control normativo, sobre decisiones emitidas por tribunales de los distintos órdenes jurisdiccionales que hayan alcanzado la fuerza de la cosa juzgada. La posibilidad de que éstas sean afectadas por la posterior declaratoria de la inconstitucionalidad de la ley que fue aplicada en el caso concreto varía según la regulación de cada ordenamiento. Se suele reconocer que una sentencia de inconstitucionalidad con efectos retroactivos (*ex tunc*) puede quebrar la cosa juzgada cuando las normas anuladas tienen carácter sancionatorio.

IV. El efecto vinculante de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

1. *La Sala Constitucional y la interpretación constitucional vinculante*

Una de las principales novedades de la Constitución de 1999 consiste en haber creado la Sala Constitucional, como órgano especializado en la materia constitucional, que ostenta primacía en la interpretación de la Norma Fundamental. De allí que su artículo 335 atribuya fuerza vinculante a las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional “sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales”. Conforme a tal precepto, los criterios sentados en dicho ámbito por la Sala Constitucional obligan a todos los tribunales de la república y a las demás salas del Tribunal Supremo de Justicia.

²⁶ Sagüés, o. cit., p. 233.

²⁷ Lo que nuestro Tribunal Supremo de Justicia ha denominado *cosa juzgada constitucional*; cf. sentencia de la Sala Constitucional del 16 de febrero de 2002 (n. 3265), caso *Raúl Benigno Marín Delgado*.

La alusión a las “normas o principios constitucionales” como objeto de la tarea interpretativa revestida del especial efecto mencionado comprende toda norma constitucional, noción dentro de la cual se puede distinguir entre las reglas y los principios, siguiendo la difundida clasificación de Ross, Dworkin y Alexy.²⁸ La fuerza vinculante, por otro lado, no dimana de cualquier decisión de la Sala Constitucional ni de todo lo afirmado en éstas, sino de las interpretaciones constitucionales establecidas por la Sala Constitucional. Es importante precisar, en consecuencia, de qué forma este órgano jurisdiccional sienta criterios vinculantes en los términos del artículo 335, lo cual a nuestro juicio ha de producirse fundamentalmente mediante la técnica de los precedentes, como luego tendremos ocasión de exponer.

Para abordar estas cuestiones es conveniente referirse, primeramente, a la postura que ha mantenido la Sala Constitucional en relación con la significación del artículo 335 de nuestra Carta Magna, en lo que atañe al carácter vinculante de las interpretaciones constitucionales sentadas por aquélla.

A este respecto, lo principal que debe destacarse de la jurisprudencia de la Sala Constitucional es la visión según la cual el artículo 335, en concordancia con los artículos 7 y 334 de la Constitución, le confiere competencia para velar por la correcta interpretación y aplicación de la Carta Magna por los tribunales y demás operadores jurídicos. Tal facultad se ejercería acudiendo bien a mecanismos previstos expresamente en la Constitución o en las leyes, bien a otras vías que esa Sala estime adecuadas para cumplir esta función interpretativa. Para llegar a esta conclusión se apoya en un poder de garantía constitucional que le sería propio, y que representaría una manifestación del control concentrado de la constitucionalidad.²⁹

Salta a la vista la distancia que separa algunos de los aspectos de esta doctrina de los fundamentos de un sistema de justicia constitucional mixto o integral como el venezolano, en el cual la garantía de la Constitución incumbe a todos los jueces, tal como ésta lo dispone en su artículo 334, de tal modo que en último término la garantía constitucional depende del entero sistema de justicia constitucional, en el que la Sala especializada en dicha materia debe sin duda jugar un papel capital, dentro del marco de las atribuciones efectivamente otorgadas por el ordenamiento. No es acertado, por tanto, extender el monopolio del control concentrado de la constitucionalidad, que sólo se refiere a la declaratoria de la inconstitucionalidad de leyes u otros actos de igual rango y a su eventual anulación, al campo de la interpretación o de la garantía de la Constitución.

²⁸ Véase, por todos, Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 81 y ss.

²⁹ Cf., entre otras, las sentencias del 9 de noviembre de 2000, del 25 de enero y del 6 de febrero de 2001 (n^{os} 1347, 33 y 93), casos *Ricardo Combellas*, *Baker Hughes SRL*, y *Corpoturismo*, respectivamente.

Es pertinente observar que en la consolidación de otros sistemas de justicia constitucional ha sido primordial la existencia de un diálogo institucional constante entre la máxima instancia de interpretación constitucional y los tribunales ordinarios, lo cual presupone la adecuada estimación de la función que éstos deben desempeñar en la precisión del alcance de las disposiciones constitucionales, a la luz de los múltiples casos concretos en los que deben aplicarlas, lo que les permite también confrontar los criterios sentados por dicha suprema instancia con las exigencias de la situación particular objeto de conocimiento.³⁰

Pero no es posible analizar aquí todas las aristas problemáticas de la esbozada doctrina de la Sala Constitucional; es preciso subrayar la perspectiva desde la cual ésta examina el artículo 335 constitucional. En su criterio, éste sería un precepto que le permite desempeñar un cometido de garantía sobre la correcta y uniforme interpretación de la Constitución, con lo cual la Sala Constitucional se erige no sólo en la máxima instancia de la justicia constitucional, como ciertamente lo es, sino que además se reserva la facultad de emitir, cuando lo juzgue necesario, la última palabra en todo asunto ligado a la cabal interpretación de la Norma Suprema.

Los criterios constitucionales sentados por la Sala en cumplimiento de esa misión resultarían vinculantes, conforme al artículo 335. Según algunos pronunciamientos de la Sala Constitucional, la mayor relevancia del artículo 335, desde esta óptica, estribaría en servir de fundamento a una facultad de la Sala para interpretar la Constitución en abstracto, mediante el denominado *recurso de interpretación constitucional*, y no en su repercusión sobre las sentencias dictadas en los específicos procesos constitucionales ligados a situaciones concretas.

Así se expresó en sentencia del 19 de julio de 2001, en la cual se estableció, invocando los artículos 334 y 335 de la Constitución, una discutible distinción dentro del ámbito de atribuciones de dicha Sala. Por un lado estaría la *jurisdictio*, como labor de resolución de casos concretos, de la cual emergen normas individualizadas cuya obligatoriedad “sólo podría invocarse conforme a la técnica del precedente”, y por el otro se encontraría la *jurisdatio*, basada en la interpretación general o abstracta de la Constitución, que tendría efectos *erga omnes* y representaría “una interpretación cuasiauténtica o paraconstituyente, que profiere el contenido constitucionalmente declarado por el texto fundamental”.

Interesa reproducir parte de las afirmaciones de tal sentencia:

Como puede verse, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no duplica en estos artículos la competencia interpretativa de la Constitución, sino que consagra dos clases de interpretación constitucional, a saber, la interpretación

³⁰ Especialmente ilustrativa a este respecto es la experiencia de la jurisdicción constitucional en Italia y en los Estados Unidos; cf. Zagrebelsky, o. cit., pp. 167 y ss., y Ana Magaloni Kerpel, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Mc Graw-Hill, Madrid, 2001, pp. 157 y ss.

individualizada que se da en la sentencia como norma individualizada, y la interpretación general o abstracta prescrita por el artículo 335, que es una verdadera *jurisdatio*, en la medida en que declara, *erga omnes* y *pro futuro (ex nunc)*, el contenido y alcance de los principios y normas constitucionales cuya interpretación constitucional se insta a través de la acción extraordinaria correspondiente. Esta *jurisdatio* es distinta de la función que controla concentradamente la constitucionalidad de las leyes, pues tal función *nomofiláctica* es, como lo ha dicho Kelsen, una verdadera legislación negativa que decreta la invalidez de las normas que colidan con la Constitución, aparte que la interpretación general o abstracta mencionada no versa sobre normas subconstitucionales sino sobre el sistema constitucional mismo. El recto sentido del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela hace posible la acción extraordinaria de interpretación, ya que, de otro modo, dicho artículo sería redundante en lo dispuesto en el artículo 334 *eiusdem*, que sólo puede dar lugar a normas individualizadas, como son, incluso, las sentencias de la Sala Constitucional en materia de amparo. La diferencia entre ambos tipos de interpretación es patente y produce consecuencias jurídicas decisivas en el ejercicio de la jurisdicción constitucional por parte de esta Sala. Esas consecuencias se refieren al diverso efecto de la *jurisdictio* y la *jurisdatio* y ello porque la eficacia de la norma individualizada se limita al caso resuelto, mientras que la norma general producida por la interpretación abstracta vale *erga omnes* y constituye, como verdadera *jurisdatio*, una interpretación cuasiauténtica o paraconstituyente, que profiere el contenido constitucionalmente declarado por el texto fundamental.

Por supuesto que la eficacia de la norma individualizada para el caso resuelto implica la interpretación vinculante de las normas constitucionales que ha sido establecida para resolver el problema, ya que, siendo la norma individualizada, *eo ipso*, decisión del caso concreto, el contenido y el alcance de su motivación normativa quedan ligados, tópicamente, al problema decidido, y su obligatoriedad sólo podría invocarse conforme a la técnica del precedente (*stare decisis*) [precedente vinculante, aceptar lo decidido].³¹

En decisiones posteriores la Sala Constitucional ha aclarado que el artículo 335 también fundamenta la fuerza vinculante de los precedentes que se establezcan al dilucidar casos concretos, en estos términos:

A lo ya dicho conviene agregar que la doctrina que se derive de la interpretación de los preceptos constitucionales, sea que la conclusión a que arribe la Sala no resuelva un caso concreto (solicitud de interpretación), sea que aproveche a la solución de una concreta controversia en tanto contenga el modo en que los valores, principios y reglas constitucionales exigen que se tome una decisión en un sentido determinado, tiene en ambos casos efecto vinculante. Tal aclaratoria desea resolver alguna duda que pudiera surgir en cuanto al alcance de la vinculación de la función interpretativa que toca desplegar a esta Sala conforme al citado artículo 335 de la Carta Fundamental, la cual, pueda que llegue a asociarse, erróneamente, a la desnuda interpretación de un precepto constitucional.³²

³¹ Sentencia del 19 de julio de 2001 (n. 1309), caso *Hermann Escarrá*.

³² Sentencia del 5 de octubre de 2001 (n. 1860), caso *Consejo Legislativo del Estado Barinas*.

No obstante, la concepción del artículo 335 mantenida por la Sala Constitucional y la distinción trazada en la citada doctrina jurisprudencial es, por varias razones, objetable. En primer lugar, porque la Constitución no autoriza a dicho órgano para *dar* derecho constitucional de modo similar o aproximado a la forma como lo hace un cuerpo constituyente, por lo que no le corresponde adoptar una posición *para* o *cua-siconstituyente*. Sin perjuicio de la faceta creativa que acompaña la interpretación y aplicación de las normas jurídicas y, en particular, de la posible inclusión de la jurisprudencia constitucional entre las fuentes de esta rama del derecho, las funciones de la Sala Constitucional han de ser jurisdiccionales, y en ejercicio de las mismas ella siempre ha de someterse a los dictados constitucionales, así éstos sean genéricos o indeterminados y, por consiguiente, abiertos a una dialéctica permanente con la realidad y con las situaciones que deben regir.

En segundo lugar, el artículo 335 es básicamente una disposición que define el *status* del Tribunal Supremo de Justicia y de su Sala Constitucional en el ámbito de la interpretación de la Constitución y prevé el carácter vinculante de las interpretaciones de la Norma Suprema establecidas por aquélla. Tales interpretaciones han de provenir de los procesos específicos en los que dicha Sala desarrolla sus atribuciones jurisdiccionales, incluyendo los mecanismos vinculados al control de constitucionalidad de las leyes. Hasta la solicitud o recurso de interpretación (directa) de la Constitución, si se considera que su artículo 335 le brinda respaldo, debe ser inscrita dentro de esta órbita jurisdiccional, y en esta dirección apunta la exigencia jurisprudencial de que exista una duda que “afecte” de manera actual o futura al accionante, y “un marcado problematismo bien sea para la buena marcha de las instituciones, para el ejercicio de los derechos fundamentales o para el mantenimiento del orden público y la paz social”.³³ No se trata, pues, de una vía destinada a resolver planteamientos puramente abstractos, que en ningún caso podrían ser simplemente teóricos o académicos. A ello se refirió la propia Sala Constitucional en la sentencia que inauguró esta vía judicial:

Pero como no se trata de una acción popular, como no lo es tampoco la de interpretación de ley, quien intente el “recurso” de interpretación constitucional, sea 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. En fin, es necesario que exista un interés legítimo, que se manifiesta por no poder disfrutar correctamente la situación jurídica en que se encuentra, debido a la incertidumbre, a la duda generalizada.³⁴

La propia evolución de la jurisprudencia constitucional contrasta, por otra parte, con la tajante distinción establecida entre la *jurisdicatio* y la *jurisdatio*, ya que ha

³³ *Ibíd.*

³⁴ Sentencia del 22 de septiembre de 2000 (n. 1077), caso *Servio Tulio León*.

sido en el curso de procesos constitucionales dirigidos a resolver casos concretos, como el amparo constitucional, que la Sala ha proferido muchas de sus interpretaciones constitucionales vinculantes de alcance general, no siempre, por cierto, de acuerdo con la técnica del precedente, como luego veremos. La experiencia comparada en el ámbito de la jurisdicción constitucional enseña igualmente que es al hilo de la normal actividad jurisdiccional de los tribunales respectivos, y dentro del cauce de procesos constitucionales cuyo fin directo o principal no es la interpretación abstracta de la Constitución, que se ha formado y enriquecido la doctrina constitucional vinculante.

En suma, la primacía de la Sala Constitucional en la interpretación de la Norma Fundamental, que indudablemente ostenta, no debe afectar el adecuado funcionamiento del sistema de justicia constitucional. Para evitarlo es primordial, además de superar equívocos como los mencionados, definir el alcance de la fuerza vinculante contemplada en el artículo 335, a lo cual se destina el próximo apartado.

2. *El efecto vinculante previsto en el artículo 335 de la Constitución*

A. *El artículo 335 como fundamento de la jurisprudencia constitucional vinculante*

El artículo 335 de la Constitución, al prever la obligatoriedad de las interpretaciones constitucionales establecidas por la Sala Constitucional, fija las bases de la jurisprudencia constitucional vinculante. Dentro de este concepto están comprendidos los precedentes propiamente dichos que se deriven de las sentencias de la Sala Constitucional, como también, dentro de ciertos límites, las interpretaciones constitucionales sentadas expresamente por ella al conocer de acciones o recursos de naturaleza constitucional.

La fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional se traduce, fundamentalmente, en la aplicación de la regla del precedente (obligatorio) en esta materia, lo cual implica que la *ratio decidendi* o *holding* de las sentencias que resuelvan disputas constitucionales debe ser seguida por todos los órganos jurisdiccionales, tal como luego explicaremos. Adicionalmente, parecería que el artículo 335 reconoce carácter vinculante a las interpretaciones constitucionales sentadas por la Sala Constitucional con motivo de la resolución de controversias de esa misma índole, aunque no se circunscriban estrictamente a la *ratio decidendi* del fallo, siempre que estén relacionadas de manera directa con el caso sometido a su consideración.

Una ojeada al derecho comparado, al cual ya aludimos, muestra la tendencia, en sistemas jurídicos de *civil law*, a atribuir fuerza vinculante general a la jurisprudencia constitucional. En esta dirección apuntan, en Alemania, el artículo 31.1 de Ley del Tribunal Constitucional Federal; en España, los artículos 164.1 de la Constitución, 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y 5.1 de la Ley Orgánica del

Poder Judicial; y en Costa Rica, el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. En Colombia ha habido algunos obstáculos para el reconocimiento de la obligatoriedad de las interpretaciones constitucionales sentadas por la Corte Constitucional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución de ese país, el cual expresamente señala que la jurisprudencia es un simple criterio auxiliar de la actividad judicial, así como por los intentos del Congreso de restringir el alcance de los fallos constitucionales. Pero la doctrina de la Corte Constitucional propende a la consolidación del carácter vinculante de sus interpretaciones, para lo cual ha acudido a la técnica del precedente, distinguiendo entre la argumentación que guarda una relación directa y necesaria con la parte resolutive de la sentencia (obligatoria) y la de índole tangencial.³⁵

En estos sistemas jurídicos, la previsión de la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional se fundamenta en la posición institucional de los tribunales, cortes o salas constitucionales, en su condición de máximas instancias de interpretación de la Constitución. En ocasiones se ha querido invocar el principio de igualdad en la aplicación del derecho como basamento de tal fuerza vinculante, mas ello no basta para explicarla, pues en los demás ámbitos jurisdiccionales normalmente impera un precedente meramente persuasivo respecto de las futuras decisiones de otros tribunales, lo cual no supone por sí solo una vulneración del principio de igualdad. Algo distinto sucede en el derecho norteamericano, en lo concerniente a las interpretaciones constitucionales emanadas de la Suprema Corte, porque allí tradicional y naturalmente rige, sin necesidad de fórmula legal o constitucional expresa, el *stare decisis*.

La Sala Constitucional de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, como ya señalamos, ha distinguido dos vertientes del efecto vinculante previsto en el artículo 335 de la Constitución: una referida a la interpretación abstracta y directa de la Norma Suprema; otra relativa a su interpretación para la resolución de casos concretos.

Al fijar tal distinción, otorgó más relevancia a la primera vertiente, que denominó *jurisdatio*, en lo que atañe a su repercusión en la interpretación vinculante de la Constitución. Sin embargo, en la praxis judicial de esa Sala han tenido gran importancia, tal vez mayor, los pronunciamientos dictados en procesos constitucionales específicos, especialmente en las acciones de amparo, hasta el punto de que ha sido principalmente en el marco de éstos que ha desarrollado la denominada *jurisdicción normativa*, es decir, el establecimiento de criterios con valor *erga omnes* destinados a colmar vacíos o insuficiencias de la legislación, a causa de su falta de adaptación a la nueva Constitución. Se trata de interpretaciones proferidas con motivo de un caso concreto pero que deliberadamente lo trascienden. El artículo 335 de nuestra Carta Magna parecería ofrecer respaldo, con ciertas restricciones, a esta manifestación de la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional, aunque la Sala Constitucional

³⁵ Cf. López Medina, o. cit., pp. 14 y ss.

debe ser prudente en la fijación de criterios vinculantes distintos a los comprendidos en la *ratio decidendi* de la sentencia.

Una muestra del manejo inapropiado del efecto vinculante de la jurisprudencia constitucional es la sentencia de la Sala Constitucional del 12 de junio de 2001, emitida en el amparo interpuesto por Elías Santana y Queremos Elegir para garantizar el ejercicio del derecho a réplica en el programa radial *Aló, Presidente*. En esa ocasión la sentencia advirtió, desde el inicio de su parte motiva, que pasaba a “decidir, lo que será doctrina vinculante en la interpretación de los artículos 57 y 58 de la Carta Fundamental”.³⁶ A partir de allí explotó una multiplicidad de criterios en relación con el alcance del derecho a la libertad de expresión e información y sobre las implicaciones del derecho a la información veraz e imparcial consagrado constitucionalmente, para luego entrar en el verdadero tema planteado, como era el ejercicio del derecho a réplica o rectificación. Prescindiendo de la opinión que se tenga sobre los juicios emitidos en esa parte introductoria de la sentencia, es innegable que no resultaban necesarias ni pertinentes las opiniones vertidas respecto de la significación general del derecho a la libertad de expresión o del derecho a la información, por lo que no es posible reconocerles fuerza vinculante.

En cambio, en ocasiones la Sala Constitucional ha adoptado pronunciamientos en los que, al resolver el caso sometido a su consideración, sienta criterios de interpretación de la Constitución que sí están ligados a él, pero que poseen un explícito alcance general que trasciende el del estricto precedente. Ejemplo de ello son las sentencias relativas a la modificación del procedimiento del amparo constitucional, para ajustarlo a los principios del artículo 27 de la Constitución; al poder de la Sala Constitucional para revisar decisiones definitivamente firmes de otras salas del Tribunal Supremo de Justicia o de otros tribunales del país; así como las dictadas en las materias de intereses difusos o colectivos, y de la acción de hábeas data, entre otras, las cuales forman parte de lo que la Sala ha llamado la *jurisdicción normativa*.³⁷

Todas las sentencias provistas de este singular efecto (valor *erga omnes*) deberían, según aseveró la Sala Constitucional en el caso *ASODEVIPRILARA*, ser publicadas en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela y, durante la tramitación de la acción incoada, procede ordenar la notificación de los interesados, en atención a la posible repercusión del fallo sobre terceros.

Sin negar la admisión de pronunciamientos que contengan interpretaciones constitucionales vinculantes estrechamente ligadas al caso decidido pero no comprendidas por el precedente en sentido propio, es preciso advertir sobre los riesgos a que puede conducir, en relación con valores como la seguridad jurídica y con la distribución constitucio-

³⁶ Sentencia del 12 de junio de 2001 (n. 1013), caso *Elías Santana*.

³⁷ Sentencias del 1 de febrero de 2000 (n. 7), caso *José Amando Mejía*; del 6 de febrero de 2001 (n. 93), caso *Corpoturismo*; del 30 de junio de 2002 (n. 656), caso *Dilia Parra Guillén*; y del 14 de marzo de 2001 (n. 32), caso *Insaca*.

nal de las funciones públicas, particularmente en lo que atañe a los límites entre la jurisdicción constitucional y la potestad legislativa, la denominada *jurisdicción normativa*, a lo cual nos hemos referido más ampliamente en otro lugar.³⁸

Por último, importa señalar que del artículo 335 de la Constitución se desprende claramente que el efecto vinculante allí previsto se circunscribe a la interpretación de las normas y principios constitucionales, lo cual, como ya apuntamos, puede equipararse a la distinción entre reglas y principios generalizada en la teoría del derecho. Se trata, pues, de la interpretación de normas constitucionales de cualquier índole, incluso de principios constitucionales no escritos, dimanantes del ordenamiento jurídico-constitucional.

Al respecto, puede surgir un interrogante acerca de la posible extensión del efecto vinculante del artículo 335 a interpretaciones de disposiciones legales realizadas por la Sala Constitucional. Es indudable que la pura interpretación legal llevada a cabo por dicha Sala, al resolver una acción, solicitud o recurso, no posee fuerza vinculante. Pero sí pueden ostentarla las aseveraciones de dicha Sala acerca de la interpretación constitucionalmente necesaria de una disposición legal o, en sentido inverso, acerca de la interpretación constitucionalmente excluida de un precepto legal. Esta clase de pronunciamientos no es extraña a la jurisdicción constitucional, sobre todo en virtud de la superación de la visión de los tribunales constitucionales como simples legisladores negativos. En ejercicio del control concentrado de constitucionalidad de las leyes resulta a veces aconsejable, en lugar de caer en el dilema de la anulación de la norma legal o la total desestimación del recurso interpuesto en su contra, determinar el sentido en el cual esta norma es compatible con la Constitución o, al contrario, precisar aquel que debe ser rechazado por vulnerar la Carta Fundamental. Estas interpretaciones quedan comprendidas por el artículo 335 y son obligatorias para los tribunales de la República.

También es conveniente referirse al papel de la Sala Constitucional en la interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por la república, a los que la Constitución reconoce jerarquía constitucional (artículo 23). Tanto dicha Sala como las restantes del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales del país ostentan la facultad de interpretarlos, pues éste es un paso necesario para su aplicación. Pero al hacerlo quedan sujetos a los criterios establecidos por las instancias que de acuerdo con tales tratados tienen la competencia de determinar el alcance de sus disposiciones. Ésta es una de las consecuencias que cabe atribuir a los artículos 19, 23 y 31 de la Constitución, la cual aún no ha sido acogida por la jurisprudencia constitucional.³⁹

³⁸ Cf. Jesús M. Casal H., "La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas", en *Revista de Derecho Constitucional*, nº 4, 2001, pp. 149 y ss.

³⁹ La cual apunta más bien en dirección contraria. Cf. el acuerdo de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del 25 de julio de 2001, emitido a raíz de las críticas que provocó la sentencia 1.013/2001 de la Sala Constitucional, ya citada; y la sentencia de la Sala Constitucional del 7 de agosto de 2001 (n. 1393), caso *Fermín Toro Jiménez*.

B. *Significación y alcance del precedente constitucional*

La pieza central para la construcción de la jurisprudencia constitucional vinculante ha de ser el precedente constitucional. Su particular autoridad halla justificación en que se sitúa en la médula de la tarea jurisdiccional, al contener las razones necesarias para entender por qué una controversia jurídica ha sido resuelta en un determinado sentido. La ubicación de la Sala Constitucional en la cúspide del sistema de justicia constitucional y las peculiaridades de las normas constitucionales no privan a la función que desempeña de naturaleza jurisdiccional, lo cual implica que es mediante la resolución de problemas jurídico-constitucionales concretos surgidos en la realidad que se elabora la jurisprudencia constitucional.

La noción de precedente no es del todo ajena a los ordenamientos jurídicos de *civil law* o de derecho continental, sobre todo en su modalidad de precedente persuasivo, como son los que emanan de las sentencias de las cortes o salas de casación o, en general, de los tribunales ubicados en la cúspide de la organización judicial. Pero se ha desarrollado y adquirido plena vigencia en los sistemas de *common law*, como expresión del principio de *stare decisis*. En tales sistemas, este principio guarda relación con los valores esenciales de su tradición jurídica e incluso con postulados del *rule of law*, como lo son la certeza y predictibilidad del derecho, el rechazo a la desigual aplicación de la ley y el respeto al relevante papel del juez en la producción jurídica.⁴⁰ De esta forma, el principio de *stare decisis* no es una camisa de fuerza para la administración de la justicia, sino más bien el cauce natural por el cual ésta discurre, pues es a partir de los casos concretos, y de los precedentes y distinciones que con base en ellos se puedan establecer, que avanza el derecho de creación judicial, el cual ocupa un lugar capital en dichos sistemas.

La aplicación del principio *stare decisis* y de los precedentes implica determinar los contenidos de las sentencias que resultan obligatorios en procesos futuros. De ahí surge la distinción entre la *ratio decidendi* o *holding* y los *obiter dicta* o *dicta*. La primera está compuesta por las razones básicas y necesarias que fundamentan la parte resolutive o dispositiva de la sentencia, mientras que los segundos son afirmaciones complementarias o tangenciales emitidas en el pronunciamiento judicial. Sólo la *ratio decidendi* integra el precedente vinculante, que rige los casos sustancialmente iguales que se presenten posteriormente, y se extiende a otros casos con base en el razonamiento analógico. Cabe, sin embargo, hacer distinciones entre los hechos que generaron la regla contenida en el precedente y las circunstancias del nuevo caso sometido a consideración judicial, para evidenciar que determinado precedente no es aplicable a este último⁴¹.

⁴⁰ Véase Magaloni Kerpel, o. cit., pp. 185 y ss.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 76 y ss.

El precedente puede serlo vertical u horizontalmente, dependiendo de si vincula a los tribunales que se encuentran en niveles inferiores de la escala judicial o a los tribunales situados en un mismo grado, incluyendo al que establece el precedente. En el ámbito de la jurisdicción constitucional, la mayor significación la ostenta el precedente vertical, y se estima que, en esta materia, la Corte Suprema norteamericana está sujeta a un precedente horizontal flexible, dada la necesidad de adaptar sus pronunciamientos a realidades cambiantes, lo cual comprende las transformaciones producidas en las ideas dominantes en la sociedad.⁴²

Esta es, *grosso modo*, la forma en que opera el precedente judicial en sistemas de *common law*, pero esta visión esquemática es susceptible de muchas otras precisiones y matizaciones, derivadas, en buena medida, de las diversas concepciones sobre el *stare decisis* que existen en la doctrina y jurisprudencia anglosajonas. Así, desde una perspectiva minimalista respecto del alcance de los precedentes, se sostiene que lo vinculante para casos futuros sería solamente la concreta decisión adoptada ante unos hechos específicos, no la motivación que la haya fundamentado, también denominada *rationale*. Por otro lado, en lo que atañe a la forma de establecer los precedentes, se piensa, desde una óptica maximalista, que el tribunal puede servirse de los hechos del caso para establecer reglas generales vinculantes, sobre todo si se trata de un tribunal que ocupa los grados superiores en la estructura judicial.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha acudido con frecuencia a la categoría del precedente y a la noción de *ratio decidendi* para delimitar los efectos vinculantes de sus pronunciamientos. Tanto en la sentencia antes comentada (caso *Hermann Escarrá*) como en decisiones posteriores, al distinguir entre la interpretación directa o abstracta de la Constitución y la que se produce en situaciones particulares, ha señalado que en este último supuesto la obligatoriedad de su sentencia se limita a casos similares al resuelto, que queden cubiertos por el precedente. En tal sentido, ha aseverado:

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 [...]

Los pronunciamientos que, sin referirse al núcleo central del debate objeto de la decisión, afectan a un tema colateral relevante para la misma, normalmente vinculados con los razonamientos jurídicos esbozados para afinar la solución al caso, no serán por lógica, vinculantes, ni en este ni en otro sentido.⁴³

⁴² Cf. Victoria Iturralde, *El precedente en el common law*, Civitas, Madrid, 1995, p. 138.; Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 470.

⁴³ Sentencia del 9 de noviembre de 2000 (n. 1347), caso Ricardo Combellas; cf. también sentencia del 22 de noviembre de 2000 (n. 1415), caso *Freddy H. Rangel Rojas y Michel Brionne Gandon*.

Igualmente, ha declarado:

Recuérdese que, desde un punto de vista formal, los efectos de la sentencia en nuestro ordenamiento jurídico no se extienden más allá de los límites que impone la cosa juzgada; es decir, no tienen efectos vinculantes respecto a casos o sujetos ajenos al hecho controvertido. El fallo es, no obstante, una norma jurídica, pero una norma jurídica *individualizada*, de la cual no pueden seguirse efectos generales. Se deja a salvo, por supuesto, el efecto vinculante que ostenta la *ratio decidendi*, es decir, la razón que sirve de justificación al fallo, de las sentencias de la Sala Constitucional, cuando interpreten, dentro de los límites del caso planteado, el sentido y alcance de una norma perteneciente al bloque constitucional.⁴⁴

En ocasiones, la Sala Constitucional ha establecido de manera expresa el carácter vinculante de la *ratio decidendi* y ha ordenado la publicación de la sentencia correspondiente en la *Gaceta Oficial*:

Finalmente, debido a la relevancia de las consideraciones emitidas en el fallo bajo examen y, además, por haber reflexionado la Sala sobre el alcance de principios elementales de nuestro ordenamiento jurídico constitucional, como lo son el derecho a la libertad y la garantía de presunción de inocencia, declara vinculante la *ratio decidendi* que condujo a la decisión definitiva del presente fallo. Por tal motivo, se ordena la publicación de la presente sentencia en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Así mismo, se ordena remitir copia certificada del presente fallo a los Presidentes de los Circuitos Judiciales Penales del país, quienes, a su vez, difundirán el contenido de la decisión por medio de copias certificadas a los jueces de primera instancia y superiores que conforman los Circuitos Judiciales Penales de la República.⁴⁵

También ha dictado pautas de actuación específicas, dirigidas a los jueces de la república, respecto de la materia objeto de decisión. Así lo hizo, por ejemplo, al pronunciarse sobre el tratamiento que debía darse a procesos iniciados con base en un litisconsorcio contrario a la ley.⁴⁶

Asimismo, al referirse a la fuerza vinculante de una interpretación previamente establecida por la Sala en relación con su competencia exclusiva para conocer acciones interpuestas en defensa de intereses difusos o colectivos, sostuvo:

En este sentido, observa la Sala que la decisión que recayó en el caso Dilia Parra (sentencia N° 656 del 30 de junio de 2000) fue producto de la interpretación constitucional directa del artículo 26 de la Carta Magna, la cual, de acuerdo al artículo 335 del mismo Texto Fundamental, presenta carácter vinculante respecto de las decisiones de todos los Tribunales de la República y de las restantes Salas de este Supremo Tribunal. Este artículo plantea la generación y desarrollo de un sistema de precedentes judiciales que garantice la coherencia de la interpretación de la nueva Constitución a todos los niveles de la Justicia. Tal sistema, exige, en aras de su solidez dogmática, que los fallos que sean dictados de conformidad con esas decisiones vinculadas se hallen debidamente fundamentados, definiendo, tanto el alcance de la

⁴⁴ Sentencia del 19 de julio de 2001 (n. 1269), caso *Richard José Oropeza*.

⁴⁵ Sentencia del 27 de noviembre de 2001 (n. 2426), caso *Víctor Giovanny Díaz Barón*.

⁴⁶ Sentencia del 28 de noviembre de 2001 (n. 2458), caso *Aeroexpresos Ejecutivos*.

decisión citada como precedente, como las características del supuesto concreto que lo hacen regulable por aquél.

En ese orden de ideas, siendo el régimen competencial materia de orden público, la declaratoria realizada por esta Sala en el caso *Dilia Parra* es netamente de carácter provisional, derivado del ejercicio de la jurisdicción normativa por parte de esta Sala, mientras se desarrolla una normativa legal, promulgada por el Poder Legislativo, que efectivamente establezca un régimen competencial claro para este tipo de acciones.⁴⁷

Es digna de mención la significación que en este fallo se atribuye al artículo 335, como generador de “un sistema de precedentes judiciales”, lo cual exige, ciertamente, fundamentar la aplicación del precedente, precisando su alcance y su correspondencia con el caso concreto bajo análisis. Es llamativo, sin embargo, que la Sala Constitucional invoque, en este contexto, una sentencia en la cual la *ratio decidendi* parecería no comprender la interpretación del artículo 26 de la Constitución a la cual se alude, relativa, entre otras cosas, a su competencia exclusiva para el conocimiento de acciones interpuestas invocando intereses difusos o colectivos, ya que la decisión señalada, dictada en el caso *Dilia Parra Guillén*, estimó improcedente *in limine litis*, por razones ajenas a dicha interpretación, el amparo incoado por la Defensoría del Pueblo en defensa de intereses difusos o colectivos, en un asunto en el cual la competencia, de acuerdo con la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, no podía ser sino de la Sala Constitucional, tal como ésta lo declaró, por haber sido señalada la Comisión Legislativa Nacional como el ente agravante. Tal vez ello explica la mención del carácter *directo* de la interpretación del artículo 26 de la Constitución establecida en tal pronunciamiento, que la propia Sala Constitucional en ésa y en otras ocasiones ha inscrito dentro de la llamada jurisdicción normativa.

En lo que atañe al precedente horizontal en el seno de la Sala Constitucional, ésta ha declarado que sus precedentes o interpretaciones no la vinculan estrictamente,⁴⁸ lo cual no debe conducir a una completa negación de la influencia de los pronunciamientos de dicho órgano jurisdiccional en sus futuras decisiones, en atención no tanto al artículo 335 de la Constitución, sino al mandato de coherencia que ha de presidir la actuación de todo alto tribunal cuyas sentencias pretendan estar revestidas de especial autoridad, y al principio de igualdad en la aplicación del derecho, que opera en ciertos supuestos cuando se trata de medir la actuación de un mismo tribunal. De ahí que la Sala Constitucional deba justificar la adaptación o modificación de su jurisprudencia.

C. *Aplicación, adaptación y garantía del precedente constitucional*

La aplicación (y extensión analógica) de precedentes permite establecer de manera paulatina una línea jurisprudencial o doctrina judicial vinculante, dotada de una especial solidez, al ser fruto de la confrontación reiterada con la casuística jurídica. A

⁴⁷ Sentencia del 15 de agosto de 2002 (n. 1935), caso *Asociación Civil Pro Defensa y Rescate de los Servicios Públicos*.

⁴⁸ Sentencia del 19 de julio de 2001 (n. 1309), caso *Hermann Escarrá*.

la vez, los precedentes llevan implícitos la energía transformadora necesaria para la adaptación de tal doctrina judicial, por cuanto la regla que de éstos se colige rige en relación con determinados hechos y circunstancias, susceptibles de distinción, y queda abierta la posibilidad de reducir el ámbito de su obligatoriedad interpretándolo de manera restrictiva, cuando el sometimiento ciego a lo afirmado en la *ratio decidendi* de una sentencia conduzca a resultados manifiestamente erróneos o injustos.

En este orden de ideas, resulta de sumo interés aludir someramente a la dinámica del *stare decisis*, en lo que atañe al modo de construir la doctrina judicial obligatoria, mediante precedentes. Según el principio de *stare decisis*, el derecho de creación judicial se conforma gradualmente con fundamento en sucesivas decisiones que encadenadamente integran una doctrina jurisprudencial vinculante. En palabras de Llewellyn, “ningún caso puede tener significado por sí mismo”.⁴⁹ En la formación del precedente interviene tanto el tribunal que dicta una decisión capaz de vincular a otros órganos judiciales, como el juez que la examina posteriormente para determinar si representa un precedente respecto del caso que está conociendo. En consecuencia, el precedente no es propiamente aquella parte de una sentencia que un tribunal impone o declara como tal, sino la *ratio* esencial de la decisión, con el nivel de generalidad que le atribuyan los jueces en casos futuros, todo ello sin perjuicio de las facultades que ostenta un tribunal ubicado en la cúspide de la estructura judicial para hacer respetar la cabal interpretación de los criterios sentados en sus pronunciamientos, o para acoger la lectura del precedente proveniente de los jueces de instancia.

Estos planteamientos son válidos, con las debidas matizaciones, respecto de los precedentes (en sentido propio) de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Éstos no cierran las puertas a la labor interpretativa de los jueces ordinarios o de otras salas del Tribunal Supremo de Justicia, que mediante técnicas como la de la distinción o la de la aplicación estricta de la *ratio decidendi* pueden contribuir a adaptar y, por tanto, a vitalizar la doctrina constitucional vinculante, generando una comunicación institucional siempre saludable. Ello no significa, no obstante, que la Sala Constitucional deba forzosamente acoger la propuesta de entendimiento del precedente nacida de otros órganos judiciales, ya que podría hacer uso de la facultad de revisión de sentencias definitivamente firmes que incurren en abierto desacato a la interpretación vinculante previamente sentada por la Sala con base en el artículo 335. En ocasiones la Sala ha ido más allá y ha declarado, después de rechazar la solicitud de revisión de una sentencia interlocutoria, la aplicación al caso de su jurisprudencia obligatoria, para garantizar, entre otras cosas, “la estabilidad y uniformidad de los criterios interpretativos de la Constitución establecidos por esta Sala Constitucional”.⁵⁰

⁴⁹ Citado por Magaloni Kerpel, o. cit., p. 160.

⁵⁰ Sentencia del 13 de marzo de 2003 (n. 522), caso *Samtronic*.

Andreas Timmermann (Alemania) *

Hacia una vinculación objetiva de los institutos jurídicos. Argumentos en contra de consideraciones inapropiadas en el derecho

I. Introducción

1. Vinculación objetiva (*Sachgebundenheit*)

Para remarcar la trascendencia de una vinculación objetiva (*Sachgebundenheit*) Jean-Jaques Rousseau formuló un principio pedagógico: “Mantén al niño sujeto a las cosas y lo educarán conforme a la naturaleza”. Solo la sujeción a las cosas, a diferencia de la sujeción a los hombres, sería natural, no dañaría la libertad ni implicaría vicios.¹ Para Rousseau aparece como imprescindible el reconocimiento de las imposiciones provenientes de las cosas. En ello vio una razonable autolimitación del individuo, la cual estaría en peligro a través de una dependencia respecto de los hombres, porque ninguna voluntad particular se dejaría ordenar en la sociedad.² ¿Es aplicable esta virtud también a los poderes públicos? ¿En qué medida están ellos obligados a decidir con base en una vinculación objetiva?

El sistema jurídico alemán presupone una vinculación objetiva de los procedimientos públicos como algo que se entiende por sí mismo: Para los *tribunales* se

* Asesor jurídico en el Ministerio de Economía del estado de Berlín (Alemania). Es docente de Historia Constitucional en la Universidad de Hamburgo y autor de varias publicaciones sobre temas de derecho comparado e historia de derecho en España y Colombia.

¹ Jean-Jacques Rousseau, *Emile oder über die Erziehung*, 12ª ed., Paderborn, 1995, p. 63.

² De lo cual infirió la omnipotencia de la ley como expresión de una voluntad (calificada como general) que estaba ubicada por sobre cualquier voluntad particular. Rousseau, l. cit., p. 63; además: Karl-Siegbert Rehberg, “Natur und Sachhingabe”, en Herbert Jaumann (ed.), *Rousseau in Deutschland*, Berlín, 1995, pp. 235 (237 y s.).

establece, al inicio de cada proceso, un examen sobre su propia competencia material (artículo 1 del Código de Procedimiento Civil y artículo 1 del Código de Procedimiento Penal). Determinantes para el objeto del litigio y para la demanda procesal son los hechos de la causa que le sirven de fundamento; será “objetivamente” —es decir, con base en esos hechos— que se determinará si, entre otras cosas, la litispendencia, la acumulación de acciones, la cosa juzgada o la prescripción han tenido lugar: “La cosa juzgada se expresa objetivamente”.³ A su vez, la vinculación objetiva consiste en el hecho de que cualquier elemento personal o de cualquier otra índole que se encuentre fuera de las pretensiones esgrimidas pasa a un segundo plano, y de que no será determinante para la decisión judicial aquello que no pertenezca al litigio como tal ni aquello que no sirva a su objeto.⁴

La *administración pública* se encuentra sometida al precepto general y vigente de la objetividad. Las personas responsables dentro de ella deben guardar imparcialidad y distancia, sin las cuales es imposible tomar una decisión justa.⁵ En decisiones del derecho de planificación le corresponde al contexto objetivo específico una importancia particular: tanto en el procedimiento mismo como en el resultado de la ponderación, los intereses de cierto peso deben ser suficientemente valorados.⁶ Una “ponderación objetiva” de intereses públicos y privados es expresión del principio del Estado de Derecho según el artículo 20 inciso 3 de la Ley Fundamental alemana.⁷ En cuanto al *legislador*, el Tribunal Constitucional Federal ha remarcado su vinculación objetiva en relación con el principio de igualdad. Es así que el legislador procede arbitrariamente, como lo expresa una fórmula clásica que en los últimos tiempos ha experimentado sólo una pequeña modificación, y violenta el artículo 3 inciso 1 de la Ley Fundamental cuando establece una diferenciación o un igual trato sin que

³ Adolf Baumbach y Wolfgang Lauterbach, entre otros, *Zivilprozessordnung*, 59ª ed., Múnich, 2001, introducción al artículo 322, párrafo segundo; además, una presentación ante el Tribunal Constitucional Federal, de acuerdo con el artículo 100 inciso 1 de la Ley Fundamental alemana, requiere que la instancia recurrente (es decir, un tribunal) sea objetivamente independiente, según lo establecido por el mismo Tribunal Constitucional Federal en la decisión del 17 de enero de 1957, *BVerfGE* 6, 55 (63).

⁴ Georg Simmel, *Soziologie - Untersuchungen über Formen der Vergesellschaftung*, Leipzig, 1908, p. 266. Él habla en una forma idealista del “carácter de la pura objetividad, que corresponde a la inexorabilidad, al rigor, a la incondicionalidad del carácter del litigio” (pp. 267 y ss).

⁵ Con respecto al control de los límites de la discrecionalidad en la toma de decisiones, véase la sentencia del Tribunal Contencioso-Administrativo Federal del 20 de septiembre de 1984, *BVerwGE* 70, 143 (152); y sentencia del 23 de abril de 1998, *BVerwG*, en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1998, p. 1302 (1303).

⁶ Tribunal Contencioso-Administrativo Federal, sentencia del 12 de diciembre de 1969, *BVerwGE* 34, 301 (309); y sentencia del 5 de julio de 1974, *BVerwGE* 45, 309 (314 y s.).

⁷ Tribunal Administrativo Federal, sentencia del 7 de julio de 1978, *BVerwGE* 56, 110 (122 y ss.); sentencia del 21 de agosto de 1981, *BVerwGE* 64, 33 (35, 38).

pueda hallarse ningún razonable “fundamento que haya emanado de la naturaleza de la cosa o de algún otro motivo objetivamente obvio”.⁸

La interdicción de la arbitrariedad significa “que en la elección de los hechos, para los cuales se establecerá una norma jurídica, se procederá objetivamente, es decir, de acuerdo con puntos de vista que resulten de la singularidad de la cosa a regular”.⁹ Los efectos de la actuación estatal deben ser juzgados de acuerdo con el principio de igualdad jurídica. La igualdad es expresión de la justicia objetiva y la igualación establecida por el artículo 3 inciso 1 de la Ley Fundamental debe apreciar el orden interno de la materia a regular haciéndose eco de las similitudes y las diferencias dadas por la realidad misma, la cual, a su vez, está dotada de una significación jurídica propia.¹⁰

2. *Consideraciones inapropiadas (sachfremde Erwägungen)*

La contracara, es decir, lo contrario a todo lo que se ha venido diciendo, la configuran las consideraciones inapropiadas (*sachfremde Erwägungen*). Ellas se basan, por lo general, en leyes y a menudo crean de su parte una sistemática propia. La violación sistemática, legalmente legitimada, opera ella misma como formadora del sistema. Así el *seguro social* debe, de acuerdo con el principio de equivalencia, dar cobertura a la parte asegurada frente a determinados riesgos. De ese modo, el seguro de salud tiene como objeto el riesgo de la enfermedad. Es por ello que determinadas prestaciones que no se encuentran al servicio directo del tratamiento de la enfermedad se consideran ajenas al seguro. Algunos ejemplos de ello son la financiación de la protección de la maternidad o el pago de los costos de transporte cuando se debe concurrir al médico. El seguro de desempleo protege al trabajador frente al riesgo de la pérdida del empleo y, con ello, del salario. En la actualidad, sin embargo, casi un tercio de las asignaciones dadas al Instituto Federal del Trabajo son aplicadas a prestaciones ajenas al seguro de desempleo; por ejemplo, como prestaciones discrecionales para el fomento activo del mercado laboral de acuerdo con el Código Social (SGB), libro III, sobre los cuales los asegurados no poseen ningún derecho.¹¹ Prestaciones

⁸ Jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional Federal desde la sentencia del 23 de octubre de 1951, *BVerfGE* 1, 14 (52), hasta la decisión del 4 de diciembre de 2002, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2003, p. 2079 (2080).

⁹ Tribunal Constitucional Federal, decisión del 1 de junio de 1989, *BVerfGE* 80 109 (118), con apoyo en diferentes citas de su propia jurisprudencia.

¹⁰ Paul Kirchhof, “Der allgemeine Gleichheitssatz”, en Josef Isensee y Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 5, Heidelberg, 1992, § 124, puntos n° 205 y 208; además: Wolfgang Rübner, con respecto al artículo 3 inciso 1, en Rudolf Dolzer y Klaus Vogel (eds.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, julio 2003, punto n° 29.

¹¹ Objeto de deliberación y consulta de los ministros y senadores de economía alemanes en la Conferencia de Primavera, el 1 y 2 de marzo de 2001, TOP 18, y en la Conferencia de otoño el 22 y 23 de noviembre de 2001, TOP 12.

ajenas al seguro social son concedidas típicamente para el cumplimiento de funciones estatales generales y no para el cumplimiento de las obligaciones específicas del grupo asegurado, las cuales se refieren a la comunidad de asegurados como tal. Esto habla a favor de la demanda, constantemente creciente, de una reforma en la financiación de las prestaciones del seguro; esto es, que las prestaciones ajenas al seguro sean financiadas a través de las recaudaciones impositivas generales y no a través de las primas que los asegurados pagan en el marco de la comunidad solidaria.¹²

Otro ejemplo lo proporciona la cuestión de la *adjudicación pública*. La idea principal es aquí la compra de bienes y servicios por parte de entidades estatales al precio más conveniente, asegurando a su vez el respeto a la igualdad de oportunidades de los oferentes.¹³ Las entidades estatales como adquirentes se encuentran obligadas, sin embargo, en el otorgamiento de contratos públicos, a criterios ajenos a la adjudicación pública misma, tales como los de promoción de la mujer, de consideraciones ecológicas, criterios que tienen que ver con el aseguramiento de puestos de formación e instrucción, de lucha en contra del trabajo en negro o las declaraciones de lealtad tarifaria, todos los cuales no se orientan precisamente a una aplicación eficiente y económica de los recursos públicos.¹⁴ Esta práctica es controvertida, a pesar de la nueva regulación contenida en el § 97 inciso 4 de la Ley Contra Limitaciones de la Competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, GWB), que permite la reglamentación de requisitos respecto de la parte contratante que exceden a su profesionalidad, eficiencia y fiabilidad. En el caso de la Ley de Adjudicaciones Públicas del Estado de Berlín, el Tribunal Constitucional Federal va a decidir sobre la legitimidad de una reglamentación correspondiente.¹⁵

Recientemente ha cobrado gran actualidad la cuestión de las consideraciones inapropiadas, tanto en el ámbito nacional como europeo, a través de la presentación de dos proyectos de ley. A causa de una iniciativa del Gobierno Federal, los comiten-

¹² Sobre esto: Christian Rolfs, "Versicherungsfremde Leistungen der Sozialversicherung", en *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, 1998, pp. 551 (551, 554).

¹³ Jost Pietzcker, "Die neue Gestalt des Vergaberechts", en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 162 (1998), p. 427 (428).

¹⁴ Con más información sobre los distintos estados federados alemanes: Markus Heintzen, "Vergabefremde Ziele im Vergaberecht", en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 165 (2001), pp. 62 (72 y s.); Martin Rusam sobre el § 25 VOB/A, puntos n° 30, en Wolfgang Heiermann y Richard Riedl, entre otros, *Handkommentar zur VOB*, 10ª ed., Wiesbaden, 2003, pp. 465 y s.; el más importante ejemplo de lo arriba dicho son los pagos tarifarios en las concesiones públicas: "Ley de Adjudicaciones Públicas de Niedersachsen, del 2 de septiembre de 2002", en *Gesetz- und Verordnungsblatt* (boletín oficial del Estado), 2002, p. 370; "Ley de Adjudicaciones Públicas de Bremen, del 17 de diciembre de 2002", en *Gesetz- und Verordnungsblatt*, 2002, p. 594.

¹⁵ "Ley de Adjudicaciones Públicas de Berlín, del 9 de julio de 1999", en *Gesetz- und Verordnungsblatt*, 1999, p. 369; además, presentación de una cuestión previa al Tribunal Constitucional Federal a través de resolución de la Corte Suprema Federal del 18 de enero de 2000, en *Der Betrieb*, 2000, p. 465.

tes estatales estarían en el futuro obligados a pagar la ejecución de contratos de obra pública y de prestación del servicio público de transporte, según los convenios colectivos vigentes en el lugar de la ejecución del contrato. Esto debería servir “a la protección del funcionamiento correcto de los convenios colectivos”, como así también a la “evitación y a la lucha en contra de evoluciones nocivas en el campo de la política social y laboral”.¹⁶ Estas consideraciones no sólo se encuentran fuera de toda relación con el principio de la compra más eficiente; sobre todo deben desplazar, expresamente, la finalidad de una “adjudicación razonable” toda vez que aparezcan como oportunas en beneficio y descarga del seguro de desempleo, de los portadores de ayuda social o por razones de política financiera del Gobierno federal.¹⁷

También la Comisión Europea corre el peligro de desvincularse de la concepción restrictiva que tuvo originariamente, en lo tocante a las consideraciones ajenas a la adjudicación pública. Es cierto que, tanto respecto a la elección de los oferentes como al otorgamiento de la adjudicación, deben elegirse aquellos criterios que surgen del objeto mismo de la adjudicación, es decir, aquellos que se encuentran vinculados a la cosa.¹⁸ Pero la Comisión, en adhesión a una no siempre consecuente jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo sobre esta cuestión, se esfuerza en lograr una aclaración de que en general son admisibles criterios adicionales y de política social en la adjudicación, en tanto se encuentren en concordancia con los principios del derecho comunitario. Independientemente de esto, queda en manos de los Estados miembros el hacer depender de otros objetivos, distintos al de la mejor relación precio-prestación, todos aquellos contratos públicos que no caigan directamente dentro de las directivas comunitarias.¹⁹ También cuando se trata solamente de señalar a los Estados miembros posibilidades de atención a intereses de política social y tomarles las inseguridades de esa materia, a largo plazo, se permitiría ampliar la libertad de acción en el campo de política social a los comitentes públicos de los Estados miembros, a través de aclaraciones como ésta y de una práctica concordante.

¹⁶ Proyecto de ley sobre el pago tarifario en los contratos públicos, del 26 de julio de 2001, *Bundestags-Drucksache* 14/6752; la ley aprobada el 26 de abril de 2002 en la primera cámara (Bundestag) fue rechazada en la segunda cámara (Bundesrat) el 12 de julio 2002, *Bundesrats-Drucksache* 608/02.

¹⁷ Según la fundamentación del proyecto de ley, anexo número 1 a la *Bundestags-Drucksache* 14/6752, la cual está unida a la discutible expectativa de que la sentencia esperada del Tribunal Constitucional Federal (nota al pie n° 15) se adelantase lo más posible.

¹⁸ Informe interpretativo en lo concerniente al derecho comunitario aplicable al régimen de la adjudicación pública y a las posibilidades de tomar en consideración intereses ecológicos en el otorgamiento de encargos públicos, del 4 de julio de 2001, *Kom* (2001)274 definitivo, pp. 16, 21.

¹⁹ Allí mismo, pp. 23 y s., 26; del mismo modo: Informe interpretativo en lo concerniente al Derecho comunitario aplicable al régimen de la Adjudicación Pública y a las posibilidades de tomar en consideración intereses sociales en el otorgamiento de encargos públicos, del 15 de octubre de 2001, *Kom* (2001)566 definitivo, pp. 12 y ss., 19 y ss.

Teniendo en cuenta este trasfondo, se deben analizar las pautas de la vinculación objetiva de institutos jurídicos desde una perspectiva teórica. Aquí se buscarán puntos de apoyo en la lógica, así como también se realizarán observaciones de tipo antropológico, siempre y cuando se dejen establecer conexiones con consideraciones de tipo teórico-jurídicas. Si estos fundamentos teóricos llegan a ofrecer planteamientos útiles para el ejercicio de la administración pública y para la jurisprudencia de los tribunales superiores, entonces se habrá contribuido con ello a una satisfactoria limitación de los criterios inapropiados. Para poder proponer una solución propia, serán luego tratados, por sobre todo, los dos campos de aplicación que acaban de mencionarse.

II. Fundamentos teóricos

Desde un punto de vista filosófico, una cosa puede ser comprendida como un producto de la lógica y como una finalidad resultante de ella, o se la reconoce antropológicamente como una expresión de necesidades individuales y de impulsos voluntariamente dirigidos. En ambos caminos el interés subjetivo es un criterio importante para la vinculación objetiva.

1. Lógica

De acuerdo con los criterios de la lógica, una cosa es caracterizada, ante todo, por su constitución esencial interna. El entendimiento reconoce los engaños de los sentidos; puede reconocer las cualidades de las cosas “y a través de ellas puede diferenciar las cosas en sí de las simples apariencias”.²⁰ La esencia de la cosa se encuentra determinada a través de caracteres necesarios (a diferencia de los caracteres no esenciales y accidentales), los cuales deben estar presentes en la cosa dada. Es decir, la cosa es reconocida sólo a través de sus caracteres esenciales, lo cual, a su vez, presupone un conocimiento específico de la cosa, pues “todo pensamiento no es más que una representación a través de características”.²¹

Georg Wilhelm Friedrich Hegel define el pensar como “actividad de lo general (como) un abstracto referirse a sí mismo, (como) un ser en sí indeterminado por la subjetividad, el cual según el contenido está, a la vez, sólo en la cosa y sus determinaciones”.²² Reflexionar sobre algo significa dirigir el pensamiento hacia un objeto. Lo general, como producto de esa actividad, contiene “el valor de la cosa, lo esencial, lo

²⁰ Immanuel Kant, “Einige Bemerkungen zu: Ludwig Heinrich Jakob”, *Prüfung der Mendelsohnschen Morgenstunden oder aller spekulativen Beweise für das Daseyn Gottes*, Leipzig, 1786, p. LVIII, LX.

²¹ Del mismo autor, *Logik* (ed.: Gottlob Benjamin Jäsche), 2ª ed., Leipzig, 1876, Introducción, VIII, pp. 64 y 67.

²² Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Encyklopädie der philosophischen Wissenschaften* (ed.: Karl Rosenkranz), Berlín, 1870, § 23, p. 54.

interno, lo verdadero”.²³ La cosa es igualmente identificada con lo esencial y racional y por ese camino es determinada. A su vez, se encuentran diferencias de las cuales se sigue una finalidad: por una parte, la diferenciación entre lo racional y lo irracional, para lo cual, por lo general, falta una determinación; de la cosa se puede hablar siempre que la razón aparece comprendida en su determinación;²⁴ por otra parte, el divorcio entre lo esencial (importante) y lo no esencial (insignificante), que se determina a través del fin que se persigue.²⁵

En este punto la importancia del interés resulta innegable. Cuando los hombres están convencidos de la bondad de una cosa, porque la han reconocido como esencial y verdadera, luego quieren encontrarse dentro de ella. Esto significa que debe existir un *interés*. Interés, en ese sentido, significa para Hegel no solamente el seguir a las propias necesidades sino también y precisamente al propio entendimiento, a la convicción. Rige como algo totalmente sobreentendido que el individuo, en cada actividad que emprende, busca satisfacción. Incluso los fines más generales y superiores pueden ser realizados cuando, ante todo, la persona actuante encuentra en ello su propia complacencia. Esta explicación de la vinculación objetiva se opone a la muy difundida afirmación de que el individuo interesado “busca sólo su ventaja individual, es decir, esa ventaja individual aislada, sólo su propio interés sin ningún tipo de sentimientos por el interés general”.²⁶ Ese equilibrio entre dos tipos distintos de intereses, que comúnmente son vistos como antagónicos, es una ventaja de gran importancia del aporte hegeliano. Otro aporte importante es la compatibilidad entre una comprensión racional de la cosa, por un lado, y las necesidades resultantes que a ella se refieren, por el otro, todo lo cual viene a ser expresado a través de un interés en la cosa.

2. Antropología

Arnold Gehlen toma como base consideraciones de tipo antropológico para su análisis. A diferencia de lo que ocurre en el mundo de los animales, los impulsos y necesidades humanos no se limitan a la superación de lo percibido, de una situación actual, sino que se ordenan de una forma vital a la acción, al conocimiento y a la previsión. De esto se sigue la objetivación de las necesidades, las cuales se establecen con una cierta duración y se extienden hacia impulsos más elevados de la inteligencia (intereses). Presupuesto de los intereses como impulsos hacibles y duraderos es, sobre todo, que ellos se dejen retardar y restringir, ya que un interés sobre los atributos de la cosa y una actividad objetiva sin un actuar controlado son absolutamente imposibles.²⁷ Es decir que, antropológicamente, la vinculación objetiva se cons-

²³ *Ibidem*, § 21, p. 52.

²⁴ *Ídem*, *Die Vernunft in der Geschichte* (ed.: Johannes Hoffmeister), 5ª ed., Hamburgo, 1955, p. 49.

²⁵ *Ibidem*, p. 33.

²⁶ *Ibidem*, p. 82.

²⁷ Arnold Gehlen, *Gesamtausgabe*, tomo III (“Der Mensch – seine Natur und seine Stellung in der Welt”), Fráncfort del Main, 1993, pp. 53 y s.

tituye en la limitación del interés. Desde el punto de vista de Gehlen, aquello que rige en la esfera del individuo debe regir también en la sociedad, ya que ella incluye una pluralidad de intereses individuales. Él remarca que sin intereses raramente se puede pensar en una situación social, y que los intereses en situaciones objetivas como seguridad, propiedad o mejores condiciones de vida son anteriores a cualquier tipo de gobierno y deben proveer para su realización.²⁸

Pero en una sociedad heterogénea se presupone que existen distintas categorías de personas facultadas, las cuales están definidas a través de determinadas características y a las cuales se les otorgan determinados derechos; por ejemplo, en las categorías de asegurados en los seguros de salud, de accidentes o de vejez. Desde un punto de vista sociológico, la vinculación objetiva se basa, entonces, en una limitación de categorías de beneficiarios, razón por la cual todas las personas pertenecientes a la misma categoría jurídica, es decir, personas que poseen los mismos caracteres, deben ser tratadas de una forma igualitaria.²⁹

Para proporcionar validez a los más elevados y constantes, pero a su vez limitados, intereses frente a las cambiantes necesidades de la actualidad, Gehlen ha aludido a la necesidad de instituciones estables,³⁰ un pensamiento que Helmut Schelsky ha extendido hacia una “racionalidad jurídica” específica. A la división del poder en un Estado democrático de Derecho y la división de funciones dentro de una sociedad compleja sigue, necesariamente, una emancipación de las instituciones públicas. El carácter autónomo de éstas consiste en que no poseen relación de dependencia, en sentido de instancias con respecto a otras instituciones, y que su cúpula directiva es determinada interna e institucionalmente.³¹ El “marco de responsabilidad” para decisiones institucionales está constituido por la competencia y el reconocimiento de una legalidad material (*Sachgesetzlichkeit*) de dichas instituciones. La competencia material se convierte con ello en una instancia autónoma que dirige toda decisión racional, sea legislativa, sea ejecutiva.³²

¿Existe una alternativa a un predominio de la legalidad material? Para Schelsky la respuesta es negativa. La creciente objetivación de los procedimientos públicos es el resultado de la racionalidad jurídica. Condición necesaria en un proceso organizado e institucionalizado en situación de división del trabajo es una determinada proporción de certidumbre y seguridad, con base en los cuales se puede confiar en el proceder de los demás. Esencial para ese mutuo proceder en las relaciones sociales no es el más o el menos abstracto “verdadero” previamente pensado, sino lo “cierto” y “seguro” para los miembros de esa comunidad jurídica, lo cual se expresa tanto en

²⁸ L. cit., t. VII: *Einblicke*, Fráncfort del Main, 1978, p. 92.

²⁹ *Ibidem*, t. VII, p. 115.

³⁰ L. cit., tomo III, pp. 58 y s.; además, del mismo autor, *Studien zur Anthropologie und Soziologie*, Neuwied 1963, pp. 318 y s.

³¹ Helmut Schelsky, *Systemüberwindung, Demokratisierung und Gewaltenteilung*, 4ª ed., Múnich, 1974, pp. 56 y s.

³² *Ibidem*, p. 58; Helmut Schelsky, *Die juristische Rationalität*, Opladen, 1980, p. 9.

una instrucción de proceder previsible como en su ejecución.³³ Esto significa que el sujeto sometido al ordenamiento jurídico posee no solamente un interés originario en decisiones duraderas, sólidas y con ello limitadas, bajo el principio de la igualdad de trato dentro de una determinada categoría jurídica, como por ejemplo, en el seguro social, sino también que los procesos deben ser realizados libres de ideologías para así garantizar el mayor grado de previsibilidad y calculabilidad de las instrucciones de procedimiento allí involucradas.

Una vinculación objetiva entendida de ese modo debe presentarse inevitablemente, por así decirlo, en un marco institucional, según han fundamentado Gehlen y también Ernst Forsthoff, quien ha hecho hincapié en la extraordinaria significación de la técnica moderna y en los efectos de la producción a ella vinculada. La aplicación de técnicas complejas a casi todos los campos sociales hace más complicadas las cuestiones jurídicas y crea necesidades objetivas. El hombre se encuentra cada vez más bajo el dominio de necesidades que él mismo produce. Mientras aumentan la dependencia de los expertos y la independencia de instancias especializadas, se contrae el espacio político para decisiones discrecionales y crece la necesidad de capacidad funcional y de rendimiento de las instituciones públicas.³⁴

Estas reflexiones sirven para apoyar la argumentación de que institutos jurídicos tales como el seguro social y el contrato de suministro público se deben orientar a un principio normativo superior, y que ese principio se dirige, a su vez, a los intereses de quien es afectado directamente por una regulación. Con ello se vincula el apartamiento de otras ponderaciones o consideraciones no conformes a dichos intereses, las cuales se tienen por inobjetivas o inapropiadas. A favor de la postura de Gehlen y Schelsky habla el hecho de que el continuo requerimiento de alta especialización de naturaleza científica y técnica refuerza la necesidad de instancias decisorias independientes y dedicadas a su materia. Aquí no se trata, de ningún modo, de la institucionalización de una necesidad tecnocrática incontrolada. Más aún, Gehlen y Schelsky pueden ser, absolutamente, tomados como referencia para la autonomía de los hombres en sus diferentes relaciones sociales frente a las, en gran parte, despersonalizadas necesidades de la sociedad moderna.³⁵

³³ Schelsky, *Die juristische Rationalität*, o. cit., pp. 5 y 7, en referencia a la distinción de los términos *verum* y *certum* a través del filósofo italiano Giovanni Battista Vico (*Principi di una scienza nuova d'intorno alla commune natura delle nazioni*, año 1725).

³⁴ Helmut Schelsky, *Auf der Suche nach der Wirklichkeit*, Düsseldorf, 1965, pp. 449 y s., 456 y ss.; Ernst Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, Múnich, 1971, pp. 33 y ss., 44 y s.

³⁵ Hans Maier, "Laudatio auf Helmut Schelsky", en Horst Baier (ed.), *Freiheit und Sachzwang: Beiträge zu Ehren Helmut Schelskys*, Opladen, 1977, p. 335 (337); Horst Baier, "Zueignung", *ibidem*, p. 7 (8); en disidencia la interpretación crítica de Wolfram Burisch, *Ideologie und Sachzwang: Die Entideologisierungsthese in neueren Gesellschaftstheorien*, Tübingen, 1967, pp. 214 y ss.; Martin Greiffenhagen, "Neokonservatismus in der Bundesrepublik", en ídem (ed.), *Der neue Konservatismus der siebziger Jahre*, Reinbek 1974, pp. 7 (16 y ss.); y Jürgen Feick, "Der angebliche Sachzwang - Schelskys konservativer Rückzug aus der Demokratie", *ibidem*, pp. 39 (43 y ss.)

3. Teoría del derecho

Las posiciones hasta aquí tratadas establecen como punto principal de sus análisis las particularidades objetivamente lógicas y antropológicas de un comportamiento humano dirigido hacia un fin. Para un tratamiento jurídico, empero, se deben considerar más de cerca, además, las funciones ordenadoras que les corresponden a las instituciones. La referencia a lo anterior consiste en que las siguientes posturas también “dirigen la mirada hacia un mundo lleno de sentido (social), en el cual el hombre se encuentra”.³⁶ Por ello es que una vinculación con la cosa debe tomar como punto de partida determinadas relaciones objetivas (*Sachverhältnisse*) o, para expresarlo de una manera menos técnica, de condiciones de vida específicas (*Lebensverhältnisse*). La extensión y la indeterminación de esa pauta conduce hacia consideraciones de tipo institucional y hacia una normatividad de intereses típicos.

A. Relación objetiva (*Sachverhältnis*) y condición de vida (*Lebensverhältnis*)

Aunque no haya una definición unitaria e indiscutible de la compleja palabra *cosa* (*Sache*), ella es comprendida en todo caso y antes que nada en un sentido de uso cotidiano, como algo objetivo, como un ser concreto, como un objeto provisto de una determinada forma de ser.³⁷ Al mismo tiempo, la cosa es caracterizada como aquello que “interesa al hombre”, aquello con lo cual él tiene algo por hacer, aquello en cuyo círculo se encuentra; esto significa lo dado en torno a él y, con ese “entorno”, sus vinculaciones y relaciones con otros hombres.³⁸ Esto significa, primero, que todas aquellas relaciones sociales que se establecen directamente a través de un objeto deben ser entendidas como objetivamente vinculadas, de tal modo que sin esa referencia a la cosa serían inexistentes (relaciones sociales en sentido estricto).³⁹ La cosa, apreciada en este contexto, excede por lo general al simple objeto material, a la simple cosa corpórea, pues en las relaciones sociales no están determinados los límites entre el conjunto de objetos de esas relaciones, es decir, entre el complejo formado por cosas corpóreas, cosas incorpóreas e instituciones.

Las cosas en sentido material se incluyen, con sus formas particulares de ser y con las coerciones que de ellas derivan, en la vida social y la influyen de una forma directa (relaciones sociales objetivas en un sentido amplio).⁴⁰ De aquí se generan relaciones típicas objetivamente determinadas y a su vez cambiantes, entre ellas relaciones objetivamente necesarias y coerciones concretas que llegan hasta un control y

³⁶ Günter Stratenwerth, *Das Rechtstheoretische Problem der “Natur de Sache”*, Tubinga, 1957, p. 21.

³⁷ Gerhard Sprenger, *Naturrecht und Natur der Sache*, Berlín 1976, p. 12.

³⁸ *Ibidem*, p. 13.

³⁹ Hans Linde, *Sachdominanz in Sozialstrukturen*, Tubinga, 1972, p. 59.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 59 y s.

una sanción de comportamientos divergentes dentro de instituciones autónomas.⁴¹ El proceso de creación del derecho exige un equilibrio entre normas jurídicas y situaciones sociales, el “lograr una correspondencia entre el ser y el deber ser”, de realidad y valor. Metodológicamente esto requiere un medio, una conexión que con el concepto de cosa será delineada y que se expresa en la normatividad de una situación concreta de hecho tanto para la legislación como para la jurisprudencia.⁴² Todo esto apoya a la postura que define a la cosa en un sentido amplio, junto a su existencia corpórea, como una situación que no admite ser falseada, como algo que debe ser entendido como una condición de vida, aun antes de que aquí el derecho influya de una manera reguladora.⁴³

B. *Relación jurídica (Rechtsverhältnis) e instituto jurídico (Rechtsinstitut)*

Gustav Radbruch, en su fundamentación de la vinculación objetiva, ha ido más allá de las condiciones de vida y las ha transformado en institutos jurídicos típicos e ideales. De acuerdo con ello, el derecho tiene como objeto a relaciones y hechos que se encuentran más allá de los puros objetos naturales, relaciones y hechos que forman una realidad conceptual preestablecida. El derecho se establece sobre una estructura social. Allí donde unos hombres se reúnen en sociedad se expresa enseguida el modo como ellos desean estar y continuar juntos. De simples hechos naturales se constituyen necesariamente formaciones previas de las relaciones jurídicas, condiciones de vida que ya se regulan a través de la costumbre, la tradición, el uso o la moral. Bajo ellas se encuentran también determinados tipos de negocios, los cuales contienen obligaciones, como así también determinadas creaciones colectivas en las que se encuentra la aspiración de ser elevadas a la categoría de personas jurídicas.⁴⁴

Radbruch alcanza el sentido de ese tipo de relaciones a partir de cada una de las respectivas ideas específicas del derecho. Para él “el sentido jurídico de una cosa” significa “la selección de determinados caracteres de la totalidad de una condición de vida concreta bajo un determinado aspecto”. Los caracteres jurídicos así obtenidos serán reunidos en un sistema provisto de sentido, en el cual Radbruch reconoce lo esencial de un instituto jurídico.⁴⁵ Otra característica consiste en que las escalas de

⁴¹ *Ibidem*, pp. 60 y s., 65.

⁴² Arthur Kaufmann, *Analogie und “Natur der Sache”*, 2ª ed., Heidelberg, 1982, p. 44, en referencia al término *analogía* en el proceso de perfeccionamiento del Derecho; además, véase arriba (p. 1 y notas al pie n° 3 y s.) respecto a la significación de los hechos en el proceso civil.

⁴³ Sprenger (nota al pie n° 37), p. 113, con un panorama de los autores que de igual modo definen a la cosa como una situación concreta y de hecho (pp. 109 y ss.).

⁴⁴ Gustav Radbruch, “Die Natur der Sache als juristische Denkform”, en *Festschrift für Rudolf Laun zum 65. Geburtstag*, Hamburgo, 1948, pp. 157 (160 y s.); desde una perspectiva histórica y del mismo autor: *Der Mensch im Recht*, 2ª ed., Göttingen 1961, pp. 10 y ss.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 157 (161 y s.).

valores de ese sistema provisto de sentido son unitarias. Si no, sería absolutamente imposible que puntos de vista valorativos pudieran guiar materias completas, ni reunir normas jurídicas en una unidad provista de sentido, tal como ocurre, por ejemplo, con el derecho de los contratos dentro del Código Civil, lo cual es tenido como algo obvio.⁴⁶

Para que la alegada “unión entre vida y derecho” dentro de un planteo institucional pueda ser satisfecha, Ralf Dreier elige una definición que comprende un concepto tanto jurídico como sociológico de institución. Instituciones, sin separar expresamente con ello a los institutos (jurídicos), son por consiguiente sumas de normas preestablecidas para la regulación de constelaciones de intereses socialmente típicos.⁴⁷ Para cada institución jurídica se deja ver tanto un correlato social como también una cantidad de normas, las cuales están referidas conjuntamente a intereses específicos, sean convergentes o concurrentes. Al mundo de las instituciones pertenecen, aparte de las formas ordenadoras *familia* y *matrimonio*, comunidades de valores e intereses, como así también institutos conforme al derecho de cosas y organizaciones tales como sociedades, corporaciones o instituciones públicas. La existencia histórica de las instituciones depende de la constancia de dichas constelaciones de intereses, por lo cual las instituciones se sustraen a la arbitrariedad humana y son indisponibles y preestablecidas en cuanto a sus normas.⁴⁸ Sólo así se satisface el hecho alegado por Radbruch de que comportamientos sociales regulares, costumbres, usos, etcétera, preceden a las relaciones de derecho, las preparan, y que la elección mencionada debe crear tipos ideales tomando como base determinados caracteres. También es apoyada así la postura de que sólo con la ayuda de la legislación esos fenómenos socialmente típicos son captados y conservados en sus especificaciones. La durabilidad y la indisponibilidad de las instituciones significan, a su vez, una importante limitación para el legislador.

C. Ejemplos

Para completar se mencionarán algunos ejemplos que apoyan la interpretación de los institutos jurídicos en un sentido conforme a los fundamentos teóricos arriba expuestos. Ante todo, el fin de cualquiera de esas instituciones se deja comprender, evidentemente, en un principio normativo. Por ejemplo, el fin del proceso concursal consiste en la satisfacción de los acreedores de una deuda a través de la ejecución del patrimonio del deudor. Es a ese fin al que la normativa general del desarrollo del proceso concursal se debe orientar. Dichas “normas particulares creadas adecuadamente al fin” se derivan de la cosa misma, se originan a partir del fin del proceso concursal normativamente formulado.⁴⁹

⁴⁶ Stratenwerth (nota al pie n° 36), pp. 26 y s.

⁴⁷ Ralf Dreier, *Zum Begriff der “Natur der Sache”*, Berlín, 1965, p. 88.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 89.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 124 y s.

Aparte de ello, puede presuponerse la siguiente relación: Si la vinculación objetiva debe tener en cuenta la personalidad del hombre, entonces ella será también la base de sus impulsos y de sus metas, pues el hombre es el punto central de cada formación jurídica. Sin capacidad ni voluntad de poseer para establecer una base existencial material independiente y para el desarrollo de la propia vida, la institución de la propiedad privada sería impensable. A ello se unen también limitaciones objetivas que se originan directamente en la personalidad humana. La naturaleza del niño, por ejemplo, quien no posee la visión ni la experiencia suficientes, exige un juzgamiento muy distinto sobre la validez de los contratos por él celebrados, en comparación con el juzgamiento que se refiere a los negocios jurídicos celebrados entre adultos.⁵⁰ De acuerdo con ello, determinadas actividades en sí pueden ser también objetivamente vinculadas. Así, cada negocio mercantil se realiza a cambio de una remuneración. Está en la naturaleza misma de la cosa que dichos negocios se basan en un intercambio de valores económicos; las liberalidades le son ajenas.⁵¹

Por último, se puede afirmar que los intereses subjetivos son determinantes en toda relación jurídica. Nuevamente se introducirá como ejemplo un instituto del derecho civil: la prenda. La prenda debe satisfacer tanto el interés del acreedor en lo que atañe a la seguridad de su garantía y a la óptima utilización del objeto prendado, como así también el interés del deudor a una utilización cuidadosa de la cosa y a la limitación de la pérdida de su valor.⁵²

Como conclusión provisoria se puede afirmar que el avance intelectual desde una relación objetiva (*Sachverhältnis*) hacia una condición de vida (*Lebensverhältnis*), como así también, en un paso intelectual más avanzado, la construcción teórica de institutos jurídicos sobre esa misma base, ofrecen un enfoque útil e idóneo. De hecho, también la doctrina y la jurisprudencia alemanas se apoyan en ello, como se verá a continuación.

III. La vinculación objetiva en el actuar estatal

Todo acto concreto o abstracto de creación del derecho se desarrolla entre los polos de amplia libertad y rigurosa sujeción.⁵³ Sin embargo, determinar qué significa arbitrariedad no está dentro del marco de la discrecionalidad de quien decide. Ejecutivo y Legislativo están sometidos a criterios que se orientan según el tipo de actividad realizada, desde la más discrecional hasta la más reglada. La discrecionalidad de la administración pública es una discrecionalidad jurídica cuya finalidad es la justicia en el caso concreto, mientras que la ley aspira a la justicia de una forma más

⁵⁰ Helmut Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 5ª ed., Berlín 1993, pp. 18 y s.

⁵¹ *Ibidem*, p. 183.

⁵² *Ibidem*, pp. 183 y s.

⁵³ Hans J. Wolff, Otto Bachof y Rolf Stober, *Verwaltungsrecht*, t. I, 11ª ed., Múnich, 1999, § 31, punto 1.

abstracta.⁵⁴ Aquí se trata siempre de un patrón de medida y, con ello, de un control sobre la actuación de los órganos estatales. Es por esto que siempre, conjuntamente con la protección de la libertad funcional, la cual se expresa en el ejercicio del poder discrecional y en las prerrogativas del legislador, debe evitarse también el peligro de su mal uso. En este contexto se atribuye significación propia a la vinculación objetiva: como criterio en contra del abuso en el ejercicio del poder discrecional de la administración pública, como así también de la arbitrariedad del legislador.

1. *La discrecionalidad de la administración pública*

El poder discrecional de la administración pública opera dentro de un marco de consideración subjetiva otorgado por el legislador. Esa subjetividad contrasta con la justicia objetiva legalmente realizada.⁵⁵ Cada acto discrecional se fundamenta en elementos subjetivos y a su vez se debe ajustar a las pautas objetivas establecidas por el derecho. Es por ello que aquellos que en el uso del poder discrecional recurren a los postulados de la objetividad, conciben en ello un criterio diferenciador entre lo subjetivo vedado y lo objetivo mandado. Juicios tales como “inobjetivo” u “objetivamente incorrecto” surgen a causa de una motivación subjetiva defectuosa, en tanto se persigue un fin objetivamente improcedente.⁵⁶ Objetivamente falsa es, por consiguiente, una decisión extraña al objeto de la ley que la autoriza, sobre todo, o bien porque el fin perseguido por dicha autorización es sustituido en virtud de otros motivos, o porque de ningún modo fue tenido en cuenta.⁵⁷ Como *objetivo* se considera, en cambio, aquello que se corresponde con los fines legales de dicha autorización. Esto se deriva, a su vez, de la letra del § 40 de la Ley de Procedimientos Administrativos (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) y del § 114, primera parte, de la Ley de Organización de los Tribunales Administrativos (*Verwaltungsgerichtsordnung*). Como consecuencia, en la diferenciación entre una consideración apropiada y una consideración inapropiada se trata solamente de tener en cuenta si la decisión administrativa contraría la noción de justicia del legislador.

En este marco no se debe discutir si esta postura sirve a una sistematización de la teoría del ejercicio abusivo del poder discrecional.⁵⁸ Aquí es suficiente comprobar que la vinculación objetiva en el ejercicio del poder discrecional no posee ninguna significación independiente, ya que ella solamente acentúa límites legales preestablecidos.⁵⁹

⁵⁴ Klaus Stern, *Ermessen und unzulässige Ermessensausübung*, Berlín, 1964, p. 17.

⁵⁵ Rüdiger Klein, “Die Kongruenz des verwaltungsrechtlichen Ermessensbereichs und des Bereichs rechtlicher Mehrdeutigkeit”, en *Archiv des Öffentlichen Rechts* 82 (1971), p. 75 (89).

⁵⁶ Stern (nota al pie n° 54), pp. 30, 36; Wolff, Bachof y Stober (nota al pie n° 53), § 31, punto 51; también en el mismo sentido: Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3ª ed., Offenburg, 1948, p.37 y s.

⁵⁷ “Wiederzwecklichkeit”: Stern (nota al pie n° 54), pp. 30, 35; “Ermessensverkehrung”: Wolff, Bachof y Stober (nota al pie 53), § 31, punto n° 52.

⁵⁸ Con una postura escéptica: Robert Alexy, “Ermessensfehler”, en *Juristenzeitung* 1986, pp. 701 (703 y s.)

⁵⁹ Con la misma opinión: Klein (nota al pie n° 55), p. 75 (92).

2. *La prerrogativa del legislador*

El Tribunal Constitucional Federal trata a la relación objetiva y a la condición de vida, ya expuestas, de una manera teórica en conexión con la interdicción de la arbitrariedad. Tanto la relación objetiva como la condición de vida actúan como criterio diferenciador en lo tocante al principio constitucional de igualdad.

A. *Especialidad (Sachbereich)*

La pregunta acerca de si una medida, en lo concerniente al fundamento y al tipo de diferenciación realizada, es “objetivamente justificada” u “objetivamente defendible” o, por el contrario, si no se corresponde con “ningún punto de vista objetivamente defendible” y con ello es considerada “inobjetiva” u “objetivamente improcedente”, no se deja responder de una manera abstracta y general.⁶⁰ El Tribunal Constitucional Federal evalúa más bien de forma concreta la “naturaleza” respecto de la peculiaridad de la situación concreta de hecho (*Sachverhalt*) o de la especialidad (*Sachbereich*) a regular.⁶¹ La aplicación del artículo 3 inciso 1 de la Ley Fundamental se basa en una comparación entre distintas condiciones de vida en relación con situaciones concretas de hecho. A su vez, se deja librado a la discrecionalidad del legislador el decidir qué elementos de la condición de vida concreta a regular son jurídicamente relevantes para el establecimiento de una diferenciación.⁶² Todo esto aplicado a la temática del seguro por accidentes, a modo de ejemplo, significa que una comparación de las distintas situaciones económicas y financieras de las cooperativas profesionales viene a justificar una desigual imposición de cargas ajenas.⁶³

Esta jurisprudencia objetiva la interdicción de arbitrariedad de dos formas. Por un lado, involucra en la temática las decisiones valorativas (*Wertentscheidungen*) y los principios básicos de organización concretados en los derechos *fundamentales*.

⁶⁰ El Tribunal Constitucional Federal utiliza todos esos términos como sinónimos, decisión del 15 de octubre de 1985, *BVerfGE* 71, 39 (58); con citas suplementarias: Gerhard Leibholz, Hans-Justus Rinck y Dieter Hasselberger, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 7ª ed., t. I, Colonia, julio 2001, punto 27 del comentario al artículo 3°.

⁶¹ Tribunal Constitucional Federal, sentencia del 23 de enero de 1957, *BVerfGE* 6, 84 (91 y s.): Exclusión de los llamados partidos fragmentarios en la distribución de los escaños, a través del sistema de elección proporcional; decisión del 8 de abril de 1987, *BVerfGE* 75, 108 (157): Inclusión de determinadas empresas en el financiamiento de la Caja Social de Artistas; *BVerfGE* 80, 109 (118) (nota al pie n° 9): Responsabilidad sobre los costos para propietarios de automóviles.

⁶² Tribunal Constitucional Federal, decisión del 21 de febrero de 1957, *BVerfGE* 6, 273 (280): Ventajas impositivas en el derecho electoral; decisión del 3 de diciembre de 1958, *BVerfGE* 9, 3 (10 y ss.): Situación habitacional como punto de conexión para la liquidación del impuesto sobre la renta; *BVerfGE* 80, 109 (118 y ss.) (nota al pie n° 9): Situación de investigación en casos de contravenciones en estacionamientos; sentencia del 7 de julio de 1992, *BVerfGE* 87, 1 (36): Detrimentos jubilatorios causados por la crianza de los hijos.

⁶³ Tribunal Constitucional Federal, sentencia del 24 de julio de 1962, *BVerfGE* 14, 221 (238, 240): Gravamen de las cooperativas profesionales industriales y no de las cooperativas profesionales agrícolas, con base en riesgos asegurables fuera del ámbito de vigencia legal.

Por el otro, la verificación de un proceder arbitrario no se fundamenta en una imputación subjetiva de culpa, sino en “la desproporcionalidad de la medida en relación con la situación de hecho”.⁶⁴ Sin embargo, con el recurso a especialidades, situaciones concretas de hecho y condiciones de vida se define insuficientemente el principio de igualdad. La vinculación objetiva, como patrón independiente para la vigencia de normas jurídicas, es muy poco utilizable cuando el legislador mismo define aquellos términos. El derecho común influye el contenido de la Constitución en la medida en que él mismo establece los hechos y sus correspondientes relaciones. Con ello existe el peligro de que la *cosa*, como materia a reglar, sea confundida con una normatividad de inferior jerarquía. A causa de ello se debe aceptar la postura de que la relación fáctica (*Sachzusammenhang*) en sí no solamente puede ser definida a través de la voluntad del legislador, sino que es necesario que esa definición, a su vez, esté basada en la *naturaleza de la cosa* (*Natur der Sache*).⁶⁵

B. Consecuencia lógica (Folgerichtigkeit)

Resta preguntarse si la figura de la consecuencia lógica del proceder estatal contribuye a una precisión de la vinculación objetiva. De acuerdo con la doctrina dominante, el artículo 3 inciso 1 de la Ley Fundamental ordena no sólo una adecuación a la realidad, en sentido estricto, sino también una consecuencia lógica (*Folgerichtigkeit*) legal en la adopción de normas y la evitación de contradicciones con sus propias disposiciones.⁶⁶ Una violación al principio de igualdad tiene lugar cuando el legislador, con nuevos tipos legales y sin un fundamento suficiente, establece efectos jurídicos distintos a idénticos tipos legales ya existentes (principio de una justicia sistemática); por ejemplo, cuando por medio de medidas impositivas abandona la estructura del derecho tributario y a través de ello la objetividad legal por él mismo estatuida,⁶⁷ o cuando no respeta la combinación de mayoría y proporcionalidad introducida por él mismo en el sistema electoral.⁶⁸

⁶⁴ Tribunal Constitucional Federal, decisión del 7 de mayo de 1953, *BVerfGE* 2, 266 (281); decisión del 15 de marzo de 1989, *BVerfGE* 80, 48 (51) y decisión del 13 de noviembre de 1990, *BVerfGE* 83, 82 (84).

⁶⁵ Walter Leisner, *Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung*, Tubinga 1964, pp. 59 y s.; con conclusiones disidentes Reiner Schmidt, “Natur der Sache und Gleichheitssatz”, en *Juristenzeitung* 1967, p. 402 (404).

⁶⁶ La temática es profundizada por Kirchhof (nota al pie n° 10), § 124, puntos n° 205, 222 y s.

⁶⁷ Tribunal Constitucional Federal, sentencia del 24 de enero de 1962, *BVerfGE* 13, 331 (340 y s.): Nulidad del § 8 n° 6 de la Ley de Impuestos Industriales; decisión del 20 de mayo de 1959, *BVerfGE* 9, 291 (298 y ss.) y decisión del 24 de enero de 1995, *BVerfGE* 92, 91 (113 y ss.): Nulidad del Tributo de Bomberos según el derecho público de los estados federados de Baden-Württemberg y de Baviera.

⁶⁸ En ese sentido, por ejemplo, Tribunal Constitucional Federal, sentencia del 5 de abril de 1952, *BVerfGE* 1, 208 (246 y s.): Violación al principio de igualdad a través del § 3 inciso 1 de la Ley Electoral del estado federado de Schleswig-Holstein; sentencia del 10 de abril de 1997, *BVerfGE* 95, 335 (354, 358): Sobre la conformidad constitucional de mandatos excedentes.

Que esos casos no son habituales se sigue de la facultad que posee el legislador para “comenzar de nuevo” en todo momento. El derecho anterior, en ese sentido, no es de ningún modo jerárquico con respecto al nuevo; en cualquier momento puede ser suprimido por el derecho posterior. Si se trata de la conformidad valorativa de una regulación particular con todo el sistema legal, el legislador tiene allí una facultad de formación relativamente amplia. Pero si, por encima de ello, las leyes particulares deben ser examinadas dentro de sistemas de valores y de relaciones aún mayores, una ley de ese tipo choca inmediatamente con los límites de la protección jurídica en el marco del principio de igualdad. El criterio de una justicia sistemática es, por consiguiente, necesariamente indeterminado.⁶⁹ Un principio extralegal de justicia objetiva, como así también de justicia sistemática, es en definitiva poco eficaz; la sujeción del legislador al principio de igualdad es ante todo una autosujeción.⁷⁰

C. Nueva fórmula

Queda aún por analizar si la nueva fórmula aplicada desde el año 1980 por el Tribunal Constitucional Federal ha hecho más estrictas las pautas de la vinculación objetiva del actuar estatal. De acuerdo con dicha fórmula, el principio de igualdad establecido en la Ley Fundamental es violado cuando “un grupo de destinatarios legales, en comparación con otro grupo de destinatarios legales, es tratado de una forma distinta a pesar de que entre dichos grupos no existe una diferencia de tipo e identidad que pueda justificar un trato diferente”.⁷¹ No solamente existe una violación a los derechos fundamentales cuando el legislador realiza un trato diferenciado sin un fundamento objetivo suficiente, sino también cuando los tribunales, por medio de la interpretación de normas jurídicas, llegan a una diferenciación de ese tipo.⁷²

⁶⁹ Christian Starck, sobre el artículo 3 de la Ley Fundamental, punto n° 50, en Hermann v. Mangoldt, Friedrich Klein y Christian Starck (eds.), *Das Bonner Grundgesetz*, t. I, 4ª ed., Múnich, 1999, p. 310 (344).

⁷⁰ Christian Gusy, “Der Gleichheitssatz”, en *Neue Juristische Wochenschrift* 1988, pp. 2505 (2507 y s.).

⁷¹ Desde la decisión del Tribunal Federal Constitucional del 7 de octubre de 1980, *BVerfGE* 55, 72 (88), la fórmula aludida debe reforzar la vinculación del legislador a la objetividad y evitar cada violación del sistema legal (ibidem, p. 88). El Tribunal la aplica justamente más a menudo en temas del derecho social; por ejemplo, véase la decisión del 14 de octubre de 1997, *BVerfGE* 96, 315 (325): Subsidio de vivienda para estudiantes que trabajan; decisión del 15 de julio de 1998; *BVerfGE* 98, 365 (389): Promesa de abastecimiento en caso de finalización anticipada de la relación laboral; sentencia del 28 de abril de 1999, *BVerfGE* 100, 104 (127): Cómputo de jubilación existente; sentencia del 12 de febrero de 2003, en *Neue Juristische Wochenschrift* 2003, p. 1381 (1381): Inclusión de niños en el seguro social de los padres; respecto del derecho fiscal también: decisión del 4 de diciembre de 2002 (nota al pie n° 8), p. 2079 (2080).

⁷² Tribunal Constitucional Federal, decisión del 3 de julio de 1985, *BVerfGE* 70, 230 (240), con anulación de las sentencias del Tribunal Superior Administrativo del Estado federado de Baden-Württemberg (7 S 1409/81) y del Tribunal Administrativo de Friburgo (7 K 159/80).

Aparte de ello, el tribunal remarcó, recientemente y con mayor énfasis que hasta entonces, que el marco de formación legislativa se encuentra sujeto a un control escalonado y a una “pauta relativamente rigurosa”.⁷³

Pero, si observamos más de cerca, notaremos que para el criterio de la vinculación objetiva no se ha obtenido demasiado. Por un lado, las decisiones aquí citadas rigen en casos de tratos desiguales a grupos de personas cuando ellos se fundan en caracteres personales. Para un trato diferenciado fundado en cosas o conductas rigen pautas muy generosas, tanto antes como en la actualidad.⁷⁴ A su vez, hay que tener en cuenta, también, que hasta ahora siempre se ha estrechado el margen de libertad de creación y formación del legislador, toda vez que una regulación referente a un asunto en particular repercute negativamente en libertades protegidas como derechos fundamentales por la Ley Fundamental.⁷⁵ Esto se corresponde con la relación originaria entre libertad e igualdad, tal cual ella se expresa en el principio de las pautas diferenciadas (*Maßstabsdifferenzierung*) comúnmente utilizado en la interdicción de arbitrariedad.⁷⁶

Lo mismo rige allí donde la nueva fórmula se relaciona con obligaciones estatales nacidas directamente de derechos fundamentales (*staatlichen Schutzgebote*), tal como sucede, por ejemplo, respecto a una fundamentación objetiva insuficiente en caso de reducción del subsidio familiar por hijos, o en lo referente a los inconvenientes en la manutención provocados por la educación de los hijos, por cuanto ambos casos se encuentran en oposición al artículo 6 inciso 1 de la Ley Fundamental. Aparte de ello sorprende que, justamente en el terreno de la política social, donde comúnmente las ponderaciones inapropiadas por parte del legislador juegan un importante papel, el Tribunal Constitucional Federal le reconoce, tanto antes como en la actualidad, un amplísimo margen de acción. Es así que, según el Tribunal, en el campo del derecho social y a causa de los continuos cambios en la vida laboral, económica y social, habría que reconocerle al legislador “una facultad de formación legal especialmente amplia”.⁷⁷ En la misma dirección apunta la advertencia del Tribunal Cons-

⁷³ Tribunal Constitucional Federal, decisión del 26 de enero de 1993, *BVerfGE* 88, 87 (96 y s.); sentencia del 4 de julio de 1995, *BVerfGE* 92, 365 (407 y s.).

⁷⁴ Ver: *BVerfGE* 98, 365 (389) (nota al pie n° 71); sentencia del 15 de marzo de 2000, *BVerfGE* 102, 68 (87); con cita de más fuentes: Hans Jarass, “Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen art. 3, I GG”, en *Neue Juristische Wochenschrift* 1997, p. 2545 (2547).

⁷⁵ Tribunal Constitucional Federal, decisión del 25 de junio de 1974, *BVerfGE* 37, 342 (353 y s.); decisión del 18 de noviembre de 1986, *BVerfGE* 74, 9 (24); decisión del 20 de junio de 1995, *BVerfGE* 93, 99 (111); *BVerfGE* 98, 365 (389) (nota al pie n° 71); también: Bernd Grzeszick, “Vergaberecht zwischen Markt und Gemeinwohl”, en *Die Öffentliche Verwaltung*, 2003, pp. 649 (655 y s.).

⁷⁶ Michael Sachs, “Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes - Willkürverbot und sogenannte neue Formel”, en *Juristische Schulung* 1997, p. 124 (127).

⁷⁷ Tribunal Constitucional Federal, sentencia del 23 de enero de 1990, *BVerfGE* 81, 156 (205 y s.): para evitar jubilaciones anticipadas “socialmente perjudiciales”, se permite cargar al empleador con los costos sociales resultantes luego de la finalización de la relación laboral.

titucional Federal, de que una diferenciación violatoria del artículo 3 de la Ley Fundamental podría ser absolutamente lícita, sin embargo, cuando ella “tuviera como base claros motivos de política social o de construcción de viviendas”.⁷⁸

En resumen, la cláusula complementaria recientemente tratada no significa ninguna precisión de la fórmula *naturaleza de la cosa* hasta ahora vigente, o de las pautas que determinan la falta de *algún otro motivo objetivamente obvio*. Se trata, tanto antes como ahora, de un esquema argumentativo que raramente aporta algún contenido al principio de igualdad y que, a su vez, constituye una pauta de análisis poco apropiada.⁷⁹ Lo dicho tiene aún más validez para la figura de la violación del sistema legal, pues ella, por sí sola, no puede constituir ninguna violación al principio de igualdad sino que solamente la indica, tal como reiteradamente lo destacaba el Tribunal Constitucional Federal en relación con la aplicación de la cláusula complementaria.⁸⁰ Para encontrar una solución al problema se debe profundizar, por lo tanto, en los dos campos de aplicación arriba mencionados.

IV. Ejemplos de aplicación

Tanto la jurisprudencia como la literatura ofrecen algunos puntos de partida en cuanto a los institutos jurídicos aquí analizados: la adjudicación pública y el seguro social. Una solución, empero, tendrá que ir algo más allá.

1. Adjudicación pública

A. Punto de partida

Al igual que en otros campos de aplicación, la doctrina ampliamente dominante no ve como pautas claras y justiciables, en lo que se refiere a la adjudicación pública, el criterio de la “naturaleza de la cosa” o de la falta de “algún otro motivo objetivamente obvio”. Las motivaciones del actuar estatal, las formas en que éste se presenta y sus campos de aplicación rigen como demasiado complejas, cambiantes y dependientes de situaciones concretas como para ser sometidas a las limitaciones por ellas establecidas.⁸¹ La orientación usual hacia la interdicción de arbitrariedad (artículo 3 inciso 1 de la Ley Fundamental y § 97 inciso 2 de la Ley contra Limitaciones de la

⁷⁸ Tribunal Constitucional Federal, decisión del 8 de octubre de 1991, *BVerfGE* 84, 348 (364): discriminación de los contribuyentes del impuesto sobre los salarios frente a los contribuyentes del impuesto sobre la renta en la retención fiscal.

⁷⁹ Starck, en v. Mangoldt, Klein y Starck (nota al pie n° 69), artículo 3, puntos 11 y ss.

⁸⁰ Ver: *BVerfGE* 81, 156 (207) (nota al pie n° 77); además, decisión del 6 de noviembre de 1984, *BVerfGE* 68, 237 (253), con referencias adicionales provenientes de la jurisprudencia producida hasta la fecha.

⁸¹ Maximilian Wallerath, *Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht*, Baden-Baden, 1988, pp. 219, 351, con indicación de otras fuentes.

Competencia) exige, como en todos los casos hasta aquí analizados, una justificación objetiva frente un trato desigual en la elección de un oferente, si bien fueron admisibles⁸² limitaciones especiales a través de simples leyes antes de la reforma del derecho de la adjudicación pública, en el año 1998.⁸³ El § 97 inciso 4 de la Ley Contra Limitaciones de la Competencia convalida, aunque provisto de una reserva legal, la práctica hasta entonces existente, es decir, la utilización de la adjudicación pública como instrumento de gobierno indirecto de conductas, parecido a la función de dirección que tiene el derecho fiscal para dirigir las actividades de empresas privadas hacia determinados objetivos políticos y sociales.⁸⁴

El Tribunal de Justicia Europeo, por su parte, acepta por lo general criterios que son ajenos a la adjudicación pública, si bien bajo observancia de las rigurosas prohibiciones de discriminación contenidas en el derecho comunitario primario (artículos 39 y siguientes y artículo 12 del Tratado de la Comunidad Europea). Condiciones de subasta pública que imponen al oferente el empleo de trabajadores que han estado por largo tiempo desocupados son admisibles en tanto los oferentes de otros Estados miembros de la comunidad puedan cumplir con el mismo requisito y así no tenga lugar una discriminación en razón de la nacionalidad del oferente.⁸⁵ Con ello el Tribunal de Justicia Europeo no ha conseguido mucho más que lo obtenido a través de la jurisprudencia alemana para una delimitación de la vinculación objetiva en el derecho de la adjudicación pública, sobre todo si se tiene en cuenta que es el mismo Tribunal Europeo el que resalta especialmente el margen de libertad de los Estados miembros para la creación de normas de adjudicación pública, sean formales o materiales.⁸⁶

Todo esto en vista de las diferencias de los distintos órdenes jurídicos y sociales de los Estados, los cuales prevén una adjudicación pública en parte conforme al derecho público y en parte conforme al derecho civil; y además a causa de la vigencia del principio de subsidiariedad (artículo 5 inciso 2 del Tratado de la Comunidad Europea); también en consideración a ubicaciones geográficas desventajosas que perjudican a algunas regiones; y por último, aunque no menos importante, a causa de la

⁸² Sobre el tema: Audiencia territorial del *Land* Renania del Norte-Westfalia, sentencia del 12 de febrero de 1980, en *Neue Juristische Wochenschrift* 1981, p. 585 (587), como ejemplo del § 31 de la Ley de la Administración del Correo; además Jost Pietzcker, "Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge", en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1983, pp. 121 (122 y s.).

⁸³ Ley de Reformas al Derecho de la Adjudicación Pública (*Vergaberechtsänderungsgesetz*), del 29 de mayo de 1998, *Bundesgesetzblatt I* 1998, p. 2512.

⁸⁴ Con una visión crítica: Arnold Boesen, *Vergaberecht-Kommentar*, comentario a la cuarta parte de la Ley Contra Limitaciones de la Competencia, Colonia 2000, puntos 100 y s.; Thomas Stickler, con respecto al § 97 de la Ley Contra Limitaciones de la Competencia, en Olaf Reidt y Thomas Stickler (eds.), *Vergaberecht-Kommentar*, Colonia 2000, punto 21.

⁸⁵ Tribunal de Justicia Europeo, sentencia del 20 de septiembre de 1988, n° 31-87 (*Beentjes/Países Bajos*), en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1990, p. 353 (354).

⁸⁶ Allí mismo, p. 353 (354) con alusión a la jurisprudencia hasta ese momento por él mismo sostenida.

importancia de determinados intereses sociales, sobre todo de naturaleza ecológica y de política laboral.⁸⁷

No obstante, se diferencia si el criterio social se refiere al oferente mismo o a la oferta, y en el segundo caso se prohíbe el criterio social por ser ajeno al objeto de la adjudicación pública. En este sentido los criterios a seguir por el contratante público en la adjudicación, previstos en el artículo 30 inciso 1 de la Directiva Europea de Coordinación de Pedidos Públicos de Construcción, pueden ser interpretados como referidos al producto en cuestión.⁸⁸ Aludimos tanto al criterio del precio más bajo como también a aquellos criterios de la oferta más conveniente desde el punto de vista económico, es decir, los referidos al precio, a los plazos de ejecución del contrato, a los costos de dicha ejecución, a la rentabilidad y al valor técnico. Ponderaciones de otro tipo se ubicarían fuera de la *cosa*; ya no serían comprendidas por el objeto de la adquisición, por cuanto ella se refiere a la prestación en sí. Pero el Tribunal de Justicia Europeo nivela esa diferenciación refiriéndose a su *jurisprudencia Beentjes*: aspectos que son ajenos a la subasta pública resultan en principio admisibles, no solamente si se trata de condiciones de ejecución del contrato, sino también de criterios respecto del otorgamiento de la adjudicación.⁸⁹ Criterios sociales y también consideraciones ecológicas pueden regir la valoración de la oferta misma, en tanto esos criterios influyen en su precio y la vista económica del contrato. Como resultado, los límites entre criterios referidos a la adjudicación y criterios ajenos a la adjudicación no quedan claros, se tornan indeterminados, todo lo cual obstaculiza una transparencia en el proceso de adjudicación y una evitación de discriminaciones.⁹⁰

⁸⁷ Sobre el tema: Kay Hailbronner, "Die Neugestaltung des Vergabewesens durch die Europäischen Gemeinschaft", en Jörn Ipsen (ed.), *Öffentliches Auftragswesen im Umbruch*, Osnabrück, 1997, pp. 19 (20 y ss.).

⁸⁸ Ursula Rust, "Die sozialen Kriterien im Vergaberecht", en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2000, p. 205 (206); Walter Frenz, "Auftragsvergabe nach Umweltschutzkriterien und Gemeinschaftsrecht", en *Wirtschaft und Wettbewerb* 2002, pp. 352 (352 y s.).

⁸⁹ Tribunal de Justicia Europeo, sentencia del 26 de septiembre de 2000, n° C-225/98 (*Comisión/República de Francia*), en *Neue Juristische Wochenschrift* 2000, p. 3629 (3632); además en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2000, p. 755 (759): Promoción del trabajo local a través de la construcción de edificios escolares; además: Grzeszick (nota al pie n° 75), pp. 649 (651 y s.).

⁹⁰ Véase Tribunal de Justicia Europeo, sentencia del 17 de septiembre 2002, n° C-513/99 (*Concordia Bus Finland*), en *Wirtschaft und Wettbewerb* 2002, pp. 1023 (1031, 1033); Frenz (nota al pie n° 88), pp. 352 (354 y s.); en sentido crítico: Ingelore Seidel, "Anmerkung zu EuGH C-225/98" (nota al pie n° 89), en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2000, p. 762 (763); anteriormente: Pietzcker (nota al pie n° 13), p. 427 (467); Elke Kayser, *Nationale Regelungsspielräume im öffentlichen Auftragswesen und gemeinschaftliche Grenzen*, Marburg 1999, p. 96, en referencia al caso de la "formación profesional" como criterio de preferencia en Hessen y en Renania del Norte-Westfalia.

B. Solución

Teniendo en cuenta este trasfondo, los planteamientos de Radbruch y Dreier son plausibles: así de compleja es la adjudicación pública. Como algo común con la condición de vida que le sirve de base, es de suponer que se trata de una compra realizada por un titular que, o es estatal o se encuentra en vinculación con el Estado, compra que comprende todo tipo contractual y oneroso de adquisición de productos o servicios, los cuales son indispensables para el cumplimiento de la tarea a cargo de dicho titular.⁹¹ Característico es que la parte compradora en este acto comercial, debido a su posición prevaleciente y a la importancia económica de su adquisición, se encuentra sometida a determinadas vinculaciones de derecho público, tal como se expresa tanto en la subasta pública como en el proceso formal de la adjudicación. La adjudicación pública debe equilibrar los intereses de la empresa contratante y del comitente. Independientemente del tipo de adjudicación, una pluralidad de oferentes concurrentes entre sí deben ser atraídos hacia el cubrimiento de la necesidad pública para que, a través de ello, el contratante público pueda obtener apreciación general de la situación del mercado y para que pueda garantizarse una aplicación económicamente racional de los recursos públicos. Frente a esto se encuentran los intereses del oferente, los cuales surgen de la apertura de un mercado nuevo para él o de las condiciones ventajosas de su ubicación en el mercado.⁹² La finalidad y el posicionamiento de intereses de la adjudicación pública surgen del principio normativo de la competencia. Éste debe dirigir el desarrollo del proceso de adjudicación en particular. La persecución de otros principios, tales como el principio del Estado social, es por ello inapropiada, ajena a la cosa.

El derecho comunitario se basa por completo en esta idea; en consecuencia, el procedimiento de adjudicación pública sigue los principios del sujeto actuante en una economía de mercado. En tanto ponderaciones de tipo social, cultural o político llevan a un acuerdo de condiciones que no pueden ser caracterizadas como conformes a las condiciones propias del mercado, se produce una violación a la prohibición de subvenciones del artículo 87 inciso 1 del Tratado de la Comunidad Europea.⁹³ Según el Tribunal de Justicia Europeo, el artículo 87 inciso 1 de dicho tratado debe evitar que el comercio entre Estados miembros se vea perjudicado mediante privilegios otorgados por instancias estatales y que la libre competencia resulte alterada, o en peligro de ser alterada, por medio de preferencias hacia determinadas empresas o ramos de producción. Determinante para la aplicación del artículo 87 de dicho tratado es, por consiguiente, si la ventaja otorgada por el Estado fortalece la posición

⁹¹ Boesen (nota al pie n° 84), Introducción, primer punto.

⁹² Michael Thomas Breuer y Frank Wallau, *Beitrag des öffentlichen Auftragwesens zur wirtschaftlichen Entwicklung des Mittelstandes in den neuen Bundesländern*, Stuttgart, 1996, p. 17.

⁹³ Véase Andreas Bartosch, "Vergabefremde Kriterien und Art. 87 I EG", en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2001, p. 229 (231).

competitiva de la empresa beneficiada con respecto a las otras empresas concurrentes y el acuerdo en cuestión no posee más el carácter de un acto comercial normal.⁹⁴ Los objetivos culturales y sociales que pueda perseguir la administración pública no son contemplados en esa clasificación; ellos pueden ser compatibles con el Mercado Común, a lo sumo, como una excepción conforme a los incisos 2 y 3 del artículo 87 arriba mencionado.⁹⁵ En correspondencia con esto, las directivas europeas de coordinación del Consejo de las Comunidades Europeas, teniendo en cuenta las libertades fundamentales, prevén la competencia económica en los procesos de adjudicación pública;⁹⁶ incluso se habla de una “competencia verdadera”, la cual sería desarrollada en interés de las empresas contratantes.⁹⁷

2. Seguro social

Mientras que la competencia puede ser designada como el principio normativo de la adjudicación pública y el acto comercial corriente como su tipo ideal, se puede realizar una deducción similar en lo concerniente al seguro social.

A. Punto de partida

Aunque el § 30 inciso 2 del libro IV del Código Social también prohíbe a la parte aseguradora del seguro social la incorporación de prestaciones ajenas a ese tipo de seguro, esa prohibición no es obligatoria para el legislador, ya que se trata de una ley común, que él mismo puede cambiar.⁹⁸ Obstáculos provenientes del derecho constitucional son, a su vez, fáciles de salvar. Incluso en el caso de que se llegue a comprobar que se ha producido una grave discriminación, en el sentido del artículo 3 inciso 1 de la Ley Fundamental, en una determinada rama del seguro social, queda a discrecionalidad del legislador definir de qué forma y en qué ámbito se llevará a cabo

⁹⁴ Tribunal de Justicia Europeo, sentencia del 28 de enero de 1999, n° T-14/99 (*Bretaña Inglaterra Irlanda/Comisión*), en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2000, p. 784 (788): adquisición de bonos de viaje a través del Consejo de Gobierno de la región española de Vizcaya.

⁹⁵ Tribunal de Justicia Europeo, ibídem, p. 784 (789).

⁹⁶ En ese sentido se expresa el preámbulo de la directiva 93/37/CEE del Consejo, del 14 de junio de 1993 sobre la Coordinación del Procedimiento de Pedidos Públicos de Construcción, en *Boletín Oficial de las Comunidades Europeas* n° L 199, p. 54, como así también el preámbulo y los artículos 20 y ss. de la directiva 93/38/CEE del Consejo, del 14 de junio de 1993 para la Coordinación de los Contratos de Adjudicación a través de los Comitentes en los Sectores de Abastecimiento de Agua, Energía y de Transporte, como así también en el Sector de Telecomunicación, en *Boletín Oficial de las Comunidades Europeas* n° L 199, p. 84.

⁹⁷ Preámbulo de la directiva 93/36/CEE del Consejo, del 14 de junio de 1993 sobre la Coordinación del Procedimiento de acuerdos públicos de suministros, en *Boletín Oficial de las Comunidades Europeas* n° L 199, p. 1.

⁹⁸ Walter Leisner, “Fremdlasten der Sozialversicherung - ein schwerwiegender Verfassungsverstoß”, en *Neue Zeitschrift für Sozialrecht* 1996, p. 97 (99).

la equilibración de las cargas sociales.⁹⁹ La prerrogativa del legislador es interpretada de una forma amplia allí donde él, independientemente de la imposición tributaria que actualmente carga al afectado, establece una obligación de aportar autónoma para la financiación del seguro social, aunque los frutos de dicha obligación de aportar no beneficien al obligado mismo sino que, ante todo, tengan como objetivo la distribución y el equilibrio social.¹⁰⁰

La jurisprudencia interpreta de forma amplia y genérica tanto el término mismo del seguro social como el “contenido objetivo” que lo determina. El criterio determinante es el cubrimiento de una posible necesidad, generalmente calculable, a través de una distribución sobre una pluralidad organizada.¹⁰¹ Por ejemplo, la dependencia recíproca en una relación totalmente independiente del seguro social, como la que ocurre entre los comisionistas y los comitentes que comercializan su producción y los “nexos de trabajo y responsabilidad” típicos que allí se producen, deben bastar ya como hecho asegurable objetivo.¹⁰² Con ello el Tribunal Constitucional Federal rompe con el principio del derecho del seguro social, según el cual la obligación de aporte de las empresas se vincula típicamente a la posición del empleador frente al empleado, es decir, en una relación de empleo, pero por lo menos a una obligación de asistencia social proveniente del derecho laboral. El reconocimiento de un simple “nexo de trabajo y responsabilidad” raramente deja de manifiesto los límites constitucionales del “contenido objetivo” del seguro social, pues nexos de responsabilidad del tipo aquí referido también suelen encontrarse en relaciones contractuales e incluso en relaciones precontractuales, sin que por ello se dé una referencia específica a la protección del seguro.

La verdadera legitimación de todo esto es la presunción de que los intereses que se persiguen con dichos beneficios son más aquéllos del Estado como un todo y menos, o de ningún modo, aquéllos del grupo asegurador/asegurado. Sólo sobre esa base puede aparecer luego como conveniente que la comunidad sea responsable para la financiación.¹⁰³ Es en ese sentido que el Tribunal Constitucional Federal sostiene

⁹⁹ Con respecto al seguro obligatorio de jubilaciones: *BVerfGE* 87, 1 (36, 39 y s.) (nota al pie n° 62); sobre el subsidio familiar por hijos: sentencia del 10 de mayo de 1960, *BVerfGE* 11, 105 (117); sobre el tratamiento del trabajo obligatorio en relación con la actividad lucrativa libre: sentencia del 1 de julio de 1988, *BVerfGE* 98, 169 (204); en referencia a la clasificación de asegurados en el seguro de salud: *BVerfGE* 102, 68 (92) (nota al pie n° 74); sobre la inclusión de niños en el seguro social de los padres: *BVerfG* (nota al pie n° 71), p. 1381 (1381).

¹⁰⁰ *BVerfGE* 75, 108 (157) (nota al pie n° 61), sobre la contribución extraordinaria establecida para determinados tipos de empresas, para la financiación de la Caja Social de Artistas.

¹⁰¹ *BVerfGE* 11, 105 (112); 75, 108 (146); 87, 1 (34) (notas al pie n° 61 y s., n° 99); en el mismo sentido: *BVerfGE* 102, 68 (89) (nota al pie n° 74); determinante sería el cubrimiento de la necesidad del individuo bajo consideración de la capacidad contributiva de la comunidad solidaria.

¹⁰² *BVerfGE* 75, 108 (147, 149) (nota al pie n° 61); inclusión de los comitentes de artistas o publicistas autónomos, sin que ellos mismos sean sus empleadores o sean ellos los asegurados.

¹⁰³ Wolfgang Ost y Gerhard Mohr, entre otros, *Grundzüge des Sozialrechts*, 2ª ed., Múnich 1998, p. 211; de forma crítica: Leisner (nota al pie n° 98), p. 97 (98).

como típico que el seguro social supone ya una distribución y una invocación a la responsabilidad social más allá de la homogeneidad de un grupo dado, y justamente por ello conduce a aportes ajenos.¹⁰⁴

B. Solución

Tal como sucede en el caso de la adjudicación pública, también esta problemática se encuentra vinculada a un principio superior. A pesar de las diferencias entre el sistema de indemnización (por ejemplo, el seguro por accidentes), por una parte, y el sistema asistencial (por ejemplo, el seguro de salud y las jubilaciones), por la otra, los distintos tipos de seguros tienen en común el hecho de haberse constituido como comunidades solidarias que se organizan como entidades y que ofrecen un aseguramiento integral frente a un determinado riesgo típico, que a su vez es independiente de la real necesidad en el caso concreto y se adquiere a través del pago de una prima. Característica es la compensación de riesgos entre personas en peligro de sufrir un daño y personas que sufren un daño concreto (compensación de daños) y la prevención contra el riesgo asegurado (prevención del daño).¹⁰⁵

El cuestionamiento sobre una condición de vida como base fáctica, que según Radbruch desemboca en una relación jurídica, puede ser contestado de la siguiente forma. La causa de la carga del aporte impuesto es la relación entre empleador y empleado marcada por obligaciones mutuas, es decir, la relación laboral misma. Junto con el argumento de la relación constituida por derechos y obligaciones mutuas aparece este otro: el aporte que el empleador realiza al seguro social es, desde el punto de vista económico, una parte integrante del salario y se le imputa al trabajador como su derecho de propiedad.¹⁰⁶ Este último criterio es más estrecho que el margen de discrecionalidad que el Tribunal Constitucional Federal reconoce para decisiones organizativas en el campo del seguro social, donde él toma como criterio el cubrimiento de una posible necesidad a través de una distribución sobre una pluralidad organizada.¹⁰⁷

El seguro social debe cubrir el riesgo de perder el puesto de trabajo y por ello responde también el empleador con sus aportes. La relación laboral concreta crea esa vinculación. Aunque el empleado es parte de la comunidad de los empleados asegurados, con respecto al empleador la relación se limita a una obligación de asistencia frente al empleado. Por consiguiente, estamos en presencia de una carga inapropiada

¹⁰⁴ BVerfGE 75, 108 (158) (nota al pie n° 61), con inclusión de mayor información.

¹⁰⁵ BVerfGE 14, 221 (222) (nota al pie n° 63), en el ejemplo del seguro contra accidentes; Franz Ruland, "Rentenversicherung", en Bernd v. Maydell y Franz Ruland (eds.), *Sozialrechtshandbuch*, 2ª ed., Neuwied, 1996, puntos 33 y 35.

¹⁰⁶ Ulrich Becker, "Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Krankenversicherung der Rentner - zur Bedeutung des Gleichheitssatzes bei der Bemessung von Sozialversicherungsbeiträgen", en *Neue Zeitschrift für Sozialrecht* 2001, p. 281 (285).

¹⁰⁷ Véase arriba en notas al pie n° 101 y s.; también Leisner (nota al pie n° 98), p. 97 (99).

cuando los beneficios del seguro social deben satisfacer, primaria o aun exclusivamente, intereses que se encuentran fuera de la comunidad de obligados al pago de la prima, porque justamente la obligación de asistencia del empleador ya no es más lo determinante.¹⁰⁸ El principio normativo en el seguro social es, en resumen, el principio de la equivalencia; el tipo ideal es la comunidad asegurada, el cual se apoya en el pensamiento asistencial y se limita a una relación bipolar.

V. Conclusión

La relación entre la autonomía de la racionalidad humana (Kant, Hegel) y la “estructura de deber legal de una institución” (Radbruch, Dreier) muchas veces no se aprecia suficientemente como punto de partida para una vinculación objetiva.¹⁰⁹ Esto vale sobre todo para la significación de impulsos humanos dirigidos a un fin y para sus efectos sobre categorías jurídicas duraderas, las cuales son acompañadas por determinados intereses (Gehlen, Schelsky). A pesar de todo, fenómenos actuales se expresan a favor de un redescubrimiento de aquellas relaciones: el aumento de decisiones inapropiadas —por ejemplo, en lo tocante al seguro social y a la adjudicación pública—; la creciente ampliación de responsabilidades específicas hasta que la referencia a las condiciones de vida que le sirven de base es raramente reconocible; la dilución por parte de la jurisprudencia de principios normativos tales como el de equivalencia y el de asistencia en “relaciones de responsabilidad”, las cuales después de todo resultan poco entendibles.

¹⁰⁸ Leisner, *ibídem*, p. 97 (100).

¹⁰⁹ Sprenger (nota al pie n° 37), p. 115.

III. La organización del Estado

- *Carlos M. Ayala Corao (Venezuela)*
Hacia una agenda de cambios consensuados inmediatos a la Constitución de 1999 para la profundización de la democracia
- *Hugo San Martín Arzabe (Bolivia)*
El proceso de reforma constitucional en Bolivia
- *Hernán Salgado Pesantes (Ecuador)*
Teoría y práctica del control político. El juicio político en la Constitución ecuatoriana
- *Franciso José Eguiguren Praeli (Perú)*
Las relaciones entre Gobierno y Parlamento:
la particularidad del régimen presidencial en el Perú
- *Fernando Flores Giménez (España)*
La descentralización en España y la autonomía política de los entes territoriales

Carlos M. Ayala Corao (Venezuela) *

Hacia una agenda de cambios consensuados inmediatos a la Constitución de 1999 para la profundización de la democracia

La Constitución venezolana de 1999 es, en términos generales, un texto fundamental que contiene valores e instituciones democráticas. En este sentido, consagra un régimen de derechos humanos —al cual muchos contribuimos con nuestros aportes— que recoge las más avanzadas tendencias universales. Así mismo, la Constitución contiene un amplio esquema de democracia de representación participativa que incluye —además de las formas de democracia representativa, llamada en el texto “electiva”— diversas modalidades de democracia directa mediante iniciativas, consultas y referendos, entre otros; y además, creó modernas instituciones constitucionales como son la Defensoría del Pueblo y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, así como importantes regulaciones sobre la protección de la Constitución y los estados de excepción.

Esta Constitución fue el producto de un momento político determinado, en el cual, una vez que la Corte Suprema de Justicia dio la pauta, el Ejecutivo nacional inició el proceso de su convocatoria tras una consulta popular inicial y un proceso electoral, el cual dio como resultado que más del 90% de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) estuviera controlada por diputados de la entonces coalición oficial Polo Patriótico (MVR, MAS, PPT, PC y otros), a pesar de que los candidatos de la oposición obtuvieron en total más del 40% de los votos. Ello generó el efecto de una “unanimidad” aparente en el seno de la ANC, que la llevó en algunos casos a imponer tesis no respaldadas o ni siquiera consultadas con las entonces minorías políticas y sociales del país, por el solo argumento de contar con el mandato popular mayoritario, el cual fue en aquel entonces reiterado por el referendo aprobatorio del texto constitucional, sancionado por una amplia mayoría pero en medio de una gran abstención electoral.

El hecho es que la Constitución de 1999, a pesar de contener elementos positivos y ampliamente aceptados por los diversos sectores del país en aquel momento y ahora, los

* Profesor de Derecho Constitucional en la UCAB y en la UCV.

cuales no deben ser abandonados, contiene otra serie de elementos de dudoso carácter democrático que fueron producto de la “unanimidad” aparente de la mayoría de turno en aquel momento, pero que hoy en día no son necesariamente aceptados de manera generalizada (por las mayorías y las minorías de antes y de las de ahora) como valores de un pacto político fundamental para un proyecto nacional popular incluyente de los diversos sectores del país.

Frente a este hecho sería una torpeza pretender oponer la simple “legalidad constitucional formal” para impedir la discusión sobre los cambios democráticos, pues ello nos conduciría sin lugar a dudas a una crisis constitucional que sería resuelta por reacción, una vez que las mayorías cambien su correlación de fuerzas en el poder.

Se trata entonces de rescatar a la Constitución como norma jurídico-política fundamental que recoge los valores históricos y fundamentales de un proyecto nacional de Estado de Derecho democrático y social (y de justicia); de unas reglas básicas comunes para la convivencia y la disidencia democráticas; del instrumento necesario para construir una sociedad incluyente que se incorpore activamente a la inversión, al trabajo y a la producción; de un Estado de Derecho que garantice la independencia de los poderes públicos y la plena vigencia de los derechos humanos; y de un Estado social para la superación de la pobreza, que redistribuya la riqueza y garantice reglas claras y transparentes en el manejo de los dineros públicos. En fin, de una Constitución que sea la *norma de las normas* de todos los venezolanos y para todos ellos, y no sólo de la mayoría de turno. Recordemos que en una democracia las mayorías de hoy suelen convertirse en las minorías de mañana y viceversa.

Frente a la crisis política que viene atravesando el país en la última década, y particularmente en los últimos años, es necesario profundizar el modelo democrático venezolano, es decir, su democracia constitucional. El propósito de esta tarea consiste en identificar los principales obstáculos en la Constitución de 1999 que deben ser superados mediante cambios inmediatos consensuados para facilitar un modelo democrático incluyente y nacional, que garantice los cambios pacíficos hacia la profundización de la democracia y el bienestar de amplios sectores de la vida nacional que siguen siendo excluidos e ignorados por el Estado y el resto de la sociedad. Es indudable que frente a la crisis política actual la primera tarea consiste en identificar los actores políticos reales (y no solamente los formales) que deben dialogar y negociar los acuerdos de cambios constitucionales, para luego someterlos a la instancia formal (Asamblea Nacional) y a la consulta popular aprobatoria (referendo).

I. Los cambios constitucionales inmediatos

Como ejercicio inicial para fomentar la discusión que permita identificar consensos para los cambios constitucionales inmediatos con el objetivo de construir un proyecto nacional incluyente, democratizador y modernizante hacia todo el país, es que presentamos a manera de propuesta para su discusión los temas constitucionales

que a continuación abordamos. Ello no excluye que en otro momento “constituyente” se pueda y se deba llevar a cabo una nueva discusión más profunda sobre otros aspectos de la Constitución (por ejemplo, el sistema presidencial, una Corte Constitucional, derecho y libertad respecto a la educación, etcétera). En este sentido, hemos identificado los siguientes temas iniciales con vistas a la búsqueda de consensos necesarios para los cambios inmediatos a la Constitución:

1. La Fuerza Armada Nacional y la seguridad de la nación

La Constitución de 1999 ha sido la más militarista de nuestra historia republicana. Llegó al extremo de crear un título (VII), equivalente en jerarquía al de los derechos humanos o al del poder público, pero preocupantemente fuera de este último, para establecer normas sobre la seguridad de la nación y regular a la Fuerza Armada Nacional. Este título de la Constitución habría que modificarlo, con el objeto de reubicar en el título del poder público (IV) los capítulos sobre la Fuerza Armada Nacional y los órganos de seguridad ciudadana con las modificaciones que aquí se discuten, y excluir o modificar profundamente varias normas de los capítulos sobre los principios de seguridad de la nación y las disposiciones generales.

En todo caso, nunca antes se había logrado incorporar en nuestra Constitución una concepción orgánica y funcional de la Fuerza Armada con privilegios y beneficios exorbitantes para sus integrantes, eliminando además su carácter “no deliberante”. Este esquema, lejos de favorecer la doctrina militar democrática o incluso a sus integrantes, ha debilitado el esquema institucional de la Fuerza Armada dentro del Estado de Derecho democrático en Venezuela.

Las figuras constitucionales que deben ser eliminadas para fortalecer la institucionalidad de la Fuerza Armada y la democracia venezolana son las siguientes:

A. El restablecimiento del carácter “no deliberante” de la Fuerza Armada Nacional

En el constitucionalismo democrático venezolano se había incorporado la fórmula definitoria de las fuerzas armadas como una institución “no deliberante”, a los fines de fortalecer su organización jerárquica interna y su sujeción al poder civil establecido. La eliminación de este principio (artículo 328), conjuntamente con la prédica presidencial de que los militares debían exteriorizar sus desacuerdos, devino en excesos que llegaron hasta fundamentar pronunciamientos de militares contra sus superiores y el propio presidente de la República. Ello ocasionó la entrada de la Fuerza Armada en el debate político nacional de los diversos sectores en pugna. Un militar con armas no debe deliberar abiertamente frente al poder civil legítimamente establecido. Ello no tiene nada en contra del derecho al sufragio de los militares, el cual puede preservarse. Las disidencias y problemas que existan deben ser manejados conforme a los trámites y procedimientos propios de la institución armada en el marco de una sociedad democrática. Una de las características de un gobierno demo-

crático es el sometimiento de los militares al poder civil. En este sentido, la Carta Democrática Interamericana establece “la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida” como uno de los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia (artículo 4). De allí la necesidad de reincorporar constitucionalmente el principio sobre el carácter “no deliberante” de la Fuerza Armada.

B. La eliminación del rango constitucional de la Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional

La Constitución de 1999 consagró expresamente a la Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional (artículo 291) para la vigilancia, el control y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes afectos a la Fuerza Armada Nacional —sin menoscabo de la competencia de la Contraloría General de la República—. Este reconocimiento de instituciones internas de la Fuerza Armada Nacional en el plano constitucional no hace más que generar confusiones e interpretaciones erradas y encontradas. La Fuerza Armada Nacional es una institución del Estado y por tanto sometida a éste y al conjunto de sus instituciones, por lo que no escapa del control ni de la Contraloría General de la República ni del resto de la propia Constitución. De allí lo innecesario e inconveniente de otorgarles rango constitucional a instituciones internas, como es el caso de la Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional, la cual debería ser creada a nivel legislativo por la ley orgánica respectiva. En consecuencia, dicha norma (artículo 291) deberá ser eliminada para evitar los inconvenientes señalados que representa para nuestro Estado democrático.

C. La eliminación del rango constitucional de la seguridad social de la Fuerza Armada Nacional

La Constitución de 1999 consagra expresamente que la Fuerza Armada Nacional funciona con un “régimen de seguridad social integral propio” (artículo 328), mientras que el resto de los venezolanos tienen derecho a otra seguridad social común (artículo 86). De nuevo, este reconocimiento de instituciones internas de la Fuerza Armada Nacional a nivel constitucional no hace más que traer confusiones e interpretaciones erradas y encontradas, que incluyen la idea de una sociedad cerrada y privilegiada, no integrada al resto del país. Pero lo que es peor, dadas las condiciones de la seguridad social “civil” en Venezuela, parecería que ésta es de segunda clase, mientras que la “militar”, ahora con rango constitucional, es la de primera clase. De allí lo innecesario e inconveniente de otorgarles rango constitucional a instituciones internas de la Fuerza Armada Nacional, como es el caso del “régimen de seguridad social integral propio”, el cual es en todo caso un tema de la ley respectiva. En consecuencia, dicha norma (artículo 328) deberá ser eliminada para evitar los inconvenientes señalados que representa para nuestro Estado democrático.

D. *La eliminación del privilegio del antejuicio de mérito*

Nunca antes en la historia republicana y constitucional venezolana los oficiales de la Fuerza Armada Nacional habían contado con el privilegio de no poder ser sometidos a juicio penal, sin que antes el más alto tribunal de la república declarase que existen méritos para ello. Este privilegio del antejuicio de mérito —antipático a la igualdad ciudadana pero entendible para algunas altas magistraturas republicanas— fue otorgado en la Constitución de 1999 a los altos oficiales de la Fuerza Armada Nacional sin justificación alguna (artículo 266, numeral 3). Lo que lo hace aún más grave es que este injustificado privilegio fue otorgado por la ANC, en la versión original de la Constitución, aprobada por el referendo, a los “oficiales u oficialas generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional”; sin embargo, en la cuarta y última versión de la Constitución aparecida en *Gaceta Oficial* el 24 de marzo de 2000, con el supuesto objeto de corregir “errores de gramática, sintaxis y estilo”, se pretendió inexplicablemente expandir por esta extraña vía inconstitucional a (¿todos?) los “oficiales” (en pocas ocasiones observamos la importancia jurídica de una coma), además de mencionarse de seguidas, y ahora sí sólo en género masculino, a los “generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional”. Pero independientemente de esta curiosa disparidad de versiones de los textos constitucionales, lo verdaderamente insólito es que los militares, aun los oficiales con el grado de general, gocen en una democracia de un privilegio del que no gozan los demás ciudadanos, como es el de no poder ser enjuiciado sin que antes el Tribunal Supremo de Justicia haya declarado que existen méritos para ello. Esto puede llevar al extremo de que, si dos venezolanos ejercen, por ejemplo, un cargo equivalente en un ministerio y uno de ellos es civil y el otro un oficial general, el primero podrá ser sometido a juicio por la vía ordinaria mientras que el segundo gozará del privilegio de no ser sometido a juicio hasta que el Tribunal Supremo declare que hay mérito para ello.

En virtud de lo anterior, a los fines de fortalecer el Estado democrático en Venezuela, es necesario modificar la Constitución para excluir del privilegio del antejuicio de mérito a los militares (artículo 266, numeral 3).

E. *La seguridad democrática de la nación*

Pocas constituciones democráticas del mundo contienen títulos o capítulos completos dedicados a la seguridad de la nación. Los ejemplos que existen no son los más halagadores ni los más democráticos: la Constitución chilena redactada por el régimen dictatorial de Pinochet y la Constitución peruana redactada por el régimen autoritario de Fujimori y Montesinos. La Constitución venezolana de 1999 incorporó en el título VII (“De la seguridad de la nación”), dos capítulos sobre los “Principios de seguridad de la nación” y sobre las “Disposiciones generales”, que contienen preceptos polémicos para una concepción democrática de la seguridad y defensa.

Entre los aspectos objetables a esta normativa está, en primer lugar, la propia concepción de los principios de la seguridad, ya que la norma establece que ésta se fundamenta en la “*corresponsabilidad* entre el Estado y la sociedad civil” (artículo 326). Lo cierto es que la seguridad es una obligación en cabeza del propio Estado, el que no puede pretender “desestatizarla” en la sociedad civil ni tampoco colocar a ésta en un plano de igualdad frente a su deber de garantizarla a toda la nación. La seguridad de un Estado en una concepción democrática se fundamenta en valores —precisamente como los de paz, los derechos humanos y la democracia contenidos en la propia norma—, pero ello no puede llevar a colocar a la sociedad civil en el mismo nivel de responsabilidad que el propio Estado, el que cuenta con los recursos necesarios para garantizarla y está sometido a un régimen de responsabilidad interior e internacional no aplicable a los particulares.

Por otro lado, la Constitución extiende el principio de la *corresponsabilidad* en materia de seguridad no sólo al ámbito propiamente militar, sino además a los ámbitos cultural, social, económico y político, entre otros. Ciertamente resulta peligroso, en el marco de una sociedad democrática, extender la concepción de la seguridad de la nación más allá de las esferas propias que son necesarias, como es precisamente la militar, ya que ello lleva a deformar los valores propios de la cultura, la política y lo social, máxime si esos asuntos conciernen a operaciones de la seguridad y el Ejecutivo nacional se reserva su “*clasificación y divulgación*” (artículo 325). No pueden condicionarse los ámbitos propios de la sociedad, la cultura y la política a las concepciones propias de la seguridad sin correr el peligro de deformar sus contenidos específicos. Por ello, esta noción, más propia de regímenes autoritarios que generaron doctrinas sobre la seguridad nacional en todos los ámbitos y el desarrollo nacional, resulta contraria a los límites aceptables en una sociedad democrática.

Por otro lado, no resulta tampoco aceptable en un Estado democrático y de orientación pacifista, como por demás lo proclama la Constitución de 1999, crear con jerarquía constitucional un cuerpo como el Consejo de Defensa de la Nación, en carácter de “máximo órgano de consulta para la planificación y asesoramiento del Poder Público en los asuntos relacionados con la defensa integral de la Nación”, al que le corresponde “establecer el concepto estratégico de la Nación”, máxime cuando en este extraño órgano se incluye por mandato constitucional expreso a poderes que gozan de independencia y autonomía respecto al Poder Ejecutivo y al(a) presidente(a) de la República, como son el(la) presidente(a) de la Asamblea Nacional, el(la) presidente(a) del Tribunal Supremo de Justicia y el(la) presidente(a) del Consejo Moral Republicano (artículo 323). Se trata de un peligroso mecanismo con facultades sospechosas, el cual es dominado en su mayoría por representantes del Poder Ejecutivo y presidido por el presidente(a) de la República, y que puede llegar a imponer un concepto estratégico sobre la defensa nacional a los demás poderes públicos, a cuyas funciones constitucionales propias les es ajeno ese concepto —independientemente de que estén obligados a formar parte de dicho organismo—.

Por ello resulta impertinente e inapropiada la incorporación en la Constitución de 1999 de la figura del Consejo de Defensa de la Nación, tan peligrosa para la democracia en las funciones asignadas y tan contraria a los principios del Estado de Derecho —como lo es la separación e independencia de los poderes públicos— en su integración.

2. *La elección del presidente de la República por mayoría y la racionalización de la duración del mandato*

Se trata de establecer un mecanismo que garantice que los venezolanos no vamos a tener un presidente electo por la minoría de los electores. Los sistemas mayoritarios permiten garantizar una legitimidad mayoritaria de origen a quien resulta electo presidente. Sin embargo, esta modalidad no resuelve por sí sola todos los problemas de gobernabilidad democrática propios del sistema presidencial, como es entre otros el apoyo parlamentario mayoritario.

Las democracias contemporáneas, tanto en Latinoamérica como en Europa, han venido adoptando los *sistemas mayoritarios*, a fin de fortalecer el mandato presidencial y su legitimidad mayoritaria indiscutible para toda la nación. En este sentido es importante rescatar los diversos estudios que se han realizado en Venezuela fuera del contexto electoral coyuntural y que han concluido recomendando la adopción del sistema electoral mayoritario entre nosotros.

Este sistema electoral en sus diversas modalidades consiste en exigir un porcentaje mayoritario de los votos válidos emitidos en la primera votación para que resulte electo en ella el presidente (normalmente este porcentaje varía entre más del 40% y el 50%) y, en caso de que ningún candidato logre ese porcentaje en la primera votación, se va a una segunda vuelta entre los dos candidatos que hayan obtenido más votos en la primera vuelta, en cuyo caso resultará electo presidente aquel de estos dos candidatos que obtenga el mayor número de votos.

Es importante reseñar que en la propuesta de Constitución enviada por el presidente Chávez a la ANC (*Ideas fundamentales para la Constitución Bolivariana de Venezuela*, 5.8.1999) se proponía este sistema mayoritario o de doble vuelta en la elección presidencial. Sin embargo, al calor de la conveniencia y los fríos cálculos de la mayoría de turno se optó por desechar dicha propuesta y dejar el sistema de la Constitución de 1961, de elección presidencia por mayoría (simple) (artículo 228).

A los fines de diseñar un esquema constitucional democrático, con vistas a mejorar la gobernabilidad y ayudar a superar las crisis políticas derivadas de las discusiones de los mandatos presidenciales poco claros de las primeras minorías, es necesario introducir cambios en la Constitución para incorporar el sistema de elección presidencial mayoritario o de doble vuelta.

Un segundo aspecto relacionado con la elección presidencial es la *duración del mandato*, la cual quedó establecida en la Constitución de 1999 en seis años (artículo 230). Particularmente en un régimen que permita la reelección inmediata, como esta-

bleció la nueva Constitución, la duración del mandato debe ser razonable. La tendencia en el mundo sobre estos casos ha sido a establecer un mandato de entre cuatro y cinco años, como es el caso de Estados Unidos (cuatro años) e incluso de la reciente reforma en Francia (que lo redujo de siete a cinco años). Entre nosotros convendría modificar el período presidencial para reducirlo de seis a cuatro años (en todo caso, nunca pasar de un máximo de cinco), lo cual permitiría un plazo razonablemente largo para ejecutar programas de gobierno y también razonablemente corto para convocar a nuevas elecciones en casos de crisis de legitimidad o pérdidas de apoyo popular extremas.

Un tercer aspecto vinculado a la elección presidencial que convendría modificar es el relativo a la *elección de un nuevo presidente en caso de falta absoluta del presidente* durante los primeros cuatro años del período constitucional. En este supuesto la Constitución obliga a que la nueva elección se lleve a cabo dentro de los treinta días consecutivos siguientes, lo cual resulta a todas luces exageradamente corto para seleccionar candidatos entre los partidos políticos y movimientos de electores, preparar las alianzas y las bases programáticas y desarrollar una campaña electoral. Por ello, en estos casos sería recomendable extender este período a entre sesenta y noventa días, para lo cual deberá modificarse la norma constitucional (artículo 233).

3. *Los límites democráticos a las facultades ilimitadas del presidente de la República para legislar*

El derecho constitucional contemporáneo reconoce la necesidad y la conveniencia de dotar a los presidentes de facultades legislativas extraordinarias, a fin de garantizar la aprobación oportuna de leyes requeridas para el desarrollo económico, así como para superar determinados mecanismos de entramamiento parlamentario.

Esta técnica legislativa a cargo del Ejecutivo nacional ha sido reconocida entre nosotros desde 1945, particularmente en su modalidad de los decretos-leyes con base en leyes habilitantes en materia económica y social.

Sin embargo, esta modalidad de legislación ejecutiva debe diseñarse dentro de un esquema democrático, de manera que no afecte el resto del esquema de derechos y garantías ciudadanos. En este sentido, existe una interdicción tradicional a esta legislación ejecutiva en las materias de reserva al legislador formal y material (Poder Legislativo), como son, entre otras, la imposición de límites y restricciones a los derechos fundamentales, la creación de delitos y penas y —salvo excepciones— la creación de tributos.

Por ello resulta no sólo contrario a los principios del constitucionalismo democrático, sino también a los límites impuestos por los tratados sobre derechos humanos, que la facultad constitucional del Ejecutivo nacional para dictar decretos con rango y valor de leyes no contenga límites expresos sobre las materias en las cuales no puede operar este tipo de legislación (artículo 203). Ello ha permitido la adopción de decretos-leyes (con base en leyes habilitantes del Poder Legislativo) que no sólo

establecen límites y restricciones a los derechos fundamentales, sino que incluso han llegado a crear penas y delitos. En consecuencia, a los fines de garantizar una legislación ejecutiva democrática es necesario imponer, como materias expresamente reservadas por la Constitución al legislador, aquellas relativas al establecimiento de límites y restricciones a los derechos fundamentales, la creación de tributos y la creación de delitos y penas (sanciones en general).

4. *El nombramiento por mayoría calificada y la eliminación de la remoción política de los(as) magistrados(as) del Tribunal Supremo de Justicia*

En términos de prioridades, el problema principal de Estado de Derecho democrático en Venezuela consiste en la elección de magistrados(as) del Tribunal Supremo de Justicia aplicando el mecanismo de selección de los(as) candidatos(as) mediante los comités de postulaciones judiciales integrados por representantes de los diferentes “sectores de la sociedad”, como lo establece la Constitución (artículos 264 y 270). Sin embargo, a los fines de fortalecer nuestro Estado de Derecho democrático, en el plano constitucional es necesario, en primer lugar, establecer una mayoría parlamentaria calificada de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional (artículo 264) —igual a la establecida para los titulares de los órganos del Poder Ciudadano (artículo 279)—. Esta mayoría calificada impide que el partido mayoritario de turno se preste para imponer los candidatos de su conveniencia sin estar sujeto a control del resto de las fuerzas parlamentarias.

En segundo lugar, las experiencias comparadas con relación a la destitución de los(as) magistrados(as) por el Poder Legislativo (por ejemplo, el caso de Perú) nos han enseñado la inconveniencia de la figura de la remoción de los magistrados por un órgano político (Poder Legislativo) y, por el contrario, la pertinencia de los mecanismos de responsabilidad civil, penal y disciplinaria.

En consecuencia, dentro de los cambios constitucionales requeridos para democratizar nuestro Estado de Derecho democrático debe incluirse el establecimiento de la mayoría parlamentaria calificada para el nombramiento de los(as) magistrados(as) (dos terceras partes de los integrantes del Poder Legislativo Nacional) y la eliminación del sistema de remoción de éstos(as) por la Asamblea Nacional (artículo 265), y su sustitución por mecanismos legales de responsabilidad civil, penal y disciplinaria.

5. *El restablecimiento del Poder Legislativo bicameral*

Desde nuestro nacimiento como república independiente y soberana, el Poder Legislativo nacional (se ha denominado “Congreso” y) ha estado integrado siempre por dos cámaras: la de Diputados (otrora de Representantes) y la del Senado.

Esa bicameralidad, y en particular la Cámara del Senado, se ha fundamentado en distintos motivos, entre otros la representación igualitaria del pueblo de todas las entidades federales (estados) y el Distrito Federal, al contrario de la de Diputados, que está compuesta en forma proporcional a la población de cada una de ellas. Esta

razón es considerada la esencia de la igualdad de las entidades federales, la cual debe reflejarse en la representación igualitaria de éstas en al menos una de las cámaras del Poder Legislativo nacional.

Además, la bicameralidad es una técnica de separación y control dentro del propio Poder Legislativo a fin de evitar los abusos de las mayorías en una de las cámaras; sirve asimismo de técnica para especializar el trabajo parlamentario de cada una de las cámaras (por ejemplo, el Senado en asuntos internacionales, asuntos federales y control de decisiones del Ejecutivo nacional, y Diputados en debate político, interpelaciones, presupuesto, impuestos) y para mejorar la productividad y la técnica legislativas.

Desafortunadamente, a última hora, bajo la presión del reloj y la amenaza de acusar de “contrarrevolucionario” a quien no la apoyara, se impuso por escasos votos en la ANC una propuesta de eliminar el Senado (tildándolo de institución “oligarca”, cara e innecesaria), la cual no fue suficientemente reflexionada ni discutida y ni siquiera el propio presidente Chávez la había presentado en su proyecto.

Esta eliminación del Senado en el Poder Legislativo nacional resulta altamente inconveniente y desarticuladora de nuestro Estado de Derecho democrático y federal, motivo por el cual se requieren cambios para su inmediata reincorporación en nuestra Constitución, modernizándolo mediante una revisión integral para especializar y agilizar el trabajo parlamentario de cada una de las cámaras legislativas.

6. *La eliminación de las restricciones a la descentralización*

La Constitución de 1999, a pesar de denominar la forma de Estado como “federal descentralizado”, contiene una serie de restricciones a la forma federal. Así por ejemplo, el régimen de los legisladores o diputados de los consejos legislativos, así como el correspondiente a su organización y funcionamiento, fue centralizado por primera vez en nuestra historia (artículo 162), lo mismo que, de manera dudosa, el régimen de la contraloría de los estados (artículo 163), lo cual ha dado lugar en la Asamblea Nacional a la aprobación de leyes centralizadoras que han venido ahogando nuestro régimen federal supuestamente descentralizado.

En este sentido, la propuesta consiste en revitalizar el esquema federal venezolano como fórmula democrática y de participación ciudadana, fortaleciendo estas instancias y su gestión de políticas públicas mediante políticas y decisiones descentralizadoras desde el nivel central como un proyecto nacional (artículo 158). Para ello es necesario eliminar las normas constitucionales que han servido de fundamento para controles centralizantes, innecesarios e inconvenientes para nuestro Estado democrático en los poderes legislativos y las contralorías de los estados.

7. *La eliminación del régimen constitucional “transitorio”*

Una de las causas más importantes que han impedido el desarrollo y la aplicación plena del ordenamiento constitucional de 1999 ha sido el régimen transitorio, a raíz del Régimen de Transición del Poder Público dictado el 22 de diciembre de

1999, fuera de la Constitución y sin haber sido aprobado por el pueblo en el referendo popular del 15.12.99. Pero más grave aún ha resultado la tesis jurisprudencial de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que ha permitido validar las leyes inconstitucionales (por ejemplo, régimen electoral y nombramiento de miembros del CNE, régimen de nombramiento de magistrados del TSJ y Poder Ciudadano) con el argumento de que, mientras se apruebe todo el régimen legal para el desarrollo de la Constitución, ésta se encuentra en un régimen de transitoriedad. Este salto al vacío de una dimensión desconocida nos coloca en una situación de incertidumbre que es un verdadero círculo vicioso, ya que, mientras no se dicte ese ordenamiento legal, pueden dictarse leyes inconstitucionales válidas y la Sala Constitucional las valida como parte de tal régimen de transición, sin imponer(se) siquiera límites temporales. Esta tesis jurisprudencial ha significado en definitiva una burla abierta y la destrucción de la propia Constitución. Por lo tanto, uno de los cambios esenciales para lograr un verdadero Estado democrático en Venezuela consiste en regular en el plano constitucional la única transitoriedad posible, estableciendo expresamente límites temporales y de contenido, más allá de los cuales la Constitución siempre regirá como norma suprema del ordenamiento jurídico, estando sujetas a ella todas las personas y los órganos que ejercen el poder público.

II. El mecanismo para la aprobación de los cambios constitucionales inmediatos: el acuerdo nacional y la enmienda constitucional

Los cambios o modificaciones constitucionales inmediatos para democratizar el Estado venezolano que hemos sometido a la discusión en el presente trabajo deben ser, en primer lugar, objeto de discusión, diálogo y negociación entre los diversos actores políticos y sociales del país, a fin de lograr los acuerdos necesarios. No debemos aspirar a que éstos sean los únicos cambios, por lo que podrán incluirse otras propuestas que se consideren democratizadoras en el corto plazo. Pero la Constitución no debe ser nunca más objeto de aprobación por la sola mayoría de turno (ni política ni electoral). La Constitución, para garantizar que sea de todos, debe ser elaborada participativamente por todos y lograr previamente altos niveles de acuerdo nacional.

En segundo lugar, para hacer posibles los cambios inmediatos a la Constitución de 1999 requeridos para democratizar el Estado venezolano, debe seguirse el procedimiento pautado en la propia Constitución para la aprobación de las enmiendas. En efecto, la enmienda tiene por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos, sin alterar la estructura fundamental de la Carta (artículo 340). Las enmiendas a la Constitución de 1999 se tramitan en la forma siguiente (artículo 341):

1. *Iniciativa.* La iniciativa podrá partir del quince por ciento de los(as) ciudadanos(as) inscritos(as) en el Registro Civil y Electoral, o de treinta por ciento de los(as) integrantes de la Asamblea Nacional, o del(de la) presidente(a) de la

república en Consejo de Ministros. Sin embargo, dada la naturaleza política y de consenso nacional de las propuestas de enmienda discutidas en este documento, es conveniente que sólo luego de logradas las negociaciones participativas previas (en el ámbito no formal) el proyecto de enmienda sea presentado ante la Asamblea Nacional.

2. *Procedimiento parlamentario.* Cuando la iniciativa parta de la Asamblea Nacional, la enmienda requerirá la aprobación de ésta por la mayoría de sus integrantes y se discutirá según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de leyes (consultas obligatorias y dos discusiones).

3. *Referendo aprobatorio.* El Poder Electoral (CNE) someterá a referendo las enmiendas a los treinta días siguientes a su recepción formal.

4. *Aprobación por referendo.* Se considerarán aprobadas las enmiendas de acuerdo con lo establecido en la Constitución (y en la ley relativa al referendo aprobatorio, la cual aún no ha sido sancionada). En este sentido, la Constitución establece como requisito para que el referendo resulte aprobado, que concluya en un *sí* aprobatorio (mayoría simple), siempre que concurra el veinticinco por ciento de los(as) electores(as) inscritos(as) en el Registro Civil y Electoral (artículo 73).

5. *Numeración de las enmiendas.* Las enmiendas serán numeradas consecutivamente y se publicarán a continuación de la Constitución, sin alterar el texto de ésta, pero anotando al pie del artículo o artículos enmendados la referencia de número y fecha de la enmienda que lo modificó.

6. *Promulgación de las enmiendas.* El(la) presidente(a) de la república está obligado(a) a promulgar las enmiendas dentro de los diez días siguientes a su aprobación (artículo 346); si no lo hiciere así, el(la) presidente(a) y los(as) dos vicepresidentes(as) de la Asamblea Nacional procederán a su promulgación (artículo 216).

Hugo San Martín Arzabe (Bolivia)

El proceso de reforma constitucional en Bolivia

Los acontecimientos ocurridos entre el 12 y 13 de febrero de 2003 consolidaron la idea de que Bolivia atraviesa por una crisis política que tiene como elementos centrales el déficit de representatividad de los partidos políticos y el extendido sentimiento de descreimiento en las principales instituciones del país.

Los hechos tienen similitud con los turbulentos sucesos del año 2000, que en gran medida fueron resueltos a través de mesas de diálogo, con participación ciudadana, organizadas por el gobierno de entonces y por el Foro Jubileo de la Iglesia Católica. Allí la ciudadanía exigía una radical reforma política a través de modificaciones en la Constitución, con el lema: “Menos poder a los políticos y más poder al pueblo”.

Son precisamente esas reformas las que abordaremos hoy. Dividiremos la exposición en tres campos; el primero concierne a las reformas planteadas por la ciudadanía, incorporadas en la Ley de Necesidad; el segundo hace a planteamientos de modificación en el Poder Judicial; y el tercero se refiere a si éstas y otras modificaciones pueden introducirse en esta instancia.

I. Ley de Necesidad de Reformas a la Constitución, de 1° de agosto de 2002

La reforma de una Constitución es un proceso de transformación¹ del texto por medio de la actuación de ciertos órganos, mediante determinadas formalidades que se encuentran establecidas en la propia Constitución. Estos cambios se dan por dos situaciones; primeramente, para permitir la evolución constitucional frente a nuevas demandas sociales ya que, a medida que la vida social transcurre, surgen nuevas

¹ En Estados Unidos se utiliza el término *enmendar*, o sea, complementar la Constitución, no modificando sino adicionando al texto original. En Francia se habla de *revisión*, que viene a constituir una primera parte del procedimiento de reforma, o sea, un acto previo. La *reforma*, en cambio, abarca una transformación profunda del texto.

ideas y la Constitución tiene que adaptarse a esos cambios; en segundo lugar, porque se hace necesario quitar de la Constitución aquellas normas que son incompatibles con la visión actual.²

La competencia para reformar la Constitución no es una competencia normal en el sentido de una rutinaria actividad o función natural del Estado, como lo puede ser la promulgación de leyes. Es una facultad extraordinaria y, por tanto, debe ser limitada, porque en caso de que no lo fuera podrían ser afectados todos los preceptos constitucionales, inclusive aquellos que establecen el “espíritu”, “identidad” y “continuidad” de una Constitución.

Como señalamos anteriormente, el proceso de la Ley de Necesidad se inicia en el año 2000, luego de una aguda crisis de gobernabilidad que afectó la legitimidad del régimen presidencial del general Hugo Banzer Suárez, la mayor crisis en 18 años de ininterrumpida vigencia de las garantías y libertades democráticas. La demanda ciudadana de una nueva Constitución forzó a que el gobierno presentara una agenda de reformas al Congreso Nacional el 14 de febrero de 2001 y que, posteriormente, conformara, mediante decreto supremo de 23 de abril del mismo año, un Consejo Ciudadano integrado por ciudadanos y profesionales notables, para sistematizar los planteamientos y propuestas provenientes de diferentes sectores sociales.

El trabajo del Consejo concluyó en noviembre de 2001. La Ley de Necesidad fue sancionada el 1° de agosto de 2002 por el presidente Jorge Quiroga, quien había sucedido de manera constitucional al general Banzer, tras la renuncia de éste al cargo por una grave enfermedad que ocasionaría luego su fallecimiento.

La demora desde la conclusión del trabajo del Consejo hasta la sanción de la Ley de Necesidad tuvo que ver con la realización de elecciones nacionales en el mes de junio y la alta politización que merecieron los temas de reforma y su procedimiento, especialmente cuando se esgrimieron como alternativas el referéndum y la asamblea constituyente.

En la Ley de Necesidad se establece la modificación de 45 artículos y se incorporan temas fundamentales como los que detallamos a continuación:

² Lassalle mencionaba la existencia de una “constitución real”, la que se encuentra viva en la sociedad, y la “constitución formal”, la escrita en una “hoja de papel”: “[...] allí donde la Constitución escrita no corresponde a la real estalla inevitablemente el conflicto [...] la Constitución escrita necesariamente debe sucumbir ante el empuje de la Constitución real, de las verdaderas fuerzas vigentes en el país”. Véase Fernando Lasalle, *¿Qué es una Constitución?*, Siglo XX, Buenos Aires, 1957. También Heller analiza este problema cuando coincide en que la Constitución real consiste en las relaciones reales de poder y establece la interacción de la fuerza normativa de lo normal fáctico y la fuerza normalizadora de lo normativo. Véase Hermann Heller, *Teoría del Estado*, FCE, México, 4ª ed.

“La Constitución es el resultado de la combinación de dos elementos, uno formal y el otro material; formalmente tiene que ser producto de la sociedad, creado por ella misma, y no una norma que se le impone sin su consentimiento y, materialmente, tiene que permitir a la sociedad autodirigirse permanentemente”. Véase Cecilia Mora-Donnatto Mora, en *El valor de la Constitución normativa*, IJ-UNAM, México, 2002

1. *El Estado social y democrático de Derecho*. En la cultura jurídica europea se instaló, en el último siglo, un profundo debate sobre la relación del Estado con la realidad, y su interdependencia recíproca. De este debate surge la obra de Von Ihering, en 1872, *La lucha por el derecho*, en donde asigna al derecho la función de lucha por una mejor sociedad. También en esa reflexión se construía el concepto liberal de *Estado de Derecho*, lo que implicaba el respeto a la institucionalidad, la libertad, la igualdad y la seguridad jurídica, en cuya cúspide se encuentra la Constitución. Sin embargo, una aguda crisis del liberalismo sobrevino a fines del siglo XIX y, con ella, la crisis de las democracias parlamentarias. Se insistía principalmente en la crítica de que el Estado de Derecho estaba despojado en la práctica de los valores que pretendía sustentar. Así, las primeras décadas del siglo XX dieron nacimiento a corrientes que modificaron el viejo Estado a través de los componentes ahora inseparables de “social y democrático”, con el propósito de generar una estructura estatal con un perfil de solidaridad y preocupada por el bienestar de la sociedad en su conjunto. Lo social alude a que la organización administrativa debe participar de manera directa en la prestación de servicios básicos que solucionen o mitiguen los problemas estructurales de nuestra sociedad y lo democrático establece el apego a los valores y principios consagrados en los derechos fundamentales y en las reglas del juego. En ninguna de las Constituciones bolivianas anteriores se había patentizado el ideal y el perfil del Estado que se pretendían. Este primer elemento esboza un rol ideológico del Estado alejado del paternalismo de la vieja izquierda y del *no importismo* de la nueva derecha.

2. *La democracia deliberativa*. Desde 1861 se encuentra presente en nuestras Constituciones un principio casi inmutable en la concepción de la democracia representativa: “el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes”. Sólo un siglo más tarde, y como efecto de la revolución de 1952, se borró el *no*, situación que duró seis años, hasta la Constitución del 67. En la Ley de Necesidad se retorna a la posibilidad de abrir la deliberación, en el entendido de que debemos transitar hacia una visión amplia de democracia donde la participación ciudadana esté en la base del principio de la representación, y la deliberación pueda efectuarse a través de las instituciones que genera este nuevo ordenamiento constitucional. Varios autores en los últimos diez años han reflexionado sobre el concepto de deliberación, han intentado generar ciudadanías activas que controlen socialmente a los representantes, que faciliten la transparencia en los actos de la administración pública y que permitan la ampliación de la base ciudadana a través de consensos. En Bolivia se ha demostrado la factibilidad de la deliberación desde la perspectiva de la disponibilidad ciudadana y desde la consolidación de la institucionalidad democrática a través de los diputados uninominales.

3. *Iniciativa legislativa ciudadana*. Esta figura es reconocida en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de Europa y de América. Constituye un derecho público

subjetivo que deriva no ya del estatus de la libertad personal de cada individuo, sino del *status activus* del hombre, de la participación del ciudadano en las tareas de la comunidad política. Así, cualquier ciudadano puede proponer proyectos de ley en cualquier materia, sujeto a un procedimiento mediante el cual el Congreso debe dar expreso tratamiento dentro de un término previamente establecido. Generalmente, cualquier propuesta debe estar acompañada de un respaldo mínimo de firmas.

4. *Referéndum*. Se constituye en otro elemento de democracia participativa que puede ser definido como el instrumento mediante el cual un órgano representativo somete a opinión y aprobación del electorado una norma o materia determinada. Vale decir que el referéndum da la oportunidad a los electores de decidir directamente sobre un asunto en particular. Existen, por tanto, muchos tipos de referéndum, entre los cuales están aquellos que consultan sobre la aprobación de leyes y los que establecen, en el espíritu de Rousseau de que “no puede haber Constitución que no sea aceptada por el pueblo”, la aprobación de reformas a la Carta Magna. Este último es el tipo de referéndum que se propone en la Ley de Necesidad, uno a través del cual se pronuncie el electorado respecto a la viabilidad o el rechazo de las propuestas de reforma. En este sentido se establece que dentro de los quince días de sancionada la Ley de Necesidad el Congreso debe convocar a referéndum, acto que debe realizarse dentro de los noventa días siguientes y debe ser organizado por la Corte Nacional Electoral.

5. *Desmonopolio de la representación política*. Una de las críticas permanentes de los ciudadanos apunta al monopolio que tienen los partidos políticos en la representación. Por ello, la Ley de Necesidad establece que la designación de candidatos nacionales y municipales se ejercerá no solamente a través de los partidos políticos sino también por agrupaciones ciudadanas. De aprobarse la reforma en esta legislatura, para las elecciones municipales del próximo año los candidatos a alcaldes y concejales podrán ser propuestos por otro tipo de organizaciones que no sean los partidos políticos.

6. *Limitación a la inmunidad parlamentaria*. La Constitución de 1938 incorporó importantes elementos de un renovado constitucionalismo social. Sin embargo, tuvo el defecto de desvirtuar la inmunidad parlamentaria y la tornó en “impunidad” al excluir el procesamiento de parlamentarios en “todas las materias”, establecer tan solo la materia penal y borrar la posibilidad de acusación al ser sorprendidos en delito flagrante. En todo caso, la Ley de Necesidad corrige esta prerrogativa.

7. *Hábeas data*. Las nuevas tecnologías de la información representan un serio riesgo para la privacidad de las personas, en por lo menos cuatro categorías: invasión a la privacidad individual, difusión de hechos privados embarazosos, publicidad que coloque a una persona en falsas posiciones ante los ojos ciudadanos, e indebida apropiación del nombre, datos o apariencia de una persona. El *hábeas data* es una respuesta a los problemas que la informática y la tecnología han generado; es un instrumento diseñado para proteger, tras la presentación de una demanda, la imagen, la privacidad, el honor y la libertad de información de un individuo. Quiere decir, en

síntesis, que “tus datos te pertenecen” o “tienes derecho a disponer de la información que existe sobre ti”. El campo de acción del *habeas data* es el derecho a la intimidad y puede ser utilizado por cualquier persona contra cualquier poseedor o administrador de registros para averiguar la información en cualquier medio magnético, físico, electrónico o informático.

8. *Otros temas.* También la Ley de Necesidad incorpora la sanción a toda forma de discriminación, la igualdad del hombre y la mujer y el goce de los mismos derechos, la protección del medio ambiente, la creación de la Procuraduría y Auditoría General y la interpretación de los derechos fundamentales conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los tratados y convenios internacionales en esta materia.

II. El Poder Judicial

La Ley de Necesidad introduce muy pocos cambios en el Poder Judicial. En realidad, las grandes transformaciones fueron realizadas por la reforma constitucional de 1994, que incorporó el Tribunal Constitucional como órgano encargado del control de constitucionalidad, el Consejo de la Judicatura como órgano administrativo y disciplinario y un renovado procedimiento de elección de magistrados. Estas reformas han cambiado de manera positiva el rostro del Poder Judicial; sin embargo, han evidenciado aún algunas debilidades internas y otras que fueron profundizadas por el indiscriminado manejo político.

Entre las reformas planteadas en esta ocasión destacan el aumento del número de magistrados del Tribunal Constitucional. Recordemos que, junto con Guatemala, somos los países con el número más reducido de miembros en este órgano.³ De la misma forma se establece que los miembros del Consejo de la Judicatura tendrán una duración de seis años y, como requisito, poseerán título académico, no necesariamente de abogados.

Dos propuestas han sido objeto de innumerables críticas: las que establecen la elección de los presidentes de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional por parte del Congreso Nacional. Este hecho implicaría una seria amenaza de intromisión en asuntos internos, poniendo en riesgo el principio de separación de poderes.

Esta preocupación sirve de base para ingresar al tercer punto, vale decir, la posibilidad de que el actual Parlamento, al considerar la Ley de Necesidad de Reforma, pueda modificar, alterar o suprimir el texto ya establecido por la pasada legislatura.⁴

³ Alemania, 16; Italia, 15; España, 12; Francia, 9; Colombia, 9; Ecuador, 9; Perú, 7; Costa Rica, 7; Chile, 7 miembros.

⁴ A esta solicitud se suman las planteadas a la Comisión de Constitución por organizaciones de mujeres y de minorías sexuales que pretenden mejorar la redacción de varios artículos contenidos en el título primero de “Derechos fundamentales de la persona”, así como de los partidos políticos que pretenden la incorporación de la asamblea constituyente.

III. Los “límites” del poder constituyente derivado

La Constitución política del Estado establece su propio mecanismo de reforma. Está contenido en dos diferentes procesos que se llevan a cabo por dos congresos. El primer congreso que redacta la Ley de Necesidad tiene a su cargo el proceso de impulso y se convierte en una instancia preconstituyente;⁵ el segundo congreso, desde el momento en que empieza la consideración del tema, se convierte en “poder constituyente derivado”.⁶

Nuestra Constitución, como muchas otras, establece un “control del cambio” que de ninguna forma se convierte en algo insalvable. Fruto de ello es que estamos discutiendo la segunda reforma constitucional en un término menor de diez años y muchas modificaciones han quedado aún en el tintero, lo que hace presumir que en el presente periodo constitucional podríamos estar redactando una nueva ley de necesidad.⁷ Algunos autores⁸ identifican este proceso con el concepto de “poder constituyente abierto”, que alude a reformas permanentes en situaciones de movilidad acentuada en las cuales los cambios son continuos y no es fácil terminar el ejercicio constituyente en sólo un acto, ya que las Constituciones aprobadas son precarias en su vigencia hasta integrarse y complementarse en el tiempo, obteniendo la unidad básica de sus instituciones.

Tal como establece el artículo 231 de la Constitución, la Ley de Necesidad retornó a la cámara que proyectó la reforma, en un nuevo período constitucional, y fue derivada a la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial, de acuerdo al artículo 125 del Reglamento de Debates de Diputados, para que ésta pudiera brindar el informe correspondiente luego de analizarla.

La consideración por parte de la Comisión estuvo precedida, en el nuevo Parlamento, por tres días de deliberaciones sobre la reforma. La heterogeneidad en la representación parlamentaria⁹ evidenció la recurrente insistencia de la oposición en

⁵ La redacción de esta primera etapa se establece en el artículo 230. En su promulgación interviene el Ejecutivo.

⁶ Esta facultad de *constituyente derivado* está establecida en los artículos 231 y 232. El 232 amplía la atribución al Poder Ejecutivo sólo para su promulgación, sin que el presidente pueda observarla.

⁷ Lejos estamos de Constituciones rígidas como la del reino de Bélgica, que establece que el Poder Legislativo (es decir, las dos cámaras y el rey) tiene derecho a declarar que una reforma tiene lugar; esta declaración comporta la inmediata disolución de las cámaras. La reforma se discute por las nuevas cámaras y se aprueba por mayoría de dos tercios, a condición de que al menos dos tercios estén presentes. Algo parecido pasa en el gran ducado de Luxemburgo. Por su parte, la Constitución de Dinamarca establece que, si una propuesta de reforma es votada por el Folketing (Parlamento) y el gobierno quiere darle seguimiento, el Folketing se disuelve y se procede a nuevas elecciones parlamentarias. Si es aprobado se somete a referéndum, en el cual se debe lograr el apoyo del 40%, por lo menos, y posteriormente ser sancionado por el rey, quien tiene derecho a veto.

⁸ Véase Germán Bidart Campos, “Notas sobre el carácter abierto y eficaz de nuestro poder constituyente”, en *Revista Jurídica de San Isidro*, Buenos Aires, 1970.

⁹ A diferencia de los congresos que anteceden al del 2002, en los cuales las diferencias eran de matices políticos, en el actual existen visiones disímiles y confrontadas respecto a lo social, cultural e ideológico.

la alternativa de una asamblea constituyente,¹⁰ hecho que, sumado al poco interés de algunos sectores gubernamentales interesados en conservar el monopolio de la representación partidaria, ha impedido hasta la fecha encontrar los dos tercios necesarios para proceder a la aprobación.

Sin embargo, la clase política debe darse cuenta de que si no se realiza esta reforma política mediante estos mecanismos y en el más breve tiempo posible,¹¹ el deterioro del sistema y el riesgo de la estabilidad democrática están latentes. Luego de los hechos de febrero de 2003 debemos darnos cuenta de que estamos situados en un momento de inflexión que requiere de mucha imaginación y decisión para poder plasmar en la reforma los pedidos de la ciudadanía. Por ello partimos del supuesto de que sí es posible introducir cambios en el actual texto constitucional por las razones que exponemos a continuación.

1. *El Parlamento del 2002 es poder constituyente.* La Constitución boliviana, como señalamos líneas arriba, establece la aprobación de las modificaciones en dos períodos sucesivos, esperándose para la segunda votación la renovación ordinaria del Parlamento. La primera etapa preconstituyente es la encargada de la apertura, promoción o impulso de la reforma, pero no puede ser confundida con la etapa de la reforma en sí. La ley aprobada por esta instancia lleva el nombre de Ley de Necesidad de Reforma y en su primer artículo “declara la necesidad de reforma”. Esto es así por un antiguo debate entre quienes pretendían que este primer paso fuera sólo una declaración para así evitar el veto del Ejecutivo a las leyes y quienes se inclinaban por que fuera una ley, ya que, en caso contrario, el Congreso estaría haciendo un simple enunciado que no está en sus funciones. De manera correcta, la Constitución unió estos criterios y estableció la no procedencia del veto presidencial. Así se establece la función privativa del Congreso para determinar la necesidad y, por ende, la oportunidad de la reforma.

Una gran mayoría de autores coincide en señalar la existencia de dos tipos de poder constituyente: uno el originario y otro el derivado. El primero tiene que ver con el momento de dar nacimiento a una sociedad, país o comunidad, como aconteció en 1826; el segundo es el constituido o instituido, que es el ejercicio de la instancia llamada por la propia Constitución para realizar su reforma; en el caso boliviano, el Congreso. El primero no es un sujeto creado por el derecho, pertenece al estudio de la ciencia política y la sociología, es una noción extrajurídica o metajurídica; el segundo es un concepto jurídico y su estudio corresponde a la ciencia jurídica.

¹⁰ Una y otra vez nos hemos mostrado contrarios a utilizar el expediente de la asamblea constituyente en los términos planteados, en el entendido de que este instrumento no está presente en la actual Constitución.

¹¹ Cuando la Constitución establece la consideración en las primeras sesiones, no está hablando de la aprobación; sin embargo, consideramos que el límite no puede exceder la primera legislatura, entendida ésta hasta el 6 de agosto del 2003.

El poder constituyente originario no tendría límites, menos aún provenientes del derecho positivo, puesto que está fuera de ese ámbito; en cambio, el derivado tiene un poder limitado por la propia Constitución.

Pero, ¿cuáles son los límites establecidos en nuestra Constitución?¹²

A diferencia de otros países que excluyen la posibilidad de modificar determinadas instituciones o aspectos muy concretos de la estructura político-constitucional¹³ o aspectos ideológicos,¹⁴ los límites o el verdadero sentido de conjunto de los preceptos que disciplinan la reforma en el caso boliviano no hacen al contenido de lo que se puede reformar¹⁵ sino más bien al procedimiento mismo, vale decir, las cauteles y garantías respecto a la necesidad de amplias mayorías (dos tercios), acentuadas por el control bicameral. Otro elemento procedimental es el tiempo; se establece la consideración de la reforma en “las primeras sesiones” pero no existe la coacción presente en otras cartas magnas de la disolución del Parlamento en caso de no decidir en sentido afirmativo.¹⁶ La participación del Ejecutivo es más bien un formalismo, a diferencia de otras Constituciones.¹⁷

Para el propósito de este texto resaltamos dos límites. Uno es que el poder constituyente derivado sólo debe tratar sobre los artículos (temas) abiertos en la etapa preconstituyente. Si bien no está claramente redactado, el artículo 230 señala que la reforma contenida en la Ley de Necesidad debe determinarse con precisión.¹⁸ Esta expresión implicaría que los artículos y la sugerencia del texto deben estar detallados en forma clara. Ello no inhibe que se pueda introducir las modificaciones, cambios, añadidos o supresiones que se consideren necesarios.

¹² El Tribunal Constitucional es el órgano competente para conocer las demandas por infracciones al procedimiento de reforma de la Constitución; en ocasión de absolver una consulta sobre la constitucionalidad de convocar la asamblea constituyente, establece que sólo el Poder Legislativo, como poder constituyente derivado, es el encargado de la reforma, sin sobrepasar los límites establecidos en el procedimiento de reforma.

¹³ La Constitución de Brasil de 1946, la de Australia de 1900 y la Ley Fundamental de Bonn de 1949 establecían como inmodificable la organización federal. Otras establecen como inmodificable la forma de gobierno; es el caso de la Constitución turca de 1950, la francesa de 1958 y la italiana de 1974. Esta última ha generado un profundo debate por el que se aprecia que la forma republicana de gobierno y la forma democrática de Estado configuran una entidad indisoluble y comienzan a considerarse como principios metaconstitucionales o supraconstitucionales (que están más allá de la Constitución, la anteceden y son superiores a ella).

¹⁴ Dentro de estas abstracciones se encuentra la Ley española de Principios Fundamentales del Movimiento de 1958, que declaraba inalterables los principios que la precedían, la Ley de Bonn que declara inmodificables “el orden democrático y social” y la griega de 1952, que declara que no se pueden modificar “las disposiciones fundamentales de la Constitución”.

¹⁵ Pueden haber límites implícitos que surgen de la interpretación racional de la norma; por ejemplo, lo referido a preservar la garantía de los derechos fundamentales.

¹⁶ Bélgica, Dinamarca, Países Bajos y Grecia.

¹⁷ Véase Suecia (artículo 81), Italia (artículo 138) y Alemania (artículo 79).

¹⁸ Podemos interpretar éste como un límite implícito, o sea, no textual pero que puede ser deducido de manera indirecta.

El otro es un límite claramente expresado y establece que la reforma es parcial, vale decir, no se puede alterar toda la Constitución. Sin embargo, muchas Constituciones prevén la posibilidad de su reforma total, como señala Vanossi: “creemos útil que las Constituciones no cierren el paso a la reforma total, pues aparte de la inutilidad comprobada de cláusulas con ese fin, su único efecto visible es la excitación temeraria de quienes sostienen irracionalmente que la única forma de mejorar las cosas es provocando la destrucción y el cambio violentos del régimen existente”.¹⁹

Tomando en cuenta estos elementos y el hecho de que uno de los artículos abiertos es el referido al mecanismo de reforma,²⁰ *podríamos establecer la posibilidad de incorporar la reforma total de la Constitución a través de una asamblea constituyente convocada para el efecto*. Con esto nos aproximamos a la demanda de gruesos sectores ciudadanos y de partidos políticos de la oposición pero sin salir de las reglas del juego, sin quebrantar la Constitución mas preservando la seguridad jurídica y la institucionalidad. Sabiendo de antemano —en razón de la coyuntura por la que atraviesa el país— que los cambios aparecen como inevitables incorporamos la calculabilidad y la previsibilidad sobre las formas y los órganos habilitados para realizarlos, disminuyendo el costo político. Desde ya el texto de la Constitución deberá establecer la necesidad de un procedimiento “maxidificultado” o “maxiagravado” para la reforma total.²¹

¹⁹ Véase Reynaldo Vanossi, *Teoría constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1975. En el mismo texto, el autor describe el fuego cruzado del *jusnaturalismo* que se opone a la reforma total, al concentrarse en la preservación de los contenidos ideológicos de la Constitución; del decisionismo schmittiano, que cree que la reforma total no se puede lograr pacíficamente sino por medios violentos; y, finalmente, el racionalismo, que admite e incorpora la posibilidad de reformas totales enarbolando el dicho: “lo único eterno en materia constitucional es la necesidad del cambio”.

²⁰ Según muchos tratadistas la cláusula de reforma es en sí misma irreformable, porque una norma no puede aplicarse a su propia reforma. Véase A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, 1977. En todo caso éste es un artículo que ya está abierto en la Ley de Necesidad y nos otorga la posibilidad de su modificación en este momento.

²¹ La Constitución establecerá dos procedimientos para su modificación. El parcial se queda tal como está redactado en la Ley de Necesidad; el total podría incluir los siguientes elementos:

I. Esta Constitución también podrá ser modificada *totalmente* mediante una asamblea constituyente que, para ser convocada, deberá cumplir los siguientes requisitos:

- a) Deberá ser solicitada con la firma de por lo menos el 15% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral.
- b) Una vez cumplido este requisito, la convocatoria deberá ser aprobada mediante referéndum por un mínimo del 50% + 1 ciudadanos. La convocatoria a asamblea constituyente será emitida por la Corte Nacional Electoral.

II. La asamblea constituyente estará compuesta por 68 asambleístas elegidos en igual número de circunscripciones uninominales delimitadas por la Corte Nacional Electoral.

III. La asamblea constituyente tendrá como único y exclusivo objetivo la redacción de una nueva Constitución Política del Estado. Mientras duren sus deliberaciones, los poderes del Estado mantendrán sus obligaciones y prerrogativas establecidas en la presente Constitución. En lo referido al período constitucional del presidente de la República en funciones durante la realización de la asamblea constituyente se cumplirá lo dispuesto en el artículo 233 de la presente Constitución.

En contra de la reforma total se señala que se alteraría el “espíritu de la Constitución”; estamos con el pensamiento de muchos tratadistas que consideran que una Constitución conserva su “espíritu”, a pesar de los cambios en las normas que la componen, cuando tales cambios son realizados legalmente; la “continuidad y el espíritu” se rompen cuando existe un cambio ilegal, así éste sea insignificante. Los criterios de “identidad, continuidad y espíritu” descansan en la legalidad o ilegalidad del cambio, no en el contenido del cambio mismo.

2. *El Congreso como intérprete de la Constitución.* Es importante la interpretación de la norma constitucional dado el carácter siempre abierto y muchas veces ambiguo de la Constitución.

La interpretación constitucional es diferente a la interpretación de la ley ordinaria, primero porque las leyes expresan la norma de millares de comportamientos humanos; en consecuencia hay tantas leyes como comportamientos a normar. La Constitución, por el contrario, es el cauce para que la sociedad se autodirija políticamente con un mínimo de regularidad. Segundo, la ley está destinada a ser interpretada por el conjunto de ciudadanos. Cuando dos ciudadanos concurren ante un juez, antes de proceder éste a una interpretación suya, decide por una de las interpretaciones que cada una de las partes le presenta, en función de la que esté más cercana a la ley. La norma fundamental tiene intérpretes cualificados; en primer término el legislador, como intérprete político y, en segundo lugar, el Tribunal Constitucional, que hace una interpretación jurídica.²²

Algunos autores que reconocen el control de constitucionalidad como mecanismo destinado a poner límites a los actos de los poderes constituidos advierten que este control no puede ingresar a los “motivos políticos” que impulsan un cambio: “el Tribunal Constitucional revisa la interpretación constitucional efectuada por el legislador y sólo puede hacerlo jurídicamente; es decir, sólo puede controlar la ley, pero nunca la motivación política que condujo al legislador a dictarla”.²³

²² “La cuestión de constitucionalidad de las normas se resuelve por tanto en actos de interpretación, cuya elaboración denuncia la presencia de numerosos ingredientes axiológicos que presionan sobre la decisión del intérprete [...] podría exagerarse diciendo que todo problema del conocimiento constitucional es de interpretación”. Véase Vanossi, o. cit, t. II, p. 189.

²³ Véase Mora-Donatto, o. cit. p. 64. Loewenstein, por su parte, anota: “El problema de normas constitucionales anticonstitucionales no ha surgido jamás en Estados Unidos y no solo porque las enmiendas sean poco frecuentes, sino porque una limitación impuesta al legislador constitucional es un fenómeno completamente extraño al pensamiento jurídico americano”. Véase Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, p. 195.

“Cuando un órgano político acude a la Constitución para juzgar un acto o conducta está interpretando la regla, pero es una interpretación política y no jurídica. A diferencia de la judicial, su interpretación es enteramente libre, sustentada no en motivos de derecho, sino de oportunidad”. Véase Manuel Aragón, *Constitución y democracia*, México, 1989.

Cuando hablamos de “motivos políticos”, ingresamos al terreno de las facultades privativas que, en “situaciones fácticas de compleja estructura”,²⁴ tienen el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo, los únicos que juzgan si están dadas las condiciones para actuar según su “apreciación”. No son actos discrecionales sino actos con arreglo a facultades regladas, que pueden dar origen a causas judiciales si produjesen lesiones de derechos individuales constitucionalmente protegidos.

Reiteramos que desde esta perspectiva se consolida la idea de que, en un momento de crisis política como la actual, el legislador puede introducir modificaciones en la Constitución que permitan superarla y, al mismo tiempo, garanticen la primacía de la norma que encabeza la pirámide jurídica.²⁵

El valor de una Constitución se puede medir con relación a la previsión de incluir mecanismos de superación de la crisis [...] con miras a la defensa de la Constitución [...] las Constituciones que no esté preparadas para superar la crisis llevan consigo la semilla de su extinción o de su destrucción.²⁶

La construcción constitucional formada por vía de la interpretación de ésta es un “proceso fecundo de adaptación del texto a la realidad en permanente transformación”.²⁷

3. *El concepto “ajustándola”*. Existe un concepto en la Constitución a través del cual se vuelve a abrir la posibilidad de modificación en esta instancia; es el de “ajustándola”. La Constitución señala en el artículo 232: “Las Cámaras deliberarán y votarán la reforma ajustándola a las disposiciones que determine la ley de declaratoria de aquella”. Este concepto se origina en la Constitución de 1878. ¿Cuál sería el espíritu de los legisladores de la época? Para saber esto debemos remitirnos al diccionario de entonces,²⁸ que establece para el verbo “ajustar” cinco definiciones importantes: a) “arreglar lo justo”, b) “igualar una cosa con otra”, c) “acomodar al lugar donde debe servir”, d) “componer o reconciliar a los discordes o enemistados” y e) “concertar, capitular, concordar alguna cosa como la paz o las diferencias”.

Aclarado el concepto observamos que cada una de sus definiciones sirve para el propósito explicativo e interpretativo de lo que se pretende, pero especialmente las dos últimas. El término implica que los legisladores reunidos en las Cámaras deben deliberar, discutir, intercambiar ideas mediante argumentos y llegar a conciliar, a

²⁴ Carlos María Bidegáin, *Cuadernos del curso de derecho constitucional*, Perrot, Buenos Aires.

²⁵ “Si la soberanía popular se delega al Poder Legislativo cuando éste se convierte en Poder Constituyente derivado la interpretación de la Constitución por parte de este órgano se reviste de una importancia determinante”. Véase Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

²⁶ Véase Vanossi, o. cit., t. II, p. 137.

²⁷ Véase Milton Campos, quien continúa: “bajo el impacto de circunstancias no previstas por el legislador, hay que ver en la ley no una letra muerta sino un tejido vivo, capaz de reacciones nuevas ante la provocación de situaciones supervivientes”.

²⁸ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 1869, p. 26.

concertar y concordar las disposiciones de la reforma. Incluso el concepto “capitular” lleva a la posibilidad de hacer un “pacto”. Nuestra Constitución establece un orden de valores basado en el consenso democrático; no considera ese orden como inmanente sino contingente y, por lo mismo, relativo. Es decir, no cierra el paso a que si ese consenso amplio desaparece y es sustituido por otro, que defienda otros cambios, pueda mediante el derecho y no la fuerza establecer un nuevo orden en coherencia con la nueva situación. Si hoy es importante incorporar la asamblea constituyente como instrumento para el cambio total y de aquí a un tiempo se considera que esto no debe estar presente porque han cambiado las condiciones, se lo puede hacer, siempre de manera ordenada, porque la Constitución lo está permitiendo.

Por tanto, si las Cámaras de manera concertada y pactada resuelven modificar aspectos contenidos en la Ley de Necesidad, actúan en pleno derecho.²⁹ No olvidemos que una Constitución siempre abierta a su transformación es el único modo racional de fundamentar la obediencia al derecho, al acatamiento de la propia Constitución.

4. *Como antecedente, la reforma de 1994.* Esta reforma ha sido la única realizada de acuerdo con el mecanismo establecido por la Constitución y se convierte en el primer antecedente que tenemos para observar cómo obró el poder constituyente derivado en ese momento.

El 1° de abril de 1993 se declaró la Ley de Necesidad de Reforma, de treinta y siete artículos. El Congreso dio inicio a su tratamiento el 20 de julio de 1994 y sancionó la nueva Constitución el 5 de agosto del mismo año. Fueron modificados 35 artículos, no se modificaron tres artículos precisados en la Ley de Necesidad, se reformaron cuatro sin introducir cambios, 21 se modificaron en la forma, y ocho en la forma y en el fondo. Algo que llama la atención es que se modificó el artículo 117 que no se encontraba señalado por la Ley de Necesidad. Por otra parte se estableció un artículo de disposiciones transitorias mediante el cual se señala que una ley determinará las adecuaciones y concordancias de la Constitución. Esta ley fue promulgada el 6 de febrero de 1995 e incorporó otras modificaciones sustanciales al texto ya aprobado.

Por tanto, no se tomó en cuenta que nuestra Constitución prevé la existencia de sólo dos leyes: la de necesidad y la de reforma propiamente dicha; en segundo término, que la Ley de Concordancias cambia y altera en el fondo algunos artículos; y tercero, que en febrero ya no era la legislatura del Poder Constituyente derivado.³⁰

²⁹ El proceso de la “doble revisión” incorporado en el constitucionalismo boliviano es recomendado incluso para superar “cláusulas pétreas”, con la tesis de que al abrir un artículo y confirmarse la intención de modificación, en la segunda revisión no existiría “núcleo inmutable”. Véase Biscaretti de Ruffia.

³⁰ Para un análisis del tema, véase Joaquín Hurtado, *La reforma constitucional de 1994 entre infracciones al procedimiento e inconstitucionalidad*, tesis de maestría, Universidad Simón Bolívar, Sucre, 2002.

¿Por qué, si se han inobservado los procedimientos constitucionales de reforma, ésta ha sido aceptada y la inobservancia pasada por alto por el Tribunal Constitucional?

La respuesta es simple: la promulgación de una nueva norma constitucional implica la imposibilidad de revisión y enjuiciamiento posterior. Las demandas respecto a procedimientos en la reforma³¹ parecen estar centradas en el momento en el cual el poder constituido aún no se ha convertido en constituyente, como singular “control previo” de constitucionalidad; pasado esto, el poder de reforma aparece libre, como el constituyente originario, pues los difusos “límites” que éste puso podrían ser transgredidos sin consecuencia jurídica invalidante de ningún género.³² Eso lo demuestra el procedimiento de 1994: si el Tribunal Constitucional tuviera que fallar por la inconstitucionalidad nos quedamos sin la Constitución donde está creado el propio Tribunal. Un caos constitucional.

IV. Conclusión

Por todos los elementos anotados, la etapa del constituyente derivado, establecida en el artículo 231, otorga el espacio para incorporar los cambios que el legislador considere oportunos teniendo como único límite los artículos abiertos en la etapa de impulso preconstituyente. La interpretación del legislador no requiere ser la mejor desde el punto de vista de una fría racionalidad jurídica pero sí de la conveniencia política para preservar el sistema democrático y los principios constitucionales de unidad y función integradora.

Finalmente, un último argumento contundente: luego de que el poder constituyente constituido sancione el nuevo texto constitucional, la aprobación en esta ocasión ya no estará en manos del Congreso sino que el nuevo procedimiento comporta un retorno al soberano —como poder absoluto y perpetuo, como depositario de la voluntad popular que se encuentra por encima de cualquier funcionario público—, el que aprobará o rechazará las reformas planteadas por el legislador a través del referéndum.

Evidentemente, esta reforma no es la panacea que permitirá terminar con todos los males políticos y sociales —para tener un buen gobierno no sólo se necesita una buena Constitución; se necesitan buenas leyes y buenos gobernantes—; sin embargo,

³¹ Es atribución del Tribunal Constitucional conocer y resolver demandas respecto a procedimientos en la reforma constitucional.

³² “[...] la inconstitucionalidad es una condición que sólo cabe predicar de los actos del poder de reforma cuando éste es aún poder constituido, si se quiere, que sólo puede atribuirse al procedimiento de reforma, nunca a su resultado, esto es, a la Constitución reformada, fruto ya de un poder constituyente”. Véase Juan Luis Requejo Pages, *El poder constituyente constituido*, Universidad de Oviedo, 2002.

es un importante paso en función de buscar nuestra “utopía de más y mejor democracia”. En la reforma de 1994 se implementaron temas importantes como los diputados uninominales, el Tribunal Constitucional, el Concejo de la Judicatura, el concepto de Bolivia multiétnica y pluricultural, etcétera. Avanzamos varios pasos pero nuestra utopía también se movió varios pasos. En la actual reforma, como vimos, también se incorporarán muchos temas profundos, pero nuestra utopía se seguirá moviendo. Quedan pendientes tener una Constitución no tan ampulosa, menos reglamentaria, avanzar hacia un sistema semiparlamentario que limite el exceso presidencialista, incidir en los regímenes especiales, etcétera. En todo caso, lo que nos permiten las reformas es avanzar.

Hernán Salgado Pesantes (Ecuador) *

Teoría y práctica del control político. El juicio político en la Constitución ecuatoriana

Introducción

El constitucionalismo clásico, desde fines del siglo XVIII, dejó atrás el absolutismo autocrático de la monarquía de no rendir cuentas ni ser responsable ante ninguna institución política o judicial. La irresponsabilidad real se sirvió de la vieja fórmula, anclada en las doctrinas del derecho divino, que sentenciaba: “*the king can do not wrong*”.¹

El reconocimiento de los principios constitucionales de la soberanía popular y de la representación política trajo como consecuencia directa la responsabilidad de los gobernantes, presupuesto necesario para la eficacia de toda clase de control, sea político o judicial. El control político será ejercido por el Poder Legislativo (Parlamento o Congreso) como órgano eminentemente representativo y político.

Desde entonces, el tema del control político, más conocido como control parlamentario, ha sido objeto de diversos análisis, dada su importancia para un Estado de Derecho, el cual en la concepción actual está indisolublemente vinculado a la democracia y a la idea que debemos tener de la constitucionalidad del Estado.

Entre los mecanismos de control político sobresale el denominado *juicio político*, institución utilizada por muchos países para determinar la responsabilidad de los funcionarios superiores del Estado por los actos que han realizado en el ejercicio de sus funciones. Al respecto, siempre se presenta la interrogante: ¿cuál es la naturaleza del juicio político?, ¿es jurídica o únicamente política?

* Profesor principal de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, cátedra ganada en concurso de merecimientos y oposición en 1978. Ex decano de la Facultad de Jurisprudencia. Ex presidente y juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (periodos 1992-2003). Ex magistrado del Tribunal Constitucional.

¹ Un hecho anterior a la Revolución Francesa que tuvo gran repercusión fue el procesamiento de Carlos I de Inglaterra y su condena a la pena de muerte en 1649.

Esta interrogante corresponde al control político en general, del cual el juicio político es una especie. Por ello vale plantearse este tema y reflexionar sobre ésta y otras cuestiones.

I. La concepción de un control político

La idea de ejercer un control político sobre el Estado y particularmente sobre el Ejecutivo tiene antecedentes antiguos. Quizá la concepción más conocida sea la de Montesquieu, quien, al establecer la necesidad de que los tres poderes fueran ejercidos por órganos distintos, señaló que cada uno tendrá la facultad de impedir (*empêcher*) y de detener (*arrêter*) al otro u otros poderes. “El poder —escribió— detiene al poder”. Se trataba de una mutua limitación.²

Luego, cuando la ideología liberal y el constitucionalismo clásico impusieron como principio irrecusable el de la responsabilidad política del gobierno, quedó claro que para hacer efectiva esa responsabilidad debía existir una vigilancia y fiscalización sobre los órganos del Estado. Esto ha sido denominado por la doctrina *control para la responsabilidad*.

El constitucionalismo contemporáneo, fortalecido con el concepto de democracia, ha consolidado la institución del control político. Incluso, en las últimas décadas, se ha desarrollado la teoría de la *rendición de cuentas* (*accountability*), que constituye el deber de informar que tienen los funcionarios públicos y de estar sometidos a un examen crítico, todo lo cual permite la transparencia de la gestión, al tiempo que configura la responsabilidad respectiva.

De esta manera, la expresión *accountability* se integra al control político como una forma democrática de ejercerlo. Si éstos son los requerimientos de la democracia, ellos no pueden existir en un sistema autocrático, distante de la constitucionalidad.

Hoy, la institución del control, y del control político en particular, se concibe como una función estatal de rango esencial y con características muy propias. Y suele señalarse que esta función de control ha surgido más de la práctica y de la experiencia, que de especulaciones teóricas.

En nuestra época quien mejor ha tratado la problemática del control dentro del Estado de Derecho, en sus diferentes aspectos, es el constitucionalista alemán profesor Karl Lowenstein en su ya clásica obra *Teoría de la Constitución*.³

1. La naturaleza de los controles existentes en el Estado

Cuando se examina la naturaleza del control —o de los controles, pues está claro que los hay diversos— generalmente se admite que tiene una naturaleza jurídi-

² Véase mi artículo “Separación e independencia de los poderes del Estado”, en *Léxico político ecuatoriano*, ILDIS, Quito, 1994, pp. 351 y ss.

³ Karl Lowenstein, *Teoría de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, reimp. de la 2ª ed., 1979.

ca, con lo cual concuerdo en principio. Para explicar la naturaleza jurídica del control se señala que éste viene establecido por la Constitución, en la mayoría de casos, o por las normas infraconstitucionales; en suma, es el ordenamiento jurídico estatal que crea, regula y legitima el control del poder.⁴

Dicha cuestión no creo que pueda ser discutida, pues la misma Constitución —acto jurídico fundamental— significa un control del poder estatal, al tiempo que determina sus límites. La función judicial en materia contenciosa administrativa y fiscal, y más aún en lo relativo a la jurisdicción constitucional, entrañan también un control de naturaleza jurídica a los actos administrativos y actos normativos del Estado.⁵

Ahora bien, la institución del control contiene diversas especies —incluso sub-especies— de controles, que pueden ser objeto de una tipología pero básicamente podrían considerarse, en una esquematización, los controles propiamente jurídicos y aquellos propiamente políticos; entre los primeros están principalmente los ya mencionados: la justicia o control constitucional y la jurisdicción contenciosa que tiene como sujeto pasivo al Estado. Dentro de los controles de naturaleza política se encuentran el juicio político, las comisiones *de investigación* del Legislativo y las administrativas autónomas, cuestiones de confianza, interpelaciones, entre otros.

Es en este punto donde, al referirse al control político que recae, sobre todo, en el órgano legislativo (control parlamentario), se presenta la discusión de si se trata de un control de naturaleza jurídica o si no lo es. Examinémoslo.

2. *Características y diferencias del control político frente al control jurídico*

Al analizar las características del control político la mayoría de los autores, cuyo criterio comparto, destacan su condición o carácter *subjetivo*, de donde se derivan aspectos muy específicos que configuran a esta institución.⁶ Tiene un carácter subjetivo en el sentido de que el control político se basa en criterios de confianza y de oportunidad; la valoración descansa en la libre apreciación de quien juzga.

El control jurídico, en cambio, tiene un carácter *objetivo* en el sentido de que se fundamenta con mayor rigor en normas del derecho que tienen una valoración predefinida y se basa en reglas que limitan la discrecionalidad del juzgador, como luego se insistirá.

⁴ Cf. Diego Valadés, *El control del poder*, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998 (para este tema, pp. 123 y ss.). Esta obra es de las mejores que se han escrito sobre la materia; tiene un amplio y erudito desarrollo, con buen análisis crítico, y el mérito adicional de contener una perspectiva latinoamericana.

⁵ Cuando mencionamos al Estado estamos pensando en los funcionarios públicos que conforman sus los órganos o, si se quiere, en los gobernantes, en *amplio sensu*: no sólo los del Ejecutivo, sino de los demás poderes y funciones del Estado.

⁶ Cf. Manuel Aragón Reyes, “El control parlamentario como control político”, en *Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio*, tomo I, México, UNAM, 1988, pp. 3 y ss. Del mismo autor, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 70 y ss.

La objetividad del control jurídico también tiene que ver con los principios de independencia y de imparcialidad que caracterizan a los jueces en materia jurisdiccional; en cambio, en el control político no se da necesariamente la independencia ni la imparcialidad en el órgano que juzga; puede haber, como de hecho existe, la disciplina partidista, los compromisos o alianzas políticas, a lo que se suma el sentido de oportunidad.

Los agentes o personas que realizan el control político son determinados en virtud de su condición política y no de su preparación y conocimientos jurídicos, como ocurre en los órganos jurisdiccionales.

El objeto inmediato del control político puede ser un acto o conducta política concreta o una actuación política general. A través del control político de ese acto o conducta se está controlando al *órgano* del cual emana o al que le es imputable. Esto es diferente de lo que ocurre en el control jurídico, que no puede ser entendido como un control sobre el órgano (por ejemplo, cuando el Tribunal Constitucional controla una ley no está controlando al Congreso, sino al ordenamiento jurídico).

Al examinar los criterios de valoración utilizados por el juicio político se puede establecer una clara diferencia con el control jurídico. En el primero, la valoración se efectúa con absoluta libertad de criterio (dado su carácter subjetivo); en el segundo, la valoración se sujeta a las normas de derecho objetivadas. En el control político hay esa *libertad de valoración*, incluso cuando el ordenamiento determina el caso o las condiciones en que se ha de dar dicho control. Es interesante lo que señala el profesor Aragón al respecto:

Quando un órgano político acude a la Constitución, o a otra norma, para juzgar una determinada conducta o un acto, está interpretando la regla, por supuesto, pero interpretándola políticamente y no jurídicamente. A diferencia de la judicial, su interpretación es enteramente libre, sustentada no en motivos de derecho sino de oportunidad, esto es, se trata de una valoración efectuada con razones políticas y no con método jurídico.⁷

Incluso en el caso de presunta inconstitucionalidad, aunque los legisladores den razones muy jurídicas, como señala Aragón, “tal decisión no se toma por la fuerza del derecho sino de los votos; no es la decisión de un órgano jurídico sino político; es una decisión enteramente libre [...] y no como el órgano judicial que ha de interpretarla de la única manera que se considera válida”.

De lo expresado se puede concluir que el control político entraña siempre una decisión política basada en razones políticas. Por otro lado, en el control político se produce una consecuencia, un resultado, por el mero hecho de ponerse en marcha el respectivo procedimiento. Queda visible que se está dando una fiscalización del poder público.

⁷ Aragón Reyes, o. cit., p. 9.

Al respecto, y como se suele señalar acertadamente, hay aquí una diferencia sustancial con el control jurídico; mientras éste conlleva *necesariamente* una *sanción*, el control político no posee, de modo general y constante, efectos sancionadores *per se*; los tiene en determinados casos, en aquellos en que el ordenamiento jurídico lo ha previsto.

Por otro lado, en el control político se destaca el elemento *voluntarista* que existe, en el sentido de que quien controla decide cuándo y cómo ejercer dicho control. Además, el control político no tiene que realizarse necesariamente en todos los supuestos, ni ejercitarse obligatoriamente por todos quienes están facultados a hacerlo. Este voluntarismo se relaciona con el carácter subjetivo. En el control jurídico es obvio que no existe esta libertad de decidir cuándo y cómo se ejerce el control.

3. *¿Naturaleza jurídica o política del llamado control parlamentario?*

Con el análisis de las características que permiten destacar las diferencias entre el control político y el control jurídico es posible fundamentar cuál sería la naturaleza del control político, comúnmente conocido como *control parlamentario*. No obstante, comencemos revisando las ideas que han desarrollado sobre este tema algunos de los exponentes europeos.

La doctrina se divide respecto de la naturaleza y características de este control, donde el derecho y la política parecen confundirse. Algunos piensan que la naturaleza del control parlamentario es la de un control jurídico; en cambio, para otros (entre los que me incluyo) se trata de un control político. Veamos los respectivos análisis.

Las doctrinas italiana (autores como Ferrari y Galeotti) y española, en parte (García Morillo y Santaolalla), sostienen que se trata de un control jurídico.⁸ Su argumento esencial está en que si una institución es regulada por el derecho, esa institución es jurídica. Al respecto dice García Morillo que no se puede negar la naturaleza jurídica “a fenómenos que encuentran su origen en normas jurídicas, se desarrollan conforme a lo que ellas disponen y surten, asimismo, efectos jurídicos”.⁹

En consecuencia, si el control parlamentario está regulado por la Constitución y leyes o reglamentos parlamentarios, este control debe ser entendido y considerado de naturaleza jurídica.

Personalmente creo que este argumento es bastante relativo. En efecto, en un Estado de Derecho todas las atribuciones de los órganos están establecidas sea en la Constitución, sea en las leyes o en ambos; por lo tanto, todos los actos —o casi todos— que se realizan en virtud de atribuciones jurídicamente establecidas tendrían

⁸ O se señala al control parlamentario como una subespecie concreta del control jurídico, adscribiéndolo a algún tipo específico de los controles constitucionales. Cf. J. R. Montero Gibert y J. García Morillo, *El control parlamentario*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 25 y ss.

⁹ J. García Morillo, *El control parlamentario del gobierno en el ordenamiento español*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, p. 63, citado por Aragón Reyes, o. cit., p. 13.

una naturaleza jurídica. Sin embargo, esta simplificación de remitirse al origen jurídico no es suficiente. Es necesario examinar otros elementos.

Así, el hecho de que en un régimen parlamentario exista la disolución del Parlamento dispuesta y regulada jurídicamente no basta para establecer su naturaleza, pues, más allá de que la disolución esté instrumentalizada por el derecho, en esta decisión priman elementos de índole política como los cálculos electorales, las cuestiones de oportunidad y otros aspectos coyunturales que son los que configuran su verdadera naturaleza. En la misma justicia constitucional se ha discutido su naturaleza, que para algunos es política por provenir la designación de sus miembros de órganos políticos. Y los ejemplos serían interminables.

Por otra parte debe tenerse presente la observación que hacen los tratadistas sobre el equívoco que se produciría: si el control político o parlamentario tiene una naturaleza jurídica significa que *la sanción le es inseparable*, lo cual no es exacto. Esta tesis llevaría a pensar que aquellos casos de control en los cuales la sanción no está contemplada en la normatividad no constituirían medios de control parlamentario. Así, por ejemplo, las preguntas, interpelaciones y mociones que no vinculan jurídicamente al gobierno con efectos sancionatorios. Sólo lo serían las mociones de censura o de confianza que llevan aparejada, automáticamente, la sanción.

Asimismo, si se acepta que el control político tiene una naturaleza jurídica y que incluye la sanción, puede surgir el siguiente equívoco: cuando por haber mayoría favorable al gobierno sea difícil imponer la sanción esto podría considerarse como que el control parlamentario *ha perdido su eficacia*.

Entonces, para evitar el reproche de ineficacia se disocian control y sanción: la sanción no forma parte del control parlamentario. Con esta premisa se concibe al control parlamentario como la actividad de comprobación o constatación que se realiza a través de preguntas, interpelaciones y comisiones de investigación, dejando de lado —como que no forman parte del control parlamentario— las mociones de censura que tienen que ver con la responsabilidad política, ya que ésta apareja la sanción.

Esta idea de disociar al control de la sanción es inexacta y contradictoria. Autores como Aragón no aceptan que se separe la sanción del control, peor todavía si se sostiene que es un control de naturaleza jurídica.

Aparte del acto de examinar una conducta, el control entraña una reparación o sanción; sin el aspecto conminatorio no puede concebirse el control. Naturalmente, la teoría del control parlamentario debe tener en cuenta las dificultades prácticas que se presentan al utilizar esta institución.

Por último, si se llega a la conclusión de que la naturaleza del control parlamentario es política y no jurídica, que se trata de un control político por excelencia, esta concepción permite dar una explicación más coherente sobre esta institución y su finalidad.

El significado propio del control parlamentario está dado por la labor de crítica y de fiscalización; sus efectos van desde la prevención hasta la remoción, pasando por diversas situaciones intermedias. Y, como control político que es, no siempre habrá sanción inmediata, pero nada impide que ésta se configure en el futuro, que haya resultados mediatos.

De lo expuesto se deduce que la remoción o destitución, si bien es uno de los efectos del control político o parlamentario —y el más fuerte—, no es el único ni el más común en los regímenes parlamentarios, menos aún en los sistemas presidenciales, pues el control se puede conducir por otras vías que no sean necesariamente las de la remoción.

II. El juicio político, un mecanismo de control

Como se dijo, la doctrina constitucional, al tratar el control político que ejerce el Poder Legislativo, señala que puede realizarse, en general, a través de preguntas, de interpelaciones y de comisiones de investigación, aplicando en cada caso los procedimientos establecidos. A estos mecanismos se agrega el denominado juicio político.

La institución que conocemos comúnmente como juicio político es una de las formas de hacer efectivo el control político que ejerce la función legislativa a los titulares de los diversos órganos del Estado, los cuales con excepción del Ejecutivo son aquellos en cuya designación el Legislativo ha coparticipado y que no están sometidos a un superior jerárquico.

1. Denominación

Respecto de la denominación utilizada en nuestra Constitución, como en otras latinoamericanas, consideramos que no es muy adecuado hablar de *enjuiciamiento político*, por cuanto el referirse a un *juicio* induce a error, ya que se lo concibe como un proceso de carácter judicial o jurisdiccional, lo cual no es exacto, como se verá. Obviamente, el antecedente del *impeachment* inglés contribuyó a forjar esta idea.

Vale recordar que en el constitucionalismo latinoamericano y en el ecuatoriano solía utilizarse el vocablo *acusación*, que viene a ser la traducción de la palabra inglesa *impeachment*. Los tratadistas también han usado esta expresión, así Karl Loewenstein denomina *acusación política* al tipo de control que nos ocupa.

Las constituciones ecuatorianas del siglo XIX se refirieron a *acusación*; igual ocurre con las de 1906, de 1929, de 1945, 1946 y de 1967, que utilizan la expresión *acusaciones* en plural. Fue la carta política de 1978-79 que trajo el término *enjuiciamiento político*, que se mantiene en la actual de 1998. En todo caso, en el último tiempo, el uso de la denominación *juicio político* se ha generalizado.

2. *Antecedentes del juicio político*

a. *En Inglaterra*

Como es conocido, el juicio político tiene su antecedente en la institución inglesa del *impeachment*, que consiste en la acusación por actos o delitos graves que hace la Cámara de los Comunes ante la Cámara de los Lores, contra funcionarios reales. Este proceso, que se lleva a cabo en una y otra Cámara, reviste formalidades y concluye con el veredicto de los lores, que de no ser absolutorio entraña la destitución del cargo y la inhabilitación para desempeñar otra función.

La aparición del *impeachment* se ubica en el siglo XIV; desde entonces fue evolucionando bajo diversas circunstancias y fue tomando sus rasgos característicos; si bien en un principio fue un procedimiento regular para cuestiones penales, luego, en el siglo XVII, se admitió este procedimiento para actos que no constituyen delito sino una falta grave que podía darse en la rendición de cuentas, en el comportamiento de un ministro, en el cumplimiento de funciones, etcétera.¹⁰

El proceso del *impeachment* inglés se considera que tiene un carácter judicial y esto no se ha discutido. La competencia de la Cámara de los Lores para constituirse en un tribunal de justicia encuentra sus antecedentes en los orígenes mismos de la formación del Parlamento inglés, en el siglo XIII.

Los lores conformaban el Magnum Concilium, el cual tenía atribuciones judiciales, e integraban en número menor una segunda institución medieval: la Curia Regis (Tribunal del Rey), cuyas reuniones eran conocidas como Concilium Regis in Parliamentum y que actuaba como tribunal de última instancia desde el siglo XII. Estas dos instituciones se fusionaron a fines del siglo XIII, durante el reinado de Eduardo I (1272-1307), y conformaron la Cámara de los Lores, a la que luego se incorporaron los representantes de los condados y de los burgos, los *comunes*.

Con base en esta antigua práctica, los lores constituían un tribunal para conocer las acusaciones que se interponían contra los grandes oficiales del Estado. Hasta nuestros días la Cámara de los Lores mantiene sus atribuciones judiciales, no obstante haber sufrido serias limitaciones en sus facultades legislativas y de control del gobierno. Actualmente, once de sus miembros son los lores de la justicia (*Law Lords*), que desempeñan las funciones de tribunal supremo que corresponden al Parlamento.¹¹

Por último, el *impeachment* es una institución que en su país de origen ha sido utilizada esporádicamente y quienes la han examinado están acordes en señalar que, en Inglaterra, en la época moderna, el *impeachment* ha declinado a partir del momen-

¹⁰ Sobre el *impeachment*, su procedimiento y evolución puede consultarse Hood Phillips, *Constitutional and Administrative Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 3ª ed., 1962, pp. 98 y ss.

¹¹ Recuérdese el papel que correspondió a la Cámara de los Lores en el caso del pedido de extradición, por la justicia española, del general Pinochet, arraigado en Londres.

to en que se adoptaron las doctrinas relativas al régimen parlamentario, de la responsabilidad colectiva del gabinete, del voto de censura y dimisión de ministros.¹²

b. *En los Estados Unidos*

La Constitución de los Estados Unidos recogió la institución del *impeachment* dentro de su sistema presidencial y estableció que la acusación sería presentada exclusivamente por la Cámara de Diputados ante el Senado que juzgaría, cuyos “miembros deberán prestar un juramento o protesta” con esa finalidad.

Además, señala la norma constitucional que “el alcance de la sentencia no irá más allá de la destitución del cargo y la inhabilitación para ocupar [...] cualquier empleo [...] de los Estados Unidos”. Lo dispuesto no impide que el funcionario pueda ser juzgado de acuerdo con la ley en los tribunales ordinarios siguiendo el trámite normal del proceso judicial. Y, en los casos en que fuere enjuiciado el presidente de los Estados Unidos, el Senado deberá estar presidido por el presidente de la Corte Suprema.¹³

c. *En América Latina*

El constitucionalismo de América Latina que siguió de cerca el modelo norteamericano adoptó de diversas maneras la institución de la acusación política o juicio político. De manera general, no se observan rasgos que lleven a pensar que esta institución tenga un procedimiento de carácter judicial y que los Congresos latinoamericanos, al iniciar un juicio político, se conviertan en órganos jurisdiccionales.

Así, por ejemplo, con la única excepción de la Constitución de Argentina (que es casi idéntica a la de Estados Unidos), en las Constituciones de la región no se dispuso que, previamente al enjuiciamiento político, los senadores prestaran un juramento o protesta, o que cuando se enjuiciara al presidente de la República el Senado fuera presidido por el presidente de la Corte Suprema, cuestiones que, como se vio, constan en la Constitución norteamericana.

La Constitución de México, que se caracteriza por establecer el juicio político para un número considerable de “servidores públicos”, tanto federales como estaduales, dispone que la Cámara de Senadores “erigida en jurado de sentencia, aplicará la sanción correspondiente [...]” (artículo 110, párrafo quinto). Estas expresiones tienden a dar un acento jurisdiccional al juicio político.

¹² Cf. Bernard Schwartz, *The Roots of Freedom*, Hill and Wang, Nueva York, 1967, p. 81. Este autor señala que el *impeachment* se ha vuelto obsoleto como arma parlamentaria. Erskine May, *Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, Londres, Butterworth, 17ª ed., 1964, pp. 39-40.

¹³ Artículo I, sección III, párrafos 6 y 7 de la Constitución de los Estados Unidos. Estas normas, con variantes, han servido de modelo a las constituciones de América Latina y, en lo esencial, también del Ecuador.

En resumen se puede señalar que, con las excepciones anotadas, el constitucionalismo latinoamericano guarda sus diferencias con el *impeachment* angloamericano, especialmente en lo relativo a la naturaleza del proceso, el que revela ser más político que jurisdiccional.

3. *Caracteres y naturaleza del juicio político*

Al analizar la forma en que se desarrolla el juicio político se observa que éste no tiene ni el rigor ni la certeza de un proceso judicial, en el cual hay pruebas que abonan a favor o en contra para establecer la culpabilidad del acusado. Esta falta de rigor en el juicio político puede dar lugar a que un proceso posterior ante la función judicial, motivado por una acusación del Congreso, termine en la absolución del acusado.

No cabe duda alguna de que el juicio político se fundamenta en una buena dosis de subjetivismo de quienes juzgan, como ya se dijo al examinar el control político. Aquí, la *discrecionalidad* de los juzgadores es un elemento caracterizador. Por eso es que algunas constituciones latinoamericanas, cuando señalan las causales que dan lugar al juicio político, utilizan fórmulas genéricas de mucha vaguedad. Véanse, por ejemplo, las siguientes fórmulas: “por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones [...]”, en Argentina (artículo 45); por “actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho”, en México (artículo 109, número 1); “por mala conducta o faltas graves en el ejercicio de sus funciones”, en República Dominicana (artículo 23, número 5); por delitos o “indignidad por mala conducta”, en Colombia (artículo 175, número 2); por actos que hayan “comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación [...]” o “notable abandono de sus deberes”, en Chile (artículo 48, número 2); “por infracciones constitucionales o legales” en el ejercicio del cargo, como dice nuestra Constitución (artículo 130, número 9).¹⁴

En el juicio político la cuestión que se juzga —con criterio político— es, de modo general, el *desempeño* de las funciones, en cuyo ejercicio puede atentarse contra el interés público o se puede incurrir en violaciones normativas —sea a la Constitución o a las leyes— o cometer delitos políticos o incluso comunes. Estos elementos son recogidos de diversa manera en las causales que los textos constitucionales establecen.

Tratándose de delitos —políticos o comunes— tipificados en las leyes penales del Estado resulta lógico que, además del juicio político, habrá que iniciar el respectivo proceso penal para determinar este tipo de responsabilidad. La mayoría de las

¹⁴ Antes de 1998, nuestro texto constitucional señalaba como causal de juicio político para el presidente y vicepresidente de la República: “[...] o cualquier otra infracción que afectare gravemente al honor nacional”, fórmula bastante genérica y ambigua.

Constituciones latinoamericanas así lo disponen, lo que significa que después de resuelta la acusación política en el órgano legislativo pasará el asunto a los jueces competentes de la función judicial. Y esto ocurre siempre que haya indicios de que además de la responsabilidad política puede existir responsabilidad penal.

De esta manera, el juicio político permite establecer la responsabilidad penal y abre el camino para sustanciar el proceso penal a que hubiere lugar. Pero lo dicho no significa que el juicio penal dependa necesariamente del juicio político; bien puede faltar éste y realizarse el primero, una vez cumplidos los presupuestos procesales que el orden jurídico de cada Estado determina, junto con otros requisitos o condiciones que aseguren la finalidad perseguida.

Del análisis efectuado se desprende que el juicio político no tiene las características propias de un proceso judicial, y que tanto el control como el enjuiciamiento o acusación que realizan los Congresos de América Latina son de *naturaleza política*, con las implicaciones que de ella se derivan.

Resulta difícil aceptar que entre las atribuciones del Poder Legislativo haya algunas de carácter jurisdiccional, pues la misma separación de poderes impide que los órganos ejerzan indistintamente competencias que corresponden a otro y la cuestión que se examina no sería una simple coparticipación de funciones (como sucede en materia legislativa).

4. *¿La destitución es una sanción?*

El juicio político tiene un efecto propio y principal que es la destitución y, por otro lado, produce efectos secundarios o accesorios como la inhabilidad o incapacidad del funcionario removido para desempeñar otro cargo público durante determinado periodo, según la gravedad de la infracción.

Algunos tratadistas consideran que en el juicio político, al ser un juicio de responsabilidad política, no se aplica ninguna sanción a los funcionarios acusados; se sostiene que la separación o destitución del cargo no es realmente una sanción. En este caso, explica Quiroga Lavié, la privación de la función pública *no es una sanción* porque las funciones públicas “no se ejercen a título de derecho subjetivo propio, sino como derecho público subjetivo, en representación de la comunidad”; por lo tanto, perder una competencia (la función pública) no implica perder un bien para el sujeto que la ejerce; esto significa cesar en la representación pública de la comunidad.¹⁵

En resumen, para Quiroga y otros tratadistas la destitución por juicio político no es en estricto sentido una pena; si fuera una pena —dicen— tendría que ser establecida por jueces; es una forma de concluir un mandato público y poner fin a un ejercicio de las competencias públicas. Sería, en todo caso, una sanción administrativa.

¹⁵ Humberto Quiroga Lavié, *Derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 3ª ed., 1993, pp. 544-545.

El criterio que se ha expuesto es discutible pues, como suele señalarse, la responsabilidad política debe acarrear efectos; uno de ellos es la destitución —la inhabilidad puede ser otro— y aquella es una sanción de carácter político, naturalmente. Ahora bien, el asunto no es simple, dado que también se dan juicios políticos en que no habría efectos —ni sanciones—; así, por ejemplo, muchos creemos que en el régimen presidencial no se debe destituir vía juicio político a los ministros, como sucede en el sistema parlamentario —criterio recogido por el Ecuador en la Constitución de 1998—; por tanto, para este caso no habría ningún efecto salvo una sanción.

No obstante lo analizado en cuanto a la diferencia del juicio político con aquel que se realiza en el ámbito judicial, se debe dejar en claro que también en el juicio político hay que apegarse a un procedimiento preestablecido y se debe cumplir con las garantías mínimas del *debido proceso*, tales como el derecho a la defensa, a ser notificado, a respetar determinados plazos, etcétera.

Sobre este punto vale recordar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso denominado *Tribunal Constitucional vs. Perú*, relativo a la destitución de tres magistrados del órgano constitucional por el Congreso peruano mediante un juicio político que irrespetó las reglas del debido proceso legal, lo cual violó la Convención Americana de Derechos Humanos en sus artículos 8 y 25. En una de las consideraciones de la sentencia, la Corte Interamericana señaló:

En cuanto al ejercicio de las atribuciones del Congreso para llevar a cabo un juicio político, del que derivará la responsabilidad de un funcionario público, la Corte estima necesario recordar que toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete.¹⁶

5. *Por qué se limita la responsabilidad presidencial*

El régimen presidencial, como sabemos, es un sistema unipersonal en el cual el presidente de la República es la cabeza del Ejecutivo y proviene de sufragio popular universal, sea en forma directa o indirecta, como es el caso de los Estados Unidos.

Estas dos importantes características no pasaron desapercibidas para los constituyentes de Filadelfia, en 1787; fue un punto de reflexión sobre el cual concluyeron que el Legislativo, invocando cualquier causa, no podía destituir al presidente de los Estados Unidos, ya por el trastorno que provocaría la acefalía y ya porque significaba atentar contra la voluntad soberana del pueblo que lo eligió como su mandatario, del mismo modo que eligió a los legisladores pero —a diferencia de éstos— con un ámbito de acción mayor y una finalidad específica al ser el motor del gobierno.

¹⁶ Párrafo 77 de la sentencia de 31 de enero de 2001, caso del Tribunal Constitucional (*Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú*).

En consecuencia se resolvió limitar la responsabilidad política del presidente de la República a delitos de gravedad, frente al Congreso, vía *impeachment*. En cambio, hay amplitud para procesar al presidente ante la justicia ordinaria, como se vio en el caso del presidente Clinton.

Téngase presente que, en el caso del sistema parlamentario, la situación es diferente. En la destitución del gabinete parlamentario no se dan aquellas dos características mencionadas, pues dada la dualidad del Ejecutivo en jefe de Estado y jefe de gobierno, la destitución de este último (con su gabinete) no trae las implicaciones del sistema presidencial y, por otro lado, el Ejecutivo —como tal— no proviene del sufragio popular; su designación radica en el Parlamento, si bien los ministros del gabinete son los parlamentarios elegidos en comicios populares.¹⁷

Como es conocido, este modelo presidencial fue recogido y adaptado en los países de Latinoamérica y de otras regiones. En el Ecuador, igualmente, se limitó la responsabilidad presidencial en casi todas las Constituciones. De este modo procedió la carta política de 1967, y estableció adecuadamente la responsabilidad presidencial (artículo 191), cosa que no hizo la Constitución de 1978-79 sino sólo después de las reformas de 1983 y determinó tres causales, de las cuales la tercera era un absurdo que comenzaba diciendo “cualquier otra infracción [...]”, destruyendo de este modo la pretendida limitación de la responsabilidad presidencial.

También vale la pena resaltar que sólo la Constitución de 1946, la de 1978-79 y la actual han dispuesto el enjuiciamiento político del vicepresidente de la República; todas las demás, incluida la de 1967, no lo consideraron sujeto de acusación política, apartándose, en este punto, del modelo norteamericano. También ha habido constituciones que suprimieron la vicepresidencia, y creo que tuvieron razón, como las de 1945, de 1938 no promulgada, de 1929, de 1906, para no citar sino las cartas políticas del siglo XX.

La experiencia política ha impulsado a muchos países latinoamericanos a establecer que, si al presidente de la República no se lo puede fácilmente destituir, tampoco es posible iniciarle un proceso judicial con cualquier demanda; el proceso debe ser en materia penal (lo que no es nuevo) y para ello debe haber una *autorización expresa del Legislativo*.¹⁸ Este criterio lo ha recogido nuestra Constitución vigente. Por otro lado, sabemos que si en el transcurso del juicio político se ponen de mani-

¹⁷ En aquellos países de origen parlamentario en los cuales se elige en sufragio popular al presidente de la República, por ejemplo, en Francia, Austria y Finlandia, es porque se establecieron reformas tomadas del sistema presidencial y se introdujeron en su régimen parlamentario, lo que dio como resultado un sistema de gobierno mixto: semipresidencial o semiparlamentario, como quiera denominárselo.

¹⁸ Vale citar el ejemplo de la anterior Constitución venezolana, de 1961, donde propiamente no hubo el juicio político. La Corte Suprema establecía si había o no mérito para enjuiciar al presidente de la República; de haberlo, el Senado debía autorizar para continuar con el proceso. Así fue enjuiciado y sancionado el presidente Carlos Andrés Pérez, quien previamente fue suspendido de sus funciones (artículos 215.1 y 150.8).

fiesto indicios de responsabilidad penal, el Legislativo dispondrá que el asunto pase a la justicia ordinaria.

El fundamento de este proceder radica en que el primer mandatario está revestido de una especie de inmunidad; si ésta se da a los legisladores y a otros funcionarios, con mayor razón al presidente de la República; caso contrario, la oposición podría de modo fácil entorpecer la acción del Ejecutivo.

Sin embargo, no deja de llamar la atención que en los textos constitucionales, ni de los Estados Unidos ni de otros países, incluido el Ecuador, no se haya hecho constar la inmunidad presidencial de modo expreso; pero ello ha sido confirmado por la práctica política y ha dado lugar a lo que la doctrina llama *inmunidad procesal relativa*.

6. *Jueces y juicio político*

Cuando se examina en el constitucionalismo de América Latina quiénes están sujetos a juicio político, casi todos los Estados incluyen a los magistrados del órgano judicial de mayor jerarquía y, a veces, también a otros jueces, como lo hace México, quizá con exceso, a partir de las reformas constitucionales de diciembre de 1982.¹⁹

Sobre esta cuestión siempre fuimos del criterio de que los magistrados de justicia no pueden ser sujetos de juicio político si se quiere proteger su independencia e imparcialidad; para ellos existe el control jurisdiccional que, naturalmente, deberá perfeccionarse. En igual situación están el ministro fiscal general y los miembros del Tribunal Constitucional, que ejercen funciones de carácter esencialmente jurisdiccional.

La experiencia demuestra que el juicio político contribuye a debilitar al Poder Judicial, cuya función —a diferencia del Ejecutivo y del Legislativo— es eminentemente técnica y jurídica. El juicio político ha sido una espada de Damocles que pende sobre las cabezas de los magistrados de la Corte Suprema; y cuando en el Legislativo la actividad política pierde de vista sus altos objetivos, se desprende la espada y subordina a aquellos magistrados a cálculos políticos, proselitistas y coyunturales.

Por ello, para evitar presiones e interferencias en la administración de justicia, entre otras soluciones está la de excluir del juicio político a los magistrados de la Corte Suprema; este camino tomaron los constituyentes ecuatorianos de 1998, en buena hora. Según el viejo axioma, poder que no es independiente, no es poder.

III. El juicio político en la Constitución del Ecuador

La actual Constitución, codificada en 1998, realizó algunos cambios en las disposiciones relativas al juicio político, las cuales se habían mantenido —con reformas— desde la Constitución de 1978-79.

¹⁹ Véase Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1999, pp. 687 y ss.

Estos cambios, fundados en la experiencia histórico-política, buscan adecuar la institución y son los que disponen que: la petición de juicio político provenga de un grupo de diputados; se elimine del juicio a los magistrados de la Corte Suprema; los delitos causales del enjuiciamiento a los dos primeros mandatarios sean mejor puntualizados y revistan gravedad; no sea necesario un enjuiciamiento penal previo pues éste puede tener lugar posteriormente; se determine la votación para la censura; y se establezca la no destitución de los ministros de Estado. Estas cuestiones serán oportunamente examinadas.

1. *Petición de juicio político*

La Constitución vigente, en el artículo 130, establece en 17 numerales los deberes y atribuciones del Congreso Nacional. En el número 9 se desarrolla el *enjuiciamiento político*; este precepto contiene cinco incisos, a los cuales haremos constante referencia.

En el primer inciso se determina quiénes pueden pedir el juicio político, cosa que anteriormente el texto constitucional no había precisado, por lo que se entendía que era una facultad de cualquier diputado. En 1998 se modifica este criterio y se dispone que el juicio político será solicitado por “al menos una cuarta parte de los integrantes del Congreso Nacional”. De esta manera se trata de evitar que este tipo de control quede al arbitrio de pocos legisladores.

Para poner en marcha el juicio político debe contarse con un número aceptable de diputados que consideren que hay fundamento para ello. Recuérdese que los constituyentes de 1998 también buscaron que los diputados —y sus respectivos partidos o movimientos— actuaran dentro de bloques legislativos, los cuales están formados por el diez por ciento, por lo menos, de diputados del Congreso Nacional (artículo 128 de la Constitución).

2. *Quiénes están sujetos al juicio político*

Generalmente se establece que los altos funcionarios del Estado —funcionarios superiores—, que han sido nombrados por el Congreso Nacional y pueden ser removidos por éste, están sometidos a juicio político; a ellos se agregan, en los regímenes presidenciales, el titular de la función ejecutiva, el vicepresidente de la República, cuando existe este cargo, y los ministros de Estado.

La norma constitucional vigente señala que estarán sujetos al enjuiciamiento político el presidente y vicepresidente de la República, los ministros de Estado, el contralor general y el procurador del Estado, el defensor del pueblo, el ministro fiscal general, los superintendentes, los vocales del Tribunal Constitucional y los del Tribunal Supremo Electoral.²⁰ Éste es un listado exhaustivo, al cual no podría agregarse

²⁰ A los superintendentes no se los especifica, seguramente con la finalidad de que, si se crearan más superintendencias, puedan estar todos ellos comprendidos en el juicio político; al momento hay la de Bancos, de Compañías y de Telecomunicaciones.

ningún otro funcionario, cualquiera que sea su origen (de elección popular o de designación por un órgano del Estado). Como se observa, no constan los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a quienes se excluyó del juicio político con el propósito de impedir que estén sujetos a cualquier tipo de presión indebida —incluso por parte de los diputados— y pueda interferirse en la administración de justicia.

Esta cuestión fue debatida en la asamblea constituyente de 1998 y, al menos, se excluyó del juicio político a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Justamente sobre este punto se presentó una demanda de inconstitucionalidad, alegando que la asamblea constituyente no aprobó en segundo debate la antedicha exclusión y que esta modificación la hizo la comisión a cuyo cargo estuvo la redacción final de los textos. El Tribunal Constitucional, en su resolución, aceptó parcialmente la demanda y suspendió “los efectos del acto legislativo realizado por la Asamblea Nacional, constante en el primer inciso del numeral 9 del artículo 130 de la Constitución, aprobada por la Asamblea Nacional el 5 de abril de 1998 [...]”.²¹

Al respecto, el Tribunal Constitucional cometió un doble error: en la hipótesis de que la exclusión de los magistrados de la Corte Suprema no se hizo en el segundo debate, los constituyentes se reunieron solemnemente después, el 5 de abril de 1998 —como señala la misma resolución—, y aprobaron el texto tal como fue presentado y, por tanto, convalidaron cualquier inclusión u omisión; pero, sobre todo, mal podía un poder constituido, como el órgano de control constitucional, juzgar los actos del poder constituyente, que fue la Asamblea Nacional. Muy diferente sería una demanda de inconstitucionalidad contra el Congreso Nacional (poder constituido), por no haber observado el procedimiento que manda la Constitución al realizar las reformas constitucionales.

3. *En qué momento y por qué se realiza el juicio político*

Si este tipo de control tiene que ver con el desempeño del cargo público, es natural —como dice nuestra Carta Magna— que el juicio político pueda llevarse a cabo durante el ejercicio de las funciones, pero puede realizarse también hasta un año después de terminadas dichas funciones. Muchas veces el ejercicio del poder permite evadir los controles porque se dispone de medios para ello; por eso es necesario prolongar el tiempo en que se pueda ejercer éste y otros controles.

Al respecto hay países que establecen un periodo mayor; por ejemplo, el Perú dispone hasta cinco años después de cesar en las funciones (igual duración tiene el mandato presidencial); o menor, como Chile, que establece seis meses siguientes a la expiración del cargo en caso del presidente de la República y tres meses para los demás. Otros países no dan un periodo adicional después de terminadas las funciones.

²¹ Esta resolución fue publicada en el RO-S 168 de 13 de abril de 1999 y este es el motivo de que, a veces, los textos de la Constitución excluyan este inciso. Es lamentable decirlo pero esta decisión del Tribunal cayó en el vacío.

Además, este último punto recoge la tradición que constituyó el juicio de residencia durante la época colonial contra los altos funcionarios enviados por España para el gobierno de los virreinos, capitanías y reales audiencias en tierras de América. Según Tobar Donoso, el juicio de residencia es una de las instituciones que dieron honra al sistema jurídico español.²²

Vale preguntarse qué ocurre si quien iba a ser enjuiciado políticamente renuncia, evitando así una posible censura y destitución. Sobre esta cuestión hay que tener presentes las normas constitucionales; antes de 1998 era indiferente que el funcionario hubiera renunciado por cuanto, además de la destitución, existía la inhabilidad para quienes fueran censurados y, por tanto, podía continuarse con el juicio político; alguna práctica hubo al respecto. Con las actuales normas pensamos que ya no tendría sentido —sólo moral—, al haberse eliminado la inhabilidad.

En cuanto a las *causales* que dan lugar al enjuiciamiento político, la Constitución de 1978-79 distinguió aquellas que eran para el presidente y el vicepresidente de la República de las causales para los demás funcionarios superiores.

Sobre las causales existe otra modificación hecha por la Asamblea Constituyente en el sentido de precisar, tanto para el presidente y vicepresidente de la República, como para los demás funcionarios, las razones que motivan su enjuiciamiento político. Cabe señalar que anteriormente había una imprecisión y vaguedad extremas en este punto, y se utilizaban las fórmulas genéricas que fueron mencionadas.

Recuérdese que, siguiendo el modelo constitucional norteamericano, se habían establecido para el presidente las causales de traición a la Patria, cuestión que no es muy común, la de cohecho, “o cualquiera otra infracción que afectare gravemente al honor nacional”; esta última causal resultaba demasiado subjetiva e imprecisa; en ella los legisladores podían incluir cualquier situación que a su criterio afectara el honor nacional, incluso la violación de un reglamento, como en algún momento se hizo con un vicepresidente de la República.²³

Aquello de “*cualquiera* otra infracción [...]” era, además, contradictorio con la idea —ya analizada— de limitar la responsabilidad política del presidente de la República, quien no puede ser destituido como cualquier otro funcionario, por aquellas dos razones: ser elegido en sufragio popular universal y por la importancia del cargo en el sistema presidencial, no comparable con el parlamentario.

Con respecto al presidente y al vicepresidente de la República la norma constitucional vigente dispone en el artículo 130, numeral 9, segundo inciso: “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”.

²² Cf. Julio Tobar Donoso, *Las instituciones del período hispánico, especialmente en la presidencia de Quito*, Ecuatoriana, Quito, 1974, pp. 218 y ss. Igualmente, Alfredo Pareja Diezcanseco, *Las instituciones y la administración de la Real Audiencia de Quito*, Universitaria, Quito, 1975, pp. 256 y ss.

²³ Caso del vicepresidente Parodi, que había firmado un reglamento en ausencia temporal del presidente R. Borja.

Como se observa, en la actualidad estas causales tienen mayor objetividad. Entendemos que la causal de violar la ley suprema —asunto grave en un Estado democrático de Derecho— está incluida dentro de los delitos contra la seguridad del Estado, para lo cual —en este caso y en otros— puede servir de guía el Código Penal vigente.

Como se sabe, no es necesario que se *pruebe judicialmente* la comisión de los respectivos delitos, que están contemplados en el Código Penal ecuatoriano. Para aquellos que pensaban que sí debía probarse judicialmente, esto era el resultado de que previamente al juicio político había que realizar el juicio penal. Estas opiniones no dejaban de causar polémica y de sembrar dudas; creemos que la razón estuvo en no acudir a la doctrina sobre la materia.

Nuestro criterio en contrario lo fundamentábamos en dos premisas, que ahora son aceptadas por nuestra Carta Magna. Primero, la naturaleza del juicio político es muy diferente de la del juicio o proceso jurisdiccional, como ya se ha insistido al examinar la doctrina, razonamientos a los cuales nos remitimos. Segundo, justamente el juicio político permite determinar que hay hechos que acarrearán también la responsabilidad penal; en consecuencia, la función legislativa —que por la separación de poderes no tiene atribuciones judiciales— pasa el expediente a la función judicial para el correspondiente proceso.

La norma constitucional vigente ha puesto término a dudas y polémicas, al disponer al final del inciso segundo del número 9 del artículo 130: “No será necesario enjuiciamiento penal para iniciar este proceso”. Y, en el inciso quinto, agrega: “Si de la censura se derivaren indicios de responsabilidad penal del funcionario, se dispondrá que el asunto pase a conocimiento del juez competente”.

Por último, para los demás funcionarios el juicio político se establece “por infracciones constitucionales o legales” cometidas en el desempeño de sus funciones. Asimismo se ha establecido de mejor manera el motivo o causal del enjuiciamiento político para los demás funcionarios; anteriormente se señalaba de modo muy genérico que la causal era la comisión de infracciones en el ejercicio del cargo.

En este punto, si bien la fórmula actual sigue siendo general, al menos se precisa que se trata de infracciones de carácter constitucional y también aquellas que van contra la ley. Cuestión importante que la norma constitucional siempre señaló (antes y después de 1998) fue que estas infracciones tengan que ver con el desempeño del cargo. Alguna vez se inició y concluyó un juicio político contra un superintendente de bancos por las declaraciones que había realizado en contra del Congreso Nacional, por considerárselas ofensivas; en este caso podría sostenerse que ese acto no tenía relación con el desempeño del cargo.

4. *El procedimiento en la Constitución*

Como es sabido, la norma constitucional, por razones de técnica jurídica, no entra en el detalle del procedimiento, lo cual debe hacer la ley, en este caso la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

La Constitución vigente se limita a señalar cuál será la *votación necesaria* para que el juicio político culmine en la censura y destitución. Esta cuestión anteriormente no constaba en el texto constitucional pero sí lo determinaba la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

Para el caso del presidente y el vicepresidente de la República se necesita una votación conforme de las dos terceras partes de los integrantes del Congreso Nacional; de este modo queda claro que se trata de una votación especial o calificada, como suele llamarse.

En cuanto a los demás funcionarios, la censura tiene lugar por el voto de la mayoría de los integrantes del Congreso; es decir, se trata de una mayoría absoluta —hay que considerar la totalidad de los legisladores que integran el Congreso y de ese número total tendría que ser tomada la mayoría. No es pues una mayoría simple, mitad más uno de los que están presentes, formando el quórum en una sesión determinada.

En este punto, cabe recordar el procedimiento que se da en los países latinoamericanos que tienen una estructura bicameral del Legislativo y que también se dio en el constitucionalismo ecuatoriano cuando hubo bicameralidad: corresponde al Senado el juzgamiento político, mientras que la Cámara de Diputados presenta la acusación política.

En un sistema unicameral como el nuestro, obviamente, aquello no puede suceder, pero sería adecuado que los diputados que presentan la acusación —al menos la cuarta parte de los integrantes del Congreso— hicieran sus alegatos pero no voten, para no convertirse, al mismo tiempo, en juez y parte interesada, destrozando la poca imparcialidad que puede haber en el juicio político.

5. *El procedimiento según la ley respectiva*

Para las demás cuestiones relativas al procedimiento hay que remitirse a la Ley Orgánica de la Función Legislativa. Este tema se encuentra tratado en el título IV, bajo el epígrafe “Del control político”.

Desde ya vale señalar que este cuerpo normativo es deficiente, no solo en este tema sino en los demás y, lo que es peor, no guarda conformidad con la Constitución vigente. Algunas normas no podrían ser aplicadas y el número de los artículos mencionados, muchas veces, corresponde a codificaciones de textos constitucionales anteriores a 1996. Así ocurre con la numeración concerniente al juicio político. Es urgente que la Comisión de Legislación y Codificación prepare un nuevo proyecto de Ley Orgánica de la Función Legislativa, verdadero cuerpo normativo que contenga el derecho parlamentario del Ecuador.

Resumiremos la normativa que para el enjuiciamiento político trae la ley mencionada. Comienza refiriéndose a los altos funcionarios, aunque no lo señala; luego sí hace referencia al presidente y al vicepresidente de la República. El trámite es el siguiente: una acusación para juicio político debe concretarse por escrito ante el presidente del Congreso Nacional; las acusaciones contendrán las infracciones calificadas así por el o los legisladores interplantados (uno por bloque), quienes podrán adjuntar pruebas.

El presidente del Congreso, recibida la acusación, sin más trámite, la remitirá en un término no mayor de tres días a la Comisión de Fiscalización y Control Político y notificará al funcionario acusado (artículos 87 y 88).

La Comisión de Fiscalización y Control Político remitirá al Congreso la acusación y las pruebas actuadas, en el término de cinco días; durante este término el acusado podrá defenderse ante la comisión en forma oral o escrita. Igualmente actuarán los legisladores acusadores.

Si una de las partes lo solicita, se puede conceder un término adicional de cinco días para actuar pruebas, luego del cual en cinco días improrrogables se remitirá todo lo actuado al presidente del Congreso Nacional (artículos 89 y 90).

Remitido lo actuado al Congreso y vencido el último término indicado, en los próximos cinco días y por intermedio del presidente, los acusadores podrán plantear al Congreso la moción de censura. Vencidos los cinco días sin dicho planteamiento, los acusadores ya no podrán hacerlo y se dará por concluido el juicio político (artículo 91).

En cuanto a la *moción de censura* (recuérdese que no es para los dos primeros mandatarios; esto se regula después) la Ley Orgánica de la Función Legislativa dispone lo siguiente:

Una vez planteada, el presidente del Congreso señalará fecha y hora para iniciar el debate, la que debe estar dentro de los cinco a diez días desde la fecha en que se planteó la moción. Si el Congreso no estuviere reunido puede convocarse a sesión extraordinaria en un plazo no mayor de treinta días (este plazo tendría que ser menor si se quiere que sirva de algo, pues las dos vacancias del Congreso —que labora todo el año— dura un mes cada una) (artículo 92).

El artículo 93 de la referida ley ya no puede ser utilizado cuando señala que, en el caso de sesión extraordinaria, la fecha de convocatoria para este trámite puede ser prorrogada hasta sesenta días adicionales por parte del presidente, a petición escrita de diez diputados. Es una norma que no guarda conformidad con la actual Constitución.

Regulación importante es la contenida en el artículo 94, que establece: el acusado ejercerá su *derecho a la defensa* en la fecha y hora señaladas; su intervención durará un lapso máximo de ocho horas. En cambio, los acusadores intervendrán por dos horas cada uno y el orden para intervenir está dado por las fechas de presentación de las mociones. El acusado puede replicar por un lapso máximo de cuatro horas; finalizada su intervención éste puede retirarse y se iniciará el *debate*, en el cual podrán inscribirse todos los legisladores y expondrán por un lapso de veinte minutos. Cerrado el debate se procede a la votación.

El artículo 95 de la citada ley se refiere a la votación que debe haber para censurar a los funcionarios y dice que la moción de censura se considerará aprobada por mayoría absoluta del total de miembros del Congreso Nacional; en el artículo 96 se agrega que la censura surtirá los efectos señalados en la Constitución, “sin perjuicio de las acciones civiles o administrativas que se atenderán al procedimiento señalado

en las leyes pertinentes”. En caso de encontrar fundamento para la responsabilidad penal, se dispondrá que pase a conocimiento del juez competente.

Para el juicio político del presidente y el vicepresidente de la República, la citada ley orgánica establece una sección aparte, en la que se regulan las siguientes cuestiones.

La acusación será planteada por un mínimo de veinte diputados (cuestión que contradice a la Constitución), quienes reconocerán su firma judicial o notarialmente; presentada ésta, se conformará la *comisión especialísima* de juicio político con un diputado designado por cada bloque (artículos 98 y 99). En cuanto a la comisión especialísima creemos que está fuera de lugar. La Constitución actual, en el artículo 134, dispone que haya comisiones especializadas permanentes y prohíbe la creación de comisiones ocasionales, como sería el presente caso.

La antedicha comisión remitirá un informe sobre la admisibilidad de la acusación, en el término de cinco días, para conocimiento del Congreso en pleno, el que decidirá si admite la acusación por mayoría absoluta de todos sus miembros (artículo 99).

Admitida la acusación, ésta será sustanciada siguiendo el trámite que fue señalado para los funcionarios (previsto en los artículos 86 a 91 de la ley en análisis); en caso contrario se procederá al archivo y no se podrá volver a proponer por los mismos hechos (artículo 99).

Terminada la fase de acusación se puede presentar moción de censura con el respaldo de veinte diputados, al menos (por coherencia debería ser la cuarta parte de los legisladores del Congreso), observando la formalidad establecida para la presentación de la acusación; en esta parte se aplicará lo relativo a las dos horas que tiene cada diputado para fundamentar sus acusaciones (artículo 100).

Durante el enjuiciamiento, el presidente o vicepresidente puede actuar por interpuesta persona a través de uno o más delegados o procuradores; los legisladores designarán a tres diputados para que sostengan los cargos (artículos 101 y 102).

Para aprobar la censura se requieren los votos favorables de al menos las dos terceras partes de los miembros del Congreso Nacional y su resolución determinará la infracción cometida y aplicará la sanción prevista en la Constitución y será notificada en el término de tres días al enjuiciado y a los organismos del Estado que corresponda para su cumplimiento y ejecución (artículos 103 y 104 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa).

6. Los efectos del juicio político

De lo que señala la norma constitucional se establece que el enjuiciamiento político se encamina a declarar la culpabilidad de quienes están sujetos a dicho enjuiciamiento y alcanzada esta declaratoria de culpabilidad se produce la censura que conlleva la *inmediata destitución*, conforme lo dispone el precepto constitucional, con la única excepción de los ministros de Estado, “cuya permanencia en el cargo corresponderá decidir al presidente de la República.” (inciso cuarto del número 9 del artículo 130).

¿Cuál es la razón para que la destitución no opere en el caso de los *ministros de Estado*? Como se recordará, anteriormente, en casi todas las constituciones ecuatorianas se habló de la suspensión o privación del cargo cuando la acusación procedía, incluidos los ministros de Estado. Esta cuestión se destacó en la Constitución de 1929, que tomó elementos del sistema parlamentario; allí se habló del voto de desconfianza que hacía cesar a los ministros de Estado y —como otra situación adicional— se agregó que, si fueran censurados, no podrían desempeñar ninguna cartera durante dos años.²⁴

Efectivamente, la destitución de un ministro de Estado por el Congreso Nacional es un elemento propio del régimen parlamentario, extraño al sistema presidencial que rige en nuestro país. Ésta es la razón principal para no aceptar tal destitución.

Otro motivo es que en la experiencia ecuatoriana de muy poco ha servido destituir ministros de Estado, pues el presidente de la República no ha tomado en cuenta este hecho para cambiar de rumbo determinadas políticas que en su momento eran objetadas por los legisladores. Estas destituciones de ministros de Estado han contribuido a polarizar las fuerzas Legislativo-Ejecutivo con las consiguientes pugnas; incluso han sido utilizadas para comprar conciencias y votos.

Esta experiencia política llevó a los constituyentes de 1998 a modificar la práctica anterior establecida en la carta política y a determinar que corresponde al presidente de la República decidir si mantiene o no en su cargo al ministro censurado en juicio político. El titular del Ejecutivo es quien los nombra y quien los remueve; no vale alterar este principio del presidencialismo, aun cuando hoy se busque combinarlo con soluciones parlamentarias.

Si retomamos los efectos del juicio político, concluimos que son la censura y la inmediata destitución, con la excepción anotada. Como ya se mencionó, en el texto constitucional de 1998 se ha dejado de lado el otro efecto que tradicionalmente trajo el constitucionalismo ecuatoriano: la *inhabilidad* con la que se priva a los funcionarios de desempeñar cargos públicos durante determinado lapso, cuestión que es fijada por la carta política.

En otros países, como en México, la inhabilitación no tiene tiempo predeterminado. Se entendería que es permanente y se refiere a “desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público” (artículo 110); en Colombia se dispone como alternativa la destitución o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos (artículo 175.2); en el Perú, igualmente como alternativa, se puede inhabilitar hasta por diez años (artículo 100). Todas estas referencias son del texto constitucional respectivo.

Consideramos lamentable esta omisión y, como ya se dijo, si el funcionario renuncia, obviamente, no habrá destitución. Y, ahora, tampoco se dará la inhabilidad.

²⁴ Artículo 97 de la *Constitución Política de la República del Ecuador*, dictada por la Asamblea Nacional Constituyente de 1928-29, Talleres Gráficos Nacionales, Quito, MCMXXIX.

Incluso en las reformas constitucionales de 1995 se señaló que esta inhabilidad para desempeñar cargos públicos “no podrá ser inferior a un año”.²⁵

No creemos que sea posible incluir este punto en la Ley Orgánica de la Función Legislativa por cuanto la Constitución no lo dispuso, a pesar de que todas nuestras Constituciones lo establecieron de modo expreso.²⁶

7. *Sin censura política, ¿puede haber un juicio penal?*

Un punto de interés que surge al tratar del juicio político está dado por la siguiente cuestión, que bien valdría intentar responder: si un funcionario sujeto a juicio político no es censurado en el Congreso, ¿puede ser enjuiciado penalmente por el juez competente?

Sobre esta cuestión, la Constitución actual permite encontrar alguna solución tratándose de los dos primeros mandatarios de la República, cuando en el número 10 del artículo 130, a continuación de las normas sobre el juicio político, dispone que es deber y atribución del Congreso:

Autorizar, con la votación de las dos terceras partes de sus integrantes, el enjuiciamiento penal del presidente y vicepresidente de la República cuando el juez competente lo solicite fundadamente.

Se entiende que este caso —del proceso penal— puede darse de manera independiente del juicio político, aunque no se lo haya planteado. Se parte del hecho de que todo funcionario superior del Estado puede ser susceptible de *responsabilidad penal*; en consecuencia, bien puede ser procesado pero, agregamos nosotros, se deben cumplir ciertos requisitos o condiciones tanto por quien desempeña una alta función cuanto por la seriedad de la administración de justicia. Por estas razones nos inclinaríamos a pensar que todos quienes están sujetos a juicio político podrían ser penalmente procesados previa autorización del Congreso, si bien con una votación de mayoría absoluta.

Para el caso de los dos primeros mandatarios queda claro que éstos pueden ser enjuiciados penalmente pero se debe cumplir con un requisito o condición, cual es de que el Congreso autorice dicho enjuiciamiento penal con votación calificada (inmunidad procesal relativa). Consideramos acertada esta concepción que trae la Constitución de 1998, por las razones ya expuestas —en forma reiterada— respecto de que si los dos mandatarios provienen de elección popular, los procedimientos para enjuiciarlos política y penalmente deben ser rigurosos y tener ciertos condicionantes, como se establece de manera precisa en el texto constitucional vigente.

²⁵ Letra g del artículo 82 de la tercera codificación de la Constitución, publicada en el RO 969 de 18 de junio de 1996, que recoge las reformas de 1995.

²⁶ Incluso se dispusieron inhabilidades temporales y perpetuas “para obtener destinos públicos”, como expresaba la mencionada Constitución de 1929, en su artículo 40.

En este punto valga una digresión. Si queremos ser coherentes con lo que aprendimos y enseñamos respecto de que el pueblo es el único titular de la soberanía —dogma político que todavía no sufre modificación— debemos respetar a quienes resulten elegidos popularmente. Los únicos caminos democráticos son aquellos que el mismo derecho, escrito en la ley fundamental del Estado, determina que se deben seguir para retirar el mandato popular. ¿Podrá el Ecuador del siglo XXI tomar esta perspectiva?

8. *El órgano legislativo: eje del control político*

Bien vale concluir este breve ensayo dando una mirada al órgano que tiene la importante función del control político. Se puede afirmar, observando la evolución histórica de las civilizaciones políticas, que las asambleas legislativas nacieron y se forjaron controlando el poder que poseía el jefe de la comunidad política. Junto con dictar la ley, que el Legislativo lo reivindicaría como prerrogativa propia, se desarrolló el control político en sus diversas formas.

Sin embargo, al finalizar el siglo XX se ha hablado de una declinación del Poder Legislativo, por múltiples razones que no es del caso analizar. Lo que sí está claro es que la crisis que pueda afectar a la función legislativa compromete también al sistema de gobierno representativo, que rige en nuestras democracias.

El Congreso Nacional ecuatoriano tiene la responsabilidad histórica de cumplir a cabalidad las dos manifestaciones eminentes de su función representativa: la legislación y el control del sistema político, todo ello con miras a una adecuada protección de los intereses públicos, que son los del país.

Todo lo analizado —sobra decirlo— presupone la jerarquía moral y política del legislador. El Congreso Nacional sólo funcionará y hará funcionar el sistema político en la medida en que sus legisladores sean paradigmas de moralidad, responsabilidad e idoneidad. Pues de nada valen las normas constitucionales si no se apoyan en el comportamiento ético y cívico de quienes deben dar vida a las instituciones.

En todo caso, no obstante la crisis o decadencia que pueda atravesar el poder o función legislativa, ésta tiene un papel preponderante que cumplir en un sistema democrático. Ya en los albores del constitucionalismo moderno, Montesquieu advertía que el Estado llegaría a su fin en el caso de que “el Poder Legislativo sea más corrompido que el Ejecutivo”.²⁷

²⁷ Montesquieu, “De l’esprit des lois”, en *Oeuvres Complètes*, libro XI, Éditions du Seuil, París, 1970, p. 590 (trad. del autor).

Y, en el primer tercio del siglo XX, Kelsen, en un vigoroso alegato en pro de la democracia, vinculó el porvenir de ésta con el futuro de la institución legislativa: “La existencia de la democracia moderna —dice el maestro vienés— depende de la cuestión de si el Parlamento es un instrumento útil para resolver las necesidades sociales de nuestra era”.²⁸

²⁸ Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, trad. Rafael Luengo y Luis Legaz y Lacambra, Labor, Barcelona, 1977, pp. 49 y 50.

Francisco José Eguiguren Praeli (Perú) *

Las relaciones entre Gobierno y Parlamento: la particularidad del régimen presidencial en el Perú

En el Perú, como en la mayoría de países latinoamericanos, se adoptó el régimen presidencial inspirado en los Estados Unidos de Norteamérica como forma de gobierno, aunque, al igual que en algunos de estos países, desde el principio o progresivamente se introdujeron algunas instituciones políticas tomadas de los regímenes parlamentarios que fueron alterando el modelo original. No obstante, el caso peruano es particularmente interesante pues recoge la mayor cantidad de instituciones parlamentarias insertadas en un régimen presidencialista, con la intención de establecer límites y contrapesos frente al significativo poder real del presidente de la República. El hecho de que muchos textos constitucionales fueran elaborados durante procesos de transición, tras gobiernos dictatoriales o inmediatamente después de haberse establecido un régimen democráticamente electo, explica en mucho el temor hacia los excesos del presidencialismo que intentó plasmarse en algunas de nuestras cartas políticas. El resultado de este fenómeno es un régimen “híbrido”, que puede funcionar de manera bastante distinta según la composición y correlación de fuerzas políticas existente entre Gobierno y Parlamento.

La alternancia pendular entre gobiernos democráticamente electos y regímenes de facto ha sido un rasgo característico de la experiencia constitucional peruana. Dicha inestabilidad, sin duda, resulta expresión política de una sociedad fuertemente segmentada y de raíces autoritarias, donde aún persiste un escaso arraigo de los valores y prácticas democráticos en amplios sectores sociales y diversos escenarios de la vida nacional, así como una marcada debilidad orgánica y representativa de los partidos políticos. Puede

* Profesor de Derecho Constitucional y jefe del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex director ejecutivo de la Comisión Andina de Juristas; ex director general de la Academia de la Magistratura. Consultor y asesor en asuntos de Derecho Constitucional y Administrativo, Derechos Humanos y Reforma Judicial.

decirse que en el Perú las relaciones entre Gobierno y Parlamento generalmente han sido disfuncionales y desequilibradas. Así, cuando quien ejercía el Poder Ejecutivo contó con el respaldo de una mayoría en el Parlamento, usualmente logró concluir su mandato pero se instauró un régimen de excesiva concentración de poder y virtual ausencia de control y contrapeso desde el Congreso. En cambio, cuando el Ejecutivo no logró contar con el apoyo de la mayoría parlamentaria, frecuentemente se suscitaron entre ambos órganos agudos enfrentamientos, los cuales generaron situaciones de crisis política que solieron culminar con un golpe militar.

Por mucho tiempo y hasta no demasiados años atrás, los militares tuvieron un significativo protagonismo político, ya fuera mediante el ejercicio directo del gobierno (primero a través de caudillos y luego bajo la forma de una presencia “institucional” de las Fuerzas Armadas) o autoconfiriéndose el rol de “garantes del orden” y de “árbitros” llamados a dirimir —por la vía de la intervención golpista— los conflictos o bloqueos entre las fuerzas políticas, tornando en un eufemismo los preceptos constitucionales que establecen su carácter de institución políticamente no deliberante.

I. La paulatina configuración del peculiar régimen presidencial en el Perú

Ya desde las Bases Constitucionales de la República (1822) y la primera Constitución de 1823 se consagró la opción por un régimen presidencial. Pero el sistema evolucionó rápidamente, apartándose del modelo estadounidense, hacia la elección popular directa del presidente y la prohibición de la reelección inmediata. Aunque se admitió que el Poder Ejecutivo pudiera tener iniciativa en materia legislativa, se exigió para la validez de los actos presidenciales que contaran con el refrendo ministerial; se contempló como práctica la responsabilidad solidaria de los ministros y su posibilidad de concurrir a participar en los debates de las cámaras.

Fue desde la segunda mitad del siglo XIX que empezaron a incorporarse instituciones como la compatibilidad entre la función ministerial y la parlamentaria, la existencia de un Consejo de Ministros y de un presidente de dicho Consejo, la interpelación y el voto de censura del Parlamento contra los ministros, así como la obligación de renuncia impuesta al ministro censurado. Su propósito fundamental era introducir algunos mecanismos de moderación y control ante la concentración de poder que ejercía el presidente de la República y los reiterados excesos en que incurría.

Si bien la Constitución de 1856 (que sólo rigió cuatro años) instauró formalmente la existencia del Consejo de Ministros, sus antecedentes pueden hallarse en la responsabilidad solidaria de los ministros ya prevista en la Carta de 1823 y en una práctica reiterada de reuniones entre el presidente y sus ministros para abordar temas políticos de importancia. La Ley de Ministros de 1862 confirmó el carácter de cuerpo consultivo del Consejo de Ministros, pero no pudo finalmente establecerse su competencia deliberativa para ciertos asuntos, en mucho porque prevaleció el criterio de la Constitución de 1860 (para entonces vigente) que no le confería esta atribución.

Poco después, al aprobarse la Ley de Ministros del 19 de febrero de 1863, que introdujo algunas reformas a la norma de 1862, quedó reconocido el voto deliberativo del Consejo de Ministros como requisito para la validez de ciertos actos del Poder Ejecutivo.¹ Las constituciones de 1920 y 1933 recogieron y dieron continuidad a esta reforma. Pero no debemos olvidar que, si bien el presidente de la República requiere para la validez de sus actos la refrendación de algún ministro o del Consejo, el propio presidente es quien nombra y remueve con entera libertad a sus ministros. A su vez, que aunque el Consejo de Ministros puede reunirse sin la presencia del presidente de la República, no puede en tales casos adoptar ninguna decisión normativa o política de importancia.

La existencia de un presidente del Consejo de Ministros estaba contemplada en las leyes de 1862 y 1863, pero sus atribuciones —por la orientación presidencial de nuestro régimen político— resultaban mucho menores de las que corresponden a un primer ministro de los sistemas parlamentarios. Su competencia se limitaba a poder convocar a reunión del Consejo, fijar el orden del día de los temas a discutir en la sesión y presidirla, en caso de que no estuviera presente el presidente de la República. Su potestad para seleccionar a los ministros del gabinete y proponerlos al presidente de la República era rara vez ejercida.

La Constitución de 1933 buscó darle mayor importancia al presidente del Consejo de Ministros, no sólo porque mencionaba expresamente su existencia (a diferencia de las Cartas anteriores) sino porque establecía tanto que el presidente de la República debía consultar su consentimiento para disponer la separación de algún ministro, como que el presidente del Consejo —al asumir sus funciones— debía concurrir al Congreso para exponer la política general del gobierno. No obstante, comentaba Villarán:

La institución de la Presidencia del Consejo de Ministros no tiene la utilidad ni la importancia que pensaron sus autores de 1856 y 1862. El volumen político del Presidente de la República no deja sitio al Presidente del Consejo. La Presidencia del Consejo, débil de nacimiento, está casi atrofiada. El caso se halla dentro de la lógica del sistema de gobierno presidencial, que excluye como exótica e inadaptable la existencia de un Jefe de Gabinete que posea algo más sustancial que un título de honor y precedencia. Al lado de un Presidente, que es Jefe Supremo del Poder Ejecutivo, no cabe un Primer Ministro con poderes de un verdadero Jefe de Ministerio, so pena de crear una dualidad intolerable y nociva.²

¹ La ley contempló la necesidad del voto deliberativo del Consejo de Ministros para decisiones presidenciales en casos tales como: suspensión de garantías constitucionales, presentación de propuestas de reforma constitucional, convocatoria a sesiones extraordinarias del Congreso, celebración de tratados, aprobación de mensajes presidenciales ante el Congreso, solicitud al Congreso de permiso para salir del territorio nacional, nombramiento de agentes diplomáticos y prefectos, transferencia de partidas presupuestales, etcétera.

² Manuel Vicente Villarán, “Posición constitucional de los ministros en el Perú”, en *Páginas escogidas*, Lima, 1962, pp. 58-59.

La posibilidad de que un parlamentario pudiera ser nombrado como ministro fue tratada y resuelta de manera diversa y contrapuesta por nuestras distintas constituciones. Así, mientras la Constitución de 1823 no lo permitía, la de 1826 lo admitió a condición que el parlamentario dejara de pertenecer al Congreso. A su turno, la Constitución de 1828 restableció la prohibición absoluta, mientras que la de 1834 volvió a admitirla pero disponiendo la vacancia en el cargo parlamentario. Nuevamente la Carta de 1839 reiteró la prohibición, pero los textos constitucionales de 1856 y 1860 establecieron la compatibilidad de ambas funciones, manteniendo como contraparte la pérdida del mandato representativo. Finalmente, la ley de 1887 aprobó la reforma constitucional que habilitaba la compatibilidad entre las funciones de congresista y ministro, sin vacancia del mandato parlamentario. La Constitución de 1920 mantuvo la compatibilidad de ambas funciones, pero con la suspensión del mandato parlamentario mientras se ejerciera la labor ministerial. La Carta de 1933 eliminó esta última restricción, estableciendo la conservación y el ejercicio de ambas funciones; incluso señaló expresamente que los parlamentarios que ejercieran cargos de ministro podrían asistir a las sesiones de sus cámaras, con derecho a participar en los debates y a votar en ellos.

La potestad de las cámaras de interpelar a los ministros surgió de la práctica parlamentaria, especialmente en la convención de 1855-56, pero fue en la Constitución de 1860 donde se la reconoció formalmente y se estableció que el ministro o ministros involucrados tenían la obligación de concurrir a contestar la interpelación formulada desde el Congreso o de alguna de sus cámaras. Fue también la práctica la que definió que la interpelación debía versar sobre hechos y temas concretos, que tenía que ser interpuesta por escrito y respondida oralmente, suscitándose luego un debate entre el ministro y los congresistas. Recién la Constitución de 1933 reguló con mayor precisión este instituto, disponiendo que la interpelación procedería en caso de ser admitida por un quinto de los parlamentarios hábiles, ya fuera de una cámara o del Congreso. Con ello se respetaba de mejor manera el derecho de las minorías, pues la ley de 1878 exigía que la interpelación fuera aprobada por acuerdo de la cámara, lo que obviamente exigía la conformidad de una mayoría.

En cuanto al voto de censura, fue también la convención constituyente de 1855-56 (que por su predominio liberal buscaba imponer limitaciones al Poder Ejecutivo) la que impulsó incorporarla desde la práctica parlamentaria. Así, en la Ley de Ministros que aprobó en 1856 incluía un artículo que decía: "No merece la confianza pública el ministro contra quien emitan las Cámaras un voto de censura". El antecedente más remoto de esta institución parlamentaria que entre nosotros encuentra Villarán es un voto de censura planteado en 1847. Pero la Constitución de 1856 no contempló la censura; sí lo hizo la ley de dicho año, aunque sin estipular su fuerza jurídica obligatoria, pues no imponía al ministro censurado la renuncia forzosa ni al presidente aceptar la dimisión. Tampoco en la Constitución de 1860 se plasmó el voto de censura, por considerarse contrario a nuestro sistema presidencial, vulnerador de la

separación de poderes y la autonomía del presidente de la República. Sin embargo, dicho cuerpo legislativo aprobó la Ley de Ministros de 1862, que sí contemplaba expresamente la censura, pero como atribución del acuerdo de ambas cámaras y sin disponer la obligación de renunciar del ministro censurado. Dicha ley señalaba que el voto de censura procede “para desaprobar la conducta de un ministro por las faltas que cometa en el ejercicio de sus funciones y que no merezca acusación”.

Un aspecto verdaderamente importante es que, no obstante las limitaciones a la procedencia y eficacia del voto de censura establecidas en la Ley de Ministros de 1862, la práctica parlamentaria siguió un camino diferente. En efecto, lo corriente fue que bastara la aprobación de la censura por una sola cámara y, lo fundamental, que el ministro censurado renunciara necesariamente, procediendo el presidente a aceptar esta dimisión. La Constitución de 1920 vino a reconocer y formalizar dicha práctica, aclarando que el voto de censura era un problema de desconfianza hacia el ministro y no de desaprobación por la comisión de faltas; la Carta de 1933 confirmó este temperamento, aunque prefirió retomar el término “censura” en lugar de “desconfianza”. Asimismo, convalidó la costumbre de que el pedido de censura pudiera ser formulado por un solo parlamentario, aunque obviamente su aprobación requería la decisión favorable de la mayoría de la cámara. Dispuso también que el voto de censura sería votado en la misma sesión en que se solicitaba.

Cabe resaltar que los excesos de algunos gobiernos influyeron en que algunos congresistas propusieran adoptar el régimen parlamentario, lo que fue rechazado por considerarlo ajeno a nuestra tradición política presidencial y por carecer de partidos sólidos, con ideologías claras y organización disciplinada, lo que hacía impensable contar con mayorías estables como las que requiere dicha forma de gobierno. Similar intento se retomó durante la convención constituyente de 1919 que elaboró la Carta de 1920, pero la mayoría desestimó tales propuestas considerando que, con las atribuciones de control y fiscalización ya conferidas al Congreso (interpelación y censura de ministros, compatibilidad entre el cargo parlamentario y el de ministro, potestad para nombrar comisiones investigadoras, etcétera), este órgano contaba con poder suficiente frente al Ejecutivo, lo que hacía innecesario seguir avanzando hacia un sistema parlamentario.

El hito quizá más importante en este debate se presentó con motivo de la Constitución de 1933, elaborada poco después del derrocamiento del gobierno de Augusto Leguía, que se había mantenido once años en el poder (1919-1930) mediante sucesivas reelecciones. Dicha Carta, respondiendo a una natural reacción de desconfianza y cuestionamiento ante el riesgo de un excesivo poder presidencial, optó por restringir las atribuciones del Ejecutivo y fortalecer las del Parlamento, al punto que muchos analistas la califican como una Constitución “orientada hacia el parlamentarismo”. En la exposición de motivos del anteproyecto de Constitución elaborado en 1931 por la comisión que presidió Manuel Vicente Villarán, se señalaba:

La primera interrogación que nos hemos hecho los autores del anteproyecto es si debían alterarse los poderes que nuestra historia constitucional asigna al Presidente de la República. No es raro escuchar opiniones favorables a un cambio de régimen y a la implantación entre nosotros del gobierno parlamentario. El carácter bien conocido de esta forma de gobierno, es anular o reducir a casi nada el poder personal del Jefe del Poder Ejecutivo, trasladando su autoridad al gabinete. La objeción capital contra esas opiniones tiene un carácter práctico. El gobierno parlamentario o de gabinete es un régimen que las constituciones pueden preparar pero no crear. Se establece y realiza por obra de fuerzas políticas ilegislables que logran, en circunstancias determinadas, dar a las mayorías congresionales potencia bastante para dominar al Presidente y obligarlo a ceder la realidad del gobierno a gabinetes impuestos por las Cámaras [...]. El Perú no ha podido establecer el parlamentarismo, a pesar de que los textos constitucionales y la ley de ministros contienen absolutamente todos los elementos que lo hacen legalmente posible [...]. Y a pesar de todo continúan gobernando los Presidentes y no los gabinetes [...]. En el Perú el Congreso ha carecido de fuerza para implantar en los hechos el parlamentarismo que se halla de derecho en las entre líneas de la Constitución. Lo que ha faltado en el Perú para dar vida al parlamentarismo no son textos escritos, sino una redistribución de valores políticos entre el Congreso y el Presidente de la República, cuyo resultado fuese romper definitivamente el equilibrio de fuerzas hacia el lado del Congreso. Hasta ahora, la balanza se ha inclinado del lado del Presidente, y la observación de nuestra historia y nuestra psicología y costumbres políticas conduce a la creencia de que, en el próximo porvenir, las mayorías de los Congresos carecerán de aquella popularidad, cohesión y disciplina, de aquella inflexible y agresiva voluntad de poder, que serían necesarias para colocar al Presidente bajo su tutela, imponerle gabinetes parlamentarios y gobernar por medio de ellos. La institución del Presidente con facultades propias y extensas de gobernante efectivo, está sustentada en el Perú y en la América toda por una fortísima tradición y por hábitos populares incoercibles. Responde a un estado social y económico que impone sus leyes inflexibles a la evolución política. No podemos imaginar la abolición del régimen presidencial sino como resultado de un cambio de cosas profundo precedido tal vez de una revolución [...].³

El mérito indudable de estas aseveraciones es que denotan un claro conocimiento de la relación que tiene que existir entre los postulados políticos y normativos contenidos en la Constitución y su vinculación o posibilidad de aplicación en la realidad política y social del país. Sin embargo, aunque compartimos mucho de lo expresado en dichas afirmaciones, creemos algo exagerado sostener que nuestros textos constitucionales contenían todos los elementos necesarios para el parlamentarismo y que sólo faltó la voluntad política de las cámaras para hacerlo posible. Aspectos centrales de nuestras constituciones han sido la elección popular directa del presidente de la República, su doble condición de jefe de Estado y de Gobierno, así como su atribución para nombrar autónomamente a los ministros, sin intervención del Congreso. Aquí se socavan dos elementos básicos del poder y la legitimidad de un régimen parlamentario, pues en éste sólo el Parlamento emana de la elección popular directa, lo que le permite nombrar al jefe de Gobierno y al gabinete que conforman el Poder Ejecutivo. Si a ello sumamos el liderazgo

³ Manuel Vicente Villarán, Anteproyecto de Constitución de 1931: Exposición de motivos, Lima, 1962, pp. 40-41.

real, social y político, ejercido por el presidente, así como los frecuentes casos de predominio en el Parlamento de mayorías ligadas al Gobierno, las posibilidades de un tránsito “sencillo” de un sistema presidencial a otro parlamentario ciertamente se presentaban mucho menos tangibles.

En todo caso, este anteproyecto de Constitución fundamentó adecuadamente su opción por la continuidad de un régimen esencialmente presidencial en el Perú, pero cuidando de mantener instituciones de corte parlamentario y otros mecanismos destinados a atenuar el poder del jefe de Estado y a controlar sus actos por el Parlamento. Un dato interesante es que, para contribuir a la estabilidad del régimen, se propuso que la elección del presidente y el Congreso se realizaran simultáneamente y por un término similar de mandato, suprimiendo el sistema de renovación parcial periódica de la Cámara de Diputados. La Constitución de 1933 plasmó la continuidad de este modelo “híbrido” peruano, aunque acrecentando algunas de las atribuciones del Congreso. Los miembros del congreso constituyente sostuvieron que, dado que nuestra forma de gobierno se apartaba del presidencialismo y el parlamentarismo puros, optaban por mantener este sistema “ecléctico”, al que denominaban “parlamentarismo atenuado o moderado”. A su entender, con ello “se apartaban de las exageraciones del presidencialismo pero evitaban los riesgos del parlamentarismo incontrolado”.

II. La Constitución de 1979: la opción por el fortalecimiento del Ejecutivo

La experiencia de aplicación de la Constitución de 1933 resultó muy poco alentadora, pues ningún gobierno electo en procesos inobjetables logró concluir su mandato entre 1933 y 1968. Se hizo palpable, además, el riesgo para la estabilidad política de un sistema de corte presidencial que generaba el incremento de algunas atribuciones del Congreso tomadas del régimen parlamentario, sobre todo cuando el Congreso era controlado por una mayoría activamente opuesta al Poder Ejecutivo. Esto se evidenció durante los gobiernos de Bustamante (1945-1948) y de Belaunde (1963-1968), cuando se produjeron agudos conflictos e inestabilidad política debidos al bloqueo a propuestas legislativas gubernamentales, la aprobación en el Parlamento de leyes objetadas por el Ejecutivo, reiteradas interpelaciones o censuras al gabinete o a ministros, etcétera. Ello generó cuadros de virtual ingobernabilidad que finalmente tuvieron como desenlace la producción de un golpe militar.

Esta mala experiencia fue tomada en cuenta por los constituyentes que elaboraron la Carta de 1979, dentro del proceso de retorno a la constitucionalidad durante el gobierno de la Fuerza Armada de 1968-1980. De allí que un rasgo característico de dicha Constitución haya sido su opción resuelta al fortalecimiento de la posición y atribuciones del presidente de la República y el Poder Ejecutivo. Esto se logró tanto mediante el reconocimiento constitucional de algunas nuevas potestades al presidente, como a través del recorte o la disminución de ciertas atribuciones que la Carta de

1933 confería al Congreso. Entre las principales características y novedades de la Constitución de 1979 en esta materia, cabe señalar:

- a. Se incrementó el número de votos exigido para la elección popular del presidente de la República, requiriendo obtener “más de la mitad de los votos válidamente emitidos”, a diferencia de la Carta de 1933, que sólo exigía una votación superior al tercio de los votos válidos. Si ninguno de los candidatos obtenía en primera instancia dicha votación, se procedería a una segunda vuelta entre los dos candidatos con las votaciones más altas, abandonando la fórmula que preveía que, cuando ningún candidato obtuviera el número de votos requerido, correspondería al Congreso la elección del presidente entre los dos candidatos más votados. La duración del mandato presidencial se estableció en cinco años (anteriormente era de seis) sin reelección inmediata hasta luego de transcurrido un período.
- b. El presidente, durante su mandato, sólo podía ser objeto de acusación constitucional y antejuicio ante el Congreso por haber incurrido en traición a la patria, por impedir las elecciones, el funcionamiento del Jurado Nacional de Elecciones o del Tribunal de Garantías Constitucionales, o por disolver el Congreso fuera del supuesto previsto en la Constitución. Esta enumeración ya estaba prevista en la Carta de 1933 y buscaba contribuir a la continuidad en el ejercicio de la función presidencial, pero puede considerarse exageradamente restringida, pues excluye otros delitos (de función o comunes) y otras infracciones de la Constitución en que podría verse incurso el presidente, que no obstante su eventual gravedad penal, política o moral, impedirían la procedencia del antejuicio parlamentario durante la vigencia del mandato presidencial.
- c. Se mantuvo que el presidente de la República conjuga las funciones de jefe de Estado y jefe de Gobierno, pero también la estipulación de que “son nulos los actos del Presidente de la República que no cuentan con refrendación ministerial”, como una forma de control intraorgánico en el Poder Ejecutivo y de fundamento para que el presidente no sea políticamente responsable ante el Parlamento. En cambio, los ministros resultan individualmente responsables por sus propios actos o por los actos presidenciales que refrendan; asimismo, todos los ministros son solidariamente responsables por los actos delictivos o infractorios de la Constitución o las leyes en que incurra el presidente de la República o que se acuerden en Consejo, aunque salven su voto, a no ser que renuncien inmediatamente. Los ministros reunidos conforman el Consejo de Ministros, a cuya cabeza existe un presidente del Consejo. Corresponde al presidente de la República nombrar y remover al presidente del Consejo; también el presidente nombra y remueve a los demás ministros, a propuesta y con el acuerdo del presidente del Consejo, respectivamente. Los ministros no pueden ejercer ninguna otra función pública, excepto la de congresista.

- d. Las potestades de interpelar, censurar o extender confianza a los ministros se reservan exclusivamente a la Cámara de Diputados, corrigiendo la innecesaria duplicación que establecía la Carta de 1933, que conferiría esta facultad a ambas cámaras. Ello fortaleció la posición del Consejo y los ministros frente al Parlamento, situación que se complementó con el incremento introducido en el número de votos requeridos para que procedan la interpe-lación o la censura. La interpe-lación podía solicitarla al menos el 15% del número legal de diputados, procediendo únicamente si era admitida por no menos de un tercio del número de representantes hábiles, cifra que limitaba ostensiblemente la capacidad de control y fiscalización política de las mino-rías parlamentarias. En cambio, la censura debía formularla no menos de 25% del número legal de diputados y su aprobación quedaba sujeta al voto favorable de más de la mitad del número legal de éstos. El ministro o los ministros contra quienes se aprobara un voto de censura tenían que renun-ciar, estando obligado el presidente de la República a aceptar esta dimisión; similar era la consecuencia cuando el ministro solicitaba, por propia inicia-tiva, un voto de confianza y no lo obtenía. Esta Constitución disponía que la censura se debatiera y votara por lo menos tres días después de su presenta-ción, precepto que no existía en la Carta del 33 y que permitía incluso su debate y votación inmediatos.
- e. El Senado, además de poder invitar a los ministros para rendir informe, ejer-cía una importante función de control, al quedar sujetos a su ratificación los nombramientos hechos por el Poder Ejecutivo de los magistrados de la Cor-te Suprema, del presidente del Banco Central de Reserva, de los embajado-res, así como los ascensos a general y grados equivalentes de los oficiales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. También correspondía al Senado designar al contralor general, a propuesta del presidente de la República, y a tres de los siete miembros del directorio del Banco Central de Reserva.
- f. Se otorgó al presidente de la República la facultad de disolver la Cámara de Diputados, siempre que ésta hubiera censurado o negado confianza a tres consejos de ministros. Esta potestad presidencial sólo podía ejercerla una vez durante su mandato, sin admitirse en el último año de éste, lapso en el que la Cámara sólo podría aprobar una censura mediante el voto favorable de dos tercios del número legal de diputados. El decreto presidencial de disolución de la Cámara de Diputados conllevaba la obligación de convoca-toria a elecciones para ésta y su realización en el plazo perentorio de treinta días. Si no se producían, la cámara disuelta recobraba sus funciones y que-daba cesado el Consejo de Ministros, sin que sus miembros pudieran volver a ocupar un cargo ministerial durante el mandato presidencial.
- g. En el campo de la función legislativa, dentro de la orientación hacia el fortalecimiento del Poder Ejecutivo, se introdujo la posibilidad de que el Con-

greso pudiera delegarle facultades legislativas para que dictara decretos con fuerza de ley en las materias y por el plazo expresamente delimitados en la ley de delegación. Asimismo, se reconoció al Ejecutivo potestad para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, con cargo de dar cuenta al Congreso. Esta última atribución, profusa e injustificadamente empleada durante el período 1980-1992, evolucionó por obra de su uso práctico y de la interpretación predominante hasta ser asumida como una modalidad —ciertamente muy imperfecta en su regulación— de los denominados *decretos de necesidad y urgencia*. Otro aspecto importante fue la consagración constitucional de la potestad del presidente de formular observaciones a los proyectos de ley aprobados por el Congreso, mediante una suerte de *veto suspensivo*.⁴

- h. La Constitución de 1979 innovó también en materia de la aprobación de la ley anual del Presupuesto del Sector Público, disponiendo que el proyecto debía ser elaborado por el Poder Ejecutivo (y ya no por el Parlamento, como normaba la Carta de 1933) remitiéndolo para su estudio, debate y aprobación por el Congreso. Si el proyecto de ley no era votado y aprobado antes del 15 de diciembre, entraba en vigencia la propuesta que elaboró el Poder Ejecutivo.

En definitiva, la Constitución de 1979 fortaleció las atribuciones del presidente de la República y del Poder Ejecutivo, pero no por ello abandonó el carácter “híbrido” del modelo imperante en nuestra tradición constitucional. Sucedió que las relaciones entre Gobierno y Parlamento sufrieron un cambio significativo de orientación con respecto a la Carta de 1933, inclinando esta vez la balanza hacia el fortalecimiento de las atribuciones del Poder Ejecutivo, sin que ello implicara la supresión (aunque sí su disminución cuantitativa y cualitativa) de numerosos mecanismos de control parlamentario ajenos al régimen presidencial típico.

III. Las novedades introducidas por la Constitución de 1993

La elección de Alberto Fujimori como presidente, en 1990, permitió establecer una continuidad de tres gobiernos consecutivos democráticamente electos (en procesos inobjectables), situación singular en la experiencia política peruana. A su vez,

⁴ La Carta preveía que el proyecto de ley debía ser remitido para su promulgación por el presidente de la República, quien debía hacerlo dentro del plazo de quince días; si no lo hacía en dicho lapso, el proyecto volvía al Parlamento, que lo promulgaba directamente. Pero si el presidente de la República, siempre dentro del plazo de los quince días, formulaba expresamente observaciones al proyecto de ley o a parte de éste, la norma observada retornaba para su reconsideración por el Congreso, y alcanzaría carácter de ley únicamente si lograba la aprobación por más de la mitad del número legal de miembros de ambas cámaras.

supuso el primer caso práctico de utilización del sistema de segunda vuelta previsto en la Constitución de 1979 para la elección presidencial. Pero, a diferencia de lo sucedido en los gobiernos precedentes de Belaunde y García, Fujimori careció de una mayoría parlamentaria propia, lo que hacía temer que pudiera cumplirse aquella fatal constante de ingobernabilidad o crisis política que traería como desenlace la ruptura del orden constitucional. Y finalmente ello sucedió, pero la novedad fue que se trató de un autogolpe de estado montado por Fujimori con el respaldo de la cúpula militar, el cual logró rápidamente el apoyo de los grupos económicos poderosos y de amplios sectores de la población, en clara confrontación con los partidos políticos “tradicionales”.

El gobierno de Fujimori ensayó diversos intentos de justificación de esta medida, pero la verdad era otra. El Ejecutivo, pese a que carecía de mayoría en el Congreso, no buscó seriamente propiciar alianzas con otras organizaciones políticas en el Parlamento para construir una base de respaldo o compromiso para el desarrollo de su política, aunque en muchos casos esta posibilidad quedó evidenciada, como por ejemplo, en materia de reformas económicas. Asumió más bien una orientación autoritaria, aspirando a concentrar todo el poder en el presidente (y el Ejecutivo) y a gobernar sin oposición ni control. En claro desprecio a reglas fundamentales del sistema democrático, se prefirió el camino dictatorial para llevar a la práctica un conjunto de acciones que en muchos casos requerían de reformas constitucionales previas, lo que habría demandado el establecimiento de acuerdos o consensos sobre puntos específicos con la oposición en el Congreso.

El golpe del 5 de abril fue pues esencialmente la consumación de un proyecto político autoritario, antes que producto de una responsabilidad sustantiva de las normas constitucionales que regulan las relaciones entre Gobierno y Parlamento. Al producirse, no existía en el país una situación seria o real de “ingobernabilidad”, de bloqueo o inestabilidad propiciada por la obstaculización sistemática del Parlamento a la política gubernamental. Tampoco el Perú necesitaba una nueva Constitución, pues ningún sector político o académico había formulado tal planteamiento; a lo sumo, podían establecerse algunas reformas puntuales para corregir ciertas deficiencias advertidas en la aplicación y vigencia de la Carta de 1979. Sin embargo, el régimen dictatorial de Fujimori se vio forzado —principalmente por presiones de la comunidad internacional— a anunciar un pronto cronograma de retorno a la normalidad institucional, el cual conllevaba la elección popular de un Congreso que debía elaborar una nueva Constitución y reemplazar al Parlamento que había sido arbitrariamente disuelto por el Gobierno.

El país se vio así incurso en un proceso constituyente que era producto de una “salida política” antes que de una necesidad real. El denominado Congreso Constituyente Democrático, ampliamente dominado por el oficialismo, elaboró una nueva Constitución que reproduce parte importante del articulado de la Carta de 1979, pero que introdujo serias restricciones —de orientación neoliberal— en la intervención

estatal en el régimen económico y en materia de los derechos económicos y sociales, así como un marcado retroceso en la descentralización y las competencias de los gobiernos municipales y regionales. En el ámbito de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, la nueva Constitución de 1993 prosigue en el camino de acrecentar las atribuciones del Gobierno. Esta Constitución fue aprobada mediante un referéndum popular, el 31 de octubre de 1993, donde el *sí* obtuvo un apretadísimo (y bastante discutido) triunfo sobre el *no*, por una diferencia de escasamente el 4% de los votos. En materia del régimen político y de las relaciones entre Gobierno y Parlamento contempla las siguientes innovaciones:

- a. Se permite la reelección presidencial inmediata, por un período adicional de cinco años. Éste era quizás el principal objetivo del oficialismo y del golpe de Estado en materia de la reforma constitucional. No obstante, luego de ser reelecto en 1995 para un nuevo período de cinco años, Fujimori y sus seguidores en el Congreso aprobaron una ley de “interpretación constitucional” que sostenía que la reelección presidencial inmediata por una vez recién se computaba desde el gobierno en curso, por lo que podría volver a ser candidato presidencial en el 2000, como en efecto sucedió, a pesar del carácter notoriamente inconstitucional de dicha norma y de la marcada oposición de la mayoría de fuerzas políticas y sectores de la población del país.
- b. Para acceder a la Presidencia de la República se mantiene la exigencia de obtener una mayoría absoluta de más de la mitad de los votos, pero se excluyen a los efectos de este cómputo los votos nulos y en blanco. Ello torna algo menos difícil la posibilidad del triunfo de algún candidato en la primera vuelta.
- c. Aunque se mantiene como atribución del presidente de la República su condición de jefe de Estado y de jefe de Gobierno (incluyendo ahora en forma expresa su potestad para dictar decretos de urgencia en materia económica y financiera), se contempla la posibilidad de que el presidente del Consejo de Ministros pueda ser un ministro “sin cartera”, es decir, ejercer dicha función sin necesidad de que ocupe simultáneamente otro ministerio. Asimismo, se enumeran algunas atribuciones específicas del presidente del Consejo de Ministros, tales como ser (después del presidente de la República) el portavoz del gobierno, coordinar las funciones de los demás ministros, y refrendar los decretos legislativos, los de urgencia y otras normas dictadas por el Ejecutivo.
- d. Se establece un Congreso unicameral de ciento veinte miembros, cuya elección se realiza de acuerdo con el sistema de representación proporcional. Si bien la determinación de la composición del Congreso, en atención a la organización territorial del país, se deja a la decisión de la ley, la Constitución estableció que para el proceso electoral de 1995 el Congreso se elegiría por “distrito nacional único”. Ello favorecía el centralismo y facilitaba la digita-

ción de los candidatos al Parlamento por el presidente. Dentro del Congreso unicameral existe una Comisión Permanente elegida por éste, cuyos integrantes no excederán del 25% del número total de congresistas, tendiendo a mantener la proporcionalidad de la representación parlamentaria de las distintas fuerzas políticas.⁵

- e. Se suprimen como atribuciones del Congreso la ratificación del nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema, de los ascensos al grado de general de los oficiales superiores de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, así como de los embajadores nombrados por el presidente de la República.
- f. Se establece que la obligación de concurrir al Congreso para el presidente del Consejo de Ministros y su equipo ministerial debe efectuarse dentro de los treinta días siguientes de haber asumido sus funciones, para exponer y debatir la política general del gobierno y las principales medidas que se propone adoptar en su gestión. Pero, a diferencia de la Constitución de 1979, que disponía que esta presentación ministerial no daba lugar a ningún voto del Parlamento, la Carta de 1993 señala expresamente que el presidente del Consejo planteará una cuestión de confianza, lo que obliga al Congreso a votar concediéndola o negándola, con los efectos consiguientes respectivos.
- g. Se mantiene la potestad presidencial de disponer la disolución del Congreso, pero esta vez en el supuesto de que el Parlamento haya censurado o negado confianza a dos Consejos de Ministros, a diferencia de la Carta de 1979, que ponía como condición el derribo de tres gabinetes ministeriales.

IV. La falta de mecanismos para la solución efectiva de conflictos agudos entre Gobierno y Parlamento

Como hemos señalado, la incorporación de un conjunto importante de instituciones propias del régimen parlamentario en el modelo presidencial predominante en el Perú buscaba introducir mecanismos de control y contrapeso político que pudieran atenuar el poder presidencial y frenar sus eventuales excesos. Sin embargo, como sostuvimos en un estudio sobre el tema hace una década,⁶ pese a la existencia de este andamiaje institucional el régimen político presenta cierta “rigidez” por la perma-

⁵ Entre las principales atribuciones de la Comisión Permanente están: acusar ante el Congreso a los altos funcionarios que cometan infracción de la Constitución o algún delito en el ejercicio de sus funciones; designar al contralor general; ratificar el nombramiento del presidente del Banco Central de Reserva y del superintendente de Banca y Seguros; ejercer la función legislativa que le delegue el Congreso; aprobar los créditos suplementarios y transferencias presupuestales, durante el receso parlamentario.

⁶ Francisco José Eguiguren, “Las relaciones entre Gobierno y Parlamento: elementos para una propuesta de reforma en el Perú”, en *Formas de gobierno: relaciones Ejecutivo-Parlamento*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1993, pp. 170-178.

nencia inalterable de su composición política, la carencia de instrumentos eficaces para una solución efectiva de conflictos o enfrentamientos agudos entre Gobierno y Parlamento, o incluso de formas de un “arbitraje popular” para la dirimencia de estas desavenencias. A continuación explicaremos brevemente estas deficiencias.

1. La censura de los ministros y su virtual ineficacia para el cambio de la política gubernamental

En los regímenes parlamentarios, la censura y el derribamiento del gabinete ministerial no sólo constituye un importante mecanismo de control político del Parlamento al Gobierno, sino que permite resolver la crisis por falta de respaldo o aceptación parlamentarios a la gestión política gubernamental. En efecto, en dichos regímenes la continuidad del gabinete está supeditada a que éste conserve la confianza o, cuando menos, la tolerancia del Parlamento. En caso contrario, a través de la aprobación del voto de censura se hará efectiva la responsabilidad política y el gabinete tendrá que dimitir, cediendo su lugar a uno nuevo que deberá disponer —para instalarse y proseguir en funciones— del respaldo de una mayoría parlamentaria. El reemplazo del gabinete ministerial conlleva pues también un cambio en la política gubernamental.

En el caso peruano, en cambio, si bien la aprobación de un voto de censura origina la caída y el reemplazo del ministro o ministros contra quienes se adopta, no implica necesariamente un cambio en la orientación de la política gubernamental. Dado que la designación de los ministros compete exclusivamente al presidente de la República, que también es el jefe de Gobierno, puede suceder perfectamente que el nuevo ministro nombrado mantenga la misma política de su antecesor (desatendiendo las exigencias de los parlamentarios) sobre todo si ésta es impartida por el presidente, lo que puede determinar la subsistencia o eventual agravación de la discrepancia surgida entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo. En definitiva, la censura ministerial en el caso peruano sólo garantiza el cambio de la persona del ministro, pero no necesariamente un cambio de política gubernamental ni la solución de la controversia suscitada.

2. La inconsistencia del sistema electoral

Las constituciones de 1979 y 1993 establecieron la exigencia de que para obtener la Presidencia de la República se requiera alcanzar más de la mitad de los votos, ya fuera en primera o en segunda votación popular directa. El objetivo perseguido fue dar mayor legitimidad y representatividad social al presidente, quien sería ungido por el respaldo de una mayoría absoluta del número total de votantes, como contraparte de las acrecentadas atribuciones constitucionales que se le conferían.

Pero la exigencia de mayoría absoluta y la eventual segunda vuelta sólo se contemplan para la elección presidencial, mientras que la composición política del Congreso se define en la primera y única votación y permanece invariable a lo largo de

todo el mandato parlamentario. Nada garantiza entonces que quien obtenga la Presidencia de la República con una mayoría absoluta de sufragios (incluso tras la segunda vuelta) disponga simultáneamente de una mayoría parlamentaria favorable a su gobierno; así sucedió en el primer gobierno de Fujimori (1990-1992) y en el actual gobierno del presidente Toledo (2001-2006). De modo que el triunfo presidencial en segunda vuelta no impide que pueda tener que “convivir” con un Parlamento eventualmente dominado por la oposición.

3. *La virtual “inmutabilidad” de la composición política de Gobierno y Parlamento*

El sistema de elecciones generales previsto en las constituciones de 1979 y 1993 supone la realización simultánea de los comicios para la elección popular del presidente de la República y de los congresistas, y ambos órganos adquieren virtual inmutabilidad de su composición política durante todo el mandato común de cinco años. Y es que el Poder Ejecutivo (presidente de la República y ministros) es elegido sin ninguna participación del Congreso, y la eventual censura del gabinete por decisión parlamentaria no acarrea la conformación de un “nuevo” Gobierno sino el reemplazo de personas en la función ministerial. A su vez, la Constitución no contempla la renovación parcial de la composición del Congreso durante su mandato, con lo que la variación de la representatividad popular de las agrupaciones parlamentarias durante el período no tiene incidencia alguna en su representación y correlación de fuerzas políticas en el Congreso.

Tampoco la posibilidad de disolución del Congreso por decisión presidencial aparece como un mecanismo realmente efectivo para poder modificar, mediante una nueva elección popular, la composición política y la correlación de fuerzas dentro del Parlamento. Y es que la condición impuesta en la Constitución para el uso de esta atribución presidencial —es decir, que el Congreso haya censurado o negado confianza a tres o dos gabinetes ministeriales (según que se trate de las Cartas de 1979 o 1993)— resulta muy poco posible de verificarse en la práctica y limita el uso de un mecanismo que en los regímenes parlamentarios permite acudir al “arbitraje” popular electoral para dirimir controversias políticas agudas entre el Gobierno y un Parlamento opositor.

4. *La debilidad del Consejo de Ministros y de su presidente*

La existencia del Consejo de Ministros con un presidente al frente de éste no constituye un mecanismo sustantivo de limitación al poder y atribuciones del presidente de la República. Por el contrario, su debilidad es ostensible, pues los ministros deben al presidente de la República su nombramiento y requieren conservar su confianza para continuar en el cargo; a su vez, su permanencia en la función ministerial puede concluir en caso de perder la confianza del Parlamento y sufrir un voto de

censura, que conlleva la ineludible obligación constitucional de dimitir. El liderazgo político y social del presidente de la República es lo dominante, lo que se refuerza por su condición de jefe de Gobierno.

Por conjugar el presidente de la República las funciones de jefe de Estado y de Gobierno, a él corresponden la auténtica dirección de la política gubernamental y la adopción de las principales decisiones. La capacidad de control del Consejo de Ministros y de éstos hacia el presidente de la República resulta bastante limitada, pues la necesidad de refrendo ministerial impuesta para la validez de los actos presidenciales luce poco efectiva frente a la posibilidad del presidente de prescindir de un ministro que entorpezca o se resista a la orientación política por él impuesta.

En los hechos, los ministros suelen constituir una suerte de colaboradores o “secretarios” del presidente de la República, no obstante lo cual tienen que asumir la responsabilidad política de la gestión gubernamental ante el Parlamento, toda vez que (constitucionalmente) no cabe exigírsela al presidente. De allí que muchas veces la interpelación o censura a un ministro conlleva realmente un cuestionamiento a la política que imprime el propio presidente, aunque —en caso de prosperar— puede limitarse a lograr la caída del ministro pero no así el cambio de la política del Gobierno o sector a su cargo. Los ministros pueden entonces convertirse en meros “fusibles”, que se sustituyen para garantizar la continuidad de una misma política. El presidente del Consejo de Ministros y dicho órgano carecen virtualmente de competencias autónomas frente al presidente de la República, sin cuya aprobación no pueden adoptar ninguna norma o medida política relevante. A su vez, el presidente del Consejo no es un auténtico primer ministro, al margen del liderazgo y la función de coordinación que puedan corresponderle.

V. Una apreciación de conjunto

Los excesos y distorsiones a que ha conducido frecuentemente el presidencialismo real imperante en el Perú son preocupantes. La personalización del poder que este régimen propicia, su relativa incapacidad para favorecer políticas de consenso o niveles de concertación entre Gobierno y oposición, así como el bloqueo que suele presentarse cuando el Poder Ejecutivo carece de mayoría en el Parlamento, sin duda han conspirado contra el fortalecimiento y la estabilidad del régimen político y la institucionalidad democrática. A su vez, han sido palpables la inmadurez e incomprensión que aún persisten en la mayoría de fuerzas políticas acerca del rol que corresponde tanto a las mayorías como a las minorías en el Parlamento, así como al tipo de diálogo y contrapunto que debe existir entre Gobierno y oposición. Si bien las mayorías parlamentarias que consiguieron establecer los gobiernos de Acción Popular y el APRA (durante 1980-1990) y la que disfrutó Fujimori entre 1992 y el 2000 contribuyeron a dar “estabilidad” a las políticas gubernamentales, propiciaron también conductas muy teñidas de soberbia e intransigencia en el Poder Ejecutivo, junto

con una elevada dosis de obsecuencia en el Parlamento. Por otra parte, los escasos márgenes de maniobra que esta situación dejaba a las fuerzas de oposición, la indujeron a optar por posiciones esencialmente orientadas a la denuncia.

La experiencia política nacional confirma que la incorporación de un conjunto amplio de instituciones típicamente parlamentarias en el régimen de corte presidencial peruano, configurando el *presidencial atenuado* al que alude García Belaunde,⁷ sólo logran limitar significativamente el poder presidencial cuando el gobierno carece de mayoría parlamentaria. Por ello, al igual que en otros países latinoamericanos, algunos sectores, fundamentalmente académicos, han visto con entusiasmo la posibilidad de incursionar hacia lo que Duverger denomina un régimen *semipresidencial*.⁸ La innovación básica es que se instituye un presidente o jefe de Estado electo por votación popular y con mayores atribuciones de las que le corresponden en un régimen parlamentario clásico; a su vez, conservando el Ejecutivo dualista, existe el primer ministro (como jefe de Gobierno) y un gabinete designados por el Parlamento y políticamente responsables ante éste.

El régimen semipresidencial que algunos proponen para países latinoamericanos, como el Perú, supone un mecanismo moderador del régimen presidencial y del poder del presidente de la República mediante la incorporación de elementos del régimen parlamentario, especialmente la conversión del primer ministro o presidente del Consejo de Ministros en un jefe de Gobierno, función que deja de corresponder al presidente de la República. Como puede apreciarse, ello es diferente al camino seguido en el caso de la V República francesa, pues allí lo central era moderar y racionalizar la inestabilidad política del régimen parlamentario, estableciendo un presidente o jefe de Estado con mayores atribuciones propias y un sustantivo liderazgo político y social, es decir, instituciones del sistema presidencial incorporadas a un régimen parlamentario.

En verdad, el objetivo perseguido con una reforma de este tipo se oriente a establecer un régimen político más estable y equilibrado, donde el Gobierno (Poder Ejecutivo) cuente con atribuciones suficientes para adoptar decisiones ágiles y eficientes, mientras el Parlamento (Poder Legislativo) se limite a legislar sobre las materias más trascendentes y privilegie el ejercicio efectivo de funciones de control político, fiscalización y representación. Creemos que en la tradición y situación política del Perú es poco probable el éxito de la adopción de la fórmula semipresidencial; el liderazgo político real que ejerce el presidente de la República y que socialmente

⁷ Domingo García-Belaunde, "Forma de gobierno en la Constitución peruana", en *Notarius, Revista del Colegio de Notarios*, n° 2, Lima, 1993, p. 245.

⁸ Maurice Duverger, *Instituciones políticas y derecho constitucional* (6ª edición española refundida), Ariel, Barcelona, 1982, p. 153. Vale la pena precisar que el propio autor reconoce que utiliza el término pensando en el modelo político plasmado en la V República francesa y que éste tiene más de parlamentario que de presidencial, por lo que consideramos que más propiamente corresponde a un régimen semiparlamentario, que no es lo planteado para Latinoamérica, la que se orienta más estrictamente a un esquema semipresidencial.

“se espera” de él, así como el cuestionamiento popular a la labor del Parlamento y la debilidad de los partidos políticos, hacen poco factible que se acoja la idea de que las funciones de jefe de Gobierno pasen directamente del presidente de la República al presidente del Consejo de Ministros y su gabinete y, menos aún, que éstos sean elegidos por el Congreso.

Por ello, buscando rescatar el propósito central que persigue una propuesta de este tipo, creemos que tendría mayor viabilidad política mantener el carácter “híbrido” propio de la modalidad de régimen presidencial imperante en el Perú pero introducirle nuevos mecanismos de control político intra e interorgánicos para la limitación al poder del presidente de la República. En tal sentido, establecer cierto reparto de atribuciones y funciones de gobierno entre el presidente de la República y el presidente del Consejo de Ministros y su gabinete, así como extender y precisar mejor las decisiones presidenciales que tienen que adoptarse con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, y no con el simple refrendo de algún ministro, pueden suponer un avance importante. Así, el presidente de la República podría ejercer las funciones representativas de un jefe de Estado, la designación de altos funcionarios, la iniciativa en materia legislativa, la sanción y promulgación de las leyes y el derecho de observarlas, la disolución del Parlamento, etcétera. Algunas de las funciones y atribuciones de un jefe de Gobierno (aunque no todas) podrían transferirse directamente al primer ministro, al Consejo y a los respectivos ministros, tales como la elaboración de reglamentos, el manejo de la política económica, de la administración pública, el control del orden público, etcétera. Obviamente, los ministros requerirían el respaldo presidencial a su gestión y serían políticamente responsables de ella ante el Parlamento.

Otro aspecto medular a revisar es la tradicional falta de responsabilidad política del presidente de la República, pues consideramos que es uno de los factores de mayor incidencia en los excesos del poder presidencial, por falta de mecanismos políticos reales de control y contrapeso. A pesar de ser quien ostenta la máxima autoridad como jefe de Estado y de Gobierno, actualmente el presidente no sólo carece de responsabilidad política sino que incluso las causales previstas para su acusación constitucional mientras ejerce el cargo resultan ciertamente insuficientes y muy restringidas, a lo que se suma la imposibilidad de su procesamiento penal por delitos comunes (incluidos los dolosos) durante el desempeño de la función.

Esta casi “irresponsabilidad total” ha favorecido, en no pocas ocasiones, conductas presidenciales proclives a los excesos políticos y la arbitrariedad, a la par de la virtual impunidad de éstos y de actos de corrupción. En el régimen político de un Estado democrático y constitucional de Derecho, no resulta razonable que la persona que dispone del mayor poder y ejerce las mayores atribuciones carezca casi totalmente del contrapeso y equilibrio de una efectiva responsabilidad en los planos político y penal. Las causales actualmente vigentes para la acusación constitucional del presidente de la República durante su mandato resultan francamente muy limitadas e insuficientes, sobre todo a la luz de experiencias recientes como las del régimen de

Fujimori. Es necesario incluir otros supuestos vinculados a delitos de función y a graves infracciones de la Constitución; así, por ejemplo, ante casos de enriquecimiento indebido, corrupción o el aprovechamiento del cargo para actividades ilícitas, el presidente no podría ser pasible actualmente de acusación constitucional ni de destitución.

VI. Reflexión final

El régimen “presidencial atenuado” con instituciones parlamentarias que ha imperado en el Perú responde a un origen y racionalidad surgidos de factores políticos de índole histórica y fáctica, antes que ser expresión o producto de una creación modélica teórica. La incorporación de instituciones parlamentarias en un régimen presidencial ha sido una suerte de reacción frente a los excesos del poder presidencial y una respuesta a las experiencias autoritarias. Ha tenido como intención establecer mayores frenos que moderen y limiten el poder gubernamental. Este régimen político se asemeja a una suerte de árbol cuyo tronco es fuertemente presidencialista, porque su raíz se asienta en un sustento normativo y fáctico construido sobre la base de la legitimidad política y social real del poder del presidente, al que se suman un conjunto de ramas típicamente parlamentarias, que resultan mayoritarias en número y, a veces, son lo más vistoso del árbol, pero que no por ello llegan a alterar la configuración política central del régimen.

Es necesario apreciar, por ejemplo, la dimensión real que adquiere en nuestro sistema híbrido una institución parlamentaria clásica como la responsabilidad política de los ministros y su control a través de la censura. En verdad, siendo el presidente de la República (y no el Parlamento) quien nombra o remueve a “sus” ministros, la continuidad de éstos o de una determinada política ministerial no pueden darse sin el respaldo o “complicidad” presidencial. Si bien el Congreso puede censurar y derribar a un ministro, lo que consigue es su reemplazo por otro, pero ello no necesariamente garantiza un cambio de política gubernamental, pues el sucesor responderá a la decisión del presidente de la República y a la orientación que éste —como jefe de Gobierno—, y no el Parlamento, le imponga.

La forma de gobierno del régimen peruano combina, pues, instituciones de los modelos presidencial y parlamentario, bajo una hegemonía presidencial notoria, aunque dicha mixtura produce a veces que se pierdan algunos de los elementos de control político que dan coherencia o racionalidad a cada uno de ambos regímenes. No obstante, es muy importante advertir que, en este régimen “presidencial atenuado”, el mismo marco normativo constitucional puede ofrecer resultados políticos que varían notablemente según suceda que el Gobierno posea o no mayoría parlamentaria. Cuando el Gobierno cuenta con mayoría parlamentaria, los mecanismos de control y contrapeso político parlamentario pasan casi inadvertidos, sin llegar a constituir una forma real de atenuación del poder presidencial y gubernamental. En cambio, cuando el Gobierno carece de mayoría

parlamentaria, el Congreso tiende a utilizar intensamente los mecanismos de control, con lo que se hacen más notorios los elementos parlamentarios que conforman el régimen híbrido y se generan conflictos políticos que el sistema, muchas veces, sea por razones normativas o fácticas, no ha sido capaz de solucionar.

El asunto, en definitiva, antes que una solución en el plano del diseño constitucional, se expresa y resuelve según la composición política del Congreso y el grado de mayoría o minoría que el Gobierno ostente en éste; es decir, que lo decisivo termina siendo la actuación de las fuerzas políticas en la relación entre Gobierno y oposición. Si nuestra experiencia política demuestra que el mismo marco normativo constitucional de este régimen híbrido funciona de manera diferente según se trate de un Gobierno con o sin mayoría parlamentaria, el problema central y su solución, entonces, no parecen depender tanto de la modificación del diseño constitucional sino de la actuación de los partidos y las fuerzas políticas concretas. De no superarse la actual crisis de representatividad de los partidos y la debilidad e inconsistencia de los vigentes movimientos políticos, es poco lo que se podrá avanzar en la consolidación institucional de nuestro régimen político. El futuro inmediato dependerá mucho, pues, de estas agrupaciones y de la madurez de su accionar político.

Bibliografía básica

- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado: Las "formas de Estado" y las "formas de gobierno"*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *Formas de gobierno: relaciones Ejecutivo-Parlamento*, CAJ, serie Lecturas Constitucionales Andinas n° 2, Lima, 1993.
- DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional* (6ª edición española refundida), Ariel, Barcelona, 1982.
- EGUIGUREN, Francisco José, "La elección presidencial en la Constitución de 1979", en *Los retos de una democracia insuficiente*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990.
- EGUIGUREN, Francisco José, "Las relaciones entre Gobierno y Parlamento: elementos para una propuesta de reforma en el Perú", en *Formas de gobierno: relaciones Ejecutivo-Parlamento*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1993.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, "Forma de gobierno en la Constitución peruana", en *Notarius, Revista del Colegio de Notarios*, n° 2, Lima, 1991.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO y RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE, *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Dykinson, Madrid, 1992.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado* (6ª edición), Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1961.
- HAKANSSON, Carlos, *La forma de gobierno de la Constitución peruana*, Universidad de Piura, Piura (Perú), 2001.

- LIJPHART, Arend, *Las democracias contemporáneas*, Ariel Ciencia Política, Barcelona, 1987.
- LINZ, Juan, Arend LIJPHART, Arturo VALENZUELA y Óscar GODOY (eds.), *Hacia una democracia moderna: la opción parlamentaria*, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1990.
- LINZ, Juan; Dieter NOHLEN, Néstor Pedro SAGÜÉS, Humberto NOGUEIRA, Carlos AYALA, Francisco EGUIGUREN, *Reformas al presidencialismo en América Latina ¿Presidencialismo versus parlamentarismo?*, Comisión Andina de Juristas y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993.
- LINZ, Juan, y Arturo VALENZUELA, *Las crisis del presidencialismo: 1. Perspectivas comparativas*, Alianza Universidad, Madrid, 1997.
- LINZ, Juan, y Arturo VALENZUELA, *Las crisis del presidencialismo: 2. El caso de Latinoamérica*, Alianza Universidad, Madrid, 1998.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Regímenes políticos contemporáneos*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993.
- NOHLEN, Dieter, y Mario FERNÁNDEZ (eds.), *Presidencialismo versus parlamentarismo*, Nueva Sociedad, Caracas, 1991.
- PLANAS, Pedro, *Regímenes políticos contemporáneos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.
- VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado* (2ª edición), Espasa-Calpe, Madrid, 1985.
- VILLARÁN, Manuel Vicente, *Anteproyecto de Constitución de 1931: Exposición de motivos*, Lima, 1962.
- VILLARÁN, Manuel Vicente, "Posición constitucional de los ministros en el Perú", en *Páginas escogidas*, Lima, 1962.

Fernando Flores Giménez (España)*

La descentralización en España y la autonomía política de los entes territoriales

I. Introducción

Uno de los elementos más importantes y controvertidos de la Constitución española de 1978 es su título VIII, relativo a la organización territorial del Estado.

España es, en la actualidad, un país descentralizado que ha establecido la ordenación territorial del poder en torno a lo que se ha denominado *Estado autonómico*. Esta denominación es original del constitucionalismo español, pues no se encuentra con anterioridad en otra sede (de construcción doctrinal o de aplicación práctica), y es la consecuencia de la falta de acuerdo de los constituyentes sobre los modelos de *Estado federal* y de *Estado regional*.¹

Habría que detenerse en la construcción histórica del Estado español y detallar algunos de sus hitos más relevantes para entender cabalmente la transición española, el momento constitucional de 1978 y los casi veinticinco años de proceso autonómico —no cerrado— que desde entonces han transcurrido.

Digamos que, dejando aparte la propia configuración medieval en reinos de lo que hoy es España, el problema de la concepción unitaria del Estado hunde sus raíces más cercanas y profundas en la primera mitad del siglo XVIII, cuando Felipe V acabó con los elementos más importantes de los regímenes particulares de los territorios de la monarquía española, y en la segunda mitad del siglo XIX, en lo que fueron las guerras carlistas y su derivación hacia los modernos nacionalismos y el llamado “hecho diferencial”, el catalán, vasco y gallego principalmente.²

* Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia, España.

¹ Entre las numerosas obras dedicadas a la autonomía de nacionalidades y regiones, Eliseo Aja, *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, 1999.

² Varios autores, *Uniformidad o diversidad de las comunidades autónomas*, Barcelona, 1995.

Frente a estos nacionalismos surgió otro, del que se habla menos: el nacionalismo *españolista*, que tuvo en el régimen de Franco un reconocimiento simplista pero eficaz, y que provocó la represión del resto de sensibilidades nacionales, acallando un pluralismo que llegada la caída del régimen y la transición a la democracia mostró toda su fuerza.

A partir de aquí los constituyentes se plantearon como reto definir un Estado que diera cabida a las distintas nacionalidades y sus reivindicaciones. De ese reto surgió el artículo 2 de la Constitución española (en adelante CE), en virtud del cual “la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la nación española, patria común e indivisible de los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre ellas”; y también de él surgió el título VIII de la CE, denominado “De la organización territorial del Estado”, al que haremos referencia enseguida.

En este artículo me propongo llevar a cabo una descripción del modelo de Estado que establece la CE, es decir, de cómo se organiza territorialmente el poder en el Estado español. Para ello dividiré el trabajo en cuatro puntos principales. Los tres primeros los dedicaré a delimitar —forzosamente de forma breve— la forma de Estado español: introduciendo algunas cuestiones generales y los principios inspiradores del Estado autonómico, describiendo la organización de las comunidades autónomas y delimitando el mecanismo de la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas.

En el cuarto y último apartado introduciré algunas notas sobre el estado de la cuestión en la actualidad, fundamentalmente la valoración del proceso autonómico veinticinco años después de su origen y la discusión sobre la idea del modelo de Estado para el futuro, si ha de sostenerse a los principios de la asimetría y la apertura o, por el contrario, debería concebirse como algo destinado a ser cerrado.

II. Cuestiones generales sobre la organización territorial del Estado

El punto de partida del acercamiento a esta materia es el artículo 137 de la CE, en virtud del cual:

El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.

El Tribunal Constitucional español dijo desde un principio (STC 4/1981) que estábamos en presencia de una “distribución vertical del poder político” entre entidades de distinto nivel, en cuya cúspide tenemos al Estado, titular de la soberanía, a continuación a las comunidades autónomas, caracterizadas por su autonomía política, y finalmente los denominados *entes locales*, las provincias y los municipios, dotados de autonomía administrativa de distinto ámbito.

En cuanto a estos últimos, quede dicho al menos que, aunque se ha afirmado que la autonomía local se reduce al carácter administrativo de sus funciones, por

contraposición a la autonomía política que, como hemos visto, caracterizaría a las regiones o comunidades autónomas, no puede negarse un cierto carácter político a los entes locales como los municipios, cuyos dirigentes son elegidos por los ciudadanos.³ Junto con ello debe tenerse en cuenta la cuestión de la participación ciudadana, un fenómeno cada vez más saludable directamente relacionado con la autonomía política y los entes locales, medio en el que aquella se manifiesta.

Entrando ya en materia, debemos comenzar con la mención de los principios generales establecidos en la CE que inspiran la organización territorial del poder:⁴

1. En primer lugar, el principio de la unidad del Estado

Este principio viene a decirnos que el Estado español constituye una unidad jurídica, política, económica y social, incompatible con la división del Estado en compartimentos estancos (STC 44/1984). Podríamos decir que, por definición, un Estado es unitario y que, en caso contrario, no es Estado. Cuestión diferente es que sea un estado centralizado o descentralizado.⁵

En la Constitución española este principio de unidad se combina y compatibiliza con el principio de autonomía reconocido a las comunidades autónomas para la gestión de sus propios intereses.

2. El principio de autonomía

La autonomía supone el reconocimiento de un determinado nivel de autogobierno para las comunidades autónomas; evidentemente, el problema radica en determinar cuál es su alcance. Como primer e incompleto acercamiento puede decirse que es el que se enmarca en los límites de la Constitución.

Dos notas fundamentales pueden señalarse respecto de la autonomía: en primer lugar, la autonomía hace referencia a un poder limitado, es decir, no es lo mismo que la soberanía, teóricamente ilimitada; en segundo lugar, la autonomía, en el marco de la Constitución, no puede oponerse al principio de unidad del Estado, sino que alcanza en él su verdadero sentido (STC 4/1981).

3. El principio de solidaridad

La solidaridad, recogida en los artículos 2 y 138 de la CE, no se entiende como un principio retórico, sino como un bien jurídico exigible en el marco del modelo de Estado que establece el texto fundamental.

Esta solidaridad se ha de manifestar en el establecimiento de un equilibrio económico entre las diversas partes del territorio español, así como en la prohibición de

³ Joaquín García Morillo, *La configuración constitucional de la autonomía local*, Madrid, 1998.

⁴ Para esta materia, Francisco Tomás y Valiente, *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1988.

⁵ Puede verse José Juan González Encinar, *El Estado unitario-federal*, Madrid, 1985, p. 59.

que las diferencias entre las distintas comunidades autónomas impliquen privilegios económicos y sociales para los ciudadanos que viven en ellas.

4. *El principio de igualdad*

Respecto de las comunidades autónomas, el principio de igualdad actúa de la siguiente forma: de una parte, estableciendo su igual subordinación a la Constitución; de otra, a través de su representación en el Senado, bajo los mismos criterios; además, por la igual posibilidad de todas de actuar como parte legitimada activa a la hora de interponer recursos ante el Tribunal Constitucional; finalmente, a través del principio de solidaridad (los estatutos de autonomía no pueden suponer privilegios económicos ni sociales).

A todo ello debe sumarse el reconocimiento constitucional explícito de la igualdad de derechos y obligaciones de todos los ciudadanos, recogido en el artículo 139.1 de la CE.

5. *La unicidad del orden económico y del mercado*

Este principio se corresponde con el dictado del artículo 139.2 de la CE, en virtud del cual “ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y el establecimiento de personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español”.

En este sentido, el Estado ostenta la competencia de coordinación económica en todo el territorio, pero ha de compatibilizarla con otras competencias autonómicas a través de distintas técnicas, como la autorización, el control (previo o a posteriori) o medidas homogeneizadoras de las políticas regionales.

III. La organización de las comunidades autónomas

En este punto voy a hablar, muy brevemente, de los elementos fundamentales que definen la autonomía política de las comunidades autónomas: los llamados estatutos de autonomía, el poder legislativo autonómico, los órganos ejecutivos y la administración de justicia de las comunidades autónomas y su autonomía financiera.

1. *Los estatutos de autonomía*

Los estatutos son la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma. Las comunidades autónomas se crearon, es decir, alcanzaron su existencia jurídico-política, mediante la aprobación de sus estatutos de autonomía.⁶

⁶ Ignacio Torres Muro, *Los estatutos de autonomía*, Madrid, 2000.

Antes de dicha aprobación existían entidades históricas (Cataluña, País Vasco, por ejemplo), entidades culturales (Andalucía), entidades organizativas (Madrid), que fueron la base de las comunidades autónomas; pero éstas, como tales, surgen con la aprobación de sus estatutos.

Los estatutos contienen:

- la denominación de la Comunidad Autónoma y la delimitación de su territorio;
- las líneas maestras de su organización institucional;
- las competencias asumidas en el marco de la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios que les corresponden.

La naturaleza de los estatutos es ambivalente: son normas autonómicas, pero también son normas estatales, pues se aprueban y reforman por las Cortes Generales mediante ley orgánica. De ahí que los estatutos estén jerárquicamente subordinados a la Constitución (se someten al ordinario control de constitucionalidad), que sean el referente para las normas autonómicas, que no puedan contradecirlas y que gocen de un procedimiento específico de reforma que supone necesariamente la convergencia de las voluntades autonómica y estatal para poder llevar a cabo su modificación.

2. *El poder legislativo autonómico*

De entrada hay que decir que ni la Constitución previó que todo el Estado se organizase en comunidades autónomas, ni que todas ellas forzosamente hubiesen de contemplar asambleas legislativas, pero finalmente así sucedió.

La causa primera de dicho resultado fue el hecho de que las clase política de todas las comunidades autónomas deseó disponer de tales instituciones y de poder dictar leyes propias, lo que es reflejo indiscutible de autonomía política (*autonomía* = ‘capacidad de autonormación’).

Por lo tanto, en la actualidad, las comunidades autónomas comparten con el Estado la potestad de dictar normas con fuerza de ley; no obstante, es preciso apuntar algunas singularidades de las leyes autonómicas. En primer lugar, que dichas normas traen causa directa de los estatutos, no de la Constitución; en segundo lugar, que están limitadas materialmente; y por último, que pueden traer causa de las llamadas *leyes competenciales* del artículo 150 de la CE, es decir, de las leyes marco, de las leyes de transferencia y de las leyes de armonización.

En la actualidad, las diecisiete asambleas legislativas de las comunidades autónomas han perdido su fuerza inicial, por haber agotado en gran medida las materias sobre las que podían legislar. De nuevo, como en el caso de las Cortes Generales, su principal función se centra en la de fiscalización o control del ejecutivo (en este caso, del autonómico).

3. *Los órganos ejecutivos y la administración de justicia de las comunidades autónomas*

En cuanto a los primeros, con algunas singularidades en cuanto a su elección y competencias, son un reflejo del poder ejecutivo a nivel estatal.

Sobre la administración de justicia, hay que decir que en España la organización de los tribunales se basa en el principio de unidad jurisdiccional, lo que excluye la posibilidad (que sí existe en algunos estados federales) de dualidad de órdenes jurisdiccionales. Esta realidad supone la reserva en exclusiva para el Estado de la administración de justicia, es decir, la determinación de la constitución, el funcionamiento y gobierno de los juzgados y tribunales, así como el estatuto de jueces y magistrados.

Las competencias de las comunidades autónomas en este ámbito se encuentran en tres materias: el personal al servicio de la administración de justicia, la delimitación de las demarcaciones judiciales y lo relativo a los denominados *tribunales superiores de justicia*.

4. *La autonomía financiera*

La autonomía financiera supone un poder de autodisposición sobre los recursos necesarios para hacer efectivas las competencias previstas en los estatutos (artículo 156 de la CE). Dicha autonomía implica dos vertientes: la autonomía tributaria, relativa a la disposición de los ingresos, y la autonomía presupuestaria, que se refiere a la disposición en relación con el gasto.

Esta autonomía financiera está sometida al principio de coordinación con la Hacienda estatal, y al de solidaridad entre todos los españoles, que no deben verse sometidos a graves diferencias ni en lo relativo a la presión fiscal ni en lo referente a la cantidad y calidad de los servicios públicos.

Si bien se trata de un tema complejo, que merece un tratamiento singular, cabe decir de forma resumida que la incorporación de las comunidades autónomas en el sistema tributario estatal se lleva a cabo, fundamentalmente, a través de estas tres vías:

1. la cesión de tributos estatales (30% del IRPF y otros impuestos, como el de Patrimonio, Sucesiones y Donaciones, sobre Transmisiones Patrimoniales...);
2. las transferencias presupuestarias (desde los presupuestos generales del Estado); constituye la partida más importante en los ingresos de las comunidades autónomas y probablemente la más discutida y difícil de fijar (dependiendo de las competencias transferidas, la población, necesidades, etcétera);
3. el Fondo de Compensación Interterritorial, destinado a corregir desequilibrios económicos territoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad.

IV. La distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas

La delimitación del reparto competencial —es decir, las funciones que van a ejercer las comunidades autónomas— es uno de los elementos esenciales para comprender el Estado autonómico español. Se trata también de un tema complejo, delimitado por las normas constitucionales, por los estatutos de autonomía, por las leyes estatales de fijación de bases, delegación y transferencia de competencias, por las sentencias del Tribunal Constitucional que resuelven los conflictos de competencias, y por los decretos de transferencias de funciones y servicios.

En un resumen acelerado puede decirse que la división competencial obedece al criterio de competencias exclusivas y competencias compartidas:

1. Materias reservadas íntegramente a la competencia estatal (como las relaciones internacionales, la administración de justicia o las fuerzas armadas). A ellas deben añadirse aquellas materias que las comunidades autónomas no hayan asumido (la denominada cláusula residual), aparte de que el derecho estatal quedará, en todo caso, como supletorio del derecho de las comunidades autónomas.
2. Materias reservadas exclusivamente a la competencia de las comunidades autónomas, las cuales “podrán asumirlas” a través de sus estatutos de autonomía si así lo desean (como la ordenación del territorio, el urbanismo y la vivienda, la agricultura y la ganadería, o la cultura y el patrimonio).
3. En tercer lugar existe un amplio elenco de materias “compartidas”, en las que tanto el Estado como las comunidades autónomas intervienen, si bien en distintos niveles. En este elenco se incluyen materias tan importantes como la sanidad o la educación.

En este caso corresponde al Estado establecer la legislación o la normativa básica a partir de la cual las comunidades autónomas pueden ejercer sus funciones, normativas y de ejecución. La complicación ha estado en definir el alcance de conceptos como *legislación* o de esa normativa básica, una labor que ha recaído en manos del Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia.⁷

6. Conclusiones: el estado de la cuestión

Con carácter general, la mayor parte de los autores y actores políticos realiza un balance positivo del proceso autonómico español. Suele subrayarse que, en más de veinte años de implementación de la estructura descentralizada, ni siquiera en los

⁷ Véase, por ejemplo, G. Fernández Farreres, “El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en la jurisprudencia constitucional: cuestiones resueltas, problemas pendientes”, en *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 2, 1999.

momentos más complicados el Gobierno central o las instituciones nacionales han pensado en emplear el mecanismo excepcional previsto en el artículo 155 de la Constitución, que es el que permitiría suspender los estatutos de autonomía y con ellos la autonomía política de los entes territoriales.

Precisamente, el haber arbitrado un proceso gradual hacia la descentralización, tarea no fácil desde la realidad de un Estado como el que dejó el régimen franquista, fuertemente centralizado a la vez que sometido a poderosas tendencias centrífugas, es una de las decisiones constitucionales más aplaudidas por sus aceptables resultados. Como se ha dicho, en el defecto del título VIII de la Norma fundamental —su flexibilidad y apertura, la “inseguridad jurídica”, la no determinación de un modelo cerrado— radica su mayor virtud.

De otra parte, entre los reproches al modelo encontramos lo que se plantea como su mismo acierto, a saber, la ausencia de una “cláusula de cierre”, de una claridad sobre el fin del proceso.⁸ También se atribuye al *pasivo* del modelo, por ejemplo, la repetición de diecisiete administraciones distintas (el número de comunidades autónomas), con sus defectos, sus reiteraciones y sus gastos presupuestarios.

Un poco más allá, entramos en el contexto más inmediato del proceso autonómico, que se ubica en la exigencia por parte de los gobiernos nacionalistas autonómicos de mayores cuotas de decisión política⁹ y en la “tensión” que tales reivindicaciones producen en el gobierno central.

Esta realidad llama la atención sobre algunas ideas que están en la arena política en el momento de escribir estas líneas. Por ejemplo, la reciente propuesta del *lehen-dakari* vasco (a mediados de 2002) de llevar a cabo una transformación del Estatuto político del País ha producido no pocas reacciones críticas y disolventes. Junto con ellas, encontramos algunas aportaciones más serenas y dignas de tener en cuenta en una materia que, mírese por donde se mire, presenta muchas aristas.

Así, parece lógico asumir que sea aceptable la proposición de reformar cualquier estatuto de autonomía, pues ni éstos ni la misma Constitución contienen cláusulas que impidan acometer dicha reforma (por radical que sea), sino todo lo contrario.¹⁰

Parece lógico, además, aceptar el fenómeno y la ideología nacionalista (sea ésta españolista o no) como una realidad dinámica, pues forma parte de todo el proceso

⁸ Por ejemplo Oscar Alzaga Villaamil, *Derecho político español. Según la Constitución de 1978*, vol. I, Madrid, 1997, p. 517.

⁹ El Gobierno vasco reclama las 35 competencias que, según el *Informe sobre prioridades de negociación de las transferencias pendientes*, aprobado por el Parlamento vasco el 20 de octubre de 1995, quedan pendientes para cumplir íntegramente el Estatuto de Gernika.

¹⁰ El artículo 150.2 de la CE establece que “el Estado podrá transferir o delegar en las comunidades autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación”. Y así, temas como la justicia, la seguridad social e, incluso, las relaciones internacionales admiten tendencias descentralizadoras mediante la negociación de su alcance.

histórico del Estado español, lo que aconseja aceptar la idea de que la coexistencia entre pueblos con sentimientos nacionalistas divergentes sólo es posible sobre la base de acuerdos y fórmulas de entendimiento que van, poco a poco, fortaleciendo una convivencia asentada en fundamentos democráticos.¹¹

Es cierto, de otra parte, que todo ello debe darse en el marco de unos presupuestos indispensables, entre los cuales destaca por fundamental la necesidad de un clima social no violento o represor que afecte a aquella parte de la sociedad que no compartía la voluntad nacionalista de unos u otros.

En fin, lo que puede afirmarse sin temor a incurrir en error es que el proceso de descentralización del Estado español es un modelo todavía abierto, de tendencias asimétricas, necesitado de una buena dosis de voluntad constitucional de entendimiento por parte de los distintos actores políticos.

¹¹ Luis López Guerra, “Autonomía y pacto en el País Vasco”, en *Temas*, 97 (diciembre de 2002). La misma línea seguida por Miguel Herrero de Miñón, “Sobre el Plan de Ibarretxe”, en *El País*, miércoles 2 de octubre de 2002.

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

Instrucciones para la presentación de los trabajos

1. Los artículos deberán estar escritos en español o portugués. En caso contrario, se deberá acordar oportunamente con la Redacción del **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano** la posibilidad de una traducción.
2. 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 fecha de la publicación original.
4. Los artículos deberán ser enviados en formato electrónico (archivo de Word o compatible) por correo electrónico a **rspkas@adinet.com.uy**, o bien en disquete a **Plaza Cagancha 1358 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 al final del artículo.
 - 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.
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*, n° 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*, n° 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.