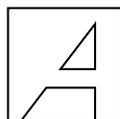


Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
Edición 2001

ANUARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL
LATINOAMERICANO
Edición 2001



Konrad
-Adenauer-
Stiftung

© 2001 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG A.C.

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

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

ISSN 1510-4974

Impreso en: Gráfica Grancharoff S.R.L.
Carolina Muzilli 5891
1440 Buenos Aires, Argentina

Hecho el depósito de ley
Impreso en Argentina - Printed in Argentina

Se permite la reproducción total
o parcial citando la fuente.

INDICE

Prefacio	7
I. Temas de Derecho Constitucional y Administrativo	
Declaración de inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos ordenados por la Constitución <i>Martín J. Risso Ferrand</i>	11
Sobre la dimensión adquirida por los Decretos de Necesidad y Urgencia en el derecho argentino <i>Mario A. R. Midón</i>	37
Las cláusulas de salvaguardia de la Constitución <i>Néstor Pedro Sagüés</i>	51
La doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional <i>José Antonio Rivera Santivañez</i>	61
El rol de la jurisdicción administrativa en Uruguay <i>Milton H. Cairolí Martínez</i>	81
La inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala <i>Luis Felipe Sáenz Juárez</i>	87
Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideración del principio de proporcionalidad <i>M^a Inmaculada Ramos Tapia / Jan Woischnik</i>	143
II. Derechos y Garantías	
El derecho de declaración, aclaración o de rectificación en el ordenamiento jurídico nacional <i>Humberto Nogueira Alcalá</i>	159
Las libertades de expresión e información y el rol de los medios de comunicación en el derecho peruano <i>Dino Carlos Caro Coria</i>	185

Los Derechos Fundamentales, la Corte Centroamericana de Justicia y la protección del medio ambiente <i>Jorge Antonio Giammattei Avilés</i>	207
--	-----

III. Tratados Internacionales y Derecho Internacional

El Tratado de Libre Comercio para América del Norte y la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional <i>Humberto Román Palacios</i>	223
Soberanía, supranacionalidad e integración: la cuestión en los países del Mercosur <i>Adolfo Roberto Vázquez</i>	233
Guatemala: recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos <i>Alejandro Maldonado Aguirre</i>	245
Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno guatemalteco <i>Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano</i>	261
Actos y decisiones que exceden las competencias de una organización internacional: ¿nulidad o anulabilidad? <i>Norbert Bernsdorff</i>	273
Jurisdicción Universal La Perspectiva del Derecho Internacional Público <i>Jan-Michael Simon</i>	283

Prefacio

El "Programa Estado de Derecho" para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer culmina al terminar el año 2001, luego de 10 años de existencia, un profundo proceso de reestructuración y ampliación como resultado del cual actualmente dispone de dos oficinas. Una de ellas se halla en Ciudad de México, con competencias en México, América Central y el Caribe. En setiembre de este año inauguramos en Montevideo una nueva oficina cuya competencia se extiende a toda Sudamérica. Esta ampliación en tiempos de presupuestos escasos da una pauta de la importancia que se le asigna al tema Estado de Derecho en el marco de la cooperación internacional de la Fundación.

Por estos motivos el **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2001** será editado a partir de este momento en Montevideo. Se conservarán en cambio las dos características más destacadas de esta publicación: por un lado ofrecer un espacio de expresión a importantes autores en el terreno del Derecho Constitucional provenientes de toda Latinoamérica, e incluso de otros países, y por otro, la difusión de la publicación en todo el continente.

Las Constituciones nacionales han ganado claramente en importancia en Latinoamérica durante los últimos años. Tribunales o Salas Constitucionales independientes fueron creados, y los recursos legales correspondientes son utilizados en forma creciente por los ciudadanos. De esta forma se ha reducido la distancia que tradicionalmente existe en Latinoamérica entre el texto y la realidad constitucional. Pero a pesar de estos progresos se observa que los "aplicadores" del derecho, sobre todo los abogados y los jueces de instancias inferiores, no prestan aún toda la atención deseable a las normas del Derecho Constitucional.

En las actividades cotidianas del Derecho, en los alegatos y en las sentencias, el Derecho Constitucional todavía no desempeña el papel que en realidad le correspondería. Aparentemente el texto constitucional es concebido en muchas ocasiones como una expresión de deseo y no como una norma vinculante.

La percepción de la Constitución, por parte de la sociedad en su conjunto, solamente podrá seguir desarrollándose positivamente si se fortalece al respecto la conciencia de los "aplicadores", que constituyen el vínculo entre el ciudadano y la

ley. Con la edición del Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano el "Programa Estado de Derecho" quiere continuar promoviendo y acelerando este proceso. Al mismo tiempo quiere constituir una plataforma para el diálogo científico y establecer una contribución tanto al debate como al desarrollo del Derecho Constitucional latinoamericano.

La séptima edición del Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano está dedicada a las siguientes áreas: "Temas de Derecho Constitucional y Administrativo", "Derechos y Garantías", y "Tratados Internacionales y Derecho Internacional".

Espero que las contribuciones contenidas en estos capítulos sean recibidas positivamente por los lectores, como sucedió en las ediciones anteriores. Apreciaré toda crítica respecto al presente volumen, así como también sugerencias y propuestas para el anuario del año 2002.

Dr. Jan Woischnik

Director del "Programa Estado de Derecho"
en Sudamérica

I. Temas de Derecho Constitucional y Administrativo

- *Martín J. Risso Ferrand*
Declaración de inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos ordenados por la Constitución
- *Mario A. R. Midón*
Sobre la dimensión adquirida por los Decretos de Necesidad y Urgencia en el derecho argentino
- *Néstor Pedro Sagüés*
Las cláusulas de salvaguardia de la Constitución
- *José Antonio Rivera Santivañez*
La doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional
- *Milton H. Cairolí Martínez*
El rol de la jurisdicción administrativa en Uruguay
- *Luis Felipe Sáenz Juárez*
La inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala
- *Ma Inmaculada Ramos Tapia / Jan Woischnik*
Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideración del principio de proporcionalidad

Martín J. Risso Ferrand*

Declaración de inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos ordenados por la Constitución

Introducción

La constatación de la supremacía de la Constitución, nos conduce rápidamente a la problemática de la *defensa jurídica de la Constitución*, que comprende en la actualidad una pluralidad de conceptos que la definen. Así, normalmente, dentro de esta noción, se hace referencia a la reforma constitucional, a la vigencia de la Carta y sus efectos sobre el ordenamiento jurídico inferior, a la responsabilidad en sus distintas modalidades de aquéllos que violen la norma constitucional, a las vías para obtener la desaplicación de los actos jurídicos inferiores opuestos a la Constitución, y a la noción de operatividad de las disposiciones constitucionales.

La operatividad de las normas constitucionales aun a falta de reglamentación y la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las normas inferiores contrarias a la Carta, en tanto componentes de la noción de *defensa jurídica de la Constitución* se aproximan notoriamente, y ambas tienen el mismo objetivo: asegurar la aplicación de las normas constitucionales. La declaración de inconstitucionalidad de los actos inferiores busca defender a la Constitución frente a las distorsiones de las normas inferiores que impiden su aplicación. La operatividad aun cuando falta la reglamentación, por su parte, refiere a otra cuestión: superar aquellas situaciones en que la omisión legislativa (y a veces administrativa) impide la aplicación de preceptos constitucionales.

Así, algunos autores, como FERNÁNDEZ SEGADO, han señalado que la inconstitucionalidad de una norma implica una violación de carácter positivo a la Constitu-

* Decano y Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

ción (hay una transgresión frontal a la Carta), mientras que las omisiones implican una violación de la Constitución de naturaleza negativa. No hay un choque frontal, mediante un acto contrario a la Carta, sino que la violación constitucional surge de una omisión, de un no hacer.

Para que exista una omisión constitucional se requiere:

- A) En primer término, la existencia expresa de una obligación constitucional de hacer; y
- B) En segundo lugar, que se trate de casos de incumplimiento de mandatos constitucionales concretos que vinculen al legislador. Las omisiones respecto a mandatos abstractos (o deberes de legislación abstractos¹), como por ejemplo el de promover condiciones de libertad e igualdad², no configuran una hipótesis de omisión constitucional en el sentido en que se está analizando.

Evolución

Limitándome por razones obvias a la problemática de la aplicación directa de la Constitución (u operatividad de las normas constitucionales), debe mencionarse una evolución lenta de esta noción, con múltiples resistencias al empleo de esta posibilidad que todavía hoy subsisten en cierta forma.

Históricamente los mayores problemas que presentó este concepto estuvieron relacionados con las enunciaciones de los derechos humanos.

Así, y prescindiendo de las declaraciones británicas anteriores al siglo XIX - caracterizadas por ser textos normativos capaces de ser invocados por el ciudadano y de ser objeto de tutela jurisdiccional-, las declaraciones de derechos norteamericanas y francesas, se presentaron como fórmulas de valor absoluto y universal -ubicadas normalmente como preámbulos de los textos constitucionales-, y con un muy escaso valor normativo³.

Durante el siglo XIX se operó una doble transformación en la materia, en primer término al imprimirse a las fórmulas abstractas el carácter concreto de normas jurídicas positivas (en un proceso de subjetivización que permitió que las mismas fueran invocadas directamente por sus destinatarios), y por otro lado, al complementarse por la vía de la legislación ordinaria el referido proceso de positivación.

Es ya una tradición en este punto destacar dentro del derecho europeo la importancia de la Constitución yugoslava de 21 de febrero de 1974, que en su artícu-

¹ Por ejemplo el artículo 85 de la Constitución establece que compete a la Asamblea General “3º) Expedir leyes relativas a la independencia, seguridad, tranquilidad y decoro de la República; protección de todos los derechos individuales ...”

² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La inconstitucionalidad por omisión ... cit.*, pág. 11 – 14. Ver también SAGÜÉS, Néstor, *Elementos ... cit.*, pág. 94.

³ BISCARETTI DI RUFFÍA, Paolo, *Derecho Constitucional ... cit.*, pág. 667 y ss.

lo 377 establecía que “*Si el Tribunal de Garantías de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución de la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, de las leyes y de otras disposiciones y actos generales federales, estando obligados a dictarlas, informará de ello a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia*”⁴.

Esta disposición constitucional fue muy importante en cuanto al problema de la omisión en el dictado de normas necesarias para la ejecución de otras normas (no sólo las constitucionales), estableciendo que constatada la omisión se debía comunicar tal situación a la Asamblea⁵.

Otro paso en la evolución del tratamiento de la cuestión lo encontramos en la Constitución portuguesa de 1976, que dispuso en su artículo 279 que “*Cuando la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos legislativos competentes que las dicten en un plazo razonable.*” Este artículo fue reformado en 1982, confiriéndose la competencia para fiscalizar las omisiones legislativas y recomendar el dictado de la legislación correspondiente, al Tribunal Constitucional⁶.

Es claro que la Constitución portuguesa, refiriéndose exclusivamente a las omisiones legislativas necesarias para la aplicación de normas constitucionales, dio un paso más, ya que no sólo se constata la omisión sino que aparece la facultad de recomendar a los órganos legislativos el dictado de la o las leyes necesarias, y en un *plazo razonable*. También debe repararse en esta noción de *plazo razonable* que será una de las que mayores problemas generará en la materia.

Otra variante dentro del Derecho Constitucional europeo la encontramos en la Constitución española de 1978, que en su artículo 53.1 dispone “*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a*”⁷. Y su artículo 9 agrega que *Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.*

⁴ Al respecto: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La inconstitucionalidad por omisión ... cit.*, pág. 25.

⁵ BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la Constitución ... cit.*, pág. 349.

⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La inconstitucionalidad por omisión ... cit.*, pág. 26.

⁷ A su vez, el artículo 53.2. establece: “*Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo 2º ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.*”. El ordinal 3 establece: “*El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.*”

Ha señalado la doctrina española que la inmediata operatividad de los derechos contenidos en el capítulo II es cosa que se deduce de estos preceptos constitucionales. En primer lugar del artículo 53.1 que prescribe que estos derechos *vinculan* a todos los poderes públicos. Aunque la fórmula no indique con precisión su auténtico sentido, no cabe duda que el mismo no es otro que disponer la validez inmediata de los derechos fundamentales. El artículo 9.1, a su vez, establece que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al ordenamiento jurídico en general. Ahora se hace alusión a la innecesariedad de mediación legal para hacer efectivos los derechos fundamentales. Esta innecesariedad de la mediación de la ley ordinaria se desprende también de que el propio artículo 53, en su apartado 3, dispone que “los principios rectores” del capítulo III sí precisan desarrollo legislativo para que los ciudadanos se los atribuyan como derecho subjetivo. Los derechos del capítulo II son inmediatamente ejercitables como derechos subjetivos, lo que no ocurre con los del capítulo III⁸. Ya en 1982 el Tribunal Constitucional español sostuvo que *La Constitución es nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal, es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su artículo 9.1º*.

También el derecho europeo, en este caso la jurisprudencia alemana, ha agregado un matiz en la cuestión. Las normas hasta ahora mencionadas hacen referencia a la omisión legislativa frente a las obligaciones constitucionales de legislar en un plano formal. Pero la jurisprudencia alemana ha agregado una noción material básica en esta materia: *la exclusión arbitraria o discriminatoria de un beneficio*¹⁰. Ya no se trata de la comprobación formal de un deber de legislar incumplido, sino la omisión legislativa, que impediría la aplicación efectiva y la eficacia de disposiciones constitucionales, está implicando, respecto a los individuos privados del derecho constitucional, una suerte de *exclusión arbitraria o discriminatoria de un beneficio*, lo que implica una violación material de la Constitución que debe ser corregida¹¹.

El Tribunal Constitucional alemán ha sostenido que debe admitirse la inconstitucionalidad por omisión cuando se cumplan con los siguientes requisitos: (a) transcurso de un tiempo prudente para que el órgano dicte la norma debida; (b) mensaje constitucional claro acerca de qué debe decidirse; y (c) posibilidad del Poder Judicial de cubrir dicha laguna¹².

⁸ DE ESTEBAN, Jorge y LÓPEZ GUERRA, Luis, *El régimen constitucional ... cit.*, pág. 131 y ss. ALVAREZ CONDE, Enrique, *El régimen político español ... cit.*, pág. 224 y ss. Este autor destaca la aplicación directa de los derechos constitucionales aun sin regulación legislativa. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema ... cit.*, pág. 74 y 75. ALVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho ... cit.*, pág. 254 y 255. También RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional. Tomo III ... cit.*, pág. 115. y pág. 34.

⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema ... cit.*, pág. 74 y 75.

¹⁰ Los derechos fundamentales VINCULAN a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, conforme la Ley Fundamental de Bonn. Al respecto BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la ... cit.*, pág. 35.

¹¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La inconstitucionalidad por omisión ... cit.*, pág. 11 y ss.

¹² SAGÜÉS, Néstor, *Elementos ... cit.*, pág. 95.

En similares términos, la jurisprudencia italiana ha declarado la inconstitucionalidad de las omisiones de este tipo, estableciendo la necesidad de integrar el ordenamiento jurídico inferior para reparar dichas lagunas¹³.

Pasando al Derecho Constitucional latinoamericano, la primera mención debe ser para la Constitución brasileña de 1988, que encara el problema de la falta de reglamentación de normas constitucionales, estableciendo en su artículo 103 la posibilidad de obtener la *declaración de inconstitucionalidad por omisión*¹⁴ de una medida necesaria para tornar efectiva la Constitución. Una vez declarada la inconstitucionalidad será competencia del Poder correspondiente el adoptar las medidas pertinentes. Si se trata de un órgano administrativo tendrá treinta días a tales efectos¹⁵.

Dentro del Derecho Constitucional brasileño, esta *declaración de inconstitucionalidad por omisión* debe relacionarse con los *mandatos*¹⁶ *de injuncao*¹⁷, apreciándose que si bien son dos institutos diferentes, guardan un claro parentesco entre sí¹⁸, en la medida que el *mandato de injuncao*¹⁹ consiste en una acción constitucional puesta a disposición de quien se considere titular de cualesquiera derechos, libertades o prerrogativas, inviábiles por la ausencia de reglamentación normativa exigida por la Constitución. De esta forma puede afirmarse que la finalidad principal de este instituto procesal consiste en conferir inmediata aplicabilidad a la norma constitucional portadora de aquellos derechos y prerrogativas, e inerte en virtud de la ausencia de reglamentación²⁰.

También en Argentina la problemática de las omisiones normativas que impiden la aplicación de preceptos constitucionales ha venido siendo preocupación de

¹³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La inconstitucionalidad por omisión ... cit.*, pág. 21. SAGÜÉS, Néstor, *La acción de inconstitucionalidad ... cit.*, pág. 351 y ss.

¹⁴ Artículo 103 parágrafo 2º: *Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida destinada a dar efectividad a una norma constitucional, se comunicará al Poder competente para la adopción de las providencias necesarias y, si se trata de órgano administrativo, para hacerlo en treinta días.* Traducción: *Compilación de Constituciones Políticas*, Tomo I, pág. 246, Edit. FUNEDA, Caracas, 1999.

¹⁵ Al respecto: MIRANDA, Jorge, *A fiscalizacao ... cit.*, pág. 153 y ss. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La inconstitucionalidad por omisión ... cit.*, pág. 28. SAGÜÉS, Néstor, *La acción de inconstitucionalidad ... cit.* Pág. 109

¹⁶ Este "mandato de injuncao" se vincula con los *writ of injunction* y con el *writ of mandamus* del derecho inglés, el primero con un contenido prohibitivo y el segundo que consiste en una obligación de hacer.

¹⁷ Artículo 5 LXXI: *Se concederá el "mandato de injuncao" siempre que por falta de norma reguladora se torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, soberanía y a la ciudadanía.* Fuente *Compilación de Constituciones ... cit.*, tomo I, pág. 183.

¹⁸ BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa ... cit.*, pág. 350 y ss.

¹⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La inconstitucionalidad por omisión ... cit.*, pág. 32. Y del mismo autor *Sistemas de protección judicial ... cit.*, pág. 297 y ss.

²⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Sistemas de protección judicial ... cit.*, pág. 298 y ss.

la doctrina²¹, aun cuando como recuerda SAGÜES la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido cautelosa en la materia²².

Y es justamente en Argentina donde encontramos una de las normas constitucionales más avanzadas y completas en esta materia. Así, el artículo 207 de la Constitución de la Provincia de Río Negro, prevé como competencia originaria y exclusiva del Superior Tribunal para conocer *d) En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida -exenta de cargos fiscales- por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite”*.

Esta norma constitucional de la Provincia de Río Negro es sin duda la mejor de las mencionadas. Confiere la competencia para conocer en las demandas de cumplimiento en el dictado de una norma que promuevan quienes se sientan afectados en un derecho individual o colectivo. Una vez que el Supremo Tribunal constate la omisión fija un plazo para que el órgano competente la subsane, y en caso que dicho órgano persista en su omisión²³, el Tribunal procede a integrar el orden normativo superando así la omisión, y en caso de que dicha integración no sea posible, establece la indemnización que corresponderá al accionante perjudicado por la omisión normativa²⁴.

El Derecho uruguayo

Insólitamente en el Uruguay, en el marco de un Estado de Derecho, donde la Constitución se respeta y aplica, la problemática en estudio presenta algunas características especiales. Por un lado los trabajos de nuestra doctrina sobre esta materia, a veces, parecen haberse limitado a la perspectiva que brinda el actual artículo 332

²¹ Por ejemplo: BIDART CAMPOS, Germán J., *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa ... cit.* BIDART CAMPOS, Germán J., *La fuerza normativa de la Constitución... cit.* BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de Derecho Constitucional argentino ... cit.* SAGÜES, Néstor Pedro, *Elementos de derecho ... cit.* SAGÜES, Néstor Pedro, *La acción de inconstitucionalidad por omisión en la constitución de la provincia de Río Negro ... cit., etc.*

²² SAGÜES, Néstor, *Elementos ... cit.*, pág. 94. BAZÁN, Víctor, *Hacia la plena exigibilidad ... cit.*, pág. 41 y ss. Para la Corte argentina no puede coaccionarse al Congreso a reglamentar una disposición.

²³ Sobre la noción de *plazo razonable*, ver: BAZÁN, Víctor, *Hacia la plena ... cit.*, pág. 56 y ss. SAGÜES, Néstor, *La acción de inconstitucionalidad ... cit.*, pág. 112.

²⁴ SAGÜES, Néstor, *La acción de inconstitucionalidad ... cit.*, pág. 109 y ss. Y del mismo autor *Elementos de ... cit.*, pág. 96. También: BAZÁN, Víctor, *Hacia la plena ... cit.*, pág. 76 y ss. BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la constitución ... cit.*, pág. 352.

de la Constitución, que tiene rango constitucional desde la reforma de 1942, y que parece haber facilitado tanto el estudio de esta problemática que ha llevado a que la misma tenga, en cierta forma, poca importancia. Pero por otro lado, y en una apreciación obviamente personal, parece existir en nuestro foro, en los profesionales del Derecho, una cierta tendencia psicológica a no aplicar, en lo posible, la Constitución, limitando el análisis de los distintos casos concretos a la luz del ordenamiento jurídico inferior. Esto se aprecia, a mi juicio, en una tendencia clara a no considerar en principio las previsiones constitucionales, normalmente ausentes en las argumentaciones forenses y en los fundamentos de las sentencias (con excepción de la Suprema Corte de Justicia). También se aprecia en abogados y jueces una cierta resistencia a utilizar una de las manifestaciones básicas de la *supremacía constitucional*, como es la interpretación del ordenamiento inferior en base a las disposiciones y principios constitucionales. Y muchas veces, ante un precepto constitucional claro, aparece la necesidad de buscar la confirmación del mismo en la ley, como si no fuera más que suficiente con constatar el mandamiento constitucional.

Por supuesto que esta visión personal no es total, sino que sin duda se aprecian excepciones en las cuales la Carta se aplica directamente sin dificultades. Pero me da la impresión que quienes esto hacen constituyen una minoría.

Pero dejando de lado esta apreciación personal de la realidad, corresponde ingresar en el tema, con una primera precisión, aun cuando la misma sea sin duda obvia.

La problemática de la ausencia de actos jurídicos que complementen o reglamenten disposiciones constitucionales, nos lleva sin dudas al problema de los vacíos o lagunas en el ordenamiento jurídico. Es conocida la vieja discusión en cuanto si es posible la existencia de lagunas jurídicas, recordándose la posición de Hans KELSEN que consideraba que la idea de *laguna* era una ficción innecesaria e incorrecta²⁵, y la opinión, por ejemplo de BISCARETTI, que distinguía entre lagunas normativas e institucionales, reconociendo que en el primer enfoque las lagunas no eran posibles, pero sí con la óptica institucional²⁶.

Pero sin podernos detener en esta cuestión de si existen o no lagunas, y en las distintas características que éstas pueden presentar, debe sí hacerse una distinción: una cosa son las eventuales lagunas constitucionales (imprevisiones o ausencias en la propia Constitución), lo que sin duda es posible e incluso podríamos encontrar alguna laguna en nuestra propia Constitución. Pero otra cosa distinta es el tema que nos ocupa en este momento, en el cual el problema no es si hay o no lagunas constitucionales, sino que por el contrario la cuestión es cuando la laguna aparece en el

²⁵ Ver: KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y el Estado ... cit.*, pág. 153 y ss. También SAGÜÉS, Néstor, *Elementos ... cit.*, pág. 63 y ss. RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional. Tomo I... cit.*, pág. 71 y ss.

²⁶ BISCARETTI DI RUFFÍA, Paolo, *Derecho Constitucional ... cit.*, pág. 175 y ss. SAGÜÉS, Néstor, *Elementos ... cit.*, pág. 63 y ss.

ordenamiento inferior. Incluso el propio artículo 332 no es una norma de integración de eventuales vacíos en la Constitución, sino que refiere a vacíos en el ordenamiento jurídico inferior que impiden la aplicación de preceptos constitucionales²⁷.

Tipos de disposiciones constitucionales

Aclarado lo anterior, debemos detenernos en los distintos tipos de normas constitucionales que aparecen dentro de una misma Constitución, ya que, como es sabido, las normas jurídicas no se traducen solamente en prescripciones estrictamente obligatorias o preceptivas (de las que se infiere directamente siempre deberes, vinculados o no a correspondientes derechos o intereses legítimos), sino que, como ha señalado por ejemplo BISCARETTI, muy frecuentemente se encuentran también:

- a. prescripciones o directrices programáticas (que implican simplemente la necesidad de tenerlas en cuenta en orden a la explicación de futuras actividades eventuales: por ejemplo, cuando emanen de otras normas de grado subordinado, o bien cuando un órgano ejecutivo actúa en el ejercicio de un poder discrecional);
- b. instituyentes u organizadoras (que crean o modifican cualquier institución nueva sin establecer directamente reglas de conducta);
- c. explicativas o interpretativas (de una norma precedente, de una situación dudosa, etc.);
- d. permisivas (que facultan acciones u omisiones que de por sí quedarían fuera del campo del derecho) o finales (que han de observarse cuando se quieran alcanzar ciertos fines)²⁸.

En los primeros años de vigencia de la Constitución italiana, la jurisprudencia y la doctrina distinguían tres categorías de normas constitucionales: 1) obligatorias o preceptivas, de inmediata aplicación, porque eran suficientemente completas en sus enunciados y, por tanto, capaces de abrogar normas precedentes de contenido contrario; 2) obligatorias o preceptivas, de no aplicación inmediata porque estaban subordinadas, en su validez, a la existencia de instituciones que todavía no funcionaban o de otras normas aún no dictadas; y 3) directivas o programáticas encaminadas especialmente (pero no únicamente) al futuro legislador.

Dejando de lado las distintas clasificaciones que realizan los distintos autores, con matices y a veces con diferencias sustanciales²⁹, debemos intentar distinguir, obviamente en atención al objeto de este trabajo, cuáles son los distintos tipos de normas que aparecen en nuestra Constitución.

²⁷ Sin perjuicio de esto, el artículo 332 tiene también importancia a la hora de integrar la propia Constitución. Al respecto RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional, Tomo I ... cit.*, pág. 73.

²⁸ BISCARETTI DI RUFFÍA, Paolo, *Derecho Constitucional ... cit.*, pág. 156 y ss.

²⁹ Ver, por ejemplo, vinculado al tema en análisis, BAZÁN, Víctor, *Hacia la plena ... cit.*, pág. 51.

Y como punto de partida para este análisis es bueno recordar la opinión de BIDART CAMPOS cuando luego de definir a la norma *operativa* como aquella que resulta susceptible de inmediato funcionamiento y aplicación inmediata, aun sin normas ulteriores que la determinen, agrega que dicha condición de *operatividad* no significa que la norma no pueda ser reglamentada o precisada, y tampoco significa que la norma operativa sea completa o precisa. La norma operativa es aquella que, pudiendo ser objeto de posteriores normaciones, lo mismo, a falta de éstas, se aplica automática y directamente³⁰.

En la Constitución uruguaya no encontramos normas cuya reglamentación esté constitucionalmente vedada como ocurre en otras constituciones contemporáneas³¹, pero sí es relativamente sencillo encontrar normas preceptivas y obligatorias, que no requieren de normas reglamentarias ni complementarias, y que se aplican directamente. Es el caso de lo dispuesto en la oración primera del artículo 26 en cuanto establece que *a nadie se le aplicará la pena de muerte*. Esta disposición tiene un contenido de tal claridad que no requiere de ningún complemento ni precisión. Por supuesto que la imaginación humana no tiene límites, y podría algún *creativo* preguntarse si una ley que estableciera como pena la reclusión en solitario sin ningún tipo de alimentos por un lapso de sesenta días implicaría violación de la norma, ya que alguna persona podría sobrevivir a dicha pena y otra no. Pero la imaginación sería aquí irrelevante ya que una pena con dichas características chocaría abiertamente con la segunda parte del propio artículo 26 que prevé que *en ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar, y sí sólo para asegurar a los procesados y penados, persiguiendo su reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito*.

Otro ejemplo de norma que no requiere de complemento lo encontramos en el inciso 2° del artículo 10 que prevé que *ningún habitante de la República puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*.

Encontramos así un primer tipo de normas, preceptivas y operativas, que no requieren de complemento normativo alguno para ser directamente aplicables. Re-

³⁰ BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de Derecho ... cit.*, Agrega este autor que como solución de principio se debe interpretar que las normas constitucionales que reconocen derechos individuales fundamentales son operativas, tal como resulta de la pauta de la Corte Suprema argentina en el caso SIRI de 1957, en el que acogió por primera vez una acción de amparo sin reglamentación procesal que la estableciera y reglamentara.

³¹ Por ejemplo la Constitución de la Provincia de Jujuy establece en su artículo 40 parágrafo 7 (refiriendo a la acción de hábeas corpus) que *son nulas y sin valor alguno las normas de cualquier naturaleza que reglamenten la procedencia y requisitos de esta denuncia o procedimiento*. También el artículo 75 inciso 2° de la Constitución argentina luego de la reforma de 1994 establece que no pueden reglamentarse ciertas leyes convenio. Al respecto BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la Constitución ... cit.*, pág. 218 y 219. SAGÜÉS, Néstor, *Elementos ... cit.*, pág. 62 y ss. distingue entre la reglamentación necesaria, optativa y la prohibida, brindando ejemplos precisos de cada una.

pito pese a esto, que nada impide que el legislador complemente la norma, aun cuando dicha reglamentación no sea necesaria.

En segundo lugar, aparecen normas, también obligatorias y preceptivas, que presentan un elevado grado de concreción, por lo que lo único que queda librado a la reglamentación son aspectos de detalle o de forma. Es el caso del artículo 17 de la Constitución uruguaya, que al regular el recurso de “habeas corpus” da -mediante un análisis textual y contextual de la norma-, el ámbito preciso de aplicación del instituto, quedando librado a la reglamentación, exclusivamente, una regulación mínima del procedimiento, la determinación del órgano jurisdiccional competente y escasos aspectos más. Tampoco puede caber duda alguna en cuanto la aplicación directa de este tipo de normas, aun cuando faltara la reglamentación. Sería necesario, en caso de ausencia de reglamentación legal, efectuar una integración del derecho (de rango inferior) a los efectos de cubrir el vacío de las normas jurídicas inferiores a la Constitución.

En tercer término, y como señala BISCARETTI, encontramos normas también preceptivas y obligatorias, pero que se caracterizan por una cierta remisión a la legislación ordinaria para su reglamentación. Dicha remisión puede ir acompañada de pautas más o menos precisas para el legislador, o confiriendo a éste una cierta discrecionalidad. Ejemplos del primer caso los encontramos por ejemplo en lo dispuesto en el artículo 7° y concordantes de la Constitución, en la medida que si bien contienen una remisión a la legislación, ya sea en cuanto a la *forma* de la protección o en cuanto a las posibilidades de limitación o privación, se establecen guías relativamente precisas para la actuación del legislador. Tampoco pueden existir dudas en cuanto a que estas normas son preceptivas y operativas, pese aun a la ausencia de reglamentación, lo que obligaría a integrar el ordenamiento jurídico inferior para su aplicación efectiva. Un ejemplo histórico de esto lo encontramos en la acción de amparo antes del dictado de la ley N° 16.011 de 19 de diciembre de 1988, cuando la jurisprudencia, reconociendo el rango constitucional de la acción, la admitía integrando el ordenamiento jurídico inferior³².

La categoría de normas, denominada por parte de la doctrina italiana, como instituyentes u organizadoras, también aparece en nuestra Constitución, con independencia de que se comparta la justificación de la clasificación. La operatividad de estas normas dependerá del contenido de cada una de ellas, siendo el principio el de aplicación inmediata, salvo que la propia disposición condicione o subordine su efectiva aplicación, al dictado de normas de jerarquía inferior. En el caso, por ejemplo, del pedido de datos o informes previsto en el artículo 118 de la Carta, se aprecian ambas hipótesis; por un lado la facultad de solicitar los datos o informes es una

³² Ver sentencias publicadas en la *Revista U. de Derecho Constitucional y Político*, tomo II, N° 10-11, tomo III, N° 13 y 14, pág. 75 y ss. y 79 y ss., etc. También RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional*. Tomo III ... *cit.*, pág. 100 y 101.

potestad de los legisladores que se aplica directamente sin necesidad de reglamentación, pero en cambio, la posibilidad de solicitarlos a través de la Cámara respectiva (para los casos de omisión de la autoridad a que se dirigió el pedido), sólo podrá hacerse efectiva una vez que la ley haya establecido el plazo a que refiere la tercera oración de dicho artículo.

También el artículo 304 de la Constitución nos aporta ejemplos de ambos casos. El inciso 1º, cuando establece que la **ley reglamentará** el referéndum contra los decretos de las Juntas Departamentales, implica la existencia (creación constitucional) del instituto y la omisión de la ley en reglamentar el mismo (que ya existe), por lo tanto, no impediría su aplicación directa. Distinto es el caso del inciso 2º de este artículo, cuando dice que la ley **podrá instituir** y reglamentar la iniciativa popular en materia departamental, ya que la referencia a la posibilidad de “instituir” demuestra que el instituto no existe y que será la ley la facultada para su establecimiento. En el último caso, y a diferencia del primero, la omisión del legislador impediría la aceptación del instituto a nivel departamental³³.

En el mismo sentido, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, refiriéndose al Tribunal de lo Contencioso Administrativo antes de la Constitución de 1952 -mencionado pero no creado-, señalaba que en ese caso no faltaba ley reglamentaria, sino ley que cree el tribunal, y que por lo tanto no podía invocarse la aplicación directa de dicha norma constitucional³⁴.

Normas programáticas

Pero lo expresado anteriormente se complica notoriamente cuando se repara en la existencia de normas constitucionales que no constituyen prescripciones obligatorias, sino que constituyen meros mandatos dirigidos al legislador o a otras autoridades, o bien autorizaciones con un contenido variable en cuanto su precisión.

Si bien la doctrina extranjera, en algunos casos, distingue entre normas programáticas y permisivas o facultativas, normalmente la doctrina nacional funde ambas variantes y las analiza bajo la denominación de programáticas. A los efectos del presente trabajo la distinción no presenta mayor relevancia, por lo que por razones prácticas se seguirá la mencionada posición de la doctrina uruguaya.

KORZENIAK define a las normas programáticas como aquéllas que “*mencionan un determinado tema pero no lo regulan, sino que encomiendan u ordenan su regu-*

³³ REAL, Alberto Ramón, *Iniciativa popular ... cit.*, pág. 226 y ss. PÉREZ PÉREZ, Alberto, *Referéndum ... cit.*, pág. 7. El inciso 2º del artículo 304 presenta problemas en cuanto a si hoy es posible recurrir a la iniciativa popular en materia departamental; al respecto RISSO FERRAND, Martín, *La iniciativa popular en el ámbito departamental*, en el diario *El País*, edición de 18/6/93, pág. 10.

³⁴ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional ... cit.*, tomo X, pág. 262.

lación al Legislador o a otra autoridad de la República, por lo que no son susceptibles de aplicación hasta tanto dicha regulación se haya producido"³⁵.

En el mismo sentido, BIDART CAMPOS señala que las normas programáticas requieren imprescindiblemente de otras normas ulteriores que las determinen, y a falta de esas normas no pueden aplicarse. Programática viene de programa: generalmente, la norma de este tipo impone más bien a los órganos de poder la obligación de actuar de determinada manera³⁶.

Las normas programáticas en nuestro derecho pueden ser objeto de distintas sub-clasificaciones:

- A) Normas programáticas meramente permisivas (ej. artículo 13), e imperativas (ej. artículo 49). La diferencia es clara. Las primeras sólo confieren una facultad (en el ejemplo, al legislador) que la ejercerá o no según entienda conveniente. Las segundas por su parte imponen una obligación de hacer con las que se debe cumplir.
- B) Normas programáticas dirigidas al legislador (ej. artículo 43) o a otras autoridades (ej. artículo 6). Indudablemente lo más frecuente es que las normas programáticas constitucionales estén dirigidas al legislador, pero se aprecia que existen también algunas disposiciones programáticas dirigidas a otras autoridades.
- C) Normas que sólo encomiendan la regulación del tema (ej. artículo 46), y normas que dan directivas en cuanto a cómo debe ser la regulación (ej. artículo 55). La diferencia radica en el ámbito de discrecionalidad que confiere la norma para el hacer del legislador.

Las normas programáticas, por definición y a diferencia de las preceptivas ya vistas, no son operativas. O en otras palabras, la ausencia de reglamentación o de complemento normativo respecto a las normas preceptivas no impiden su aplicación directa, sino que la misma se aplica integrando el ordenamiento jurídico inferior en lo que sea necesario. Las programáticas, en cambio, no son operativas, sino que su aplicación está condicionada al previo dictado de su complemento normativo.

Pero cabe preguntarse en este momento qué efecto tiene la omisión en el dictado de la reglamentación en el caso de las normas programáticas³⁷. Y para contestar dicha interrogante debemos reparar en la primer clasificación efectuada:

- A) En el caso de normas programáticas del subtipo facultativo, como es el caso del artículo 13, la única consecuencia de la disposición será la de conferir una

³⁵ KORZENIAK, José, *Curso de ... cit.*, pág. 103.

³⁶ BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de ... cit.*, pág. 40 y ss. También SAGÜÉS, Néstor, *Elementos ... cit.*, pág. 93, destaca el carácter de no aplicativas de estas normas.

³⁷ SAGÜÉS, Néstor, *Elementos ... cit.*, pág. 93 y ss., destaca que existen tres teorías al respecto: (a) quienes postulan su ineficacia, considerando a estas normas como meramente formales o sin importancia; (b) quienes postulan su eficacia total, pretendiendo que toda regla constitucional debe ser operativa; y (c) quienes postulan su eficacia parcial.

facultad que será utilizada o no por el legislador. Ningún habitante de la República, basándose en el artículo 13 de la Carta podrá exigir un jurado en una causa criminal, ya que la Constitución sólo contiene una autorización para su establecimiento, y el ejercicio de esta facultad es resorte exclusivo del Poder Legislativo. Pero sin perjuicio de lo anterior, también apreciamos algún otro efecto en este tipo de normas, por ejemplo, no podrá obstaculizarse el ejercicio de la facultad, y por supuesto que la misma no se ejercerá con absoluta libertad sino dentro de los parámetros constitucionales³⁸.

- B) Distinto es el caso de las normas programáticas del subtipo imperativo, ya que en la medida que la norma establece una obligación a cargo de una autoridad, la omisión en el cumplimiento de dicho deber implicará necesariamente una violación de la Constitución. Inconstitucionalidad por omisión o inconstitucionalidad de tipo negativo.

Limitando el análisis a partir de este momento a las normas programáticas del subtipo imperativo (y dejando de lado las del subtipo facultativo), hay algunas constataciones que deben efectuarse. En primer término nuestra Constitución tiene previsiones expresas respecto a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, pero no hay norma que refiera a la posibilidad de obtener una declaración de inconstitucionalidad por omisión. En segundo lugar, tratándose de una norma programática, y no obstante alguna doctrina extranjera que sostiene lo contrario, estas disposiciones no son operativas. Y todavía, y sin perjuicio de lo anterior, es obvio que el incumplimiento de un mandamiento constitucional implica violación de la Constitución.

Sabiendo entonces que estas normas no son operativas: ¿cuáles son sus efectos? No podemos equiparar las programáticas imperativas a las facultativas ya que su estructura es bien distinta (unas confieren una facultad y las otras establecen una obligación). Hace tiempo CASSINELLI MUÑOZ hizo importantes aportes en la materia³⁹, coincidentes con los más modernos desarrollos de la doctrina extranjera⁴⁰, y hoy con bastante seguridad podemos afirmar que las normas programáticas del subtipo imperativo tienen los siguientes efectos:

- A) En primer término implican criterios generales que deben ser tenidos en cuenta al interpretar la Constitución (interpretación contextual), así como el resto del ordenamiento jurídico (el ordenamiento inferior debe interpretarse conforme a la Carta)⁴¹. En otras palabras, en la medida que se trate de órdenes a autoridades públicas de obrar en determinado sentido, implicarán, sin necesidad

³⁸ BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la ... cit.*, pág. 213 y ss.

³⁹ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *La defensa de la Constitución ... cit.*, pág. 14.

⁴⁰ Por ejemplo: SAGÜÉS, Néstor, *Elementos ... cit.*, pág. 93 y ss.

⁴¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema ... cit.*, pág. 165 y ss. Este autor cita la sentencia N° 1 de 1989 del Tribunal Constitucional español en este sentido. RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional. Tomo III ... cit.*, pág. 116.

de regulación por normas inferiores, criterios o fines generales a ser tenidos en cuenta en la interpretación contextual de otras normas constitucionales y del ordenamiento inferior.

- B) También una norma programática del subtipo imperativo puede tener efectos derogatorios sobre actos jurídicos anteriores⁴² que se opongan a lo que la norma constitucional encomienda. La ausencia de la reglamentación que habilite la aplicación de la solución constitucional, no impediría el efecto abrogatorio sobre las soluciones anteriores contradictorias con lo que en forma imperativa ordena la norma programática.
- C) En tercer lugar, estas normas programáticas del subtipo imperativo, pueden también servir de base para la argumentación en cuanto a la inconstitucionalidad de actos jurídicos posteriores. La contradicción entre el acto posterior (obviamente de jerarquía inferior) y la norma programática imperativa aun cuando la misma no esté reglamentada y en consecuencia no sea operativa, implicará la existencia de un vicio de inconstitucionalidad en el acto posterior de inferior status⁴³. Esto no parece que pueda merecer duda de tipo alguno, ya que el dictado de una norma contraria a lo ordenado por una norma programática del subtipo imperativo, ya no implicará una inconstitucionalidad por omisión, sino directamente el hacer de algo contrario a lo preceptuado por la Carta, con la ineludible consecuencia de su inconstitucionalidad.
- D) Por último, la omisión del legislador o de la autoridad que corresponda en la reglamentación de las normas programáticas de tipo imperativo, implicará una violación de la Constitución por omisión en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Carta. Frente a esta omisión se presentan al interesado dos caminos:
 - (a) la solicitud al Juez competente para que ordene al órgano que corresponda el dictado de la reglamentación que falta; y
 - (b) la vía de la responsabilidad del Estado ante la violación por omisión de la Constitución.

Adviértase que esta última conclusión, coincide plenamente con la solución de la provincia argentina de Río Negro ya mencionada, y para llegar a tal conclusión no parece que la Constitución uruguaya requiera de textos expresos. Así la acción de amparo será vía idónea para requerir a la autoridad competente el dictado del acto ordenado por la Constitución, y en caso de persistir en la omisión, será el artícu-

⁴² CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Oposición superveniente ... cit.*, pág. 157 y ss. ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, *La vigencia de la ley ... cit.*, pág. 147 y ss. PÉREZ PÉREZ, Alberto, *Derogación de normas legales ... cit.*, pág. 292. RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional. Tomo I... cit.*, pág. 113 y ss. y pág. 135.

⁴³ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *La defensa de la Constitución ... cit.*, pág. 14. RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional. Tomo I... cit.*, pág. 113 y ss. y pág. 135.

lo 24 y los principios sobre los que el mismo se asienta, el que habilitará la acción reparatoria de los daños ocasionados por la omisión estatal⁴⁴.

Normas preceptivas y programáticas

Hasta ahora, lo expresado parece ser de una extraordinaria sencillez. Las normas preceptivas se aplican directamente y cuando requieren de reglamentación o complemento normativo y éste está ausente, igualmente se aplican directamente, integrando el ordenamiento jurídico inferior. Si se trata de normas programáticas del subtipo facultativo, el único efecto que tendrán las mismas será el de conferir una facultad a una autoridad. Las normas programáticas del subtipo imperativo, sin ser operativas, tienen los efectos que se acaban de mencionar.

Demasiado sencillo para ser verdad.

En nuestro país se ha sostenido que en la Constitución uruguaya existen normas, aparentemente programáticas del subtipo imperativo, que pueden tener efectos inmediatos aun cuando falte la reglamentación correspondiente. Esto implicaría que por excepción y como resultado de la interpretación de la norma, se podría encontrar una norma programática que tenga, si bien no operatividad total en caso de ausencia de reglamentación, al menos efectos que superen los ya referidos y típicos para este tipo de normas.

Así KORZENIAK, ha sostenido (hace ya tres décadas) que la doctrina uruguaya, en cierta forma, había desarrollado dos posiciones diversas:

- (a) una que aplica la norma pie de letrada (refiere al artículo 332) y sólo reconoce su aplicación respecto a los *preceptos* (normas preceptivas); y
- (b) otra tesis amplia, a la que él adhiere, que considera que el artículo 332 conduce a que toda norma susceptible de quedar comprendida en dicho artículo, no tendría el carácter de norma programática y se aplicaría en forma directa⁴⁵.

También el Prof. Aníbal BARBAGELATA sostuvo, refiriéndose al artículo 332 de la Constitución, que esta norma reduce el ámbito de las normas programáticas, y señala un caso judicial en que se aplicó el artículo 332 a normas programáticas. Se reconoció el derecho a jubilación a un sector gremial que no aparecía protegido por ninguna ley, por aplicación de una norma constitucional que acordaba el retiro al trabajador, aplicándose una ley jubilatoria análoga⁴⁶.

En contra de estas afirmaciones, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, señalaba que hay que tener en cuenta que nuestra Constitución contiene un género de disposiciones que sólo

⁴⁴ Ver bibliografía citada en RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional. Tomo III ... cit.*, 47 y ss.

⁴⁵ KORZENIAK, José, *Derecho Constitucional ... cit.*, pág. 45.

⁴⁶ BARBAGELATA, Aníbal, *Protección constitucional ... cit.*, pág. 22 – 23. No ha sido posible individualizar el antecedente jurisprudencial que menciona este autor.

constituyen mandatos al legislador, y en estos casos el artículo 282 (anterior numeración del actual artículo 332) no será aplicable para superar la omisión del legislador⁴⁷.

A mi juicio el problema no radica en saber si puede haber normas programáticas operativas o no, sino que la verdadera dificultad aparece a la hora de clasificar las disposiciones constitucionales y determinar cuál es preceptiva y cuál es programática. Es más, las reflexiones de KORZENIAK y BARBAGELATA, se basaban en normas que estos autores consideraban programáticas pero a las que les reconocían ciertos efectos. Y esta distinción entre norma preceptiva y programática no ha sido ni es tarea fácil. Veamos algunos ejemplos.

El inciso final del artículo 57 de la Constitución establece: *Declárase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad.* ¿Es una norma preceptiva o una norma programática del subtipo imperativo? Esta disposición, que proviene de la Constitución de 1934, fue considerada en el pasado por algunos como programática. Indudablemente es una norma que contiene una orden de reglamentar. En la actualidad, y hasta donde sé, la doctrina y la jurisprudencia en forma unánime señalan que se trata de una norma preceptiva y por lo tanto operativa, sin perjuicio de contener una orden para que se reglamente el ejercicio del derecho gremial. El carácter de preceptiva surge de la utilización del verbo *declarar* (se declara algo anterior, algo que ya existe), de lo que se desprende que no es un derecho cuya existencia esté condicionada a la sanción de una ley reglamentaria, sino que existe y debe aplicarse, sin perjuicio de la remisión a la reglamentación.

Otro ejemplo lo encontramos en el artículo 54 inciso 1^o⁴⁸, que dispone *La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral.* ¿Este inciso constituye una norma programática del subtipo imperativo o es una norma preceptiva y por ende operativa? En el caso de ausencia de la ley a que refiere esta disposición: ¿podría un trabajador exigir la protección de su conciencia moral y cívica? Esta fue otra de las normas que plantearon problemas, ya que si se consideraba programática, la conclusión de su falta de operatividad y la desprotección que esto implicaría, violentaba desde elementales nociones de justicia y equidad hasta el propio sentido común. Si analizamos bien el texto, podremos reparar en que los derechos a que refiere la norma no están condicionados en cuanto a su existencia a la expedición de una ley, sino que ésta habrá de *reconocer* los mismos. Nuevamente se advierte que se *reconoce* algo que ya existe, por lo que la existencia del derecho no está condicionada a la ley sino que es anterior a la misma. Este inciso, en definitiva, no es una disposición programática, sino una norma preceptiva y por lo tanto operativa, sin perjuicio de contener un mandato positivo al legislador de legislar en un sentido determinado.

⁴⁷ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional ... cit.*, tomo X, pág. 259

⁴⁸ Que era el que preocupaba a BARBAGELATA en su trabajo anteriormente citado.

También el artículo 45 es un ejemplo claro de las dificultades para clasificar las normas constitucionales como preceptivas o programáticas. Expresa esta norma: *Todo habitante de la República tiene derecho a gozar de vivienda decorosa. La ley propenderá a asegurar la vivienda higiénica y económica, facilitando su adquisición y estimulando la inversión de capitales privados para ese fin.* Aquí las dificultades surgen de la distinta naturaleza de las dos oraciones que componen el artículo: la primera oración es sin duda preceptiva al conferir un derecho a los habitantes, y por ende operativa; la segunda oración en cambio, parece ser una típica norma programática del subtipo imperativo.

Con lo dicho intento señalar que no me parece que el problema o tema de discusión sea si existen o no normas programáticas operativas o *semioperativas*. Las normas programáticas, sean del subtipo que fueren, no son operativas. La verdadera cuestión está en las dificultades que muchas veces enfrenta el intérprete, frente a algunos textos constitucionales, para determinar si la norma en estudio es preceptiva con una amplia remisión a la ley o si en cambio es programática del subtipo imperativo.

Para concluir este punto, deseo dar una opinión sobre cómo enfrentar algunos de estos problemas interpretativos y dejar planteada alguna duda:

- A) Cuando el intérprete se enfrenta a una disposición constitucional cuyo contenido sea un derecho humano, y la misma genere dudas en cuanto a su condición de norma preceptiva o programática (cuando realmente se presenten dudas en el sentido de que las mismas no puedan ser resueltas con una certeza razonable mediante las técnicas de interpretación), el intérprete deberá inclinarse necesariamente por la preceptividad. Y esto por la simple aplicación de los principios interpretativos propios de la materia de derechos humanos, en especial la interpretación expansiva o en favor *libertatis* que corresponde a este tipo de disposiciones⁴⁹.
- B) Y en cuanto la duda final, simplemente para demostrar todo lo que falta trabajar en esta materia, puede ser ejemplificada recordando el artículo 77 numeral 11 de la Constitución que establece: *El Estado velará por asegurar a los partidos políticos la más amplia libertad. Sin perjuicio de ello ...*”. ¿Es una disposición preceptiva o programática? Hay obviamente una obligación del Estado de *velar*, expresión típica de las normas programáticas. Aparece una referencia a un resultado (básico en un Estado democrático): la más amplia libertad de los partidos políticos, y este resultado debe ser *asegurado* por el Estado. Dejo planteada la interrogante, afirmando que todavía hay varias disposiciones en nuestra Constitución cuya clasificación como preceptiva o programática es verdaderamente difícil, y no está todavía resuelta.

⁴⁹ Al respecto: RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional. Tomo III. ... cit.*, pág. 115 y ss.

El Artículo 332 de la Constitución

Hasta ahora se ha hecho referencia a la operatividad de las normas constitucionales, a la violación de la Constitución por omisión, a los distintos tipos de normas constitucionales y a sus efectos, pero, salvo alguna mención colateral, no se ha hecho referencia al contenido del artículo 332 de la Carta, que es justamente la norma que refiere a estas cuestiones. Y esto tiene a mi juicio una explicación lógica.

El actual artículo 332 se incorporó a nuestro Derecho Constitucional en la reforma de 1942, y la iniciativa correspondió a un profesor de Derecho Constitucional, el Dr. Juan Andrés RAMÍREZ que presentó la misma redacción vigente en la actualidad en la Segunda Junta Consultiva de los Partidos en el año 1941. La Junta la aprobó por unanimidad, sin debates, y de la misma manera fue aceptada por el Consejo de Estado, por lo que no se cuenta con opiniones que puedan constituir la historia fidedigna de la sanción del texto⁵⁰.

En nuestro país, en general, la doctrina ha destacado la existencia de un principio general de operatividad de las normas constitucionales o de algunas de ellas. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, hace más de medio siglo, refiriéndose al artículo 332, señalaba que el mismo es realmente elogiado, ya que libera al intérprete o a algunos intérpretes de ciertas dudas en cuanto a que la ausencia de ley reglamentaria no impide la aplicación de la norma. Si el legislador no puede alterar la Constitución por su acción, es indudable que tampoco podrá operarse una derogación por su omisión. Parece obvio que no puede quedar librado al legislador la posibilidad de impedir la aplicación de una norma constitucional, al no dictar la ley reglamentaria. Sin embargo esto se discutió por ejemplo respecto a la posibilidad del Tribunal de Cuentas de ejercer sus atribuciones sin ley reglamentaria⁵¹.

También REAL destacaba la importancia, más que del artículo 332, del principio general en el que el artículo 332 se funda. Decía que “por encima de todo lo expuesto domina el principio de la sistematización escalonada del ordenamiento jurídico, en cuya virtud prevalecen las normas superiores frente a las omisiones o contradicciones de los grados inferiores. La Constitución debe regir no obstante las omisiones legislativas y a pesar de las leyes y decretos inconstitucionales, que pueden dictarse (artículos 256 y 260 de la Constitución)”. Esta es la base del artículo 332⁵².

Y todavía agregaba REAL, que del mismo modo, la ley, de rango inmediato inferior a la Constitución, se debe aplicar no obstante las omisiones del reglamento y a pesar de sus ilegalidades que pueden ser anuladas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y desaplicadas por todos los jueces. El poder de reglamentar (art. 168 inc. 4 de la Constitución) y el deber de reglamentar, en virtud de mandato legal no condicionan la existencia ni la vigencia de los institutos, poderes jurídicos

⁵⁰ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional ... cit.*, tomo X, pág. 257.

⁵¹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional ... cit.*, tomo X, pág. 258 y ss.

⁵² REAL, Alberto Ramón, *Iniciativa popular ... cit.*, pág. 228 y ss.

o derechos, a menos que la ley misma que los prevé, condicione, por excepción y en forma expresa, a la reglamentación previa, la creación y efectividad de tales institutos, potestades o derechos.

En el mismo sentido se pronuncian ente otros KORZENIAK y PÉREZ PÉREZ⁵³.

También BARBAGELATA señalaba la importancia de la norma, dirigida a lograr que los accidentes de las prescripciones constitucionales que consagran derechos y le restan valor, en este caso no lo hagan. Es frecuente observar que los textos constitucionales sujeten el reconocimiento de determinados derechos a leyes reglamentarias, a las que no se les fija plazo para su sanción y si se les fija, se incumple⁵⁴.

KORZENIAK ha destacado que desde el punto de vista práctico el artículo 332 tuvo una gran trascendencia, y señala el caso de muchos de los derechos económicos, sociales y culturales al respecto de los cuales existían resistencias para reconocer su aplicación⁵⁵.

En este esquema se aprecia, como ha señalado nuestra doctrina, que este artículo 332 no constituye otra cosa que un desarrollo parcial de un principio general contenido en forma implícita en la Carta. Por supuesto que su inclusión en la Constitución a principios de la década del cuarenta tuvo una considerable trascendencia práctica, ya que como señaló JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, tuvo la virtud de terminar con las dudas que pudiera tener algún o algunos intérpretes en este aspecto⁵⁶.

Pero fuera de lo anterior, el artículo 332 existe, tiene rango constitucional, y debe concluirse este análisis con una referencia al mismo.

Continuación

En primer término corresponde realizar una constatación obvia, señalando que el artículo 332 no refiere a la integración de eventuales vacíos constitucionales, sino a vacíos en el ordenamiento jurídico inferior, que impiden la aplicación de ciertas disposiciones constitucionales⁵⁷.

El artículo 332 establece que *los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades o imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la re-*

⁵³ PÉREZ PÉREZ, Alberto, *Referéndum ... cit.*, pág. 7. KORZENIAK, José, *Derecho Constitucional ... cit.*, pág. 45.

⁵⁴ BARBAGELATA, Aníbal, *Protección constitucional ... cit.*, pág. 11 y ss.

⁵⁵ KORZENIAK, José, *Derecho Constitucional ... cit.*, pág. 45. Debe tenerse presente que este autor, en la obra mencionada considera, a diferencia de lo sostenido en este trabajo, que el artículo 332 se aplica también a las normas programáticas.

⁵⁶ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional ... cit.*, tomo X, pág. 259.

⁵⁷ Esta comprobación, como ya fue dicho, no implica dejar de reconocer que la existencia de este artículo 332 tiene una importancia clara a la hora de integrar la propia Constitución, pero su contenido no refiere a dicha cuestión.

glamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas. De este dato textual surgen algunas comprobaciones y se presentan algunas dudas:

1. La referencia a los *preceptos* parece confirmar lo dicho anteriormente en cuanto a que la aplicación directa, aun a falta de reglamentación, alcanza solamente a las normas preceptivas. Parece claro que en un sentido técnico-jurídico, la expresión *precepto* se corresponde con la noción de *norma preceptiva* y no alcanza a las normas programáticas.
2. El giro del artículo al hacer referencia a los preceptos que *reconocen* derechos a los individuos genera alguna duda. Es sabido que la doctrina nacional frecuentemente ha distinguido en la Carta, entre derechos *reconocidos* o *preexistentes* y los derechos *consagrados*. Con la primera expresión (reconocido) se hace referencia a aquellos derechos, que dentro de la vocación jusnaturalista de nuestra Carta, la Constitución los reconoce como preexistentes o anteriores a la misma, limitándose a *reconocer* su existencia. Los derechos *consagrados* para nuestra doctrina son aquellos que no son anteriores a la Constitución sino que son creados por ésta⁵⁸. Esta terminología doctrinal nos podría llevar a dudar si todos los preceptos referidos a los derechos de los individuos están comprendidos por el artículo 332, o si sólo alcanza esta norma a los *reconocidos* o *preexistentes*. La duda que puede causar lo dicho no es de gran trascendencia ya que como se vio anteriormente, aun sin el artículo 332 la solución final sería la misma. Pero de todas formas hay que recordar que la terminología mencionada (que distingue entre derechos *reconocidos* y *consagrados*) es de creación doctrinal, por lo que la referencia del artículo 332 no implica una limitación y debe concluirse que comprende a todos los preceptos que refieren a derechos individuales.
3. Otra duda que puede presentar el texto del artículo 332, que reitero proviene de 1942 sin cambios, es la referencia a los *derechos de los individuos*, lo que podría llevar a pensar que refiere a derechos de primera generación o individuales, y no a los derechos económicos, sociales y culturales, ni a los derechos de tercera generación. Aquí la cuestión aparece como más compleja que la anterior. Pensemos en el ya mencionado derecho de huelga, por ejemplo, que es un derecho gremial y no individual: ¿no está comprendido en el artículo 332? Del momento textual del método de interpretación lógico sistemático teleoló-

⁵⁸ Por ejemplo: JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional. Tomo I*, Edición Cámara de Senadores ... cit., pág. 228. RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional. Tomo III ... cit.*, pág. 64 y ss.

gico⁵⁹, parecería que la norma sólo refiere a los derechos individuales, pero cabe señalar que la ya mencionada *interpretación expansiva* en materia de derechos humanos puede llevar a la conclusión contraria, y aun cuando se considerara que el derecho de huelga no está comprendido en el artículo 332, las consecuencias en cuanto a su operatividad serían las mismas, conforme a los principios generales ya mencionados.

4. En lo que refiere a los sujetos (personas jurídicas o físicas) a los que está dirigido el artículo, es claro que la norma no alcanza sólo a los Jueces, sino que en general todo órgano público, o incluso los sujetos de derecho privado⁶⁰, se verán impedidos de invocar la ausencia de reglamentación como justificación para la no aplicación de los preceptos constitucionales comprendidos en el artículo 332. Claro que esto no puede significar que los órganos públicos actúen fuera de su competencia; por ejemplo no podrá el Poder Ejecutivo ejecutar una norma que establezca un *deber* (no reglamentado) a cargo de un particular en contra de la voluntad de éste, ya que en ese caso sería necesaria la intervención judicial y deberá tenerse presente a su vez lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 10 de la Constitución.
5. En cuanto a las *herramientas* de integración, el artículo 332, sin establecer un orden o preferencia entre las mismas, establece tres posibilidades: *los fundamentos de las leyes análogas, los principios generales de derecho y las doctrinas más recibidas*. Sobre esto sólo correspondería decir que:
 - A) La referencia a *los fundamentos de las leyes análogas* causa una cierta perplejidad, aun cuando la misma no tenga mayores consecuencias. Quizá sería más lógico que se integrara con *las leyes de fundamento análogo*. Lo que sí me parece absolutamente incuestionable es que la integración debe realizarse con las leyes que forman parte del ordenamiento jurídico nacional, y nunca con leyes extranjeras, como en alguna ocasión ha pretendido algún autor.
 - B) En cuanto a los principios generales de derecho, como ha destacado la doctrina nacional en forma clara, debe entenderse los principios generales *del Derecho uruguayo*. No sería admisible recurrir a principios monárquicos, marxistas, ni a ningún otro que no sea recogido como tal por nuestro ordenamiento jurídico.

⁵⁹ Al respecto: CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *La apelación ante la Asamblea General ...*, en Red. D.J.A., tomo 55, pág. 125 y 126. ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, *Derecho Constitucional ... cit.*, tomo VI. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional ... cit.*, tomo I, Edición Cámara de Senadores. RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional. Tomo III. ... cit.*, pág. 43 y ss., etc.

⁶⁰ Sobre quienes son los aplicadores de la Constitución, incluyendo los particulares, ver: SAGÜÉS, Néstor, *Elementos ... cit.*, pág. 64 – 65. RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional. Tomo I. ... cit.*, pág. 53 a 57.

- C) En términos similares las *doctrinas más recibidas* son aquellas recibidas por nuestra Constitución y no aquellas que puedan tener más prestigio en un momento histórico dado.
 - D) El cuarto comentario, respecto a las herramientas de integración, constituye una crítica al texto de este artículo, que obviamente se explica por el momento histórico en que se redactó la disposición. Y ésta consiste en que cuando debamos integrar el ordenamiento jurídico inferior para aplicar directamente normas constitucionales referidas a los derechos humanos, la redacción del artículo 332 parecería impedir que se recurra a los tratados y convenciones internacionales referidos a los derechos humanos. En la actualidad esto sin duda no se justifica, aun cuando debe tenerse presente que el artículo 72, al recoger el principio de no taxatividad de la enumeración de derechos, deberes y garantías que realiza la Constitución, permite superar en la mayoría de los casos esta limitación⁶¹.
6. Otro problema que plantea el artículo 332 de la Constitución es el de determinar qué relación existe entre el principio general del cual dicha norma no constituiría más que un desarrollo parcial y el propio artículo 332.

Más allá de que el artículo 332 haya tenido y tenga una importancia práctica considerable, al terminar con las dudas que pudieran existir en cuanto a la aplicación directa de determinadas normas constitucionales, cabe preguntarse si, una vez que la norma cumplió dicho objetivo práctico, su contenido es meramente reiterativo de un principio general, o si tiene una razón de ser propia y especial.

La respuesta no es sencilla, ya que si se comparte que las normas preceptivas de la Constitución (sin perjuicio de las puntualizaciones oportunamente formuladas), no comprendidas en el artículo 332, igualmente deben aplicarse aun cuando falte la reglamentación, poco sentido tendría la norma final de la Constitución uruguaya. Pero algún sentido tiene que tener esta disposición constitucional más allá de que sea reiterativa de un principio general.

Lo concreto es que el artículo 332 establece una solución especial y de la cual, dentro del ámbito de aplicación de la norma, no podrá apartarse el intérprete en materia de integración del ordenamiento inferior; si se trata de un precepto comprendido en el artículo 332 deberá recurrir a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas. Si el precepto no reglamentado, en cambio, no cae dentro de las hipótesis del artículo 332 (no reconoce derechos a los individuos, no atribuye facultades ni impone deberes a las autoridades públicas), a los efectos de la integración del ordenamiento jurídico inferior, el intérprete tendrá una flexibilidad mayor, y podrá por ejemplo recurrir a las soluciones contenidas en convenciones, tratados internacionales suscritos por la República, etc.

⁶¹ Ver: RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional. Tomo III ... cit.*, pág. 106 y ss.

Es importante destacar que no podría concluirse en base al artículo 332 que los preceptos constitucionales no comprendidos en el mismo no son susceptibles de aplicación inmediata, ya que en este caso se estaría efectuando una interpretación a *contrario sensu* de la norma, y el resultado de dicho razonamiento sería contrario a un principio general, lo que lo invalidaría⁶².

La valoración de la conveniencia de que el artículo 332 vigente fuera modificado y se tornara aplicable a todas las hipótesis de preceptos no reglamentados, excede el objeto fijado en el presente trabajo, aunque en principio podría considerarse como la solución más práctica, aunque introduciendo algunos ajustes.

Conclusiones

Como síntesis final de lo expresado, podría señalarse que:

1. La *inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos ordenados por la Constitución*, implica una violación de la Constitución, en términos similares a la que se presenta cuando se expiden actos jurídicos contrarios a la Carta.
2. La solución de principio, derivada del principio de jerarquía normativa y de la propia supremacía de la Constitución, implica que, aun a falta de texto expreso, la Constitución debe aplicarse pese a los actos inferiores inconstitucionales y pese a las omisiones del ordenamiento jurídico inferior.
3. Lo anterior no se ve afectado, en tanto principio general, por la ausencia de normas expresas que refieran por ejemplo a la *declaración de inconstitucionalidad por omisión*, de la misma forma que la ausencia en una Constitución de normas referidas a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes no impide que se aplique la Constitución y no la norma inferior inconstitucional⁶³.
4. El artículo 332 de la Constitución, con su considerable importancia histórica, y su preciso ámbito de aplicación, no implica limitación alguna para las hipótesis no comprendidas en dicha norma, en tanto la disposición mencionada es un desarrollo parcial de un principio general.

⁶² MARTINS, Daniel Hugo, *La acción de reparación ... cit.*, pág. 45 y ss. CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Contencioso de Reparación ... cit.*, pág. 25 y ss. RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional. Tomo III ... cit.*, pág. 115.

⁶³ El razonamiento es similar al del Juez Marshall en su sentencia en el caso *Marbury vs. Madison*. La doctrina nacional se ha ocupado del tema referido a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes: JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino E., *Sobre la inaplicabilidad de las leyes inconstitucionales*, en *Rev. de Derecho y Ciencias Sociales*, tomo II, Montevideo, 1915. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional ... cit.*, tomo VIII, pág. 159. RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional. Tomo III ... cit.*, pág. 153 y ss.

5. El análisis de la violación de la Constitución por omisión, requiere que se diferencie según la naturaleza de la norma constitucional en juego, y así se advierte que:
 - A) La omisión en el dictado de la reglamentación o complementación de las normas preceptivas de la Constitución no obsta a la aplicación de éstas, y para su efectiva aplicación deberá procederse a la integración del ordenamiento inferior.
 - B) En el caso de la omisión en el dictado de la reglamentación respecto a normas constitucionales programáticas del subtipo imperativo, la disposición no podrá aplicarse directamente, sin perjuicio de reconocer que la misma tiene efectos propios: (a) a los efectos de la interpretación de la Constitución y del ordenamiento inferior; (b) efectos derogatorios respecto a actos anteriores contrarios a la norma programática del subtipo imperativo; (c) se podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma inferior posterior contraria a la norma programática imperativa; y (d) intimada la autoridad competente, y cuando ésta continúe omisa en el cumplimiento de la obligación constitucional de reglamentar, podrá responsabilizarse civilmente al Estado omiso.
 - C) En el caso de las normas programáticas del subtipo facultativo, el único efecto de las mismas será el de conferir la facultad, pero el ejercicio de la misma no podrá ser exigido por los particulares.
6. Cuando la inconstitucionalidad por omisión se presente respecto a los preceptos comprendidos en el artículo 332 de la Constitución, el intérprete deberá integrar el ordenamiento jurídico inferior, según las herramientas de integración taxativamente establecidas en esta norma.
7. Si la omisión, en cambio, se presenta respecto a preceptos no comprendidos en el artículo 332, la solución será la misma (aplicación directa), pero habrá mayor libertad para elegir la herramienta apropiada de integración, pudiéndose recurrir, por ejemplo, a los tratados o convenciones internacionales ratificados por la República.

Para finalizar, resulta oportuno recordar la opinión de BIDART CAMPOS, refiriendo a los jueces pero en términos trasladables a todos los que deban aplicar la Constitución, cuando decía: *No estamos propugnando que los jueces extralimiten el marco del orden jurídico que les hace de contorno inexpugnable, ni infravalorando las competencias del legislador. Sólo estamos aseverando algo muy simple: dentro de aquel perímetro y de las competencias estrictamente propias de los jueces, cada vez que por acción u omisión éstos advierten que los órganos políticos han transgredido la Constitución o han dejado vacío un ámbito al que la Constitución proyecta directrices, tienen que elevarse al vértice jurídico del Derecho de la Constitución. Es, a la postre, lo que en España se desdobra en “interpretación de la*

Constitución” para desentrañar su sentido, y en “interpretación desde la Constitución” (hacia abajo) para eliminar normas o actos opuestos, y para colmar los huecos que por omisión dejan la Constitución congelada.

... Comprendemos muy bien que la doctrina de la supremacía suministra argumentos para sostener que la Constitución se vulnera no solamente cuando se hace lo que ella prohíbe hacer, sino también cuando se deja de hacer lo que ella manda que se haga. No hay zona alguna de reserva que el Ejecutivo, el Congreso, o la Administración puedan invocar para eximirse de hacer lo que la Constitución manda que hagan⁶⁴.

Bibliografía

- ALVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, Edit. TECNOS, Segunda Edición, Madrid, 1996. ALVAREZ CONDE, Enrique, *El régimen político español*, Edit. TECNOS, Segunda Edición, Madrid, 1985.
- BARBAGELATA, Aníbal Luis, *La independencia de la conciencia moral y cívica del trabajador*, en *Revista de Derecho Laboral*, tomo V, pág. 5 y ss.
- BARBAGELATA, Aníbal Luis, *Protección constitucional de los derechos humanos en Uruguay*, en *El concepto de Derechos Humanos. Un estudio interdisciplinario*, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Segunda Serie, N° 1, Montevideo, 1986.
- BAZÁN, Víctor, *Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina*, en *Inconstitucionalidad por omisión*, Edit. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Algunas reflexiones sobre las omisiones constitucionales*, en *Inconstitucionalidad por omisión*, Edit. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1995.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *La fuerza normativa de la Constitución*, en *El amparo Constitucional. Perspectivas y Modalidades (artículo 43 de la Constitución Nacional)*, Editorial Depalma, 1999.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de Derecho Constitucional argentino*, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1986.
- BISCARETTI DI RUFFÍA, Paolo, *Derecho Constitucional*, Edit. TECNOS, Madrid, 1973.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya*, en *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, FCU.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Contencioso Administrativo de Reparación Patrimonial*, en *Rev. U. De Derecho Procesal*, 1989, N° 1, pág. 25 y ss.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Derecho Público*, FCU, 1986.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *El interés legítimo ...*, en *Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX*, en *Homenaje a Enrique SAYAGUÉS LASO*, Madrid, 1969, tomo III, pág. 283 y ss.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *La defensa jurídica de la Constitución*, en *Defensa de la Constitución Nacional*, Cuaderno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en Homenaje de Justino JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, Aníbal Luis BARBAGELATA y Alberto Ramón REAL, Segunda Serie, Montevideo, 1986.

⁶⁴ BIDART CAMPOS, Germán, *Algunas reflexiones ... cit.*, pág. 3.

- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Oposición superveniente: ¿derogación o inconstitucionalidad?* en Rev. D.J.A., tomo 55, pág. 157 y ss.
- DE ESTEBAN, Jorge y LÓPEZ GUERRA, Luis, *El régimen constitucional español*, Edit. Labor Universitaria, Barcelona, 1980.
- ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, *Derecho Constitucional 2º*, tomo VI, Montevideo, 1982.
- ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, *La vigencia de la ley en la fecha del caso concreto, como requisito de su declaración de inconstitucionalidad*, en Rev. D.J.A., tomo 74, pág. 147 y ss.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español relativa a la inconstitucionalidad por omisión*, en Inconstitucionalidad por Omisión, bajo la coordinación de Víctor BAZAN, Edit. TEMIS, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, pág. 123.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Edit. Dykinson, Madrid, 1992.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La dogmática de los Derechos Humanos*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Sistemas de protección judicial de los derechos humanos*, en Rev. de Derecho Constitucional y Político, tomo XII, N° 67-72.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional*, tomo X, Edit. Medina.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *Naturaleza Jurídica del Banco de Previsión Social*, en RDJA tomo 68 pág. 34 y ss.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución Nacional*, Tomo I, Edición Cámara de Senadores, Montevideo, 1992.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *Teoría de Gobierno*, tomo I, FCU, 1983.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *Teoría de Gobierno*, tomo II, FCU, 1983.
- KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y el Estado*, Edit. Universitaria, México, 1949.
- KORZENIAK, José, *Curso de Derecho Constitucional 2º*, FCU, Montevideo, 1987.
- MIRANDA, Jorge, *A fiscalizacao da inconstitucionalidade por omissao no ordenamento constitucional portugues*, en Inconstitucionalidad por Omisión, bajo la coordinación de Víctor BAZAN, Edit. TEMIS, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, pág. 123.
- MARTINS, Daniel Hugo, *La acción de reparación patrimonial contra las personas jurídicas de Derecho Público*, en LJU, tomo 81, pág. 45 y ss.
- PÉREZ PÉREZ, Alberto, *Referéndum y democracia directa*, Edit. Universidad, Montevideo, 1987.
- PÉREZ PÉREZ, Alberto, *Derogación de normas legales por una Constitución posterior*, en Rev. D.J.A. tomo 67, pág. 292.
- PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Tratado de Derecho Político*, Edit. CIVITAS, Segunda Edición, reimpresión, Madrid, 1997.
- REAL, Alberto Ramón, *Iniciativa popular y referéndum, en materia legislativa (Art. 79 inc. 2º de la Constitución)*, en Temas Jurídicos, La Constitución de 1967, FCU, Montevideo, 1968.
- RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional, Tomo I, Introducción. Interpretación. Defensa Jurídica de la Constitución*, Edit. Ingranusi Ltda., Montevideo, 1996, primera reimpresión abril de 2000.
- RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional, Tomo III, Estado social y democrático de Derecho. Derechos, Deberes y Garantías*, Edit. Ingranusi, Montevideo, junio de 1998.
- RISSO FERRAND, Martín, *Operatividad de las Normas Constitucionales*, en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, Tomo XI, N° 61, pág. 3 y siguientes.
- SAGÜES, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, (segunda edición actualizada y ampliada), Edit. ASTREA, Buenos Aires, 1997.
- SAGÜES, Néstor Pedro, *La acción de inconstitucionalidad por omisión en la constitución de la provincia de Río Negro*, en Inconstitucionalidad por omisión, bajo la coordinación de Víctor BAZAN, Edit. TEMIS, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, pág. 109.

Mario A. R. Midón*

Sobre la dimensión adquirida por los Decretos de Necesidad y Urgencia en el derecho argentino

I. Presupuestos de la División de Poderes en el ordenamiento nacional

Para comprender en toda su dimensión el fenómeno de los Decretos de Necesidad y Urgencia en el derecho argentino indispensable es una brevísima referencia a las modalidades que asume el principio de División de Poderes frente al régimen de las Emergencias que consagra el ordenamiento de esta Nación.

Lo primero, porque estos actos comportan una anomalía funcional al principio que es regla de organización política de nuestro sistema constitucional.

Lo segundo, porque el soporte jurídico de la legislación necesitada halla asidero en la figura de la Emergencia.

De allí que para considerar al instituto indispensable resulta una disección del principio enunciado por Montesquieu. Ese examen verificado sobre el esquema implementado por la Ley Mayor de la Nación demuestra que adscripta a la filosofía iluminista en boga a la época de su dictado, nuestra Ley de Leyes asimiló el principio de la División de Poderes en un intento por reproducir el emblema originario de la Constitución de Filadelfia.

En ese laboreo los padres fundadores concibieron, a nuestro modo de ver, ocho presupuestos en que sustentaron tal principio en el derecho nacional.¹

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Magister en Proceso de Integración. Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE) Argentina.

¹ Midón Mario A.R., “Decretos de Necesidad y Urgencia”. En la *Constitución Nacional y los Ordenamientos Provinciales*, pág. 6, Editorial La Ley, Buenos Aires 2001.

Válido es aclarar que lo que damos en llamar presupuestos de la División de Poderes, no son otra cosa que máximas implícitas derivadas de la naturaleza del principio republicano contenido en el artículo 1º de la Ley Mayor.

- El primer presupuesto que permite la división es el orgánico. *Sin un ente previamente creado al que se imputen los atributos que se reconocen al poder carecemos de objeto en quien depositar las potestades.* Los órganos emergen así como manifestación de las diversas estructuras organizativas del Estado. Por ejemplo, el órgano ejecutivo, el órgano judicial y el órgano legislativo.
- Pero el órgano es nada más que la caparazón del poder, su diseño responde a la necesidad de cobijar uno o varios titulares a quienes se inviste para el ejercicio activo de la jurisdicción acordada. Emerge de este modo el presupuesto de titularidad, encarnado en un determinado sujeto o un grupo de ellos. Por ejemplo, el presidente, los legisladores, los jueces.
- Configurado el órgano y realizada su cobertura *imprescindible es que el diseño sea dotado de facultades que a la hora de materializarse reflejen la actuación del poder.* Tal es el presupuesto de funcionalidad, cuya ausencia tornaría irrelevante al órgano y su titular. Por ejemplo, las competencias que la Constitución acuerda a cada uno de los poderes en los arts. 75, 99, 116.
- Para cumplir con su cometido *cada poder necesita un mínimo de independencia; diremos más, requiere de un espacio propio que conlleva a identificar ese ámbito con el presupuesto de autonomía. Con arreglo a él, las determinaciones adoptadas son una emanación de su propia soberanía en cuanto aptitud de autodeterminación.*
- Estrechamente *conectado al espacio soberano de cada fracción del poder fluye el presupuesto de exclusividad de los atributos encomendados. Por tanto, muchas veces el sistema otorga cierta competencia a un poder y simultáneamente, excluye por incompatible la posibilidad que otra rama use de tal atributo.* Por ejemplo, la facultad de administrar justicia instada en ejercicio del derecho a la jurisdicción conferida al Poder Judicial de la Nación, art. 116, conlleva la elemental interdicción de que el Ejecutivo o el Legislativo asuman ese cometido.
- *Un modo de atenuar los alcances de la exclusividad se opera en los casos que la Ley Fundamental requiere de la aquiescencia de más de un poder para dar vida a un único acto.* Con tales excepciones queda reflejado el presupuesto de cooperación, posibilitando lugares comunes que conducen a la concertación y el entendimiento. Por ejemplo, la hechura de la ley, sancionada por el Congreso y promulgada por el Ejecutivo.
- Mas como *la actividad de los poderes necesita de una interrelacionada vigilancia para realizar la máxima de que sólo el poder frena al poder, alumbrá*

el presupuesto de control. En nuestro sistema, por ejemplo, los actos del Ejecutivo son controlados por el Legislativo y el Judicial; los del Legislativo susceptibles de verificación por la Jurisdicción y a veces por el Ejecutivo; el producto del Judicial es fiscalizado internamente por otros órganos de ese poder (Consejo de la Magistratura) o por el Congreso si se trata de juzgar la responsabilidad política de los miembros la Corte Suprema de Justicia.

- *En un sistema político regular, como el ideado por el constituyente originario, la síntesis a que conduce la concurrencia simultánea de los citados presupuestos desemboca en el equilibrio del poder.* Bien entendido que esa ponderación se materializa en la medida que la Constitución mantenga acertadamente la distribución de competencias que por naturaleza corresponden a cada poder.

En el cierre de esta nota veremos en qué medida los Decretos de Necesidad y Urgencia han afectado estos presupuestos y consecuentemente al principio de División de Poderes.

II. El soporte filosófico y jurídico de los Decretos de Necesidad y Urgencia lo configura la emergencia

Para avanzar en el desarrollo del cometido propuesto es de interés puntualizar que el soporte filosófico y jurídico que asienta los Decretos de Necesidad y Urgencia es el de las Emergencias.

Superadas las tesis negatorias que vieron en la Emergencia una incongruencia del Estado Constitucional y en presencia de un fenómeno que ha producido enormes transformaciones en nuestro derecho, viene al caso recordar que *la reforma del 94 constitucionalizó el prolífico y exhuberante vocablo de la “emergencia”*.

Por supuesto que tal positivización no significa que la figura haya nacido con ella. Para esa época la empiria de su fecundidad permitía constatar emergencias constitucionales, es decir previstas por el ordenamiento, como el Estado de Sitio y la Intervención Federal y otras manifestaciones lesivas de la Constitución como el Poder de Policía de Emergencia, los Decretos de Necesidad y Urgencia y la Legislación Delegada e, incluso, algunas muestras históricas del autoritarismo de pasadas décadas como los gobiernos de facto y la ley marcial. El reformador del ‘94 computa entre sus innovaciones el haber blanqueado la suerte de los Decretos de Necesidad y Urgencia, art. 99 inc. 3º y la Legislación Delegada, art. 76.

Ello es demostrativo de la significación adquirida por el fenómeno de la emergencia en un país tan proclive a recrear sus devastadores efectos. No extraña, entonces, que un autor de la valía de Bidart Campos haya afirmado que *“Estamos enfermos de emergencia”*; en tanto otro publicista abrumado por la cuantía de ella se interrogaba a mediados de los ‘90 *¿Cuánta emergencia es capaz de soportar la República?*

Esas expresiones deben entenderse como manifestación del hastío generado por el indiscriminado uso y abuso de la Emergencia en la Argentina, desde que casi no hay segmento que no haya sido alcanzado por ella, puesto que *la Emergencia es sanitaria, agropecuaria, forestal, educativa, previsional, extrañando que todavía a nadie se le ocurriera legitimar la Emergencia Sentimental, pues revelando el costado humano de nuestros vernáculos detentadores bien podría servir para justificar muchos de los desaguisados que se estilan desde el poder.*

Más allá de la ironía, lo dicho sirve para asumir, con esa dosis realista que predicaba César E. Romero, la presencia de este obligado huésped de nuestras vivencias institucionales, ya que es de rigor que experimentemos interminables procesos donde todo se califica como emergencia, situación que conduce a deformar su verdadera entidad.

En ese contexto, si es cierta la afirmación de quienes predicán que el derecho es conducta humana objetivada comporta un desafío frente a sus manifestaciones patológicas el asumir la enfermedad, porque sólo así -alguna vez, medicina mediante- será realidad el ideal kelseniano del “deber ser”.

III. Técnica de regulación

A tenor de las notas que lo regulan en el Derecho Público Federal Argentino podemos conceptualizar a los Decretos de Necesidad y Urgencia como *ley material nacida en circunstancias excepcionales, por voluntad del Ejecutivo, sujeta a la aprobación del Congreso, con vigencia transitoria por el lapso de la Emergencia y expuesta a reputarse como inexistente.*

Tal noción, congruente con la flamante regulación del art. 99 inc. 3º incorporada en 1994, a pesar de su corta vigencia, experimenta una marcada y paulatina desvirtuación que amenaza con la absoluta desnaturalización del novísimo instituto.

Para comprobar lo verosímil del aserto, necesario es recordar la técnica de que se valen los códigos fundamentales para dar vida a un Decreto de Necesidad y Urgencia.

Apreciamos, entonces, en el universo constitucional dos fórmulas legislativas.

- A) Hay un primer grupo de Constituciones que apelan al concepto indeterminado de “necesidad y urgencia”, “interés nacional”, “relevancia y urgencia” “perturbación en forma grave e inminente del orden económico...”, “casos extraordinarios”, etc. Por ej. las constituciones de Italia, España, Brasil, Perú.

No puede ignorarse que los mencionados conceptos son expresiones que por su latitud y ambigüedad sirven para que el poder de turno -amparado en la indefinición del supuesto habilitante- se sienta autorizado a usar del remedio extraordinario cada vez que juzga hallarse en presencia de esos acontecimientos.

- B) La otra técnica legislativa que el observador puede verificar en algunas Constituciones es *aquella que sin desentenderse de la referencia a esos enunciados procura una mayor determinación del supuesto fáctico.*

Así, con el fin de complementar la proposición de necesidad y urgencia, estas leyes fundamentales definen la inequívoca ocurrencia de hechos cuya constatación se torna más objetiva, restando margen a la discrecionalidad propia de tales actos.

En ese tipo de instrumentos fundamentales, el suceso que determina la producción de la base fáctica puede tener que ver con datos de corte institucional vinculados a la dificultad o imposibilidad que tiene uno o más poderes del Estado para funcionar de modo regular. Paradigma de esa regulación en materia de emergencias se materializa en el texto de la Constitución francesa de 1958.

IV. El sistema argentino

De las caracterizaciones trazadas se desprende que el criterio seguido por el constituyente argentino para habilitar el dictado de un Decreto de Necesidad y Urgencia es compatible con el segundo de estos temperamentos legislativos *fluyendo como la mixtura de un concepto indeterminado (las circunstancias excepcionales que son equivalentes a Necesidad y Urgencia) y otro concepto determinado (imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para la formación de la ley)*.

De 1994 a la fecha ha transcurrido buen tiempo. Las estadísticas con que contamos indican que entre la reforma constitucional de ese año y agosto de 1998 el entonces presidente Carlos S. Menem dictó 137 Decretos de Necesidad y Urgencia.

La cifra es de por sí significativa, indicando un promedio de poco más de 34 actos legislativos por año. Pero la importancia de los guarismos pasa a ser escandalosa si se repara que ninguno de esos Decretos de Necesidad y Urgencia fue emitido frente a un cuadro de circunstancias excepcionales que imposibilitaran la formación de la ley ... !!!

Esto significa, en buen romance, que el Ejecutivo hizo caso omiso a la prescripción constitucional que el mismo contribuyó a positivizar desde el Pacto de Olivos, pasando por la ley 24.309 declaratoria de la necesidad de reforma y la ulterior sanción de la Convención Constituyente.

Lo mismo puede decirse de la administración que sentó sus reales en la Casa Rosada a partir del 10 de diciembre de 1999. En efecto, el nuevo presidente había dictado quince Decretos de Necesidad y Urgencia en cinco meses de gestión. También, es de público y notorio, que en ninguno de esos casos medió imposibilidad de que el Congreso legislara.

V. Una extraña mutación por sustracción

A la luz de estas perniciosas prácticas estiladas de modo continuado durante dos gestiones, es válido advertir que a esta altura, corremos el riesgo que la norma constitucional del artículo 99 inc. 3º quede anclada, definitivamente, en lo que aparece como una extraña mutación por sustracción que ha venido experimentando el precepto desde el inicio mismo de su vigencia con la reforma constitucional de 1994.

El operador del derecho podrá advertir que el fenómeno anotado es de fácil demostración.

Así, en tanto la disposición suprema se mantiene intacta en la Constitución formal (vigencia normológica), como consecuencia de una reiterada e ilegal práctica impuesta por los Ejecutivos de turno, con la convalidación del Judicial y la generalizada omisión del Legislativo, las disposiciones constitucionales tienen vigencia efectiva en una parte de ellas, pero no en su totalidad.

Justamente la porción sustraída por la constitución material (vigencia sociológica) es la que refiere a la exigencia de que para legislar por razones de necesidad y urgencia resulta indispensable la atrofia del órgano congresional.

En otras palabras, el poder lee una parte de la norma. Su lectura se limita a la porción del precepto que autoriza el ejercicio de la potestad, omitiendo acatar aquella otra parte de la disposición que restringe el uso del atributo.

A propósito de ello, conviene recordar que para la teoría constitucional toda mutación constitucional se caracteriza porque produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que dicha transformación quede actualizada en el documento constitucional.

En verdad, no todas las mutaciones por su sola calidad, son negativas. Examinando el texto histórico de la Constitución de 1853/1860 nos encontraremos con cláusulas que a pesar de hallarse contenidas en ella, con el transcurso del tiempo resultaron inobservadas por diversas circunstancias. Tales los casos, por ejemplo: de la concesión de patentes de corso y cartas de represalía; la prohibición para que el presidente no pudiera ausentarse del territorio de la Capital sin permiso del Congreso; la autorización para reunir a las milicias de las provincias cuando lo exija la ejecución de las leyes de la Nación; el ejercicio de los derechos del patronato nacional, a partir de la firma del Concordato con la Santa Sede en 1966, etc.

En todos estos casos previstos por la Ley Mayor argentina y otros que bien podrían sumarse, la innovación sociológica que atemperó u obstó a la vigencia de la cláusula constitucional fue producto del acomodamiento de nuevos conceptos en los que la relación temporal superó con hechos a las previsiones normativas originarias.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, es decir de los Decretos de Necesidad y Urgencia, *el fenómeno se ha materializado en forma inmediata a la postulación constitucional y no hubo un decurso de tregua que permitiera la vigencia plena del art. 99 inc. 3º. Hemos de convenir, entonces, que esta extraña mutación quiebra los planes del constituyente, arrojando el preocupante sino de la desconstitucionalización de la figura.*

VI. Decretos de mera conveniencia

De subsistir la tendencia apuntada, los Decretos de Necesidad y Urgencia habilitados por el reformador de 1994 habrán mutado definitivamente en actos meramente discrecionales, los que para su coronación y reinado sólo requieren del auto-

suficiente juicio del Ejecutivo, en un ámbito donde la oportunidad y conveniencia imponen sus propias reglas a la Constitución.

Ello, por el momento, innova la naturaleza excepcional del instituto y es revelador de que en vez de Decretos de Necesidad y Urgencia se ha producido una teórica creación: la de los Decretos de Conveniencia.

Es que contrariando las previsiones del sistema, cada vez gana mayor espacio el razonamiento que los Decretos de Necesidad y Urgencia constituyen algo así 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 demandaría la participación del Congreso.

En ese iter: la mora congresional, el rechazo de una iniciativa por parte del órgano representativo, la falta de quórum para deliberar y hasta la ausencia de consenso para resolver acerca de un proyecto de ley, se emplazan como “fatales” causas paraconstitucionales para sustentar la producción de estos actos.

Tales presupuestos impostan un falseamiento constitucional porque ni de la letra, ni del espíritu de la Ley de Leyes se desprende que la discreción del Ejecutivo, sumada a las naturales tardanzas legislativas del órgano colegiado, sirvan de supuesto habilitante para que aquél emita normas amparado en el artículo 99 inc. 3°.

VII. La ordinarización de una herramienta prevista para implementar políticas de Estado

Otra consecuencia de la anómala práctica es que la calidad de extraordinario, que por cualidad esencial pertenece a un Decreto de Necesidad y Urgencia, pasa a ordinarizarse cayendo la postulación expuesta por la mejor doctrina que ve en ellos a un instrumento destinado a reflejar políticas de Estado.

Hay que entender que la posibilidad del dictado de un Decreto de Necesidad y Urgencia se ha instalado en la Ley Mayor para trascender el interés circunstancial del detentador de turno. Ello, porque la solución que allega el acto legislativo interesa a toda la sociedad afectada por el estado de necesidad y el trastorno que experimenta el poder, amenguado en su funcionamiento por la parálisis que padece, nada más y nada menos, que el órgano más representativo de la configuración triangular.

Lo verosímil del aserto halla asidero en la redacción del precepto que para habilitar estos actos exige no sólo un extremo de necesidad y urgencia, sino además una situación fáctica de parálisis congresional por motivos ajenos a la voluntad del órgano representativo.

En consecuencia, en el sistema argentino -siempre a tenor de la previsión constitucional que los autoriza- el Poder Ejecutivo carece de plena discrecionalidad para emitir un Decreto de Necesidad y Urgencia. En el “hacer” del presidente, a todo evento, existe discrecionalidad fragmentada en el procedimiento de emisión. Ella se manifiesta cuando el primer mandatario juzga que existe un extremo de necesidad y urgencia. Mas como la existencia de esa situación es una parte del presupuesto ha-

bilitante, el acto habrá de legitimarse en tanto, además, concurra la objetiva e ineludible existencia del impedimento para obrar que afecta al Congreso.

Lo cierto, lo lamentable de todo esto, es que a la distancia de los tiempos, la realidad se ha encargado de demostrar lo que alguna vez calificamos como desacierto del constituyente, -a siete años de su vigencia- es un indiscutible dato de la realidad.²

VIII. Extemporánea constitucionalización de una figura que no cuaja en nuestro presidencialismo

Si lo dicho vale para objetivar una inocultable realidad, habrá que atender al hecho que la extemporánea constitucionalización del instituto es fruto de una reforma contradictoria que no cuaja en nuestro sistema presidencial.

Estas afirmaciones merecen, brevemente, el correlato de su justificación.

De la mano de los cuestionamientos que ha merecido el fraccionamiento del poder y en la necesidad de suministrar la herramienta apropiada a un Estado que había dejado de ser espectador para convertirse en protagonista, adquirió definitiva carta de ciudadanía en Constituciones y leyes de la primera postguerra el concepto de legislación necesitada.

Así lo evidencian, entre otras, la Constitución austríaca reformada en 1929; la Constitución Española de la Segunda República; la legislación instaurada por Mussolini en la Italia de los '20 y el Estatuto Albertino de 1848; como las autorizaciones del Parlamento francés que a partir de 1930 acordó plenos poderes al gobierno.

Tal es la primera gran incongruencia que traduce la constitucionalización de los Decretos de Necesidad y Urgencia en nuestro ordenamiento.

La figura llegó extemporánea porque no viene a servir a un Estado de bienestar, sino a su opuesto, un Estado que en el contexto de la globalización rinde culto al más crudo liberalismo, bajo el sino del “dejar hacer” y “dejar pasar” impuesto por las leyes del mercado.

IX. Reforma contradictoria

Pero más allá o más acá de esa ubicuidad temporal que podría salvarse con la utilidad que en la relación espacial puede prestar un instituto, lo cierto es que de cara a su inserción ella ofrece además notoria incompatibilidad entre algunos de los objetivos que dijo perseguir la reforma y aquéllos que la realidad exhibe.

Así, la prédica reformista contabilizó entre sus propósitos los de atenuar el presidencialismo y conferir una mayor cuota de responsabilidades al Congreso.

² Midón Mario A.R., “Decretos de Necesidad y Urgencia: un desacierto del constituyente”, revista *El Derecho* 17-2-95.

No puede sostenerse, porque el sentido común lo rebate, que la expresa autorización para que el Ejecutivo legisle, sea a través de Decretos de Necesidad y Urgencia, Decretos Delegados o, a través de la Promulgación Parcial de Leyes, importa recortar sus facultades.

Tampoco, insinuar que a raíz de ello acrecieron las competencias del órgano legislativo en orden a la tarea de control que de los Decretos de Necesidad y Urgencia se le encargó, pues ese laboreo le fue reconocido desde siempre como un atributo indiscutible de toda asamblea representativa, en cuanto titular de la potestad de emitir normas.

Somos conscientes que la Convención Nacional Constituyente de 1994 cargaba sobre sus espaldas un espúreo festival legislativo en materia de Decretos de Necesidad y Urgencia. De buena fe, muchos de los auspiciantes del Pacto de Olivos (acuerdo entre el presidente Menem y el ex presidente Alfonsín que impulsó la reforma constitucional) pudieron haber creído que un correcto encuadramiento del instituto ayudaría a su reinserción en cuenta el precedente de los múltiples abusos que su admisión jurisprudencial había generado. Hubo, quizá, una excesiva confianza en la creencia que los preceptos del ordenamiento serían autosuficientes, por sí solos, para que aquel Ejecutivo y los que vinieran fueran capaces de modificar sus hábitos sujetándose a los restricciones impuestas.

Y, aunque puede resultar sobreabundante, habrá que decirlo una vez más. La realidad nos demuestra que el imperio de una regulación no basta para poner coto a nuestra ingratitud para con las reglas de convivencia y sobre todo, con la vocación del poder para expandirse a costa de cuanto mecanismo infractorio sea imaginable. Detrás de esta afirmación hay toda una historia plagada de tortuosas ilegalidades que tienen que ver con nuestro afán para hacer del derecho vigente una norma de oportunidad.

X. Institución propia de sistemas parlamentarios

Precisamente porque en los sistemas parlamentarios se ha popularizado la expresión de que hoy es el gobierno quien legisla y el Parlamento quien se opone, se ha dicho y con razón que una cosa son los Decretos de Necesidad y Urgencia en aquellos regímenes y otra en los presidencialistas.

En efecto, un espacio institucional en que el Ejecutivo es emanación de las Cámaras, donde su mantenimiento responde a la voluntad de la asamblea y al equilibrio político entre gabinete y Parlamento, presta un marco de interdependencia por integración a partir del cual es más factible que el controlante juzgue a su controlado.

Por oposición, la modalidad presidencial con un Ejecutivo fuerte -sobre todo si es fuertísimo- como ocurre en la mayoría de los países Latinoamericanos- ofrece a aquél la nada desdeñable perspectiva de extender sus prerrogativas para convertirse en un presidente que no sólo gobierna y administra, sino que de modo regular también legisla.

Si alguna duda cupiese están a la vista los desarreglos de Perú y Brasil, naciones donde al amparo de permisivas interpretaciones estos actos se ven multiplicados como peces y panes en el milagro bíblico.

Claro que no hay necesidad de recurrir a experiencias extranjeras. En nuestras vernáculas prácticas los Decretos de Necesidad y Urgencia se han convertido en un recurso casi corriente del poder. Ya lo eran antes de la reforma del '94, con mayor razón luego de ella. Por eso, la habitualidad con que se apela a ellos amenaza con intervertir la entidad de extraordinaria que es propia de la figura, convertida en un hecho regular que, al tiempo que presume una mayor autonomía del Ejecutivo lo deja cautivo de una reiterada ilegalidad.

XI. La inobservancia de los límites constitucionales

Como a pesar de la constitucionalización del atributo subsiste la certidumbre de la deformidad que entraña depositar en el Ejecutivo la aptitud de legislar, los códigos fundamentales que dan cabida a los Decretos de Necesidad y Urgencia procuran limitar el radio de acción que pueden abarcar estos instrumentos, sea restringiendo las materias sobre la que ellos pueden versar, sea precisando otras inmunes a su alcance.

Nuestra Ley de Leyes no es excepción a esa regla. Pero resulta objetable que apenas se ha circunscripto a definir, y de modo parcial, el linde material acotado a temas penales, tributarios, partidos políticos y leyes electorales.

Acotadísimas restricciones que a la postre parece que han servido para dar vida a una interpretación puramente exegética. Aquélla que consolidó la viciosa práctica de estos años, con arreglo a la cual se supone que a excepción de esos tópicos en nuestro sistema todos los demás son susceptibles de regulación por vía de la legislación necesitada.

La inferencia que nos brinda la ilegalidad de la rutina no ha computado que, paralelos a los límites explícitos establecidos por el reformador, están aledaños otros implícitos que fluyen de la economía del sistema republicano. Por ese firmamento de salviedades deben anotarse, también: 1) la prohibición de comprender a través de D.N. y U. restricciones a los derechos, declaraciones y garantías contenidos en la primera parte de la Constitución; 2) los derechos y garantías que no se suspenden durante las emergencias; 3) el deber de motivar suficientemente el acto; 4) la razonabilidad del mismo; 5) la de precisar el término de vigencia de tan excepcional acto; y 6) el respeto a la supremacía constitucional y el orden de prelación de leyes.

XII. El valor del silencio congresional

Al respecto, el nuevo art. 82 al disciplinar el silencio del Congreso apenas ha importado un avance para desterrar la doctrina "Peralta" emanada de la Corte a principios de los '90.

Sin lugar a dudas el punto central, y por ende el más controvertido de la entronización constitucional del '94, fue en su momento el referido al valor del silencio congresional cuando éste es llamado a expedirse frente a un Decreto de Necesidad y Urgencia emitido por el presidente. Habían dos soluciones, una descalificar el acto legislativo presidencial cuando el Congreso no se expedía; otra, mantenerlo enhiesto, como ha ocurrido.

A la postre, los pactistas de Olivos han mantenido el status quo ante el posible mutismo del órgano controlante, toda vez que la omisión de éste para expedirse -si bien obsta al perfeccionamiento del acto legislativo- en modo alguno impide que el decreto continúe en vigencia hasta que el Congreso lo apruebe o rechace de modo inequívoco.

De allí que el complemento del artículo 99 inc. 3º, el nuevo artículo 82, ha resuelto una parte de la problemática existente poniendo fin al penoso criterio judicial con el que a partir de "Peralta" la Corte introdujo a nuestro derecho una suerte de "ficta confesio" del Congreso.

Mas como la sanción no ha disciplinado el valor negativo del silencio en el tiempo, como sí lo hacen otras constituciones, ella sigue prestándose a que el Ejecutivo de turno opere especulando con la apatía congresional, sea porque está en condiciones de impedir el tratamiento en ese ámbito o porque es previsible que los órganos representativos reiteren lo que ha sido histórica desidia a la hora de ejercer el control.

XIII. El control judicial

En la jurisprudencia de la Corte, el control de constitucionalidad de los Decretos de Necesidad y Urgencia reconoce más oscuros que claros.

El alto tribunal registra avances intermitentes, a veces zigzagueantes, como también serios retrocesos que en algún momento han puesto en tela de juicio la entidad institucional de la incumbencia de control.

Es plausible, por ejemplo, que los integrantes del encumbrado tribunal de la república hayan reivindicado como patrimonio judicial la facultad de verificar la concurrencia de los hechos habilitantes de la competencia presidencial; claro está que la eficacia de tal reivindicación ha tropezado con la nebulosa que la propia Corte disciplinó en el caso "Verocchi"³, al sostener de manera contradictoria cuáles son esos hechos habilitantes.

La evaluación de las directrices jurisdiccionales no puede eludir la mención del emblemático bochorno que representó la sentencia dictada en "Rodríguez",⁴

³ Publicado en revista *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional* del 22-10-99 con comentario de Midón Mario A.R., "Verocchi": Empate técnico entre libertad y poder.

⁴ Publicado en *Jurisprudencia Argentina* del 18-3-98 con comentario de Morello Augusto Mario "La destrucción del control difuso de constitucionalidad".

cuando en uno de los pronunciamientos más retrógrados de los últimos tiempos se avino a legitimar un Decreto de Necesidad y Urgencia aduciendo, en irregular procedimiento, ausencia de jurisdicción del juez que dispuso la suspensión de sus efectos y la falta de legitimidad de quienes ejercieron el derecho a la jurisdicción.

A esas disfuncionalidades de la jurisdicción, salvando lo resuelto en el caso “*Video Club Dreams*”⁵ ha venido a sumarse lo decidido en “*Guida*”.⁶

Con arreglo a lo fallado en este último caso, al convalidar una poda salarial, es notorio que en nuestra Corte se arraigó la creencia de que el Congreso -cuando convalida un Decreto de Necesidad y Urgencia- cubre con su acción cualquier vicio de origen, purifica los actos irregulares del Ejecutivo, sana cualquier defecto congénito; en fin, oficia de sánalo todo y hasta termina inhibiendo el control judicial.

XIV. La seria afección al principio de división de poderes y su traslado al Derecho Público de los Estados de nuestra federación

Escrutando en esa dura realidad la conclusión es inevitable. La afección del principio de división de poderes que trae aparejada la institución que tratamos no sólo alcanzó a las relaciones del Legislativo con el Ejecutivo. También resiente el contralor de constitucionalidad que es propio del Judicial.

Entonces es cierto que con la cobertura de la autorización constitucional se ven afectados varios presupuestos de la división de poderes.

Así, se lesiona el presupuesto funcional; luego, se frustra el presupuesto de autonomía; se fractura el presupuesto de cooperación; también se reduce el presupuesto de control y, por supuesto, se rompe el presupuesto de equilibrio.

Por otra parte, algunos Estados de la Federación han constitucionalizado el atributo, sin advertir el grado de ilegalidad que ello comporta.

Ello es así porque las razones que determinan al Estado Federal apelar a un instituto de emergencia tienen que ver con cuestiones de alta política, vinculadas mediata o inmediatamente con intereses de toda la sociedad, o un vasto sector de ella, *la que como tal no puede deambular en el variado “criterio” de las porciones autonómicas que representan los gobiernos provinciales y el de la ciudad de Buenos Aires.*

Las provincias que facultan a sus gobernadores a emitir Decretos de Necesidad y Urgencia están incursas en flagrante inconstitucionalidad. Ello, porque alteran la homogeneidad de las formas institucionales que desea prevenir el artículo 5º,

⁵ Publicado en *La Ley* 1995-D, pág. 243, con comentario de GELLI María Angélica, “Amparo, legalidad tributaria y decretos de necesidad y urgencia. (El caso “*Video Club Dreams*”)

⁶ Publicado en *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional del 4-8-01 con comentario de MIDON Mario A.R. “*Guida*”: otro caso de necesidad y urgencia en el que la Corte detrae el control de constitucionalidad.

rompen la igualdad de las provincias, al tiempo que reasumen facultades que en su momento fueron delegadas al gobierno federal.

XV. Un nuevo apocalíptico jinete

En anterior obra de nuestra autoría hemos sostenido que así como en la obra pictórica del artista alemán Pedro Cornelius y la novela del español Vicente Blasco de Ibáñez se retrata a los cuatro jinetes del apocalipsis en una visión dantesca que representa el exterminio de la humanidad a través del hambre, la peste, la guerra y la muerte; así también en la historia política argentina podemos encontrar reflejados a los cuatro jinetes del apocalipsis institucional representados por la Intervención Federal, el Estado de Sitio, la Ley Marcial y el Gobierno de Facto.

La analogía de la literaria metáfora responde al hecho de que aquellas cuatro emergencias, a veces separadamente, otras de modo promiscuo, ejercieron decisiva influencia en el desarrollo del devenir.

Si por el método de supresión mental, el que postulaba Thyren, las excluyéramos del pasado, seguramente otro sería nuestro presente y más auspicioso el mañana.

La irrupción en escena de los Decretos de Necesidad y Urgencia, con su demolidora cuantía a partir de 1989, sobre la base del símil trazado, ha rebasado los límites de la figura con un nuevo apocalíptico jinete, tan arrogante y oprobioso como los otros cuatro, el que también arrima signos devastadores para el empequeñecimiento institucional de la República.

Desde la perspectiva constitucional sólo resta una reflexión. Tanta agua ha corrido y sin embargo el torrente contiene hoy las mismas impurezas que ayer supimos repeler.

En el pasado era malo que el rey legislara; hoy, sin embargo, la necesidad ha convertido lo ruin en bueno y a la vuelta de los tiempos quien sustituyó al monarca recobró una importante cuota de poderes perdidos.

Seguramente, si Heráclito viviera frente a este singular panorama, pensaría dos veces antes de enunciar su paradigma de que no podemos bañarnos dos veces en la misma fuente.

Néstor Pedro Sagüés*

Las cláusulas de salvaguardia de la Constitución

1. Introducción

En los últimos lustros, el derecho constitucional latinoamericano ha elaborado una serie de preceptos constitucionales destinados a enfrentar los frecuentes golpes de Estado que han asolado la región, y que de hecho produjeron, con distintos matices, diversos gobiernos *de facto* que usurparon funciones estatales, además de simultáneos o posteriores fenómenos inconstitucionales de suspensión (total o parcial), derogación (también total o parcial), reforma o sanción de una nueva constitución.

Los operativos de paralización o de reemplazo de un texto constitucional por un régimen de facto son, por cierto, múltiples. Un método frecuente ha sido una proclama de las autoridades *de facto* (que casi siempre han sido funcionarios “nuevos”, salvo los casos de autogolpe, en los que el gobernante *de iure* se transforma en *de facto*), donde sancionan un nuevo documento con rango constitucional que declara que la constitución anterior sigue vigente, pero en tanto no se oponga a aquél.¹ Generalmente esto supone una suspensión (inconstitucional) de parte de la Constitución preexistente, la que recobraría vigor concluido el gobierno *de facto*.

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

El presente trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigaciones del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

¹ Con referencia al régimen *de facto* argentino de 1966-1973, que utilizó esta metodología, v. Miquel Ferrero Ernesto, *Leyes fundamentales argentinas*, en Instituto de Ciencia Política de la Universidad del Salvador, *La “Revolución Argentina”. Análisis y prospectiva* (Buenos Aires, 1966), editorial Depalma, pág. 199 y sigts.

Pero en otros casos el régimen *de facto* suprime la constitución hasta entonces imperante, y declara en vigor otra,² o abre una instancia constitucional nueva, convocando a una convención constituyente,³ que sanciona una constitución distinta, con frecuencia convalidada por un plebiscito. También es factible que dicte por sí una nueva constitución que reemplace total o parcialmente a la anterior, con o sin plebiscito aprobatorio.⁴ No ha faltado el régimen *de facto* que ha intentado ejercer el poder constituyente ofreciendo al pueblo un nuevo texto constitucional, y que el cuerpo electoral rechazó.⁵

El panorama descrito ha provocado que en diversos Estados latinoamericanos, producida su reconstitucionalización en las dos últimas décadas del siglo XX, sancionaran en su texto constitucional normas relativas al castigo de eventuales y futuros regímenes *de facto*, otras concernientes a la validez jurídica de sus actos y además, cláusulas concernientes al ejercicio de la rebelión popular contra ellos.

La explicación de tales artículos estriba, desde luego, en la experiencia previa. Apunta, en definitiva, a “curarse en salud”, para desalentar futuras aventuras golpistas.

Pero también cabe preguntarse por qué otros países del área, que también padecieron de regímenes *de facto*, no han dictado después, una vez reconstitucionalizados, normas proscriptivas de ellos.

La respuesta a este último interrogante puede ser triple. En primer lugar, en ciertos casos, los regímenes *de facto* han sancionado nuevas constituciones que rigen todavía en el presente, y por ende, resulta ilógico que sancionaran el pecado de su autor (caso de Chile y Perú, v. gr.). En una segunda situación, ciertas naciones padecen todavía de un estado latente de desequilibrio y de inestabilidad sistémica en el que el solo hecho de intentar abordar ahora en su texto constitucional reglas relativas a golpes de Estado, implica un fenómeno de alto riesgo y de imprudente tratamiento. Para ellas, el asunto importa una suerte de tema tabú, que hasta por cábala sería mejor no mencionar en la ley suprema. Finalmente, hay otros países que

² Tal fue la “Proclama” del gobierno militar provisional argentino del 27 de abril de 1956, que derogó la constitución de 1949 y reimplantó la de 1853/60. En 1958 una convención constituyente, elegida con graves proscripciones electorales, convalidó tal decisión. Sobre el desempeño como poder constituyente de los regímenes *de facto* argentinos, nos remitimos a nuestros *Elementos de Derecho Constitucional*, 3a. edición, (Buenos Aires, 1999), editorial Astrea, t. 1 pág. 214 y siguientes.

³ Caso del Perú, después del autogolpe realizado por el Presidente Fujimori en 1992, que genera el proceso constituyente del que surge la Constitución de 1993.

⁴ La Constitución de Chile de 1980 fue elaborada por el régimen militar y posteriormente refrendada por vía de plebiscito. Previamente se había abolido la Constitución preexistente al golpe de 1973. Por su parte, el *Estatuto Fundamental* sancionado por el régimen militar argentino en 1972, que reformaba importantes cláusulas de la constitución preexistente, continuó aplicándose parcialmente durante el gobierno *de jure* posterior, sin haber sido ratificado por un plebiscito popular.

⁵ Tal es el caso del proyecto de Constitución elaborado durante el gobierno *de facto* de Uruguay y por medio de una asamblea (31 de octubre de 1980), rechazado por el plebiscito del 30 de noviembre de 1980.

entienden que con los artículos habituales declarativos de la supremacía constitucional el problema tiene suficiente tratamiento, y que -más todavía- no es adecuado regular a través de normas jurídicas acontecimientos extraconstitucionales (o mejor dicho, anticonstitucionales) como las asonadas, cuartelazos o usurpaciones del poder, generalmente inmanejables desde el ángulo del derecho.

2. Variables de las cláusulas antigolpistas

En el derecho constitucional latinoamericano de última generación se encuentran previstas distintas situaciones en el tema que tratamos. Sin pretender agotar el listado de textos y de alternativas, se detallan aquí algunas de ellas.

a) *Subsistencia de la vigencia de la Constitución*

Es una cláusula muy frecuente. Se puede citar, al respecto, el art. 137 de la Constitución del Paraguay de 1992, cuando advierte que “Esta Constitución no perderá su validez si dejara de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella dispone”. La misma regla se repite básicamente en el art. 333 de la Constitución de Venezuela de 1999, y cuenta con el precedente del art. 307 de la Constitución del Perú de 1979. El actual art. 136 de la Constitución de México añade que si por cualquier trastorno político se establece un gobierno contrario a los principios de la Constitución, “tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia”.

El texto argentino (art. 36, según la reforma de 1994), especifica por su parte que la Constitución “mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático”.

La idea que anima a estos preceptos es que la constitución recuperará su vigor si es suspendida inconstitucionalmente por actos de fuerza. La redacción habitual es discutible, ya que si esa interrupción es dispuesta sin mediar un “acto de fuerza” (v. gr., si se produce por decisión de una autoridad constitucional, mediando consenso colectivo, y por ende, pacíficamente), ello no estaría captado por los artículos referidos, por más que la suspensión fuese notoriamente inconstitucional. La norma argentina, por su lado, ataca los actos de fuerza en contra del sistema institucional y el orden democrático, con lo que, *a contrario sensu*, parecería que si el acto violento fuera en favor de estos últimos, tampoco estaría comprendido por la regla constitucional.

En rigor de verdad, la cláusula de autodefensa de la Constitución tiene que abarcar cualquier tipo de suspensión o derogación inconstitucional de ella: sea violento o pacífico, tenga por fin atentar contra la constitución y la democracia, o no.

b) *Nulidad de los actos del usurpador*

La invalidez de “los actos verificados” por el usurpador está prevista escueta pero terminantemente por la Constitución de Honduras de 1982 (art. 3°), mientras

que el art. 36 de la reforma constitucional argentina de 1994 declara “insanablemente” nulos los actos de fuerza contra el orden institucional y democrático.

Como puede observarse, hay una importante diferencia en reputar jurídicamente nulos *todos* los actos del régimen *de facto*, o solamente aquéllos que importen un atentado contra la Constitución y la democracia. La viabilidad de la primera declaración parece casi imposible, en virtud de la maraña de decisiones y normas que puede tomar un gobierno de aquella índole, muchas de ellas propias del derecho privado y de la gestión ordinaria de cualquier autoridad, y que por razones de seguridad jurídica se mantienen aun posteriormente, conforme a la doctrina, precisamente, de los gobiernos *de facto*.⁶

c) *Delitos del agresor al orden constitucional*

La condena al golpismo ha llevado a algunas constituciones a definir como delictual tal circunstancia.

Eso se planifica con distintas modalidades. La Constitución del Paraguay de 1992 (art. 137) determina que el autor que intente cambiar el orden constitucional “incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley”.

La argentina (art. 36, según la reforma de 1994) da un paso más al tipificar como delito la interrupción de la observancia de la constitución por actos de fuerza contra el orden institucional y el democrático, y al establecer la sanción, que será la contemplada por la ley penal para los traidores a la patria (remisión a los arts. 29 y 119 de la constitución). Añade el mismo art. 36 que ellos también serán inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos, y no gozarán de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Agrega igualmente el art. 36 que “Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente por sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles”.

A su turno, la Constitución del Perú de 1979, además de establecer el juzgamiento penal de los golpistas, declaraba responsables a “los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente”, aunque disponía una singular cláusula de exención penal en favor de quienes contribuyeren a restablecer el imperio de la Constitución (art. 307), lo que puede considerarse una especie de anticipo de la figura del “arrepentido” constitucional. El artículo finalizaba con la admisión por la ley suprema de la pena de confiscación de bienes (aunque eufemísticamente hablaba de “incautación”), dispuesta por el Congreso, mediante voto por la mayoría absoluta de sus miembros, en cuanto al patrimonio de los autores del golpe, los funcionarios destacados posteriores del régimen *de facto*, “y de quienes

⁶ Sobre la validez jurídica de ciertos actos de los gobiernos *de facto*, cfr. Constantineau Albert, *Tratado de la doctrina de facto*, trad. por Enrique Gil y Luis M. Baudizzone (Buenos Aires, 1945), ed. Depalma, t. II pág. 465 y sigts.

se hayan enriquecido al amparo de la usurpación”, para reparar al Estado de los perjuicios que hubieren causado.

El art. 136 de la Constitución de México alude al derecho penal aplicable al usurpador, ya que aclara que una vez restaurada la Constitución agredida por aquél, serán juzgados con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren dictado “los que hubieran figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieran cooperado a ésta”.

El análisis crítico de estas reglas alerta, primero, que cuando el constituyente califica como delictiva a cierta conducta (en el caso, el golpismo), el legislador ordinario no puede, salvo que incurra en inconstitucionalidad por omisión, dejar de incriminarla, y de castigarla adecuadamente, en función de la gravedad de tales figuras.

Una segunda observación, ya en función del tipo penal-constitucional argentino, es que rotular a los golpistas como traidores a la patria implica una excesiva ampliación de tal delito, previsto en verdad, en el derecho penal, para castigar a quienes actúan contra su país y en favor de otro. Dicho de otro modo, sin perjuicio de la natural reprobación que merece el atentado contra el orden constitucional, ese hecho puede no significar, en sentido genuino, “traición a la patria”. No es bueno, por cierto, inflacionar este último crimen, desdibujando su tipo penal específico.⁷

Por último, es dable advertir que el constituyente dedicado a legislador penal puede incurrir en defectos específicos de descripción de la figura criminal del caso, o en incoherencias que el poder legislativo común, con más tiempo de estudio y mejor asesoramiento, podría quizá evitar. Por ejemplo, y para el caso argentino: la constitución puntualiza que los autores del golpe no pueden gozar del beneficio (que puede normalmente otorgar el Poder Ejecutivo) del indulto y de la conmutación de penas, pero nada dice sobre la posible decisión legislativa de amnistiarlos, vale decir, de despenalizar el golpe. Además, el aludido art. 36 de la constitución castiga a quienes asuman ciertos cargos públicos como consecuencia del quebrantamiento de la Constitución, con la imprescriptibilidad de la acción penal, pero no establece igual sanción para los autores mismos del golpe.

Paralelamente, respecto a los sujetos activos de los tipos penales a que hacemos alusión, no parece recomendable utilizar expresiones demasiado genéricas (como referirse a los que “hubieran figurado” o “cooperado” con la rebelión, en particular sin precisar el grado de esa colaboración), dado que ello, en particular si el régimen *de facto* perduró un tiempo prolongado, podría dar lugar a un número mayúsculo, difuso e indeterminado de culpables.

Con todo esto quiere significarse que si el constituyente intenta diseñar en esta materia algún tipo penal y establecer su sanción específica, es bueno que en tal quehacer mantenga pulcritud, lógica y consistencia jurídicas.

⁷ Nos hemos referido a este tema en Sagüés Néstor Pedro, Sobre la extensión del concepto constitucional de traición a la Patria, en “*Revista Jurídica La Ley*”, Buenos Aires, 1985-A-772.

d) *Inhabilitaciones políticas*

Otro tipo de sanción que han programado algunas constituciones es proscribir la candidatura a cargos de elección popular a “los que hayan ejercido autoridad ejecutiva en gobiernos de facto” (así, art. 101 inc. 4º de la Constitución de Ecuador, texto actualizado 1998), o a la presidencia y vicepresidencia de la República para “el caudillo (y) los jefes de un golpe de Estado, revolución armada o movimiento similar, que haya alterado el orden constitucional, ni quienes como consecuencia de tales hechos asuman la Jefatura de Gobierno” (art. 186 de la Constitución de Guatemala de 1985).⁸

e) *La desobediencia ante el régimen de facto*

Bueno es aclarar que “el supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión” está reconocido en el Preámbulo de la Declaración Universal de los derechos del Hombre (Naciones Unidas, 1948), y vale tanto para gobiernos *de facto* como *de iure* intolerablemente abusivos.

En el caso latinoamericano, otra línea de normas constitucionales antigolpistas apunta en particular a autorizar la desobediencia frente a los regímenes *de facto*. En tal sentido, el art. 3º de la Constitución de Honduras de 1982 expresa que “Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador ni a quienes asuman funciones o empleos públicos por la fuerza de las armas o usando medios o procedimientos que quebranten o desconozcan lo que esa Constitución y las leyes establecen”. Como se sabe, la desobediencia implica el primer paso del ejercicio del derecho de resistencia a la opresión, en su variante de *resistencia pasiva*.⁹

Un segundo paso se concreta cuando la constitución admite el derecho de resistencia en sentido amplio (que puede ser tanto *pasiva* como *activa*, y que culmina con el “derecho a la revolución”). En tal postura se ubica el art. 36 de la actual Constitución argentina, cuando confiere a “todos los ciudadanos” (curiosamente, la norma no habla de “habitantes”), el “derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo”. La Constitución de Honduras ya citada, después de referirse a la resistencia pasiva, añade que “El pueblo tiene derecho a recurrir a la insurrección en defensa del orden constitucional” (art. 3º).¹⁰

⁸ Estas reglas proscriptivas pueden colisionar con los derechos electorales del ciudadano enunciados por el art. 23 del Pacto de San José de Costa Rica, que no prevé como inhabilitación electoral el haberse desempeñado durante un gobierno *de facto*. Se entiende habitualmente, sin embargo, que dicho art. 23 no es necesariamente incompatible con alguna otra restricción electiva que pueda contemplar el derecho local, siempre que ella fuese intrínsecamente razonable, legítima y acorde con el sistema democrático.

⁹ Sagüés Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, ob. cit., t. 2 pág. 866.

¹⁰ Al discutirse en la convención constituyente argentina de 1994 el derecho a la rebelión contra las autoridades *de facto*, el miembro informante del despacho mayoritario no fue claro para determinar

En orientación parecida, el art. 87 de la Constitución de El Salvador menciona expresamente el “derecho a la insurrección”, aunque lo circunscribe al “solo objeto de restablecer el orden constitucional alterado por la transgresión de las normas relativas a la forma de gobierno o al sistema político establecidos, o por graves violaciones a los derechos consagrados en esta Constitución”. Y en una descripción detallada que implica la difícil regulación jurídica del derecho a la resistencia activa, añade el mismo artículo que “El ejercicio de este derecho no producirá la abrogación ni la reforma de esta Constitución y se limitará a separar en cuanto sea necesario a los funcionarios transgresores, reemplazándolos de manera transitoria hasta que sean sustituidos en la forma establecida por esta Constitución”.

El texto de este último precepto, desde luego nada frecuente en el derecho constitucional comparado, presenta varios problemas de instrumentación práctica, por ejemplo si una vez convocados los órganos constitucionales del caso, ellos se niegan a remover a los gobernantes *de facto*, o a los transgresores del orden político, destituidos mediante la insurrección popular.

Ocasionalmente, la Constitución obliga a los particulares a participar en las acciones tendientes a recuperar su vigencia, ante su derogación inconstitucional. Así lo estableció, v. gr., el art. 307 de la Constitución peruana de 1979, respecto de “to-

si aquella involucraba o no la insurrección armada, ya que por un lado habló de la resistencia pasiva y activa, para referirse después a una “forma argentina de resistir”, distinta al hecho de tomar las armas (cfr. *Diario de Sesiones* de la Convención Nacional Constituyente, versión provisoria, pág. 1399).

Cabe aclarar que la principal fuente jurídica del actual art. 36 de la Constitución nacional fue, según se advirtió en la Convención Constituyente, el art. 17 de la Constitución de la Provincia de Córdoba (Argentina). Reproducimos el mismo, que por su extensión es uno de los más largos, si no el más extenso, que hay en el derecho comparado sobre el tema:

“Art. 17. Esta Constitución no pierde vigencia aun cuando por acto violento o de cualquier naturaleza se llegue a interrumpir su observancia. Quienes ordenen, consientan o ejecuten actos de esta índole son considerados infames traidores al orden constitucional. Los que en este caso ejerzan las funciones previstas para las autoridades de esta Constitución, quedan inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargo o empleo público alguno en la Provincia o en sus municipios.

Es deber de todo ciudadano contribuir al restablecimiento de la efectiva vigencia del orden constitucional y de las autoridades legítimas; le asiste al pueblo de la Provincia el derecho de resistencia, cuando no sea posible otro recurso.

Cualquier disposición adoptada por las autoridades en presencia o a requisición de fuerzas armadas o reunión sediciosa que se atribuya los derechos del pueblo, es insanablemente nula.

A todos los efectos penales y procesales, se consideran vigentes, hasta la finalización del período para el que fueron elegidos, los fueros, inmunidades y privilegios procesales de los funcionarios electos directamente por el pueblo de conformidad a las disposiciones constitucionales, aunque sean destituidos por actos o hechos no previstos por esta Constitución. En consecuencia son nulas de nulidad absoluta y carentes de validez jurídica todas las condenas penales y sus accesorias civiles que se hubieran dictado o se dictaren en contravención a esta norma”.

Ciertas provincias argentinas han adoptado reglas similares, aunque haya algunas veces variaciones de importancia. Por ejemplo, la Constitución de San Juan (art. 121), de la Provincia de Buenos Aires (art. 3º), de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 4º), etc.

do ciudadano, investido o no de autoridad”, norma seguida por el art. 334 de la Constitución de Venezuela de 1999. Esto puede importar un *deber de resistencia* frente al agresor de la Constitución. Sin embargo, tales textos no aclaran si la renuencia a cumplir con tal obligación constitucional importa o no delito.

3. Sobre la eficacia de las reglas constitucionales de salvaguardia de la Constitución

El tema provoca diversas reflexiones.

Por un lado, estas normas pueden tener un serio sentido de ética política y docencia republicana, al repudiar y neutralizar las violaciones del orden constitucional, autorizar (y hasta exigir) la resistencia frente a los usurpadores o pervertidores del régimen constitucional y prever castigos para éstos.¹¹

También es cierto que las cláusulas referidas pueden desalentar en algo las aventuras golpistas, pero de modo más intenso la participación de civiles en cargos relevantes de los gobiernos *de facto*, ante las posibles sanciones que podrían recibir en el gobierno constitucional subsiguiente.

En el campo de la realidad, la vigencia de esos preceptos puede ser relativa. No cabe olvidar, naturalmente, que el usurpador pronto dejará sin efecto a tales cláusulas, ejercitando para ello, casi con seguridad, un poder constituyente irregular. La historia, sin embargo, no terminará allí, ya que todo dependerá del vigor final del ejercicio del poder constituyente por tal régimen, esto es, si logra consolidarlo en el tiempo.

Es de presumir, eso sí, que cuando un usurpador tenga frente a sí una constitución por él atacada que castigue de modo anticipado y duramente su rebelión, intente a través de un mecanismo de autodefensa, con todas sus fuerzas y medios, removerla y sustituirla en todo o en parte por otra, que inaugure un nuevo ciclo constitucional y que borre las cláusulas de la precedente que de modo particular le castigaban.

En definitiva: si el gobierno *de facto* logra de hecho y en el tiempo mantener la abolición de las reglas de la constitución anterior que tendían a reprimirlo o a penarlo, su conducta inconstitucional quedará muy probablemente impune. Por el contrario, si la constitución agredida recupera a la postre plenamente su vigor, finalizado el período *de facto*, es posible que las violaciones causadas a dicha ley suprema queden anuladas y los golpistas, condenados.

La definición de estas posibilidades puede plantearse académicamente, pero se decide en la dimensión existencial, fáctica o vivencial del mundo jurídico. La experiencia muestra que un gobierno golpista bien puede -en la realidad- lograr la remo-

¹¹ Bidart Campos Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo VI, *La reforma constitucional de 1994* (Buenos Aires, 1995), editorial Ediar, pág. 264.

ción de las reglas constitucionales preexistentes que lo condenaban (tal ha sido el caso del Perú, respecto a la Constitución de 1979, con el dictado de la nueva Constitución de 1993). Pero el futuro puede mostrar resultados distintos. Por ejemplo, han existido varios casos de “reconstitucionalización”, vale decir, de retorno a una Constitución anterior suspendida inconstitucionalmente por un régimen *de facto* (Argentina, v. gr.), aunque todavía ello no ha ocurrido con una Constitución que explícitamente haya previsto sanciones para quienes, por la fuerza, atentaren contra ella y alteraran el orden constitucional.

En otro orden de ideas, la redacción de preceptos como los mencionados en este trabajo requiere prudencia y pulcritud jurídica. El constituyente no debe llevarse aquí por un entusiasmo irreflexivo: No se juega, en efecto, con el ejercicio del derecho (¿o deber?) popular de resistencia a la opresión, sobre cuya posible regulación jurídica cabe incluso meditar con cautela. Es del caso distinguir, asimismo, y por elementales razones de seguridad jurídica, qué actos de un régimen *de facto* son anulables y cuáles no, y a quiénes puede la Constitución declarar responsables penalmente -y hasta cuánto-. Y si se trata de describir tipos penales en la Constitución, ellos, como las sanciones que se contemplen, tendrán que ser precisos, claros e intrínsecamente razonables.

El estudioso del derecho constitucional y el constituyente tienen ya un cierto material normativo constitucional sobre el tema, con cláusulas buenas y otras regulares. No se trata entonces de copiar ni de reproducir porque sí. Lo correcto es evaluar críticamente todo ese acopio jurídico y determinar serena y responsablemente en qué medida puede ser adecuado para un país en concreto, lo que no excluye -también- el diseño de normas distintas a las que ya exhibe la vitrina del derecho constitucional comparado. Y tampoco se trata de decir mucho, sino lo posible y lo necesario. La sobriedad constitucional siempre es provechosa.

José Antonio Rivera Santivañez*

La doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

1. Introducción

La adopción de un nuevo sistema de control de constitucionalidad, mediante la reforma constitucional de 1994, y la consiguiente implementación del Tribunal Constitucional que comenzó su función jurisdiccional en junio de 1999, constituyen el inicio de un nuevo período en la vida democrática en general, y en el ámbito jurídico en particular en Bolivia.

En el solemne acto de inicio de las labores jurisdiccionales, el ex Presidente del Tribunal Constitucional de Bolivia, Dr. Pablo Dermizaky, afirmó enfáticamente que *“el Tribunal hablará a través de sus fallos y no hará declaraciones que no sean constitucionales. Estará atento a las inquietudes políticas y sociales que tengan relación con su labor, pero no aceptará presiones interesadas ni críticas subjetivas. Se colocará por encima de las pasiones, de las rencillas parroquiales y de los intereses subalternos”*¹. La labor que desarrolla el Tribunal Constitucional demanda de esas actitudes.

En apenas dos años de trabajo, el Tribunal Constitucional ha mostrado que está transitando por el camino delineado por sus miembros y expresado por su ex Presidente, porque a través de sus fallos está sentando las bases de la nueva doctrina constitucional de Bolivia y está abriendo el sendero hacia la consolidación del régimen democrático basado en el orden constitucional. No otra cosa reflejan los fallos pronunciados hasta la fecha.

* Magistrado Suplente del Tribunal Constitucional; Catedrático titular de la materia de Derecho Constitucional en la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba; autor del Proyecto de Ley del Tribunal constitucional; autor de varios libros entre ellos *Jurisdicción Constitucional. Procedimientos Constitucionales en Bolivia*, asimismo autor de varios ensayos en materia constitucional.

¹ Extracto del discurso pronunciado por el Presidente del Tribunal Constitucional de Bolivia en el solemne acto de inicio del ejercicio de la Jurisdicción Constitucional que tuvo lugar el 31 de mayo de 1999.

2. La línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional

En un período en el que el Estado boliviano viene consolidando el orden democrático, habiendo superado períodos de inestabilidad institucional y política derivados de las dictaduras militares, la labor del Tribunal Constitucional tiene una trascendental importancia. La nueva jurisdicción constitucional tiene ante sí, no sólo el desafío de constituirse en el celoso guardián del orden constitucional y los derechos fundamentales, sino el de desarrollar una jurisprudencia que se constituya en la fuente del Derecho Constitucional boliviano, es decir, desarrollar una verdadera doctrina constitucional que permita fortalecer el Estado Social de Derecho y el orden democrático sobre la base del imperio de la Constitución que obligue por igual a todos, los gobernantes y gobernados.

Está claro que el Tribunal Constitucional de Bolivia ha comprendido que su papel fundamental es el de preservar el orden constitucional, como base esencial del régimen democrático y la convivencia pacífica, el resguardo y protección de los derechos fundamentales para garantizar el ejercicio pleno de los mismos y el control del ejercicio del poder político para que el mismo se efectúe en el marco del equilibrio que garantice la paz social, todo ello en la búsqueda de la consolidación del Estado Social de Derecho. Pero también ha comprendido que el cumplimiento efectivo de su papel implica que deberá desarrollar una verdadera teoría y doctrina constitucional a partir de una adecuada interpretación de la Constitución, así como de las demás disposiciones constitucionales a partir del texto constitucional. En suma, se trata de una labor de pedagogía constitucional orientada a consolidar las instituciones democráticas y el orden constitucional.

Sobre la base de las premisas señaladas, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha iniciado el desarrollo de su labor de control de constitucionalidad estableciendo, inicialmente, una línea jurisprudencial orientada en dos direcciones:

a) La primera, hacia la consolidación del orden constitucional sobre la base del principio de la supremacía de la Constitución y el de la jerarquía normativa; aspecto que se advierte con facilidad en las declaraciones y sentencias constitucionales emitidas en el marco del control normativo previo y correctivo; a través de las cuales, al establecer la incompatibilidad de los proyectos de Ley ha impedido su aprobación y puesta en vigencia, o al establecer la incompatibilidad de las normas impugnadas por la vía correctiva o control posterior las ha expulsado del ordenamiento jurídico.

b) La segunda, orientada a la tutela efectiva de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales frente a la vulneración frecuente de los mismos por acciones u omisiones de las autoridades, funcionarios públicos y judiciales así como de las personas particulares.

2.1. El control normativo como guardián de la Constitución

En el ámbito del control normativo, el Tribunal Constitucional, a través de las diferentes sentencias que ha pronunciado, comienza a sentar las bases de la doctrina

constitucional boliviana, en el marco de la teoría general del Derecho Constitucional, así como la doctrina comparada. En ese orden, dos temas importantes relacionados con los principios fundamentales inherentes al Estado Democrático de Derecho han sido abordados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, esos temas son: el principio de la reserva legal y el principio de la conservación de la Norma.

2.1.1. El principio de la reserva legal

La doctrina enseña que los derechos fundamentales no son absolutos, lo que significa que los mismos pueden ser limitados en función al interés social. Así establecen las normas positivas consignadas en las constituciones de los Estados, normas que vienen siendo reiteradas por la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, como la de España que en su Sentencia N° STC11/1981, ha señalado que “ningún derecho constitucional es un derecho ilimitado” y en su Sentencia N° STC 181/1991² ha reafirmado que “su ejercicio está sujeto tanto a límites expresos constitucionalmente como a otros que pueden fijarse para proteger o preservar otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos”. Por su parte la corte Constitucional de Colombia en su Sentencia No. T-228/94³ ha definido que “Los derechos constitucionales fundamentales no son absolutos. Encuentran límites y restricciones en los derechos de los demás, en la prevalencia del interés general, en la primacía del orden jurídico y en los factores de seguridad, moralidad y salubridad públicos, que no pueden verse sacrificados en aras de un ejercicio arbitrario o abusivo de las prerrogativas individuales”.

En Bolivia la Constitución consagra los derechos fundamentales y a la vez establece límites a su ejercicio a través de sus propias normas y, en su caso, remitiendo a las disposiciones legales ordinarias. Empero instituye el principio de la “reserva legal”, cuando en el artículo 7 dispone que: “toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, *conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio*”⁴. Entonces, se puede afirmar que la Constitución ha establecido que los derechos fundamentales no son absolutos por lo que pueden ser limitados en función a los intereses sociales, pero la potestad de fijar límites al ejercicio de los derechos fundamentales sólo está reconocida restrictivamente al Legislativo que podrá hacerlo mediante una Ley, de manera que está proscrita la potestad de establecer límites al ejercicio de los derechos fundamentales para el órgano ejecutivo.

Por otro lado, aun la potestad legislativa de establecer límites al ejercicio de los derechos fundamentales está restringida por la Constitución, cuando en su artí-

² Fernández Segado, Francisco. *La dogmática de los Derechos Humanos*, Ed. Ediciones Jurídicas. Lima - Perú. 1994. Pág. 101.

³ Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia 1992-1999, publicada en CD-ROM.

⁴ El resaltado corresponde al autor, y tiene el objeto de llamar la atención respecto al principio de la reserva legal que está implícitamente consagrado en ese texto.

culo 229 dispone expresamente que *“los principios, garantías y derechos reconocidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio ni necesitan de reglamentación previa para su cumplimiento”*. Esto implica que, además de la reversa legal, la Constitución establece una limitación al alcance de las leyes que podría dictar el legislativo para desarrollar los derechos fundamentales y establecer limitaciones a su ejercicio, las que no podrán alterar el sentido mismo de los derechos fundamentales consagrados por el texto constitucional, sólo podrán establecer los límites estrictamente necesarios sin desnaturalizarlos o desconfigurar el núcleo esencial del derecho.

Es en ese contexto que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia Constitucional N° 004/2001⁵, ha definido que *“los derechos fundamentales no son absolutos, encuentran límites y restricciones en los derechos de los demás, la prevalencia del interés general, la primacía del orden jurídico y los factores de seguridad, moralidad y salubridad públicos, que no pueden verse sacrificados en aras de un ejercicio arbitrario o abusivo de las prerrogativas individuales; es decir, que los derechos fundamentales pueden ser limitados en función al interés social. Es en ese orden que la Constitución ha establecido el mecanismo legal para la regulación y restricción de los derechos fundamentales”*. En la citada sentencia, el Tribunal constitucional ha recogido los criterios generales establecidos por la doctrina y la jurisprudencia constitucional comparada, asimismo ha interpretado el alcance de la norma establecida por el art. 7 de la Constitución, con relación a la proclamación de los derechos fundamentales, sujetos a las leyes que regulan su ejercicio; la regulación a la que hace referencia el texto constitucional, ha sido entendida por el Tribunal, primero, como el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales, respecto a su naturaleza, la definición del núcleo esencial y los alcances y; segundo, como el establecimiento de las restricciones legales a su ejercicio en el marco que define la sentencia citada.

Sobre la base de los fundamentos referidos, el Tribunal Constitucional ha ratificado el principio de la reserva legal que debe observar el Estado para establecer la restricción o limitación al ejercicio de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución. A ese efecto, en la Declaración Constitucional N° 06/2000⁶, ha definido que el principio de la reserva legal es la *“institución jurídica que protege el principio democrático, al obligar al legislador a regular aquellas materias que por disposición de la Constitución deben ser desarrolladas en una Ley; es una institu-*

⁵ Sentencia dictada en fecha 5 de enero de 2001, en el Recurso Directo o Abstracto de Inconstitucionalidad planteado por la Defensora del Pueblo impugnando los arts. 20 inc. h), 46 inc. b) y 48 del Decreto Supremo N° 24423 de 29 de noviembre de 1996. Magistrado Relator Dr. José Antonio Rivera S.

⁶ Declaración Constitucional dictada en fecha 21 de diciembre de 2000, en la Consulta sobre la Constitucionalidad del Proyecto de Ley N° 016/00 que proponía la modificación de los arts. 25 y 29 inc. n) de la Ley N° 1984 Código. Magistrado Relator Dr. José Antonio Rivera S.

ción que impone un límite tanto al Poder Legislativo como al Ejecutivo; a aquél, impidiendo que delegue sus potestades en otro órgano, y a éste, evitando que se pronuncie sobre materias que, como se dijo, debe ser materia de otra Ley”.

En esa línea, el Tribunal Constitucional, al conocer y resolver el Recurso Directo o Abstracto de Inconstitucionalidad planteado por la Defensora del Pueblo impugnando los arts. 20 inc. h), 46 inc. b) y 48 inc. j) del Decreto Supremo N° 24423 de 29 de noviembre de 1996, dictó la Sentencia Constitucional N° 004/2001. En ella, siguiendo una línea jurisprudencial que ya había sido sentada en la Sentencia N° 017/99, ha reiterado *“que el art. 7 de la Constitución Política del Estado ha establecido el principio de la reserva legal, por la que cualquier restricción a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, sólo puede ser dispuesta mediante Ley de la República -disposición constitucional que es concordante con el art. 4 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966, así como con el art. 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos- no estándole permitido al Poder Ejecutivo establecer estas restricciones mediante un Decreto Supremo”.*

Con esta jurisprudencia, el Tribunal ha delimitado el ámbito de acción de los órganos de poder con relación a los derechos fundamentales, definiendo implícitamente que el ejecutivo tiene proscrita la potestad de establecer normas legales que restrinjan o limiten el ejercicio de un derecho fundamental, determinando que sólo el legislativo tiene la potestad privativa para ese efecto. Empero, también ha definido que esa potestad legislativa tiene sus propios límites establecidos por la Constitución. Así lo ha señalado el Tribunal en su referida sentencia cuando afirma lo siguiente: *“Por otra parte, debe tomarse en cuenta que, aún la ley, tiene sus limitaciones cuando se trata de restringir derechos fundamentales, pues no se puede afectar el núcleo esencial de un derecho de manera que altere el derecho como tal, así lo dispone el art. 229 de la Constitución”.*

En el examen del caso sometido a su conocimiento, el Tribunal constitucional ha establecido que las disposiciones legales impugnadas eran incompatibles y contradictorias con los principios y normas establecidos por la Constitución en sus arts. 7-I y los incs. b) y g), 16 y 229, porque, además de desconocer el principio de la reserva legal, desconocían los derechos fundamentales de los ciudadanos extranjeros a la libertad de expresión y derecho de locomoción, así como la garantía constitucional del debido proceso. Ello debido a que, mediante el Decreto Supremo impugnado se establecían restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales y garantías constitucionales referidos. En efecto, el art. 20 inc. h) del referido Decreto Supremo establecía como causales de expulsión de extranjeros *“la incursión en problemas de política interna o de dirección de agrupaciones sindicales, dirigieren o alentaren verbalmente o por escrito movimientos en contra de las leyes o de las autoridades legalmente constituidas”* y el art. 48 inc. j), señalaba como causal también de expulsión, el que los extranjeros *“desarrollen actividades de agitación o propaganda contra los gobiernos de los países con los cuales mantenemos relacio-*

nes”, finalmente el art. 46 inc. b) del Decreto Supremo impugnado, determinaba como impedimento de ingreso de un extranjero al país el que “*hubiera sido condenado o se halle perseguido por delitos comunes de orden público, los sindicatos de terroristas, tratantes de blancas, falsificadores de moneda o narcotraficantes y para aquéllos cuya conducta anterior haga prever situaciones que sean contrarias a la seguridad nacional, al orden público o a las autoridades constituidas*”.

Sobre la base de los antecedentes referidos y los fundamentos expresados en la Sentencia, el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas, con el efecto derogatorio.

La mencionada jurisprudencia tiene su base en los siguientes fundamentos: 1) que, como refiere Rudolf Smend “los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución”⁷; 2) si bien los derechos fundamentales no son absolutos, los límites al ejercicio de los derechos fundamentales se dan sólo en la medida en que la propia Constitución imponga al definir cada derecho o los que, por remisión constitucional, sean impuestos de manera mediata o indirecta por las leyes ante la necesidad de preservar otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos; 3) los límites legales al ejercicio de los derechos fundamentales, por disposición expresa del artículo 7 de la Constitución, sólo pueden ser establecidos mediante una Ley, lo que implica que la norma constitucional establece la reserva legal, por lo que el órgano ejecutivo no puede ni tiene atribuciones para limitar el ejercicio de los derechos fundamentales; 4) la ley que desarrolle un derecho fundamental y establezca las limitaciones a su ejercicio no puede alterar la esencia del derecho de manera tal que en los hechos lo suprima o desconozca, por lo mismo toda restricción o limitación debe estar debidamente justificada, pues no basta la invocación de la necesidad de proteger un interés público para justificar la limitación del derecho sino una adecuada justificación que haga razonable el sacrificio del mismo; 5) las disposiciones legales impugnadas eran absolutamente incompatibles con la normativa constitucional, no sólo por desconocer el principio de la reserva legal o invadir el ámbito de competencia del órgano legislativo, sino porque vulneraba los derechos fundamentales consagrados por el artículo 7 incs. b) y g) de la Constitución; así como la garantía constitucional del debido proceso que consagra el art. 16 de la Constitución y art. 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos, respecto a la expulsión conforme a un procedimiento determinado por ley.

2.1.2. Principio de la conservación de la norma

Todo Estado democrático de Derecho se sustenta en valores supremos y principios fundamentales, entre estos últimos el de la seguridad jurídica, que como bien

⁷ Fernández Segado, Francisco. *La Dogmática de los Derechos Humanos*. Ed. Ediciones Jurídicas. Lima - Perú. 1994. Pág. 54.

define la doctrina y ha recordado el Tribunal Constitucional es *“la condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran. Representa la garantía de aplicación objetiva de la Ley, de modo tal que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio”*.

El principio de la seguridad jurídica, a su vez conlleva el principio de la conservación de la norma, lo que significa que en aquellos casos en los que una disposición legal o alguna de sus normas admita diferentes interpretaciones, unas que son incompatibles con la Constitución y otras compatibles con ella, el órgano encargado del control de constitucionalidad debe adoptar la que es compatible con la Ley Fundamental del Estado. Este principio está consagrado en el art. 4 de la Ley N° 1836, con el siguiente texto: *“En caso excepcional de que una ley, decreto, o cualquier género de resolución admita diferentes interpretaciones, el Tribunal Constitucional en resguardo del principio de conservación de la norma adoptará la interpretación que concuerde con la Constitución”*. La aplicación de este principio permite al Tribunal Constitucional modular sus sentencias en cuanto al contenido de las mismas, dictando, por ejemplo, aquellas que según la doctrina se conocen como sentencias exhortativas.

En ese marco el Tribunal Constitucional ha efectuado una interpretación previsoramente dictado una sentencia exhortativa, al conocer y resolver el Recurso Indirecto o Incidental de Inconstitucionalidad promovido por el Tribunal Agrario Nacional dentro la demanda de Nulidad Absoluta de Títulos Ejecutoriales seguido por Roberto Enrique Ewel Renjel contra Cecilio Juan Meneses Vargas y otros. En el recurso se impugnó la Ordenanza Municipal N° 1678 de 27 de marzo de 1981 y el Decreto Ley N° 18412 de 16 de junio de 1981 argumentando que las disposiciones legales infringían las normas establecidas por los arts. 2, 4, 59-1), 96-1), 200, 201-1) y 228 de la Constitución, al haber sido aprobados en un régimen de facto sin que las autoridades respectivas tuviesen facultad o atribución conferida por la Constitución.

Al realizar el examen del caso sometido a su conocimiento el Tribunal Constitucional, en su Sentencia Constitucional N° 082/00, ha definido que *“una disposición legal puede ser impugnada de inconstitucional por su origen o por su contenido. En el primer caso, cuando en su elaboración y aprobación no se han cumplido ni respetado los procedimientos establecidos por el texto constitucional para tal efecto o se las ha elaborado y aprobado en una instancia o por autoridad no establecida por la Constitución para tal efecto. En el segundo caso, cuando la disposición legal, a pesar de haber sido elaborada y aprobada conforme a los procedimientos y formas establecidos por el texto constitucional contienen normas que son incompatibles con los principios y normas de la Constitución”*. Partiendo de esa definición, ha establecido que las disposiciones legales impugnadas en cuanto a su contenido, dado el ámbito y materia de regulación de las mismas, no son violatorias de los principios y normas de la Constitución; en cambio, en el aspecto formal son

incompatibles con el texto constitucional vigente en ese entonces (Constitución de 1967), al haber sido emitidas por autoridades públicas que no tenían competencia ni atribuciones para el efecto y al no haberse cumplido con los respectivos procedimientos establecidos por la Constitución, por lo que las disposiciones legales impugnadas infringen las normas constitucionales que regulan la materia.

Tomando en cuenta la constatación antes referida, el Tribunal Constitucional se ha visto enfrentado al problema de si declararlas inconstitucionales de manera pura y simple o declarar su constitucionalidad para conservarlas en el ordenamiento jurídico en resguardo del principio de la seguridad jurídica. Para resolver el tema ha acudido a los criterios doctrinales respecto a la interpretación constitucional, de manera que en la Sentencia N° 082/00 ha señalado que *“según la doctrina constitucional existen diversas formas de interpretación como la ‘previsora’ la que al ser realizada requiere que, el contralor de constitucionalidad, como máximo intérprete de la Constitución, adopte previsiones sobre los efectos y consecuencias de las decisiones asumidas a partir de la interpretación. Implica que el intérprete, a tiempo de desarrollar su labor, deberá prever las consecuencias emergentes de su interpretación en el orden político, económico y social, lo que significa que el intérprete operador, detecta, aclara, adapta la norma constitucional con la que decide el caso y luego confronta su producto interpretativo con la dimensión existencial o fáctica del Derecho, a fin de verificar las consecuencias, o medir los resultados”*.

En consecuencia, para definir el caso concreto el Tribunal Constitucional ha realizado un examen sobre las consecuencias que pudiesen emerger a partir de la decisión adoptada, haciendo una valoración sobre el alcance de las mismas en la Sentencia Constitucional N° 082/00 ha concluido que: *“si las declara constitucionales de manera pura y simple estaría convalidando actos inconstitucionales, pero por otro lado, si las declara inconstitucionales con un efecto inmediato que signifique su expulsión del ordenamiento jurídico estaría generando un peligroso vacío jurídico, cuyo efecto sería más negativo que el anterior, máxime si se toma en cuenta que en este período de transición democrática aún existen en vigencia muchas disposiciones legales que han sido aprobadas mediante Decreto Ley. En consecuencia, cualquiera de las dos decisiones antes referidas conduciría a resultados inaceptables, de tal manera es necesario que el Tribunal Constitucional dicte una sentencia modulando sus efectos que eviten perjuicios desproporcionados a los bolivianos en el orden jurídico, es decir, evite la generación de una inseguridad jurídica anulando disposiciones legales sobre cuya base, fundamento y amparo se vienen ventilando procesos judiciales, administrativos, agrarios, peticiones, contratos y otros actos jurídicos”*.

Sobre la base de esa interpretación previsora y las conclusiones referidas, ha emitido la sentencia exhortativa determinando la constitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas con vigencia temporal de dos años a partir de la fecha de citación con esa sentencia, exhortando al Poder Legislativo y al Concejo Municipal de Cochabamba para que en el plazo de los dos años subsanen los vicios de origen

bajo conminatoria de que las disposiciones legales serán retiradas del ordenamiento jurídico nacional, en caso de incumplimiento.

La Sentencia Constitucional No. 082/00 tiene su base en los siguientes fundamentos de orden constitucional: 1) Que, una disposición legal puede ser impugnada de inconstitucional por su origen o por su contenido; 2) Que, las disposiciones legales impugnadas, en cuanto a su contenido se refiere, no son violatorias de los principios y normas establecidas por la Constitución, porque la Ordenanza Municipal No 1678 fue dictada con el objeto de que la Alcaldía Municipal de Cochabamba cuente con un instrumento técnico normativo para el control y ordenamiento urbano del Municipio en el marco establecido por la Ley No 28 de 8 de noviembre de 1960; en tanto que el Decreto Ley No. 18412 tuvo por único objeto aprobar la Ordenanza Municipal No 1678 para dotarle el sello de legalidad en el marco del ordenamiento jurídico vigente en el país. En consecuencia, las disposiciones legales impugnadas son compatibles con la Constitución; 3) Que, en cuanto al origen y las formalidades se refiere, las disposiciones legales impugnadas son incompatibles con la Constitución, porque en su elaboración y aprobación no se observó el procedimiento establecido por la Constitución además de haber sido elaboradas por autoridades que no tenían competencia reconocida por la Constitución para ese efecto; 4) Que, habiendo establecido esa doble situación, había la necesidad de prever las consecuencias de la decisión que debía adoptar; pues la declaración de constitucionalidad pura y simple constituía convalidar actos inconstitucionales de un régimen que incurrió en delitos y fue procesado y sentenciado por ello; pero por otro lado el declarar la inconstitucionalidad simple disponiendo la expulsión inmediata de dichas disposiciones del ordenamiento jurídico tendría efectos más negativos que positivos, porque generaría un peligroso vacío jurídico, al establecer un precedente legal a partir del cual se podría iniciar un proceso de impugnación de todos los Decretos Leyes que aún se encuentran en vigencia, como el Código Civil, Código de Comercio y otros, en cuyo caso el Tribunal tendría que declarar también su inconstitucionalidad dado el carácter vinculante de su jurisprudencia, generando un verdadero vacío jurídico cuyo efecto sería la inseguridad jurídica. Cualquiera de las dos decisiones antes referidas conduciría a resultados inaceptables por lo que se vio obligado a dictar una sentencia modulando sus efectos de manera que se evite perjuicio desproporcionado a los bolivianos en el orden jurídico. Es decir, que el objetivo era evitar una inseguridad jurídica anulando disposiciones legales sobre cuya base, fundamento y amparo se vienen ventilando procesos judiciales, administrativos, agrarios, peticiones, contratos y otros actos jurídicos.

2.2. El ámbito de tutela de los derechos fundamentales

Siendo el control del ejercicio de los derechos fundamentales y garantías constitucionales una de sus funciones principales, el Tribunal Constitucional tiene el desafío de sentar una jurisprudencia clara y uniforme, que establezca las condiciones objetivas para su ejercicio efectivo y genere una verdadera doctrina constitucional sobre los derechos humanos y fundamentales.

El Tribunal Constitucional ha asumido el desafío y entendido su misión; no otra cosa significa la línea jurisprudencial adoptada en este corto tiempo de ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Como se tiene referido anteriormente, la línea jurisprudencial adoptada por el Tribunal Constitucional es la de otorgar una tutela efectiva en forma pronta y oportuna como mecanismo de freno ante los excesos, arbitrariedades o abusos provenientes de autoridades públicas y judiciales, así como de los particulares.

2.2.1. El Amparo como tutela de los derechos fundamentales y garantías constitucionales

“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley”, así prescribe el art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la que Bolivia es parte. Por otro lado el art. 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que *“toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”*.

En cumplimiento de las normas referidas el Estado boliviano ha instituido el recurso de Amparo Constitucional como una acción tutelar de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, un recurso de carácter subsidiario de tramitación especial y sumarisima conforme establecen las normas previstas por los arts. 19 de la Constitución y 94 al 104 de la Ley N° 1836 del Tribunal Constitucional.

El Amparo Constitucional como una acción tutelar de los derechos fundamentales y garantías constitucionales no admite fueros o inmunidades ni admite exclusiones por razón de jerarquía. Así ha definido el Tribunal Constitucional en su Sentencia N° 486/00-R de 22 de mayo de 2000 cuando señala que *“no existen exclusiones, inmunidades ni privilegios por razones de jerarquía o de otros motivos, cuando se trata de la protección de los derechos humanos”*.

El razonamiento del Tribunal Constitucional en torno al tema tiene su base en lo siguiente: 1) que el Amparo Constitucional no es una vía judicial ordinaria de carácter contencioso para establecer responsabilidades o determinar los derechos u obligaciones de las partes intervinientes en un determinado conflicto, es una acción tutelar que protege los derechos fundamentales y garantías constitucionales contra los actos, decisiones u omisiones ilegales o indebidas; es una acción reparadora de los hechos o conductas ilegales lesivas de los derechos humanos; 2) El art. 34 de la Constitución dispone que *“los que vulneren derechos y garantías constitucionales quedan sujetos a la jurisdicción ordinaria”*, norma que en una interpretación contextualizada y extensiva implica que la autoridad o funcionario público que vulnere o lesione un derecho o garantía constitucional no puede invocar fuero, inmunidad o razones de jerarquía para no concurrir a informar ante el juez o tribunal competente dentro de un Amparo Constitucional cuya finalidad es la restitución o resta-

blecimiento inmediato del derecho o garantía constitucional restringido o suprimido; y 3) el art. 19 de la Constitución confiere una investidura especial y extraordinaria a los jueces y vocales de las Cortes Superiores de Distrito, por lo que éstos al conocer y tramitar el recurso de amparo Constitucional no actúan como jueces o tribunales ordinarios sino como verdaderos Tribunales de Garantías Constitucionales.

De otro lado, es importante señalar que ninguna autoridad o funcionario público se sustrae al alcance del Amparo Constitucional cuando sus actos, decisiones o resoluciones restringen o suprimen un derecho fundamental o una garantía Constitucional. Ello implica que los actos, decisiones u omisiones ilegales o indebidas de las autoridades judiciales son objeto de control a través del recurso de Amparo Constitucional.

En efecto, aun en aquellos casos en los que la decisión judicial (auto o sentencia) se encuentre ejecutada, si en la tramitación del proceso que dio lugar a la decisión o en la dictación de la sentencia o resolución misma se han vulnerado los derechos fundamentales o garantías constitucionales procede el Amparo Constitucional para revisar dichas decisiones o resoluciones, no siendo atendible el argumento de la cosa juzgada para consumir el acto o hecho ilegal e indebido. Así ha definido el Tribunal Constitucional en su Sentencia N° 504/01 de 29 de mayo de 2001, al señalar que *“resulta imprescindible aclarar que cuando una resolución ilegal afecta al contenido esencial de un derecho fundamental no se puede sustentar su ilegalidad bajo una supuesta cosa juzgada, en cuyo caso se abre el ámbito de aplicación del Amparo Constitucional”*. Pues en criterio del Tribunal Constitucional los actos o decisiones que de manera ilegal o indebida restrinjan o supriman un derecho fundamental o garantía constitucional están viciados de nulidad, así lo ha definido en su Sentencia Constitucional N° 338/01-R, cuando al fundamentar su decisión el Tribunal Constitucional ha señalado *“los actos de los recurridos se encuentran viciados de nulidad y atentan contra los derechos del recurrente a la seguridad jurídica, la legítima defensa y al debido proceso, sin que su supuesta ejecutoria impida la tutela de los derechos conculcados”*.

El razonamiento del Tribunal Constitucional para adoptar esa línea jurisprudencial tiene su base en los siguientes fundamentos: 1) Que las normas previstas por los arts. 19 de la Constitución y 94 de la Ley N° 1836, al instituir el Amparo Constitucional como una acción tutelar de los derechos fundamentales y garantías constitucionales no limita su alcance en cuanto a los actos, resoluciones u omisiones ilegales o indebidos impugnables a través de este Recurso; al contrario dichas normas establecen un marco amplio al disponer la procedencia contra las resoluciones, actos u omisiones indebidas o ilegales de “autoridad o funcionario”, así como de los particulares; en consecuencia los actos, decisiones y resoluciones de las autoridades judiciales no escapan al control por la vía del Amparo; 2) Que, un acto, decisión o resolución de autoridad judicial que restringe o suprime un derecho fundamental o garantía constitucional está viciado de nulidad porque desconoce y altera el orden constitucional, por cuanto el poder del Estado y sus órganos tienen su límite en los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas; 3) Que, un ac-

to nulo no surte efectos jurídico-legales, en consecuencia no puede invocarse la cosa juzgada para impedir la revisión del acto, decisión o resolución por la vía del Amparo, máxime si esa revisión no está orientada a sustituir su contenido material por la decisión del Tribunal Constitucional, sino la de restablecer o restituir de manera inmediata el derecho o garantía vulnerados; 4) que según enseña la doctrina constitucional, la certeza que impone la cosa juzgada no constituye un valor absoluto frente a la vigencia y defensa de los derechos fundamentales, de suerte que si está de por medio la protección de tales valores, procede el Amparo contra sentencias que sean el resultado de una “vía de hecho”, lo cual ocurre cuando el juez la adopta contrariando ostensiblemente el contenido y voluntad de la Ley o desconociendo las formalidades procesales cuya observancia consagran una garantía del derecho de defensa de las partes en el proceso.

Indudablemente que la revisión de las decisiones judiciales no es la regla sino la excepción, por lo mismo sólo procede en las situaciones excepcionales en las que la persona afectada por la vulneración de sus derechos o garantías no cuente con ningún medio legal, idóneo y eficaz para la protección inmediata y el restablecimiento de sus derechos y garantías. En consecuencia, en razonamiento del Tribunal Constitucional habrán de concurrir las siguientes condiciones para la revisión de las decisiones judiciales pasadas en calidad de cosa juzgada por la vía del Amparo:

- 1° Que en la tramitación del proceso judicial o la dictación de la sentencia se produzca un defecto sustantivo, es decir, que la decisión judicial se encuentre basada en una norma claramente inaplicable al caso concreto.
- 2° Que la decisión judicial sea producto de un defecto fáctico, esto es, cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el Juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado.
- 3° Que en la tramitación judicial o la decisión se produzca un defecto orgánico, es decir, que el juez o tribunal que substancie el proceso o dicte la resolución judicial carezca por completo de competencia para resolver el asunto de que se trate.
- 4° Que, en la tramitación del proceso o la dictación de la sentencia se produzca un defecto, un defecto procedimental, lo que significa que el juez o tribunal se desvíe por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones.

En definitiva, el Tribunal Constitucional ha establecido un sistema restringido de revisión de las decisiones judiciales pasadas en calidad de cosa juzgada, de manera que sin alterar o afectar al principio de la seguridad jurídica, se restituyan de forma inmediata y oportuna los derechos fundamentales y garantías constitucionales restringidos o suprimidos dentro del proceso judicial.

2.2.2. La vida y la salud como derechos fundamentales primigenios

La Constitución de Bolivia, al proclamar los derechos fundamentales de las personas, consigna en primer orden el derecho a la vida y la salud porque, como lo

ha definido el Tribunal Constitucional en su Sentencia N° 411/2000-R, este derecho es “*el origen de donde emergen los demás derechos, por lo que su ejercicio no puede ser obstaculizado por procedimientos burocráticos ni sujeto a recursos previos, más aún cuando su titular se encuentra en grave riesgo de muerte*”. Por ello, además de proclamarlo, la Constitución instituye mecanismos de protección para el ejercicio real y efectivo del derecho a la vida cuando, en su art. 158, obliga al Estado a “*defender el capital humano protegiendo la salud de la población, asegurará la continuidad de sus medios de subsistencia y rehabilitación de las personas inutilizadas..*”, obliga también al Estado establecer un “*régimen de seguridad social*” inspirado en los principios de universalidad, solidaridad, unidad de gestión, economía, oportunidad y eficacia.

A pesar de la obligación que le asigna el texto constitucional el Estado no siempre la ha cumplido, en la medida en que no ha concluido la implementación de políticas alimentarias y nutricionales, políticas de salud preventiva y curativa, el sistema de seguridad social aún no es universal, por cuanto apenas tienen acceso al mismo menos del 30% de la población.

Ese orden de cosas motiva que sectores importantes de la población se vean amenazados de restricción en su derecho a la vida y la salud, como es el caso de las personas con enfermedades terminales, las que, a pesar de contar con el seguro de salud, se ven afectadas por los límites establecidos por la Ley de Seguridad Social a las coberturas y prestaciones. Limitaciones como la de cobertura de la Caja de Salud a los enfermos terminales con problemas renales con tratamiento de diálisis por un máximo de 52 semanas, al cabo de las cuales deben ser transferidos a los centros de salud estatales, que ha motivado el planteamiento de recursos de Amparo Constitucional, y que el Tribunal Constitucional reitera la importancia del derecho a la vida, cuando en su Sentencia N° 687/2000-R⁸, señala que “*el derecho a la vida es el bien jurídico más importante de cuantos consagra el orden constitucional, de ahí que se encuentre encabezando el catálogo de los derechos fundamentales previstos en el art. 7 de la Constitución. Es el derecho de toda persona al ser y a la existencia, siendo su característica esencial la base para el ejercicio de los demás derechos. Es decir, la vida misma es el presupuesto indispensable para que haya titularidad de derechos y obligaciones. Es un derecho inalienable de la persona que obliga al Estado en dos sentidos: su respeto y su protección*”.

Sobre esa base es que el Tribunal ha establecido la línea jurisprudencial en el sentido de que la protección de la vida y la salud es la tarea primordial del Estado, de manera que el tratamiento de las personas con enfermedades terminales debe ser inmediato, continuo y efectivo que no puede ser supeditado a trámites administra-

⁸ Sentencia dictada en fecha 14 de julio de 2000 en el Recurso de Amparo Constitucional planteado por la Defensora del Pueblo contra el Ministro de Salud y Previsión Social y el Presidente de la Caja Nacional de Salud. Magistrado Relator Dr. Willman Ruperto Durán Ribera.

tivos, menos suspendido por esos motivos. Así, en su Sentencia N° 687/2000-R, ha señalado que “*el tratamiento de los enfermos crónicos supone una atención que debe ser prestada en forma inmediata y continua, no debiendo ser interrumpido por trámites y resoluciones administrativas, que en definitiva determinan únicamente la transferencia de responsabilidad sobre el suministro y costo del tratamiento, que pasa de una entidad a otra del Estado como es de la Caja Nacional de Salud al Ministerio de Salud y Previsión Social*”.

El razonamiento y la decisión del Tribunal Constitucional tienen su base en lo siguiente: 1) El artículo 7 inc. A) de la Constitución consagra el derecho fundamental a la vida y la salud de las personas; 2) el Artículo 158 de la Constitución obliga al Estado a defender el capital humano protegiendo la salud de la población, asegurando la continuidad de sus medios de subsistencia y rehabilitación de las personas inutilizadas; 3) la Caja Nacional de Salud es una entidad autárquica que funciona sobre la base de las cotizaciones y aportes de empleadores y empleados, por otro lado los artículos 16 del Código de Seguridad Social, 39 de su Reglamento y 11 del Decreto Ley N° 14643, establecen un límite de prestaciones médicas a los enfermos terminales por un plazo de 52 semanas, disponiendo que a cuyo vencimiento serán transferidos a los Centros Médicos Especializados del Ministerio de Previsión Social y Salud Pública; empero, ese hecho no puede dar lugar a que se le suspenda la atención médica especializada, en este caso el tratamiento de hemodiálisis, pues ello podría provocar la muerte inmediata del paciente, por lo que la Caja Nacional de Salud debe continuar prestando la asistencia médica cuyo costo no será cargado a su presupuesto sino a la cuenta del Ministerio de Salud y Previsión Social, entidad que en representación del Estado debe cubrir los costos de dicho tratamiento en cumplimiento de la norma prevista por el artículo 158 de la Constitución.

Esta línea jurisprudencial adoptada por el Tribunal Constitucional está expresada en las sentencias N° 411/2000-R, 433/2000-R y 530/2000-R, dictadas en los recursos de Amparo Constitucional planteados, a su turno, por personas con enfermedad terminal que requerían de tratamientos especializados de hemodiálisis.

2.2.3. El derecho a la libertad física

La libertad física es el don más preciado del hombre, su ejercicio se constituye en un presupuesto para el ejercicio de otros derechos constitucionales razón por la que está consagrado en los diferentes instrumentos internacionales protectivos de los Derechos Humanos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica o la Convención Europea de los Derechos Humanos. La Constitución de Bolivia la consagra en su artículo 6 cuando dispone que “*la dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado*”, en concordancia con dicha norma el artículo 7 de la Constitución dispone que “*toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio:.. g) A ingresar, permanecer, transitar y salir del te-*

rritorio nacional". Además de haberlo consagrado en los términos referidos, la Constitución ha establecido dos tipos de garantías constitucionales para la protección del derecho a la libertad individual; la primera, una garantía normativa contenida en el artículo 9 del texto constitucional por cuyo mandato "*nadie puede ser detenido, arrestado ni puesto en prisión, sino en los casos y según las formas establecidas por la ley, requiriéndose para la ejecución del respectivo mandamiento, que éste emane de autoridad competente y sea intimado por escrito*" y la segunda, una garantía jurisdiccional del recurso de Hábeas Corpus instituido por el artículo 18 de la Ley Fundamental.

Sin embargo, el derecho a la libertad física y el de locomoción, a pesar de estar consagrados en la Constitución como derechos fundamentales y de existir las respectivas garantías constitucionales, son todavía los derechos restringidos y suprimidos con mayor frecuencia, a través de actos ilegales e indebidos provenientes de autoridades policiales y judiciales.

2.2.3.1 *La restricción del derecho a la libertad física mediante detenciones ilegales*

Frente a las detenciones ilegales y arbitrarias por parte de autoridades policiales el Tribunal ha establecido como línea jurisprudencial la restricción de las medidas privativas de libertad adoptadas por autoridades policiales o las del Ministerio Público, definiendo que dichas autoridades no pueden ordenar detenciones sino aprehensiones con fines de investigación estando, en ese caso, obligadas a remitir ante el juez competente en el plazo de 48 horas si se establecen indicios que incriminen la participación del aprehendido en la comisión del delito o, en su caso, poner en libertad si no existe indicio alguno.

En la línea de restringir a las autoridades policiales la adopción de medidas restrictivas de la libertad física de la persona, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia N° 262/99-R⁹, ha definido que "*la ley no faculta a la División de Inteligencia -de la Policía- proceder a la detención por razones de investigación, máxime si se tiene en cuenta que la División de Inteligencia de la Policía Nacional no forma parte de la Policía técnica Judicial conforme lo dispone el art. 94 de la Ley Orgánica del Ministerio Público; entonces, salvo que se trate de un delito flagrante, la División de Inteligencia no puede practicar detenciones*". Partiendo de la norma establecida por el artículo 9 de la Constitución que "*nadie puede ser detenido, arrestado ni puesto en prisión, sino en los casos y según las formas establecidas por ley, requiriéndose para la ejecución del respectivo mandamiento, que éste emane de autoridad competente y sea intimado por escrito*", el Tribunal Constitucional ha establecido que para restringir o suprimir el derecho fundamental a la libertad física de una persona deben concurrir dos condiciones: 1) la restricción o supresión esté ex-

⁹ Sentencia dictada en fecha 25 de octubre de 1999 en el recurso de Hábeas Corpus planteado por Thomas Porr y Wilfredo Cruz contra el Director del Departamento de Inteligencia de la Policía. Magistrado Relator Dr. José Antonio Rivera S.

presamente definida por el legislador mediante ley y en el marco establecido por el artículo 229 de la Constitución¹⁰ y; 2) que exista una orden expresa emitida por la autoridad competente.

En el caso que motivó el pronunciamiento del Tribunal no concurría ninguna de las dos condiciones, por lo que la detención ordenada por el Jefe de Inteligencia de la Policía fue calificada de ilegal, consiguientemente se otorgó la tutela disponiendo la inmediata libertad del recurrente con la consiguiente reparación de daños y perjuicios por parte del recurrido. Esa línea jurisprudencial ha sido reiterada posteriormente mediante las sentencias N° 313/99-R; 421/99-R y 431/99-R y 092/00-R.

La regla establecida por el artículo 9 de la Constitución, que motivó la jurisprudencia comentada, tiene su excepción establecida en el propio texto constitucional. En efecto, el artículo 10 de la Ley Fundamental dispone que *“todo delincuente ‘in fraganti’ puede ser aprehendido, aun sin mandamiento, por cualquier persona, para el único objeto de ser conducido ante la autoridad o juez competente, quien deberá tomarle su declaración en el plazo máximo de veinticuatro horas”*. Es en aplicación de la norma citada que los funcionarios policiales proceden a aprehender a las personas que sorprenden en la comisión del hecho delictivo, es decir, a quienes incurrir en el delito flagrante; empero, una vez aprehendida la persona la mantiene en las celdas policiales por tiempos prolongados incumpliendo la condición establecida por la norma constitucional, cual es la de conducirla ante el juez competente.

Frente a ese orden de cosas que se repiten con mucha frecuencia, el Tribunal Constitucional ha establecido jurisprudencia calificando de ilegal el hecho de que un funcionario policial proceda a la aprehensión del delincuente in fraganti y lo mantenga en la celda policial sin conducirlo ante el juez competente. Así en su Sentencia N° 353/99-R¹¹, ha señalado que *“al tratarse de un delito in fraganti cometido por el recurrente, la aprehensión fue correcta, mas no fue correcto el que las autoridades recurridas lo mantengan privado de su libertad más allá del plazo establecido por la disposición legal citada; entonces la privación de libertad es ilegal no siendo atendible el justificativo esgrimido por los recurridos en sentido de que, no habría concluido la elaboración de las diligencias de policía judicial en el plazo establecido por ley, debido a la magnitud de los hechos que involucran a varias personas”*. Según el razonamiento del Tribunal Constitucional en caso de un

¹⁰ Además de la reserva legal que está establecida por el artículo 7 de la Constitución para establecer las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, el artículo 229 de la Ley Fundamental establece que *“los principios, garantías y derechos reconocidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio..”*, lo que implica que el legislador, al dictar las leyes que establezcan limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, no puede alterar ni desconocer los derechos fundamentales a título de regulación o limitación.

¹¹ Sentencia dictada en fecha 19 de noviembre de 1999 en el recurso de Hábeas Corpus planteado por Gabino López F. Contra la Agente Fiscal y Comandante Departamental de la Unidad Operativa de Tránsito. Magistrado Relator Dr. José Antonio Rivera S.

delito flagrante lo que corresponde es la aprehensión del autor para conducirlo ante el juez competente, el que deberá disponer la apertura del proceso resguardando la garantía del debido proceso a que tiene derecho el autor del delito; pues no existe necesidad de una investigación previa ni elaboración de las Diligencias de Policía Judicial, por lo mismo no existe motivo alguno para que a la persona aprehendida la mantengan en celdas policiales; en atención a ello es que precisamente la norma constitucional establece que “el juez competente deberá tomarle su declaración en el plazo máximo de veinticuatro horas..”, lo que implica que la restricción legal de la libertad física está acompañada de la garantía de que al titular del derecho no se lo coloque en una situación de indefensión, sino que el juez competente disponga la apertura de causa, le tome su declaración y defina su situación jurídica bajo el principio de “la regla es la libertad y la excepción es la privación de la libertad”. En ese orden, el juez competente, podrá disponer la aplicación de alguna medida cautelar personal de restricción de la libertad física, como es el arresto domiciliario, la libertad vigilada, la prohibición de salir del territorio nacional u otorgar la libertad provisional bajo fianza durante el tiempo que dure el proceso penal respectivo. Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada mediante las sentencias N° 123/00-R y 124/00-R.

2.2.3.2. *Detención ilegal emergente de procesamiento con dilaciones indebidas*

Un problema aún irresuelto en la administración de justicia es la excesiva demora en la tramitación de los procesos, que en materia penal vulnera la garantía del debido proceso en su componente referido al derecho a un procesamiento sin dilaciones indebidas que tiene toda persona sometida a un proceso penal. La situación se agrava cuando, como consecuencia de las dilaciones indebidas en la tramitación del proceso, se priva de la libertad física al procesado en la vía cautelar o preventiva, es decir, se aplica la detención preventiva más allá de lo razonable y los límites establecidos por ley.

El uso de la detención preventiva por parte de los jueces se convirtió en uno de los excesos en que incurrían con frecuencia los jueces y tribunales de justicia en Latinoamérica, esta afirmación se demuestra por el estudio realizado por los expertos Luis Paulino Mora Mora, Raúl Zaffaroni, Elías Carranza y Mario Houed Vega, cuyo resultado fue publicado en el libro “El Preso sin Condena en América Latina”. Los resultados del referido estudio muestran que hasta el año 1994 la detención durante el proceso era la regla, así en El Salvador 82,57%, en Paraguay 94,25% y en Bolivia 89,70% de los presos de la cárcel se encontraba en espera de condena, es decir, eran presos sin sentencia¹².

¹² Datos obtenidos del trabajo del Dr. Luis Paulino Mora M. “Garantías Constitucionales en Relación con el Imputado”, publicado en la obra colectiva *Sistema Acusatorio. Proceso Penal. Juicio Oral en América Latina y Alemania*. Ed. CIEDLA, Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires - Argentina. 1995.

Ante esa situación, en fecha 2 de febrero de 1996 se promulgó en Bolivia la Ley N° 1685 de la Fianza Juratoria contra la Retardación de Justicia Penal, con la finalidad de poner fin a la ilegal privación de libertad que emerge de la retardación de justicia. Posteriormente, mediante Ley N° 1970 de 25 de marzo de 1999, se aprobó el nuevo Código de Procedimiento Penal, cuyo Libro Quinto establece el régimen de las medidas cautelares, entre ellas las de carácter personal recogiendo los principios y garantías constitucionales referidos a la protección de la libertad física.

A pesar de las normas establecidas en la disposición legal citada, los jueces y tribunales de materia penal persistieron en su actitud de mantener la medida de la detención preventiva, a pesar de haberse producido la retardación de justicia y la privación de libertad había excedido los límites establecidos por ley; de manera que se resistieron en aplicar las medidas o la cesación de la detención preventiva, utilizando fundamentos poco atendibles como “el delito por el que se procesa al encausado es grave”, entre ellos el de narcotráfico, que “la retardación no es imputable al juzgador.” etc. Ante esa situación el Tribunal Constitucional estableció la línea jurisprudencial señalando que la privación de libertad de los imputados o procesados por tiempo indefinido, como consecuencia de la retardación de justicia, constituye una condena anticipada, por lo mismo, un hecho ilegal que lesiona la garantía del debido proceso y vulnera el derecho fundamental de la libertad física. Así en su Sentencia N° 226/99-R¹³, ha señalado que *“la ley N° 1685, denominada Ley de Fianza Juratoria contra la retardación de Justicia Penal, constituye una medida de política criminal del Estado boliviano en su lucha por eliminar y en su caso reducir la retardación de justicia y su grave consecuencia en el derecho a la libertad, que significaba mantener privado de este derecho a los imputados y procesados por tiempo indefinido, en una virtual condena anticipada, lo que vulneraba de la manera más grosera el principio del debido proceso de ley consagrado por el art. 16 de la Constitución”*.

Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada a través de las sentencias N° 273/99-R, 350/99-R, 399/99-R, 405/99-R, 408/99-R, 113/00-R y 119/00-R. Pero en especial, en la Sentencia Constitucional N° 366/2000¹⁴, en la que el Tribunal ha definido que *“conforme al sentido del orden constitucional (arts. 9, 10, 11, 16 y 18 de la Constitución), toda detención, sea preventiva o formal, que sobrepasa los términos o infringe las formalidades establecidas en la Ley se convierte en detención ilegal; consecuentemente, cuando la autoridad judicial niega la concesión de libertad provisional bajo Fianza Juratoria, no obstante de corresponderle al procesado con-*

¹³ Sentencia dictada en fecha 13 de octubre de 1999 en el recurso de Hábeas Corpus planteado por Alfonso Peña R. contra los vocales de la Sala Penal Primera de La Paz. Magistrado Relator: Dr. Willman Ruperto Durán Ribera.

¹⁴ Sentencia dictada en fecha 20 de abril de 2000 en el recurso de Hábeas Corpus planteado por Germán Medrano Kreidler contra el Juez Octavo de Partido en lo Penal de La Pas. Magistrado Relator: Dr. Willman Ruperto Durán Ribera.

forme a norma expresa y terminante (art. 11-4 de la Ley 1685), incurre en detención ilegal, haciendo viable la aplicación de la garantía consagrada por el art. 18 de la norma fundamental de la República”.

El razonamiento del Tribunal Constitucional se basa en: 1) que por disposición del artículo 16 de la Constitución se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad, por lo que entre tanto no se demuestre su culpabilidad, el juez o tribunal, no puede aplicarle una sanción anticipada, el hecho de disponer una detención preventiva y prolongar esa medida más allá de lo razonable y los límites de ley constituye una sanción anticipada; 2) toda persona imputada de haber cometido un delito o sometida a un proceso penal goza de la garantía del debido proceso, lo que importa, entre otras cosas, el derecho a un procesamiento sin dilaciones indebidas, es decir, que toda persona acusada de haber cometido un delito debe ser procesada dentro de un plazo razonable; 3) por disposición del artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general.”; 4) si la autoridad judicial dispuso la detención preventiva, como medida cautelar en el proceso, y no cumplió con su deber de procesar a la persona dentro de un plazo razonable, le corresponde disponer su libertad sin perjuicio de que prosiga el proceso, máxime si así lo dispone expresamente la Ley N° 1685 y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, cuyo artículo 7.5 dispone expresamente que “toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”.

Entonces, cuando un juez o tribunal de materia penal ha incurrido en retardación de justicia, a cuya consecuencia se prolonga la detención preventiva, suprime ilegalmente la libertad física de la persona procesada, toda vez que la detención preventiva dispuesta inicialmente en forma legal se convierte en una detención ilegal, así ha definido el Tribunal Constitucional cuando en su Sentencia N° 413/2000-R¹⁵ señala que “*la privación de libertad se considera ilegal cuando la decisión judicial vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, prolongando la medida preventiva o cautelar más allá de los límites establecidos por Ley mediante demora injustificada en la tramitación y resolución del proceso, basada en la negligencia del Juez o Tribunal*”.

Como se podrá advertir, la línea jurisprudencial del Tribunal constitucional de Bolivia está orientada a resguardar el orden constitucional y garantizar la plena vigencia y respeto de los derechos fundamentales y garantías constitucionales. Empero, aún falta mucho por hacer, mucho camino que recorrer. Claro está que el Tribunal Constitucional apenas empieza a caminar, que no se exija que se ponga a correr.

¹⁵ Sentencia dictada en fecha 28 de abril de 2000 en el Recurso de Hábeas Corpus planteado por Carmelo Saucedo contra los Jueces del Juzgado de Partido de Sustancias Controladas de Santa Cruz. Magistrado Relator Dr. José Antonio Rivera S.

Milton H. Cairolí Martínez*

El rol de la jurisdicción administrativa en Uruguay

1. Competencia de la Suprema Corte de Justicia

En la República Oriental del Uruguay no existe Ministerio de Justicia ni Consejo Superior de la Judicatura. La tarea administrativa está confiada a la Suprema Corte de Justicia que ejerce una competencia administrativa sobre cada uno de sus funcionarios desde los más altos cargos de Magistrados hasta los inferiores de auxiliares de servicio o personal no técnico, ayudantes de juzgados o tribunales.

Esto significa que los nombramientos, ascensos, sanciones, destituciones y demás, están a cargo del órgano supremo del Poder Judicial, quien en supuestos de sancionamiento a través de sumario administrativo, con posterior proceso disciplinario, aplica todas estas facultades.

Los procesos administrativos contra funcionarios del Poder Judicial se siguen con el más absoluto respeto al debido proceso legal y con asistencia obligatoria de abogado al empleado que es objeto de esa medida.

Por Acordada Nro. 7166, de fecha 30 de noviembre de 1992, se desconcentró la tarea administrativa delegándola parte en el Presidente de la Suprema Corte y parte en el Director General de los Servicios Administrativos. De todos modos cabe señalar que las decisiones de la Dirección General tienen que ser refrendadas por la mayoría del pleno para tener efectividad. Ello sucede en caso de que los sumariados sean funcionarios no jueces, cuando se trate de éstos la Corte actúa con una Secretaría Letrada Administrativa que es la encargada de llevar a cabo los sumarios y procesos contra los referidos magistrados. También en este caso, la Corte refrendará o no lo actuado por la Secretaría Administrativa.

* Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay. Catedrático de derecho penal.

Esa sería en muy breves y resumidos términos la competencia que en materia administrativa cumple la Suprema Corte de Justicia.

Por debajo de este alto Tribunal tienen competencia para juzgar administrativamente los actos de sus propios funcionarios, los Jueces de las respectivas sedes donde se ha cometido el hecho que eventualmente puede dar causa a un proceso disciplinario. Debe aclararse que toda destitución, de cualquier funcionario, aunque el sumario y proceso disciplinario haya sido seguido ante el Juez o Tribunal donde se cometió la falta administrativa, debe ser sometida a la opinión del Señor Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación y dispuesta por la propia Suprema Corte de Justicia, como se señaló antes.

2. El organismo de control de la actividad administrativa del Estado: Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

La Constitución, en su artículo 309, regula la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Este alto Tribunal está formado por cinco miembros magistrados de carrera, al igual que la Suprema Corte de Justicia, que son nombrados por dos tercios de votos del total de componentes de ambas ramas del Parlamento Nacional y duran diez años en sus funciones o hasta que se cumpla la edad de setenta años. La elección se hace de una lista de magistrados integrantes de Tribunales de Apelaciones y si no se logra el porcentaje requerido por la norma constitucional, otro artículo, el 236, dice que si la vacante de Ministro del Tribunal de lo Contencioso (así como también de la Suprema Corte) no es llenada en noventa días a partir de su origen, ascenderá automáticamente a ese cargo el magistrado de los Tribunales de Apelaciones con mayor antigüedad en el cargo y a igualdad de antigüedad entre varios, el que tenga más antigüedad en el ejercicio de la judicatura.

La competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo es la siguiente:

Conoce de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos cumplidos por toda la Administración en el ejercicio de sus funciones (incluso la perteneciente al Poder Judicial, Suprema Corte o tribunales y juzgados) contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo decide declarando la nulidad del acto administrativo impugnado, así sea éste de la Presidencia de la República, del Poder Legislativo o del Poder Judicial. Se trata de un verdadero organismo de control sobre la actividad ejercida por los tres poderes del Estado y sus decisiones han sido acatadas en todas las oportunidades en que han sido dictadas, lo que es un indicativo del alto sentido democrático que existe en mi país.

Si el Tribunal de lo Contencioso Administrativo declara la nulidad del acto impugnado porque éste ha causado una lesión a un derecho subjetivo del actor, la decisión tiene efecto únicamente en ese proceso o sea para ese caso particular.

Si en cambio, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo declara la nulidad del acto en interés de la regla de derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos, *erga omnes*.

Para iniciar una acción de nulidad ante este alto Tribunal, el actor deberá ser el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, que haya sido violado o lesionado por el acto administrativo.

En el año 1997 se produjo por voluntad popular una reforma de la Constitución por la que el artículo 312 autoriza al actor a optar entre pedir la anulación del acto administrativo o la reparación del daño causado por éste. En el primer caso, es decir si pide la anulación del acto y obtiene una sentencia favorable, después puede demandar la reparación del daño ante la sede civil pertinente. Pero si optó por la reparación, no puede pedir después la anulación del acto, cualquiera haya sido el contenido del fallo. Un caso más, si la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo confirma el acto, es decir no lo anula, pero declara suficientemente justificada la causal de nulidad invocada, el actor puede también demandar ante la sede pertinente la reparación del daño causado por el acto.

La jurisdicción del Tribunal se extiende a los actos administrativos definitivos emanados de los demás órganos del Estado, Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, además de los de los tres poderes del Estado. La justicia administrativa de éstos se cumple a través de funcionarios técnicos adscriptos al servicio de Abogacía de cada uno de ellos, que puede llamarse Mesa de Abogados, Dirección de Sumarios, Asesoría Letrada, etc.

Como se advierte, el sistema de control por parte de un órgano jurisdiccional con competencia administrativa es muy amplio y completo y hasta ahora ha marchado a plena satisfacción.

3. Otras competencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo

Respecto al tema de las contiendas de competencia entre distintos órganos del Estado, dice el artículo 313 de la Carta Constitucional:

“El Tribunal entenderá, además, en las contiendas de competencia fundadas en la legislación y en las diferencias que se susciten entre el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados y también, en las contiendas o diferencias entre uno y otro de estos órganos. También entenderá en las contiendas o diferencias que se produzcan entre los miembros de las Juntas Departamentales, Directorios o Consejos de los Entes Autónomos o Servicios Descentralizados, siempre que no hayan podido ser resueltas por el procedimiento normal de la formación de la voluntad del órgano. De toda contienda fundada en la Constitución entenderá la Suprema Corte de Justicia”.

Trataré de explicar someramente esta disposición constitucional.

Esto nos lleva a la consideración del tema de las contiendas inter-orgánicas y de las intra-orgánicas.

Las inter-orgánicas son las que pueden darse entre los diversos órganos públicos.

Las intra-orgánicas son las que se producen entre los miembros de un mismo órgano público.

En la dilucidación de ambas interviene el Tribunal de lo Contencioso Administrativo si la causa de los conflictos se funda en la ley. Si por el contrario estos conflictos tienen su origen en la Constitución, la encargada de dirimirlos será la Suprema Corte de Justicia.

No existe una razón que justifique esta distinción de criterio ya que en los hechos, con una Constitución de tan extenso articulado como lo es la uruguaya, la discusión tiene siempre que derivar hacia el campo constitucional y si el argumento decisivo ha sido el de considerar a la Suprema Corte como Juez de la Constitución eso tampoco es acertado, porque la Suprema Corte no es Juez de la Constitución sino juez de la inconstitucionalidad de las leyes.¹

De todos modos, y esto es una opinión personal, creo que la razón de ser de esta solución constitucional del artículo 212 está en la gran independencia que tiene el Poder Judicial de mi país.

Una opinión especializada en doctrina, al estudiar la jurisdicción de conflictos en nuestro derecho, señala que en Francia, donde se gestó el instituto y alcanzó un grado muy alto de desarrollo, este sistema está destinado a asegurar el mantenimiento del principio de separación de la Administración y de la Justicia.

Pero en Uruguay, tal como está encarado el régimen en la Carta, no se trata de un choque entre dos poderes, sino de una reivindicación de fueros administrativos entre entes que se desenvuelven dentro de la Administración central o descentralizada. Por esa razón el constituyente los dividió con un criterio radical según la naturaleza de los preceptos comprometidos.²

Por ello parece claro que el artículo 313 de la Constitución estructura un contencioso de conflictos para dirimir litigios que se susciten entre diversos centros de poder administrativo.³

Cuando dos o más autoridades administrativas se disputan la potestad de decidir sobre un caso, se origina la contienda que será resuelta por el Tribunal de lo Contencioso si se trata de un caso de litigio basado en la ley o por la Suprema Corte de Justicia si el conflicto tiene que ver con la Constitución.

Esta contienda tiene carácter preventivo porque si el acto administrativo que decide sobre el caso concreto ya fue dictado, la cuestión que se sometiera al Tribunal bajo forma de contienda de competencia sería en realidad una acción de nulidad fundada en la alegación de que el acto dictado por la autoridad demandada es inválido por vicio de competencia.⁴

¹ Debe aclararse que en Uruguay no existe un Tribunal Constitucional, el único encargado de juzgar la constitucionalidad de una ley es la Suprema Corte de Justicia.

² Aparicio Méndez. *Lo contencioso de anulación*. pag. 24 y 25.

³ Sentencia Nro. 161, de 19 de octubre de 1975 de la Suprema Corte de Justicia.

⁴ Cassinelli Muñoz. "Contienda de competencia y acción de nulidad" publicada en la *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración*. Tomo 72, pág. 134. Además, sentencia Nro. 202 del 16 de mayo de 1996 y sentencia Nro. 20 de 6 de junio de 1990, ambas dictadas por la Suprema Corte de Justicia.

En conclusión, si lo que se promueve no es una reivindicación de fueros administrativos, sino que se discute la legitimación jurídica de un acto del Poder Ejecutivo que afecta el principio de la autonomía que el orden constitucional y legal asigna a un Ente Autónomo, es competente el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para anular ese acto.

Pero acá cabe la pregunta de si el Tribunal ejerce ese control de legalidad del acto en forma excluyente o la comparte con otros órganos jurisdiccionales del Poder Judicial.

Existen dos tesis: una restrictiva que entiende que el T.C.A. tiene la exclusividad del control de legitimidad de los actos administrativos y otra amplia que fue sostenida por la Suprema Corte en sentencia Nros. 98 y 731 del año 1995. En esos fallos decimos que el T.C.A. tiene competencia exclusiva sólo en la anulación de actos administrativos, en tanto el Poder Judicial puede controlar la legalidad de dichos actos.

La facultad para evaluar la ilegitimidad de los actos de administración es un poder propio de cualquier órgano jurisdiccional y lo exclusivo del Tribunal de lo Contencioso es tan sólo la potestad jurisdiccional de anular los actos administrativos inválidos.⁵ Ese aspecto de anulación de actos inválidos excluye absolutamente la actuación del poder Judicial, pero no tiene competencia para juzgar a otros efectos la regularidad jurídica de los actos administrativos, en cuyo plano se mantiene la competencia del Poder Judicial.⁶

La tesis que acepta que los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial puedan controlar los actos administrativos se funda en la carencia de un texto constitucional que consagre la exclusividad de las competencias del Tribunal de lo Contencioso en el control de la regularidad jurídica de los actos administrativos. Aunque se le reconozca la competencia exclusiva para **declarar la nulidad de ellos**.

Ese es el límite, todo lo que exceda de él, es competencia del Poder Judicial, porque la jurisdicción anulatoria es sólo una de las especies del género contencioso administrativo.

Si se sostuviera que esa jurisdicción es la única en la que pueden ser objeto de control los actos administrativos, se llegaría al absurdo de sostener que el contencioso de anulación es el único control jurisdiccional de los actos administrativos previstas en la Carta, lo que no es así.

Y no lo es porque en Uruguay existen otros mecanismos fiscalizadores de la actividad administrativa, como por ejemplo el **Tribunal de Cuentas**, que tiene según la Constitución, facultades de control respecto de la legalidad de los gastos de las distintas reparticiones estatales. De igual modo también tenemos a la **Corte Electoral** a quien compete la decisión en toda la materia relativa a las elecciones de autoridades, referéndums, plebiscitos, etc.

⁵ Pablo Cajarville. *Recursos administrativos*, pág. 53.

⁶ Enrique Sayagués Laso. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II, pág. 555.

Además, según lo que dispone el artículo 318 de la Constitución, el Poder Ejecutivo puede dejar sin efectos los actos administrativos ilegítimos dictados por Servicios Descentralizados, por la vía de interposición ante aquél (P.E.) del recurso de anulación por parte de los interesados.⁷

El control de legitimidad de los actos administrativos y el control jurisdiccional son de diferentes fundamentos, en el primer caso el objeto de control es el “que” del acto y en el segundo caso, la finalidad es la naturaleza del órgano encargado de ejercer el control es decir el “quien” controla.

Pero además, si bien el control jurisdiccional de la actividad administrativa en el derecho uruguayo es **siempre** un control de juridicidad, en realidad es ejercido efectivamente por órganos no jurisdiccionales. Por eso se considera que no puede haber en nuestro ordenamiento un monopolio excluyente a favor de ningún órgano respecto al tema de control de legitimidad de los actos administrativos.⁸

Si el acto no pasó en autoridad de cosa juzgada porque no fue sometido a la jurisdicción anulatoria del T.C.A., es un acto irregular que la Administración puede revocar en cualquier instancia ante la interposición de un recurso de anulación. Todo sujeto tiene el derecho de defenderse de los actos administrativos ilegítimos y para ello puede ejercer la acción ante los órganos jurisdiccionales independientes.

El acceso a la Justicia en mi país, solo reconoce límites de orden constitucional. Este principio, no obsta a que se use la vía administrativa si el interesado opta por ella, pero no debe olvidarse que **tiene derecho además a recurrir en cualquier momento a los estrados judiciales, haya o no resolución de la Administración.**⁹

⁷ Andrés Blanco. “La capitalización de los recargos por mora” en *Revista de Derecho Tributario*. Nro. 125, pág. 108.

⁸ Blanco, *loc.cit.*

⁹ Ramón Valdes Costa. *Instituciones de derecho tributario*, pág. 354 y sentencia del T.C.A. Nro. 491 del año 1988.

Luis Felipe Sáenz Juárez*

La inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala

La defensa contra la inconstitucionalidad de leyes

a. Introducción

Las páginas que siguen están destinadas a explorar uno de los modos de defensa que la Constitución autoriza para que las personas puedan evitar que derechos fundamentales suyos puedan ser transgredidos por la aplicación de disposiciones legales que, de acaecer en casos propios sometidos a la jurisdicción ordinaria, resulten ser violatorios de normas constitucionales. Ello nos lleva, a título de mero recordatorio, a precisar lo que, para este estudio, debe entenderse por Constitución. Al respecto nos parece explícito en el concepto que de Andrés Serra Rojas recogen los autores Fernando Flores Gómez y Gustavo Carvajal Moreno¹: “La Constitución es la fuente por excelencia del Derecho, en cuanto determina la estructura del Estado, la forma de Gobierno, la competencia de los órganos constitucionales y administrativos, los derechos y deberes de los ciudadanos, la libertad jurídica y determinados problemas básicos de una comunidad, elevados a la categoría de constitucionales, para mantenerlos permanentemente fuera de los vaivenes de los problemas políticos cotidianos.”. Es que en ese concepto se recogen tres de los contenidos jurídicos que ha dejado precisados Paolo Biscaretti Di Ruffia², en cuanto que la Constitución, en sentido sustancial, pretende indicar el conjunto de normas jurídicas fundamentales,

* Abogado y Notario, Universidad de San Carlos de Guatemala. Magistrado titular de la Corte de Constitucionalidad, período 1996-2001.

¹ Flores Gómez, Fernando y Carvajal Moreno, Gustavo, *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Porrúa S. A., México 1976 p. 18.

² Biscaretti Di Ruffia *Introducción al derecho Constitucional Comparado*, Fondo de Cultura Económica, México 1975, pp. 286 y 287.

escritas o no escritas, que establecen la estructura esencial del Estado; en sentido formal, que con ella se pretende significar todas las normas jurídicas diversas de las legislativas ordinarias, a causa de su procedimiento de elaboración más difícil, más ritual y más amplio; y en sentido documental, que es un solemne acto normativo que contiene la mayoría de las disposiciones sustanciales de carácter constitucional.

Es la Constitución entonces la fuente de todas las otras leyes que pasan a integrar con ella el ordenamiento jurídico, bien porque adopten, como dice André Haurio³, la forma de Ley, entendida como “..regla general, escrita, establecida por los poderes públicos después de una deliberación y que implica la aceptación directa o indirecta de los gobernados.”, o de Reglamento, concebido como “..disposición general, escrita, dictada por una autoridad que tenga el poder reglamentario y cuyo título de validez se halla en que emana de un gobierno cuyo poder es aceptado como legítimo.”

Todo ese conjunto, denominado “Derecho”, con equivalente en las lenguas que se manejan en las comunidades del orbe y en instituciones propias o en las que tienen finalidad comunitaria o internacional, señala un fenómeno común de producción de leyes o reglamentos de contenido más o menos permanente y mudable en atención a fenómenos sociales, portadoras ellas de reglas que en sus distintas actividades han de guiar los múltiples comportamientos intraindividuales y sociales. Y es que no se trata de verlo como una mera suma de normas sino como su articulación lógica y funcional, por cuanto cada grupo normativo es dado para reglar campos diversos de la actividad humana, dependientes por ello de la cultura de la cual son su derivación.

El Derecho opera fundamentalmente para asegurar la libertad jurídica de las personas; de ahí que estructure su ejercicio reglado a fin de hacer posible la libertad en la sociedad, habida cuenta de lo heterogéneo de sus componentes individuales; de modo que se erige a partir de una norma única y mayor -la Constitución- de la que deriva, por aplicación del principio de “separación de poderes”, la delegación a sujetos con poder: unos, para la elaboración de la normativa que posibilitará el ejercicio de aquella libertad; otros, para ejecutarlas cumpliendo el propósito de su emisión; y otros más para permitir el control de su aplicación por medio de la jurisdicción. Se trata, pues, de un sistema que coloca en la cúspide a la Constitución que, como norma primigenia, determina límites a los sujetos de poder y, por tanto, a sus esferas de acción. Se determinan así los que por tradición se han conocido como los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

El hecho de constituir un sistema significa, como lo aprecia Giovanni Tarello⁴, una estructura para la cual no puede existir conflicto entre dos reglas o normas válidas,

³ Haurio, André *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, traducción de José Antonio Gonzales Casanova, Ediciones Ariel, Barcelona, España, 1971, pp. 168 y 169.

⁴ Tarello, Giovanni *Cultura jurídica y política del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995. p. 144 y ss.

esto es, que si se encuentra que dos normas de un mismo Derecho están en conflicto, tal conflicto es meramente aparente y es necesario descubrir el modo de arreglarlo.

Dentro del sistema, por aplicación de aquel principio, es al judicial al que está atribuida la función de conocer de conflictos entre personas, decidiéndolos en fallos en los que interpreta e inclina por la ley que estime aplicable. La aplicación ha de corresponder hacerla, según los niveles de legalidad permitidos, al juez que tenga la función decisoria última.

No obstante lo dicho, el fenómeno adquiere matiz diferente cuando la cuestión se centra en el conflicto entre una o más reglas ordinarias y norma o normas de la Constitución, porque aquéllas devienen, de ser esa la apreciación, nulas o inaplicables, según sea el planteamiento.

Acá debe darse ingreso a una forma distinta de conocer tales conflictos, esto es, al proceso constitucional, cuya finalidad es similar a la de otros procesos, en cuanto buscan la aplicación de justicia, que por la materia que trata en éste deriva a la justicia constitucional o control de constitucionalidad. Para su conocimiento existen instituciones u órganos de jurisdicción única pero de materia especializada, con normativa propia que regla el estatuto de sus jueces y de procedimientos determinados para hacer posible la reparación de agravios, generales o particulares, que puedan cometerse contra la Constitución.

El que se aborda en este estudio es uno de esos procesos comprendido dentro de la esfera de la justicia constitucional, tan tenazmente propugnada por el jurista Mauro Capelletti⁵, quien, como resultado de sus investigaciones, afirma que las diversas manifestaciones “..de la *‘justicia constitucional’* se pueden reducir ciertamente a una unidad al menos bajo su aspecto funcional: la función de la tutela y actuación judicial de los preceptos de la suprema ley constitucional. Es indudable, empero, la profunda diferencia estructural que fluye entre aquellas varias manifestaciones, de donde se puede justificar bien un tratamiento limitado sólo a alguna de ellas -limitado, en particular, a aquélla que de todas es probablemente la más importante, o sea el control judicial sobre la legitimidad constitucional de las leyes.”

Sus ideas, además de aceptadas, han sido desarrolladas por otros distinguidos tratadistas de esta disciplina; es oportuno citar a ese propósito al catedrático José Almagro Nosete⁶, quien en el prólogo de su libro *Justicia Constitucional* expresó: “Tras la defensa judicial de la constitución, late una concepción ius naturalística. El Derecho natural como problema, como interrogante y permanente apelación a la conciencia de los hombres que viven en sociedad; el Derecho natural, en ocasiones, empleado como argumento último del acatamiento al orden constituido; el Derecho

⁵ Capelletti, Mauro *La Justicia Constitucional* (Estudios de Derecho Comparado), Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, México 1987, p. 27.

⁶ Almagro Nosete, José *Justicia Constitucional* (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), Artigrafía, S. A. Madrid, España, 1980.

natural, también utilizado como fermento ideológico de rebeldía frente a las opresiones establecidas; el permanente drama del hombre, proyectado en lo jurídico.” “A medio camino entre justicia general y justicia individual; entre juicio de legalidad y juicio de equidad; entre derecho justo y derecho constituido; entre Derecho natural y Derecho positivo, nacen estas jurisdicciones que toman como punto de obligada referencia para su quehacer la Ley Suprema; norma formalmente positiva, materialmente flexible y llena de espacios, que deben ser cubiertos con el buen sentido jurídico y político.”

Dentro de los lineamientos conceptuales de los que hemos hecho alusión fue estructurado el sistema de nuestra jurisdicción constitucional, que se extiende a un abanico de competencias que comprende, dentro de sus grandes capítulos, la defensa de los derechos fundamentales de las personas mediante la acción de Amparo, la defensa de la libertad individual y de su integridad corporal con el uso del derecho de su Exhibición Personal, y la defensa contra agravios a la Constitución, bien por medio de la Inconstitucionalidad general de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general, o acudiendo a la Inconstitucionalidad de éstas en casos concretos. La primera -acción de Amparo- y la última -Inconstitucionalidad en casos concretos- atribuida a los tribunales de jurisdicción ordinaria, asumiendo carácter de tribunales constitucionales en primera instancia; la Exhibición Personal, reservada a los tribunales en su función de jurisdicción ordinaria y a la Corte Suprema de Justicia; y la acción de Amparo -en segunda instancia por vía de recurso de apelación-, la Inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general en única instancia, y la Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos -en alzada o apelación-, de conocimiento de la Corte de Constitucionalidad.

En efecto, la Constitución Política de la República, emitida en 1985, incorporó, bajo las premisas apuntadas, su sistema de justicia constitucional, descrito en la normativa a la que se refiere su Título VI (Garantías Constitucionales y Defensa del Orden Constitucional) y aparece desarrollado en el Decreto Número 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente (Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad).

Como dato de no lejana historia debe señalarse que la ley última siguió en esencia los lineamientos básicos del frustrado primer ensayo que se recogió en el Capítulo XI de la precedente Constitución de 1965, y en la Ley Constitucional de Amparo, Habeas Corpus y de Constitucionalidad -Decreto Número 8 de la Asamblea Nacional Constituyente-, tema éste abordado por autores nuestros⁷, cuya lectura es importante.

De esa rica temática, como se previno, este estudio examinará la Inconstitucionalidad, no la también denominada Inconstitucionalidad Directa, de conocimiento

⁷ Vid. Entre otros: Vásquez Martínez, Edmundo y García Laguardia, Jorge Mario *Constitución y Orden Democrático*, Editorial Universitaria de Guatemala, Guatemala, C.A. 1984, p. 183; García Laguardia, Jorge Mario *La Defensa de la Constitución*, publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad San Carlos de Guatemala, 1986, p. 6º y ss.

en instancia única por la Corte de Constitucionalidad para la impugnación de las leyes de carácter general -leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general-, sino la de leyes en casos concretos, identificada como Inconstitucionalidad Indirecta.

b. Inconstitucionalidad de carácter general o directa

Para abundar en la diferencia entre las dos formas de impugnar leyes, hacemos referencia en primer lugar al Sistema de control “concentrado” -Inconstitucionalidad directa-. Su ascendencia es austríaca, inspirada por Hans Kelsen⁸, incorporado a las Constituciones de Austria y de Checoslovaquia de 1920 y aceptado luego en ordenamientos de Europa continental, se centró en un Tribunal constitucional con facultad privativa para resolver sobre la adecuación de las leyes a la Constitución, esto es, el enjuiciamiento del apego a la ley fundamental de las normas emitidas por el órgano encargado de la emisión de las leyes, con la atribución de declarar su nulidad, tema cuyo antecedente ven varios autores en la práctica norteamericana a partir de la conocida sentencia preparada por el Juez John Marshall, Presidente en 1803 de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, dictada en el caso “Marbury v. Madison”⁹.

c. Inconstitucionalidad en casos concretos -sistemas de los Estados Unidos de América y de Europa

La facultad exclusiva de anulación de la que se atribuyó al Tribunal Constitucional mostró una dificultad importante, a saber, el hecho de que la inconstitucionalidad de normas sólo podría advertirse en su aplicación a los casos concretos; ello dio origen a considerar la introducción del sistema de “control difuso” o Inconsti-

⁸ Kelsen, Hans Ver, entre otros, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1995, p. 14 y ss.

⁹ Vid. Maldonado Aguirre, Alejandro. “El control constitucional”, en *Reflexiones constitucionales*. Publicación de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, p. 19 y ss.

Vid. Fayt, Carlos S. *La supremacía constitucional y la independencia de los jueces*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994. p. 24. El fallo, en parte, expresa: “La Constitución es, o bien una ley suprema y soberana, no susceptible de ser modificada por medios ordinarios, o bien está al nivel de las leyes ordinarias, y como todas las otras leyes, puede ser modificada cuando a la legislatura plazca modificarla. Si la primera parte de la alternativa es cierta, una ley contraria a la Constitución no es una ley; si la última parte es la verdadera, las constituciones escritas son tentativas absurdas de parte del pueblo para limitar un poder que, por su naturaleza misma, no puede ser limitado” “Ciertamente, todos aquéllos que han elaborado las constituciones escritas, las contemplaron como formando la ley fundamental y suprema de la Nación, y consecuentemente, la teoría de cada uno en tal gobierno debe ser que una ley de la legislatura repugnante a la Constitución es nula.”

tucionalidad Indirecta, esto es, la de examinar la denuncia de leyes que, de aplicarse a conflictos pendientes de fallarse en la jurisdicción ordinaria resultaran ser inconstitucionales, persiguiendo obtener ese pronunciamiento del Tribunal Constitucional antes de decidirse el caso o conflicto concreto, justificado porque, por un lado, se habría agotado el plazo preclusivo para atacarlas en la vía directa, y, por otro, el juez de su conocimiento estaba impedido de evitar la aplicación de la norma cuestionada. Bajo esa idea comenzó a concretarse su aceptación, principiándose con la modificación de 1929 a la Constitución austríaca; con posterioridad y ya con perfiles más definidos se acoge en Italia y Alemania, y después en España -en la Constitución de 1931- y en Portugal. Resulta importante mencionar que en el sistema comentado la declaración de inconstitucionalidad, por lo general, elimina con efecto *erga omnes*, la ley cuestionada.

También se afirma que el sistema difuso tiene antecedentes en el sistema norteamericano, porque, a consecuencia del fallo del juez Marshall, los jueces y tribunales quedaron con la facultad de declarar la inconstitucionalidad en los asuntos bajo su conocimiento, pese a que en esa práctica se limitaron a la declaración de inaplicabilidad de la norma estimada inconstitucional, esto es, con efectos circunscritos a las partes en litigio.

Resulta entonces interesante poner atención a las notas distintivas que registran los modelos norteamericano y europeo que, examinados por Luis López Guerra¹⁰, se pueden resumir así:

- 1) en el sistema de los Estados Unidos de América: a) el control corresponde a cualquier juez; su potestad deriva de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, vinculante para el resto de tribunales en virtud del principio *stare decisis*¹¹; b) la potestad de los jueces y tribunales se extiende, exclusivamente, a la validez de la ley en la resolución del litigio; y c) el juez o tribunal quedan limitados a dar solución *ad casum* para resolver un particular supuesto, inaplicando la ley que estime inconstitucional. Sin embargo, si una declaración similar se pronuncia estando sometido el caso al Tribunal Supremo, su inaplicación se convierte en general para el futuro, obligando al resto de jueces y tribunales.
- 2) en el modelo europeo señala: a) el tribunal constitucional es independiente y separado de los demás poderes del Estado; b) el tribunal tiene el monopolio en la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una ley; c) la selección de sus miembros se hace en forma distinta a la de los Magistrados de la jurisdicción

¹⁰ López Guerra, Luis *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant Lo Blanch Valencia, España, 1994. p. 198 y ss.

¹¹ "...según el principio del "*stare decisis*", los jueces deben resolver los casos que se encuentren pendientes de sentencia ateniéndose a lo resuelto por sentencias presentes dictadas en casos similares, por jueces de la misma jurisdicción, de jerarquía coordinada o superior." Cueto Rúa, Julio *El Common Law*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1957. p. 121.

ordinaria; y d) tiene procedimiento propio y actúa por iniciativa de otros (planteamiento de duda de inconstitucionalidad de ley aplicable al caso concreto, que los demás jueces y tribunales pueden someterle), con audiencia de las partes afectadas, y su decisión es motivada y con efectos de cosa juzgada y eficacia *erga omnes*.

d. El sistema mixto adoptado por Guatemala

Con elementos de los sistemas aludidos la Constitución de 1985 adoptó una formulación combinada estableciendo, por una parte, la Corte de Constitucionalidad, con carácter de tribunal permanente de jurisdicción privativa, para la función esencial de defender el orden constitucional, independiente de los demás organismos del Estado y con funciones específicas asignadas en la ley matriz y en la propia (artículos 268 y 272); por otra, habilitó a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria para decidir, por denuncia de su inconstitucionalidad, la inaplicación de ley en casos concretos.

De las funciones que corresponden a la Corte de Constitucionalidad¹² interesa a nuestro tema destacar la de “Conocer en única instancia de las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad” y la de “Conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia”. Esta última, de carácter constitucional, es la Ley de Amparo, Exhibición personal y de Constitucionalidad (Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente), a la que identificaremos en lo adelante como Ley de la Corte.

En cuanto a la primera, el artículo 267 constitucional dice: “Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad.” Y, en lo que se refiere a la segunda, el precedente artículo 266 establece: “En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. El Tribunal deberá pronunciarse al respecto.”

Las normas transcritas adelantan ya el carácter mixto apuntado y, además, la posibilidad de plantear la inconstitucionalidad de leyes en casos concretos de modo procesal diverso, lo que obliga a elaborar el examen separado que adelante se hará.

¹² Para el conocimiento de otras funciones vid. Pinto Acevedo, Mynor *La Jurisdicción Constitucional en Guatemala*, Publicación de la Corte de Constitucionalidad, Serviprensa Centroamericana, Guatemala, 1995. Sierra González, José Arturo *Derecho Constitucional Guatemalteco*, Publicación de la Corte de Constitucionalidad, Centro Impresor Piedra Santa Guatemala, 2000.

En la pretensión de inconstitucionalidad planteada en caso concreto se requiere al tribunal de su conocimiento que al decidir sobre el fondo inaplique la ley atacada, porque resultaría ser inconstitucional fundamentar el fallo en ella. Como son los tribunales ordinarios los que tienen la potestad exclusiva de la aplicación de las leyes para la solución de litigios sometidos a ellos, a ellos corresponde también el conocimiento y pronunciamiento en primera instancia de la Inconstitucionalidad en casos concretos, de modo que la declaración que recaiga en el planteamiento de la Inconstitucionalidad precisa de ser apelada, para que de ella pueda conocer la Corte de Constitucionalidad como tribunal *ad quem*.

Por de pronto ya podemos señalar, en relación con los dos sistemas -“control concentrado” y “control difuso”- referidos, las notas distintivas de nuestro ordenamiento:

- a) El “control concentrado” es atribución de la Corte de Constitucionalidad en su condición de tribunal de jurisdicción privativa, independiente de la ordinaria;
- b) La Corte se integra con Magistrados designados en forma diferente de los que conforman el Organismo Judicial;
- c) La Corte aplica el “control concentrado” en los casos de denuncia de inconstitucionalidad general de las leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general (Inconstitucionalidad Directa); en estos eventos el fallo que la pronuncie tiene, como efecto principal, dejar sin vigencia la ley, reglamentos o disposición atacada o la parte de ella que resulte afectada;

En la Inconstitucionalidad de carácter general opera la “acción popular”, esto es, que puede ser promovida tanto por instituciones determinadas (Junta Directiva del Colegio de Abogados; Procurador General de la Nación y Procurador de los Derechos Humanos) como por cualquier persona, con el auxilio de tres abogados colegiados activos;

- d) La legitimación para denunciarla en casos concretos <control difuso> está consagrada a que su proponente tenga la calidad de “parte” en el proceso; y su pronunciamiento por auto razonado corresponde al juez o tribunal de su conocimiento;
- e) La Corte de Constitucionalidad conoce en vía de apelación los pronunciamientos que el “control difuso” atribuye a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria -excepto jueces de paz-, cuya revisión desemboca en la sentencia que puede confirmar o revocar -dictando pronunciamiento sustitutivo- los autos que resuelven la pretensión de inconstitucionalidad. Si la pretensión se acoge, su confirmación -en caso de alzada- por la Corte los habilita para inaplicar la ley declarada inconstitucional al caso concreto del que estén conociendo. De igual manera, si la pretensión se desestima y se recurre a la apelación, puede la Corte sostenerla o, revocándola, declarar su inaplicación.
- f) Tanto el planteamiento de Inconstitucionalidad Directa como el instado en casos concretos se tramita aplicando la normativa especial que prescribe la ley de la materia, esto es, la de la Corte de Constitucionalidad.

Naturaleza jurídica y finalidad de la inconstitucionalidad en casos concretos

Posiciones acerca de su carácter prejudicial

Nuestra Constitución, en la primera frase del artículo 203, prescribe que “La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República.”, y en el artículo 204 dispone que “Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.”

Lo transcrito anticipa la obligación, para jueces y magistrados, de acatar, en su función jurisdiccional y en primer término, la normativa constitucional, estimada como condición esencial de la administración de justicia; desde luego que está exigiendo que “toda resolución o sentencia”, en tanto que afecta a quienes son sujetos o partes en los procesos tenga apoyo legal, sostenido éste en la Constitución, primordialmente. Empero, con antelación a ellas puede ocurrir que cualquiera de los sujetos o partes de cada caso concreto estime que, en la resolución que habrá de poner fin al conflicto o al asunto procesal o incidental de que se conozca y que fueren relevantes, el juez o tribunal podría aplicar disposiciones de ley que repute ser inconstitucionales, para su caso particular. En tal evento la vía de ese examen particular se abre con la promoción del instrumento jurídico de Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos (Inconstitucionalidad Indirecta).

Cuál sea la esencia de tal instrumento es lo que lleva a preguntarse por su naturaleza jurídica. Para ello, en defecto de doctrina propia seguiremos el hilo de autores españoles, quienes han tratado el tema con referencia de la doctrina europea en la que descansa, especialmente la italiana y la alemana.

Pablo Saavedra Gallo¹³ resume las posiciones que ha mantenido la dogmática italiana, señalando:

- a) su configuración como instrumento concedido a las “partes” del proceso donde surge la duda, para tutelar derechos e intereses constitucionalmente protegidos. El argumento en contrario concluye que gran parte de las cuestiones planteadas y resueltas no pueden considerarse como instrumento de tutela de las libertades conculcadas por las leyes, sino más bien un medio para la adecuación de la legislación derivada a la Constitución;
- b) una segunda la ve como medio para garantizar la aplicación de las leyes en los procesos de manera constitucionalmente correcta; y
- c) en una tercera corriente se la expresa como instrumento de garantía de la compatibilidad de las leyes con la Constitución, posibilitando la eliminación de las normas legislativas que sean contrarias a ella.

¹³ Saavedra Gallo, Pablo *La duda de inconstitucionalidad*, Ediciones El Almendro, Córdoba, España, 1985 p. 25 y ss.

En la doctrina alemana mayoritaria se la tiene como instrumento para proteger la obra del legislador frente a su inobservancia por parte de los órganos jurisdiccionales.

Nuestro autor señala luego las posiciones que en España se advierten, que se concretan así:

- a) La Inconstitucionalidad Indirecta es un instrumento para garantizar una interpretación uniforme de la Constitución. En ésta, habiendo partidarios en pro y en contra de tenerla como una cuestión prejudicial, trae a colación la inclinación de la jurisprudencia transcribiendo, de la sentencia del Tribunal Constitucional Español de 29 de abril de 1981, lo siguiente: “El fundamento ha de verse en un doble orden de razones: una, en la indagación del derecho aplicable al caso, el Juez o Tribunal ha llegado a la conclusión de que la norma, salvo que se juzgue inconstitucional, es determinante del fallo; otra, carece el Juez o Tribunal de poder para invalidar o dejar de aplicar la norma posterior y contraria a la Constitución.”. Y añade que, partiendo de lo anterior, “..la duda de inconstitucionalidad es un instrumento corrector de los graves defectos a que llevaría la aceptación de un sistema de Jurisdicción Constitucional concentrado puro, sin tener en cuenta las ventajas que ofrece la fiscalización constitucional <por los jueces ordinarios> de las leyes efectuada en el momento en que son aplicadas.”; y
- b) Una aspiración: el derecho de toda parte a que se le aplique una ley constitucionalmente regular. Es esta última a la que, al parecer, adhiere Saavedra Gallo, al sostener que “..consideramos que la determinación de la razón de ser de esa figura procesal, debe encontrarse en el derecho que tiene todo sujeto, parte en un proceso, a que se aplique al litigio planteado una ley adecuada a la Constitución.”

Por su parte, Encarnación Marín Pageo¹⁴ se pregunta “¿qué es lo que ha intentando el legislador con la atribución de esta facultad al órgano jurisdiccional?, ¿velar por los intereses de las partes en el proceso, a fin de que no se les aplique una norma inconstitucional?, o ¿depurar el ordenamiento jurídico?”, y se deduce su respuesta a la primera al asentar que “Puesto que las partes del proceso *a quo* no pueden acceder al TC, pensar que estamos ante un supuesto de sustitución procesal, supondría la atribución al órgano judicial de un exorbitante poder de disposición sobre los derechos materiales ajenos. El único sujeto legitimado para hacerlos valer ante el TC sería el órgano judicial, aun cuando es el justiciable sobre el que va a recaer el mandato de la norma inconstitucional.”; y con relación a la segunda puede hallarse en su afirmación acerca de “Que la elevación de la cuestión de inconstitu-

¹⁴ Marín Pageo, Encarnación *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Editorial Civitas, S.A. Madrid, España, 1990 pp. 117 y ss.

cionalidad al TC, no tenga como base la titularidad de un derecho, sino que se trate de un poder conectado a la función jurisdiccional, atribuido al órgano judicial por los intereses de que es portador, ..<actúa>.. en virtud de la exigencia de fallar las causas con arreglo a la C.”

Las proposiciones anteriores son ya una avanzada que conduce a desembocar en el entendimiento de la finalidad del instrumento jurídico que examinamos, las que seguiremos para conocer su posterior desarrollo.

Para Saavedra Gallo¹⁵ el instituto tiende a garantizar la primacía de la Constitución, depurando el ordenamiento jurídico a través de la eliminación de leyes o normas asimiladas no concordes con las previsiones constitucionales, línea dentro de la que nombra a reputados autores de España -Rubio Llorente y Aragón Reyes, Garrido Falla, García de Enterría, Almagro Nosete, González Pérez, Arosamena Sierra-, y agrega que en el mismo sentido lo ha hecho el Tribunal Constitucional al mantener en una de sus resoluciones que “La cuestión de inconstitucionalidad es, como el recurso del mismo nombre, un instrumento destinado primordialmente a asegurar que la actuación del Legislador se mantenga dentro de los límites establecidos por la Constitución, mediante la declaración de nulidad de las normas legales que violen esos límites. El objetivo común, la preservación de la constitucionalidad de las leyes, puede ser perseguido a través de estas dos vías procesales (se refiere a la directa e indirecta) que presentan peculiaridades específicas, pero cuya identidad teleológica no puede ser ignorada.”

Marín Pageo¹⁶, examinando su fin mediato, sostiene que “El objeto de la cuestión prejudicial consiste en la realización de un juicio de contraste entre dos normas: la ordinaria -que iba a recibir aplicación en el proceso del que trae causa- y la constitucional. En esta ocasión, el quehacer típico de la función jurisdiccional, consistente en la subsunción de unos hechos bajo una norma jurídica -a fin de obtener su calificación jurídica- se transforma. En la operación de subsunción que se realiza en el juicio constitucional, la premisa menor es también una norma jurídica. El juicio de contraste habrá de realizarse entre dos normas, la ordinaria y la Constitucional, a fin de ver si la primera respeta el contenido de la segunda.”

Agreguemos a las anteriores la conclusión de otro importante autor, Juan Manuel López Ulloa¹⁷, para quien “Una vez elevado el auto de planteamiento, el Tribunal Constitucional ha de ceñirse a enjuiciar la conformidad o disconformidad del precepto legal con la Constitución, haciendo abstracción de sus condiciones concretas de aplicación, de la interpretación sostenida por las partes e, incluso, de la propuesta en el razonamiento que sirve de base a la cuestión planteada, que es presu-

¹⁵ La duda ... *Op. Cit.* pp. 48 y 49.

¹⁶ La cuestión ... *Op.cit.* p. 98.

¹⁷ López Ulloa, Juan Manuel *La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho Español* Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, España, 2000 p. 347.

puesto, pero no objeto, de la CI. El objeto de la misma han de ser ‘normas con rango de ley’, esto es, un producto normativo del legislador y no normas de creación judicial producto de operaciones hermenéuticas. Las interpretaciones que tales preceptos hayan podido recibir en el proceso *a quo* no pertenecen al objeto de la CI, por lo que el TC podrá corregirlas cuando sea preciso.”

Véase que la cuestión de Inconstitucionalidad Indirecta (CI) planteada al Tribunal Constitucional por el juez contiene la interpretación de éste de la ley cuya constitucionalidad ha puesto en duda, que puede ser distinta de la que las partes puedan expresar al tribunal; éste, a su vez, hace el examen siempre que la puesta en duda sea norma con rango de ley -no admite que lo sea de reglamento- y se limita a hacer su examen abstracto frente a la Constitución, haciendo caso omiso de la manera -en su caso- de su aplicación al caso concreto.

Las citas anteriores, a nuestro parecer, resultan apropiadas en nuestro Derecho, teniendo presente, claro está, peculiaridades ubicadas en lo siguiente:

- a) aunque los autores españoles se pronuncian en general porque las “partes” en un proceso sean las que puedan proponer la inconstitucionalidad de leyes en casos concretos, lo que aún no ha sido alcanzado¹⁸, nuestra Constitución lo autoriza precisamente a las “partes”.
- b) en nuestro sistema, promovido adecuadamente el planteamiento al juez o tribunal que conoce de la *litis*, éste inicia por la vía prevista su conocimiento, que corre paralelo al principal, al cual no puede poner fin hasta en tanto la inconstitucionalidad no sea resuelta y quede firme. Para ello, tramitada en cuerda separada debe dictar auto emitiendo su parecer; de no ser impugnado, al quedar firme su pronunciamiento puede continuar el proceso principal para dictar su fallo; si es apelado, deja en suspenso el proceso del que está conociendo y lo eleva, con la cuerda, a la Corte de Constitucionalidad. La sentencia que ésta dicte en la cuerda será el criterio prevaleciente.

Posiciones acerca de su carácter prejudicial

Como ya se ve de expresiones de los autores que seguimos, la doctrina europea se ha interesado por afirmar o despejar la idea acerca de que en la inconstitucionalidad indirecta se está ante un supuesto de prejudicialidad, tema que resumiremos al solo objeto de evitar su omisión.

¹⁸ Marín Pageo, en comentario sobre el particular dice que “La única razón que podría existir para privar a las partes de la capacidad de disponer de su derecho, sería la consideración de que conllevaría mayores inconvenientes, hasta el punto incluso de poder defraudar la propia C. De una parte, por las facilidades que tendría de convertirse en un expediente dilatorio, utilizable por la parte que tuviere interés en retrasar el curso del proceso. De otra, por el colapso de trabajo que para el TC podría provocar la abundancia de cuestiones de inconstitucionalidad infundadas, lo que redundaría en perjuicio del control constitucional.” *La Cuestión ... Op. Cit.* p. 123.

Partiendo de la doctrina italiana que, según Saavedra Gallo¹⁹, halla su mejor desarrollo en Cappelletti, el planteamiento de la inconstitucionalidad indirecta constituye un proceso autónomo por su objetivo, que se vincula al proceso principal por su elemento subjetivo, dado que solamente están legitimados para iniciarlo los sujetos en aquel proceso, en el cual resulta aplicable una norma legal de constitucionalidad dudosa, cuyo conocimiento adquiere plena autonomía en relación con el principal.

En la doctrina alemana ve un enfoque distinto, dado que la configura como un medio limitador de las facultades judiciales en materia de fiscalización de la regularidad constitucional de las leyes, que responde a una tendencia del Derecho Procesal alemán moderno, encaminada a recortar la competencia prejudicial de los órganos jurisdiccionales.

Moviéndose entre ambas corrientes y asegurando que el instituto estudiado tiene un carácter híbrido en el Derecho español, concluye en que “..estamos ante un proceso dirigido a la elaboración de un dictamen vinculante emitido por el Tribunal Constitucional sobre una consulta interpretativa a través de la cual se ejercita tuitivamente el derecho de las partes en el proceso ‘*a quo*’ a que se les aplique una norma legal constitucionalmente correcta.”

Acerca de atribuir la naturaleza de dictamen y/o consulta resulta interesante abrir un paréntesis para traer a colación el criterio que traslada el profesor argentino Miguel Angel Ekmekdjian²⁰ (Argentina sigue los lineamientos de control constitucional de los Estados Unidos de América) recordando que “A partir de 1986 nuestra Corte Suprema de Justicia comenzó a abrir su concepción del proceso judicial, bien que en forma demasiado limitada. La apertura no se hizo incorporando la acción declarativa de inconstitucionalidad mediante la acción de amparo, sino por medio de la acción de certeza..”, la que más adelante perfila así: “La declaración de certeza, en tanto no tenga carácter simplemente consultivo, no importa una indagación meramente especulativa y responda a un ‘caso’ que busque precaver los efectos de un acto en ciernes al que se le atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, constituye causa en los términos de la ley fundamental.” Cerramos aquí la digresión.

Para Marín Pageo²¹ el carácter aludido es obvio, pues, “..cuando el órgano judicial aplica la norma cuya presunta inconstitucionalidad se ha suscitado en el proceso *a quo*, ello lleva implícito la ausencia de dudas sobre su constitucionalidad, y en consecuencia su calificación de *constitucional* con efecto *inter partes*; el problema sin embargo se produce, porque esta concepción de cuestión prejudicial implica su aptitud para ser objeto de un juicio autónomo. En caso contrario, no se comprende cómo podría producir efectos de cosa juzgada, de no ser prejudicial.”

¹⁹ *La duda ... Op. Cit.* Pp. 51 y ss.

²⁰ Ekmekdjian, Miguel Angel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo III, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1995, pp. 312 y ss.

²¹ *La cuestión ... Op. Cit.* Pp. 87 y ss.

Interesante resulta trasladar la idea de López Ulloa²² resumida en lo siguiente. Dice que “Como sabemos, *praejudicium* significa juicio previo a otro principal, y en este sentido el Diccionario de la Real Academia de la Lengua señala que el adjetivo prejudicial ha de emplearse cuando se quiera significar que aquello que queremos calificar ‘requiere o pide decisión anterior y previa a la sentencia de lo principal’. Sin embargo, se trata éste de un concepto muy amplio que la doctrina se ha ocupado de delimitar distinguiendo dos tipos o clases de prejudicialidades que se diferencian por la autonomía o no de la cuestión incidental con respecto al objeto principal. Así, por una parte, podríamos distinguir una *prejudicialidad en sentido lógico*, que vendría a coincidir con la que acabamos de definir con la ayuda del Diccionario, y, por otro lado, una *prejudicialidad en sentido técnico o jurídico*, que a diferencia de la anterior requiere que la cuestión a juzgar (la prejudicial) goce de autonomía con respecto a la cuestión principal. Ambas tienen en común que condicionan el éxito del juicio sobre una demanda, pero mientras las primeras constituyen un aspecto intrínseco y no autónomo al objeto del juicio -sin que puedan formar parte del objeto de una demanda proponible en vía principal-, las segundas tienen por objeto un derecho o efecto jurídico susceptible de constituirse en objeto de un juicio autónomo, esto es, con sus propias partes, *petitium, causa petendi*, juez competente, etc. Así las cosas, que la CI es una cuestión prejudicial en sentido lógico nadie lo niega; lo que debemos averiguar es si también lo es en sentido técnico, pues todas las cuestiones prejudiciales en sentido técnico o jurídico lo son en sentido lógico o racional, pero no al revés.”

Después de elaborar ese argumento, con examen de las posiciones italiana, alemana y española, agrega: “En consecuencia, si antes hemos señalado que la diferencia entre una prejudicialidad lógica y una prejudicialidad jurídica radica en la autonomía o no del proceso incidental respecto del proceso principal, llegamos a la conclusión de que, al menos en nuestro ordenamiento, la CI pertenece a la primera de estas categorías. Ante el TC no se desarrolla un proceso autónomo respecto del que tiene lugar ante el órgano judicial promovente. En realidad, la CI constituye más bien un proceso que tiene dos fases, una ante el órgano judicial y otra ante el TC, que es donde la CI se resuelve.”, y concluye en que “Más bien es producto de una decisión política que en el momento constituyente se tomó a favor de uno de los modelos conocidos de justicia constitucional. La obsesión por evitar que la función jurisdiccional pudiera politizarse y la firme determinación por garantizar el principio de seguridad jurídica, confiando el juicio último sobre la validez de las leyes a un solo órgano, explican la opción por este modelo de control judicial.”

Observadas las posiciones doctrinarias que anteceden somos de parecer que la Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos <Inconstitucionalidad Indirecta> tiene naturaleza de consulta requerida mediante una forma procesal propia, desde

²² *La cuestión de ... Op. Cit.* Pp. 115 y ss.

luego que no constituye parte del conflicto que el juez deba resolver, que opera como cuestión previa dado que, si no hay pronunciamiento firme acerca de si la ley cuestionada puede o no aplicarse para resolver el fondo del caso concreto o el asunto procesal o incidental de que se conozca, la sentencia no puede dictarse.

Leyes impugnables (vigentes e impugnables por su valor material)

Sustantivas, reglamentarias y procesales

Debemos poner atención ahora al tipo de leyes que pueden impugnarse mediante la Inconstitucionalidad Indirecta, que por regla general lo son aquéllas que las partes han citado en apoyo de sus pretensiones dentro del litigio al que el juez o tribunal debe dar solución, dentro de las que pueden incluirse las de carácter sustantivo, reglamentario -en materia administrativa- y procesal.

Requisito necesario es que la ley atacada tenga vigencia al momento de plantearse la acción, esto es, que habiendo sido publicada la ley esté rigiendo y ella o la disposición impugnada no haya sufrido modificación o se haya derogado (artículos 6. y 8. de la Ley del Organismo Judicial), sin perjuicio de que pueda haber ocurrido cualquiera de estos últimos supuestos con posterioridad a la promoción de la acción.

Similar criterio se ve en la jurisprudencia española, vertido en la sentencia 332/1993 del Tribunal Constitucional²³, en la que se afirma que “..el objeto de los procesos de declaración de inconstitucionalidad no es la norma, incluso en el supuesto de la sucesión de normas en el tiempo, sino la ley, el texto legal o vehículo formal como “signo sensible” a través del cual se manifiesta el mandato normativo. Si ello es así incluso para el recurso directo, que es un medio de control de constitucionalidad de normas en abstracto y no de un sistema normativo en su conjunto e integrado por diversas leyes, con mucha mayor razón ha de serlo para la CI que responde en el diseño constitucional a un mecanismo de control en el que los hechos y las pretensiones deducidas en el proceso acotan y delimitan el ámbito del juicio de inconstitucionalidad.”

En ese entendido, adviértase que en la generalidad de los casos el ataque por Inconstitucionalidad Indirecta incide en disposiciones de carácter sustantivo o reglamentario con similar efecto, pero no debe pasar por alto que los tribunales, al llevar adelante el trámite del proceso, puedan apoyarse en disposiciones adjetivas al resolver en cualquiera de sus etapas, las que las partes puedan también estimar que obstan a la corrección o legalidad del fallo futuro e intenten, por ello, la denuncia de su ilegitimidad constitucional en la vía aludida.

²³ Tomo Trigésimo Séptimo de la *Jurisprudencia Constitucional del Tribunal Constitucional Español*, p. 669.

Un último tema muy importante a tener en cuenta es que, aunque la ley no lo indique expresamente, la inconstitucionalidad Indirecta debe deducirse contra el valor material -no formal- de la ley o disposición legal impugnada, porque la posible vulneración que pudiera haber cometido el legislador en el procedimiento para la producción de la ley, no implica contradicción con ningún valor material de la Constitución que pueda causar agravio en la solución del caso concreto.

La falta de texto expreso en la ley ocurre también en otros sistemas, como lo deja ver Marín Pageo²⁴ al comentar que “Si el TC tiene asumido como principio fundamental de su actuación, que una ley no debe ser declarada inconstitucional salvo que no haya ninguna manera de interpretarla constitucionalmente, lógico parece que dicha norma quede convalidada, en el caso que no vulnere ningún valor material, ya que ni siquiera es preciso realizar esa labor de interpretación constitucional aludida. Como no puede darse el supuesto de una sentencia interpretativa respecto de una norma que incurra en inconstitucionalidad formal, ya que dicho vicio afecta al procedimiento de elaboración de la norma, quiere decir ello que cuando la norma incurra en este vicio, parece un tanto desproporcionado que sea cual fuere su causa, la sanción sea siempre la declaración de inconstitucionalidad de la norma”.

Pasemos ahora a examinar separadamente las leyes pasibles de inconstitucionalidad en la vía indirecta.

a. Sustantivas

Por lo común, desde luego, el cuestionamiento ha de dirigirse a las disposiciones de Derecho material aplicables, en las que el tribunal deba apoyarse para poner fin, bien al conflicto o al asunto procesal o incidental del que esté conociendo. No se trata, pues, de que la Constitución haya autorizado la impugnación indiscriminada de leyes que arbitrariamente se suponga aplicables al caso o que cualquiera de las partes haya citado, en abundancia de argumentos, como eventualmente aplicable para fallar, sino las disposiciones de aquella ley que racionalmente se estime que el tribunal aplicará para decidir sobre el fondo del litigio de que se trate.

Lo anterior porque el planteamiento de inconstitucionalidad no tiene, como ocurre con la acción de amparo, la misión de proteger derechos individuales que se alegue conculcados, sino la declaración de la eventual inconformidad constitucional que resultaría de ser aplicada al caso, a efecto de que el órgano jurisdiccional cumpla con su obligación de emitir fallos sometidos a la Constitución -en primer lugar- y a las leyes; es decir, a satisfacer el principio que consagra el artículo 203 en cuanto a que “La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República.”

No son pocos los casos en los que la Corte de Constitucionalidad ha insistido en este aspecto diferenciador, como se ve, por ejemplo, al asentar:

²⁴ *La cuestión ... Op. Cit.* p. 240.

“Conforme los artículos 120 y 123 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en casos concretos, la persona a quien afecte directamente la inconstitucionalidad de una ley puede plantearla ante el tribunal que corresponda según la materia y podrá promoverse cuando la ley de que se trate hubiere sido citada como apoyo de derecho en la demanda, en la contestación o que de cualquier otro modo resulte del trámite del juicio; si se declara procedente, el tribunal resolverá la inaplicabilidad de la ley al caso concreto, pero no pierde su vigencia; en ambas situaciones la acción intentada tiene como objeto el control de la constitucionalidad de las normas de carácter general, por lo que al impugnarlas deviene la obligada confrontación de las normas denunciadas con la Constitución, no pudiéndose impugnar, por este medio los actos u omisiones de autoridad que a juicio del postulante, lleven implícito amenaza, restricción o violación de los derechos de las personas contenidos en la Constitución y las leyes.”²⁵

b. Reglamentarias.

Otro tanto ocurre con la impugnación de reglamentos que autoriza el artículo 118 de la Ley de la Corte, aunque constreñida al campo de las actuaciones administrativas. Recordemos a ese efecto que el artículo 183, letra d), constitucional, atribuye al Presidente de la República la función -entre otras- de “..dictar (...) reglamentos (...) para el estricto cumplimiento de las leyes, sin alterar su espíritu”.

Examinando en primer lugar la doctrina europea López Ulloa²⁶ dice: “Recordando al efecto la clásica clasificación que de los reglamentos hacía Von Stein, además de los Reglamentos *secundum legem* y excluida la validez de los reglamentos *contra legem*, el autor alemán también se refería a los que calificaba de *praeter legem*, esto es, aquéllos que no desarrollan o ejecutan una ley porque su existencia no depende de la existencia previa de aquélla. Reglamentos que, en consecuencia, y al igual que la ley, se sitúan en el sistema de fuentes por debajo de la Constitución de forma inmediata, razón por la que no han faltado autores que hayan afirmado que estas normas son, en sentido genérico, fuente primaria del ordenamiento.”, agregando que “Cuando nos movemos en el ámbito de los reglamentos *secundum legem* -en la terminología antes utilizada- el problema es distinto, y si cabe más complejo. Como ha definido el TC, estos reglamentos -que son los que más abundan- son aquéllos ‘que están directa y correctamente ligados a una ley, a un artículo o artículos de una ley o a un conjunto de leyes, de manera que dicha ley (o leyes) es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada y cumplimentada o ejecutada por el reglamento’. Por ello, cuando advertimos una posible contradicción entre este tipo de normas y la Constitución, o bien el reglamento se ha limitado a desarrollar lo pre-

²⁵ Vid. Sentencia de la C.C. de 11 de junio de 1998, *Gaceta* 48, p. 56.

²⁶ *La cuestión de ... Op. Cit.* P. 183 y ss.

ceptuado en la ley habilitante, en cuyo caso la inconstitucionalidad vendría de la ley y no del reglamento, o bien la autoridad gubernativa no ha respetado lo preceptuado por el legislador, en cuyo caso estaríamos no ante un supuesto de inconstitucionalidad sino de ilegalidad reglamentaria.”

Adviértase que en nuestro caso la autorización para acudir a la inconstitucionalidad indirecta está dirigida especialmente a reglamentos *secundum legem*, desde luego que deben tener su fuente en la ley. Aunque entendemos que puedan atacarse otros reglamentos, siempre que la Administración se fundamente en ellos al decidir el caso en esa vía.

Respecto de la función aludida la Corte de Constitucionalidad ha expresado:²⁷ “La facultad reglamentaria del Presidente de la República, es una facultad especial dentro del principio de la separación de poderes o de funciones. En la teoría y en la práctica constitucional aunque cada Organismo conserva sus atribuciones propias, en menor escala, y en virtud de lo que se define modernamente como equilibrio en una adecuada distribución de funciones, se otorga en la Constitución a unos organismos, funciones que son propias de los otros; este es el caso de la facultad reglamentaria del Presidente de la República, la que la teoría de la Constitución identifica como facultad **quasi-legislativa** del Presidente. La potestad legislativa se otorga al Congreso de la República, y la facultad reglamentaria de las leyes es función del Presidente de la República. La Constitución faculta al Presidente a emitir reglamentos para el estricto cumplimiento de las leyes sin alterar su espíritu, aunque en la ley no se le asigne expresamente la obligación de reglamentarla.”

Y ha externado, respecto de su impugnabilidad mediante inconstitucionalidad indirecta, que:²⁸

“Nuestro régimen jurídico se funda en la jerarquía de las disposiciones teniendo en la cúspide las normas constitucionales, inmediatamente después las leyes constitucionales, luego las leyes ordinarias y después los reglamentos. Si las leyes contrarían la Constitución, son inconstitucionales; pero también lo son los reglamentos cuando contrarían el texto de la Ley que pretende desarrollar, porque la Constitución Política de la República pone como límite a la facultad reglamentaria del Presidente de la República la sujeción a las Leyes”.

c. Procesales

Aunque la mayoría de planteamientos de inconstitucionalidad indirecta giren alrededor de disposiciones de Derecho sustantivo, las de carácter procesal también pueden someterse a examen, dado que la Constitución, en el artículo 12, garantiza el debido proceso legal. Debe verse acá que si bien es de suma importancia que ca-

²⁷ Vid. Sentencia de la C.C. de 6 de diciembre de 1991, *Gaceta* 22, pp. 5 y 6.

²⁸ Vid. Sentencia de la C.C. de 7 de noviembre de 1988, *Gaceta* 10, pp. 18 y 19.

da caso concreto deba ser resuelto aplicando disposiciones legales carentes de ilegitimidad constitucional, también lo es que las de Derecho instrumental tengan similar respaldo porque, de ser aplicadas, operarían desfigurando el Derecho material invocado por cualquiera de las partes, con cuya aplicación se pretenda satisfacer las pretensiones deducidas en el proceso ordinario. Por ello la Corte de Constitucionalidad ha expresado sobre el particular:

*“Estando garantizada la tutela efectiva de los derechos que debe dispensarse por los órganos jurisdiccionales con la aplicación de la Constitución y las leyes, la autorización para plantear la inconstitucionalidad de las que puedan ser aplicables a casos concretos incluye la de normas procesales, desde luego que su aplicación puede resultar ilegítima, según declaración firme sobre el particular, e incidir negativa e ilegalmente en la solución de la litis, contrariando el principio de legalidad.”*²⁹

Resulta así oportuno señalar, en tal sentido, la posición de Marín Pageo³⁰ al expresar que “La norma procesal es una garantía, ya no de que se llegue al fallo, que lo es, sino a un fallo determinado; aquél que se produce mediante el *proceso debido*. La *ratio* de que una cuestión de inconstitucionalidad pueda versar sobre una norma procesal, es la misma que fundamenta la posibilidad de poder recurrir en casación, por infracción de las garantías esenciales del procedimiento: al no ajustarse el proceso a las garantías establecidas en la C., no puede haber seguridad en la *justicia* de su resolución.”

En sentido similar se ha pronunciado César Alvarez-Linera y Uría³¹, quien al comentar que las normas impugnables en casos de duda de inconstitucionalidad lo son aquéllas que sean de aplicación al fondo, llamadas sustantivas o formales, dice: “Sin embargo, también debe entenderse que las leyes de carácter procesal pueden ser objeto de declaración de inconstitucionalidad, ya que de modo indirecto influyen en la ‘validez del fallo’. Al cual sólo se puede llegar por el camino del ‘procesus iudicii’, que, por no ser conformes a las que deben regular el ‘debido proceso’, pueden resultar contrarias al tenor y al espíritu fundamental del artículo 24 de la C.E.”

Puede concluirse, entonces, que las disposiciones procesales son impugnables sólo en los casos de vulneración del derecho a la tutela judicial en tanto infrinjan la aplicación del Derecho material invocado.

²⁹ Vid. Expediente de la C.C. 642-2000.

³⁰ *La cuestión de ... Op. Cit.* Pp. 213 y 214.

³¹ Alvarez-Linera y Uría, César -Magistrado de la Audiencia Territorial de Oviedo- “Incidencia de la Constitución en las normas de Derecho Procesal aplicables por la jurisdicción civil”. Ponencia presentada en las Segundas Jornadas de Derecho Judicial, publicación del Ministerio de Justicia de España, p. 127.

Marco básico en la inconstitucionalidad en casos concretos

Finalidad del planteamiento, Competencia para conocer, Legitimación para promover, Presupuestos para la promoción de la inconstitucionalidad en casos concretos y Efectos de la omisión de requisitos

La Constitución creó (artículo 268) la Corte de Constitucionalidad con los caracteres de tribunal permanente de jurisdicción privativa, de tipo colegiado, independiente de los demás organismos del Estado, para la función esencial de defender el orden constitucional, asumiendo competencias específicas (artículo 272).

Implica lo anterior la existencia de una jurisdicción separada de la que es propia del Poder Judicial, justificada por la materia que le está atribuida, a fin de hacer efectivas las garantías y defensas de orden constitucional y los derechos inherentes a la persona. Se trata, por tanto, de una jurisdicción establecida para entender y decidir en conflictos que tengan esa relevancia, a cuyo efecto se la ha dotado, también por disposición constitucional (artículo 276), de una ley propia -Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad- con la normativa procedimental que permite el desenvolvimiento del proceso constitucional en cada una de las funciones que tiene asignadas. Las letras a) y d) de tal norma contienen, cada cual, la individualización de dos de esas funciones: la del conocimiento de impugnaciones generales contra leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general (inconstitucionalidad directa), y la de conocer, en apelación, de impugnación de leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos (inconstitucionalidad indirecta).

a. Finalidad del planteamiento

La función jurisdiccional, que el artículo 203 de la Constitución atribuye exclusivamente a la “Corte Suprema de Justicia y .. demás tribunales que la ley establezca”, está destinada a impartir la justicia “..de conformidad con la Constitución y las leyes de la República.”, obligación reiterada en el siguiente artículo -204-, por cuanto éste dispone que “Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.”

Estando precisado constitucionalmente que los tribunales quedan sujetos, en los procesos sometidos a su conocimiento, a cumplir la Constitución y las leyes a las que ella da sustento, puede ocurrir que las partes o cualquiera de ellas estimen que la ley en su totalidad o partes de la misma, que el juzgador pueda aplicar para dar solución al caso o al asunto procesal o incidental, devendría inconstitucional en su concreta situación. Esa eventualidad le abre el camino para plantear la inconstitucionalidad de ley en caso concreto, a fin de obtener un pronunciamiento previo sobre ese particular. Y porque se trata de elucidar la legitimidad constitucional no genérica de la ley, sino la probabilidad de que lo sea, de aplicarse para decidir el fondo de la cuestión debatida, el planteamiento queda sujeto a satisfacer requisitos

propios, a efecto de que ese pronunciamiento particular, de naturaleza preventiva, se produzca.

A fin de ilustrar esta temática con pronunciamientos de la Corte de Constitucionalidad, haremos en lo adelante las referencias pertinentes de criterios sostenidos en sus fallos, utilizando, para facilitar al lector un acceso más fácil, la parte de sus decisiones que concrete el tema que estemos abordando.

En cuanto a la finalidad ha expresado lo siguiente:

*“Dentro del Título Cuarto de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad se autoriza la promoción de inconstitucionalidad de ley en casos concretos, siempre que se haya citado como apoyo de Derecho en la demanda, en la contestación o que, de cualquier otro modo resulte del trámite del juicio; su finalidad es la de inaplicarla, si la tesis es acogida. Tal posibilidad se explica por el deber que tienen los jueces de dictar sus fallos en conformidad con las leyes aplicables a cada caso concreto, pero, en primer lugar, de atender lo dispuesto en la norma constitucional. De manera que la acción que autoriza el artículo 116 de la Ley de la materia requiere: a) que la ley que se impugne, total o parcialmente, sea aplicable al caso que el tribunal debe decidir; b) que el fallo a dictarse dependa de la validez o falta de validez de la ley o norma cuya cuestionada; c) el razonamiento suficiente de la relación entre la ley o norma atacada y el eventual fallo que evidencie que su aplicación puede transgredir la disposición constitucional que el interesado señale, debiendo ser, por ello, inaplicable.”*³²

La cita está referida a la aplicación de leyes sustantivas; sin embargo, como se verá más adelante, pueden cuestionarse condicionalmente disposiciones legales de carácter procesal.

b. Competencia para conocer

La ley antes citada, a la que insistimos, nominaremos Ley de la Corte, atribuye la competencia para conocer de la inconstitucionalidad en casos concretos a los tribunales del orden común “.. que corresponda según la materia” (artículo 120), asumiendo en tales eventos “carácter de tribunal constitucional”, exceptuando a los juzgados menores que, por carecer de esa potestad, deben inhibirse inmediatamente de conocer cuando un asunto tal les sea planteado directamente, y enviar los autos al superior jerárquico para que tome su conocimiento. Ello indica que, salvo lo último, para conocer de esta clase de inconstitucionalidad la competencia está atribuida a los tribunales de la jurisdicción ordinaria -unipersonales o colegiados-, siempre que en ellos se tramite el proceso en el que se pretenda la declaración de inaplicación de leyes. Acá resulta patente la recepción del sistema de “control difuso”, desde luego que la facultad para conocer se extiende a tales tribunales, aunque

³² Vid. Sentencia de la C.C. de 15 de febrero de 2000. *Gaceta* 55, pp. 72 y 73.

entendiendo en carácter y materia exclusivamente constitucional, abriéndose paso así al fenómeno de adquirir, en esos casos, la condición de tribunales constitucionales de primer grado y, en dicha función, quedar sometidos jerárquicamente a la Corte de Constitucionalidad (CC), bajo cuya ley y procedimiento habrán de tramitarse y decidirse, siendo sus pronunciamientos susceptibles de apelación que, de interponerse, pasa a conocimiento de la Corte, como lo prevé el artículo 127 de su Ley, re-vertiendo el asunto al “control concentrado”.

c. Legitimación para promover

El artículo 29 constitucional garantiza a toda persona el libre acceso a los tribunales para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley. Tal enunciación se refiere a la legitimación o facultad para poner en movimiento o para intervenir en la actividad jurisdiccional, a fin de poder actuar frente a ella, bien instando y haciendo valer derechos, o en actitud defensiva para idéntico propósito, mediante la denominada legitimación procesal. Es esta una de las condiciones indispensables para que pueda iniciarse un proceso, o sea, un desarrollo ordenado para conocer, por una sucesión de actos o procedimientos, de pretensión que se ejercite ante el órgano jurisdiccional competente, que es lo que constituye, en términos de la doctrina dominante, una relación jurídica. Así la ve el profesor Eduardo J. Couture³³ al expresar que “El proceso es relación jurídica, se dice, en cuanto varios sujetos, investidos de poderes determinados por la ley, actúan en vista de la obtención de un fin. Los sujetos son el actor y el demandado, sus poderes son las facultades que la ley les confiere para la realización del proceso; su esfera de actuación es la jurisdicción; el fin es la solución del conflicto de intereses.”

En nuestro tema es a aquellos sujetos, definidos como “las partes”, actuando en cualquier proceso o competencia de la jurisdicción ordinaria, a quienes la Ley de la Corte (artículo 116) inviste de poder para plantear la denuncia de inconstitucionalidad de las leyes, en tanto que mantengan su condición de sujetos activos o pasivos o de terceros dentro de la contienda.

d. Presupuestos para la promoción de la inconstitucionalidad en casos concretos

Planteada y respondida una pretensión ante la jurisdicción ordinaria -es lo que ocurre generalmente- o producido un debate frente a la Administración, la sentencia en aquélla o la resolución en el último debe apoyarse en ley o disposiciones de ella que decidan sobre el fondo. Es en el curso o trámite del asunto que puede plantearse previamente la inconstitucionalidad indirecta, cuestionándose que esa probable aplicación resulta afectada de ilegitimidad constitucional en el caso que espera solución.

³³ Couture, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* Editora Nacional, S.A. México, 1981, p. 124 y ss.

La Ley de la Corte permite plantear la inconstitucionalidad de leyes en casos concretos acudiendo bien a la acción, a la excepción o al incidente (artículo 116), significando tres modos para instarla; empero, en cualquiera de tales eventos debe ponerse atención a los requisitos siguientes:

d.1. Caso concreto previo

Para promover la inconstitucionalidad en casos concretos es necesario, de manera general, que esté en trámite un proceso que tienda a resolver un conflicto de intereses o un asunto procesal o incidental, lo que está indicando que la inconstitucionalidad indirecta tiene como presupuesto la existencia de un litigio a decidirse por un órgano de la jurisdicción ordinaria. Al advertirse, sin embargo, que es posible instarla mediante acción -tema que abordaremos en apartado distinto- y entendida ésta como el poder jurídico de promover el conocimiento de una pretensión acudiendo ante los órganos jurisdiccionales, da lugar a preguntarse la manera de ejercitarla, desde luego que sólo admitido por los tribunales el ejercicio de ese derecho y llevado adelante el procedimiento con la intervención de quien ha de actuar como contraparte, puede hablarse de la concreción de un proceso constitucional destinado a resolver, no el caso concreto en el que plantea la inconstitucionalidad indirecta, sino únicamente el examen de constitucionalidad en el que habrá de confrontarse la ley o disposición legal atacada con la norma o normas constitucionales que la parte interesada señale.

d.2. Oportunidad

La norma antecitada -artículo 116- señala también que la inconstitucionalidad puede ser planteada siempre que se promueva “hasta antes de dictarse sentencia”. Ello es así por regla general, desde luego que debiendo ponerse fin a la contienda mediante el fallo que ha de dictar el tribunal de conocimiento, lo que se persigue es que en la decisión no se aplique la norma o normas cuya constitucionalidad se haya puesto en duda.

Bajo ese entendido ha de advertirse que un planteamiento tal ha de proponerse antes que el tribunal que conozca en lo que sea la primera instancia dicte la sentencia que ponga fin al litigio; podrá instarse de nuevo en la segunda, también antes que pronuncie su fallo; y, de acudir a casación, la oportunidad será igualmente antes de que se produzca la sentencia que resuelva el recurso.

Ahora bien, tratándose de impugnar leyes o reglamentos por la vía de la acción que autoriza el artículo 118 de la Ley de la Corte, debe tenerse en cuenta que la oportunidad de su planteamiento ha de hacerse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que causó estado la resolución administrativa.

Y en cuanto a las disposiciones procesales debe anotarse que, como ya fueron aplicadas por el juez o tribunal en resolución de fondo (excepciones, por ejemplo), ésta habrá de recurrirse y la oportunidad para plantear la Inconstitucionalidad lo será ante el *ad quem*, una vez que se haya dado trámite a la impugnación.

Con relación a la oportunidad del planteamiento de la inconstitucionalidad en caso concreto puede citarse la doctrina siguiente:

“El planteamiento de la acción de inconstitucionalidad en casos concretos, al igual que las acciones de amparo e inconstitucionalidades generales, está sujeto al cumplimiento de determinados presupuestos que permitan realizar el estudio que por esa vía se pretende. Así, la Constitución y la Ley de la materia establecen como presupuesto de admisibilidad de esta acción, que su planteamiento se haga hasta antes de que se dicte sentencia. Ello obedece a que es durante la dilación procesal de cualquiera de las dos instancias permitidas por la ley, cuando se juzgan los hechos controvertidos y se aplican las normas sustantivas y procesales pertinentes que permitirán al juez hacer la declaración de derecho que se le pide, es decir, que sólo en tanto no haya pronunciamiento del fondo de la cuestión planteada, la inconstitucionalidad en casos concretos puede cumplir su objetivo de actuar como contralor material, si declarase la inaplicación del precepto al hecho que está pendiente de juzgamiento.

En el caso en estudio el solicitante plantea la inconstitucionalidad en caso concreto en la fase ejecutiva del juicio ordinario laboral que se promovió en su contra, lo cual significa que acudió a esa acción después de que en el juicio ya se había dictado la sentencia que, al haber quedado firme, le puso fin al mismo.”³⁴. Esa doctrina ha sido reiterada en fallos posteriores.

d.3. Cita individualizada de las leyes o disposiciones legales cuestionadas

Entendida la ley en su sentido de precepto que manda o prohíbe, dictada por el órgano legislador o por quien tiene esa facultad autorizada por la Constitución, habremos de notar que es a esa clase a la que se refiere el artículo 116 de la Ley de la Corte, que se amplía a reglamentos cuando la materia en la que se discuta la inconstitucionalidad sea del orden administrativo, de acuerdo con los términos del posterior artículo 118.

Se infiere así que la Inconstitucionalidad Indirecta puede plantearse cuestionando la ilegitimidad constitucional -de aplicarse al caso concreto- de leyes o disposiciones de leyes sustantivas, reglamentarias y adjetivas o procesales, vigentes. Pero en cualquiera de los casos debe citarse e individualizarse las disposiciones de la ley -o de reglamento, si así fuere- que, a juicio del interponente, no deban ser aplicadas en el proceso de que se trate, o la procesal ya aplicada, por estimar que en su particular situación resultaría inconstitucional que el tribunal se apoye en ellas al resolver el fondo del litigio, en aquellos supuestos, o se vea precisado a dictar nueva resolución que no podrá estar sustentada en la declarada -eventualmente- inaplicable.

Que se trate de ley con cuya aplicación pueda resolverse el caso es de singular importancia, desde luego que no se trata de que se haya autorizado un modo de entorpecer la marcha del proceso. Ese propósito aparece expuesto en un fallo del Tribunal Constitucional Español que cita Saavedra Gallo³⁵ asentando que “La ex-

³⁴ Vid. Sentencia de la C.C. de 23 de julio de 1997, *Gaceta* 45, p. 54 y ss.

³⁵ *La duda ... Op. Cit.* p. 227.

traordinaria trascendencia de las cuestiones de inconstitucionalidad como principal mecanismo de conexión entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional obliga (...) a extremar las garantías destinadas a impedir que esta vía procesal resulte desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza, como sería, por ejemplo, el de utilizarla para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en el que la cuestión se suscita.”

Por otra parte es necesario, claro está, que el examen de inconstitucionalidad se proponga respecto de disposiciones de leyes vigentes, esto es, de preceptos que los tribunales puedan aplicar para resolver el caso. Esta es la posición general de la doctrina, como lo muestra Eduardo García de Enterría³⁶, quien al examinar este aspecto, desde la perspectiva del Derecho Español y el efecto derogatorio que su sistema permite, señala: “No se trata, pues, de un problema formal o de derogación, sino de validez de fondo; y, sobre todo, la cuestión ha de referirse a la Ley ‘aplicable al caso’, lo que presupone, precisamente, su vigencia y excluye la posibilidad de aplicar esta mecánica respecto de las normas derogadas ya de manera formal. El problema de la derogación debe, pues, ser resuelto de una manera previa por el juez ordinario.”

Es congruente esa posición, en cuanto a la cita individualizada de la ley o de disposición legal se refiere, el criterio de la Corte de Constitucionalidad, expresado así: “*El control de constitucionalidad se realiza confrontando la Constitución Política de la República con la norma impugnada, por lo que, cuando ésta carece de vigencia y positividad la cuestión ha dejado de tener materia y, por tanto, el tribunal competente no puede pronunciarse respecto del fondo de la pretensión de inconstitucionalidad.*”³⁷

En ese entendido cabe cuestionar también el contenido material de las leyes pre-constitucionales, siempre que con su aplicación pueda decidirse el asunto por el tribunal que conozca del proceso; su eventual acogimiento constituiría caso de inconstitucionalidad sobrevenida. Con relación a esto último resulta útil citar, por un lado, la postura del Tribunal Constitucional Español en la parte que transcribe Marín Pageo:³⁸ “La peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una Ley superior -criterio jerárquico- y posterior -criterio temporal- y la coincidencia de este doble criterio, da lugar de una parte a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez de las que se opongan a la Constitución, y de otra, a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación.” Por otra, la de la Corte de Constitucionalidad, que ha expresado:

“La doctrina reconoce que, una vez promulgada la Constitución, no hay más normas legítimas que las que nacen por las vías constitucionalmente previstas, pero siguen

³⁶ García de Enterría *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, España, 1994 p. 84.

³⁷ Vid. Sentencia de la C.C. de 14 de octubre de 1999, *Gaceta* 54, p. 63.

³⁸ *La cuestión ... Op. Cit.* p. 204.

siendo formalmente válidas todas las que lo fueron conforme al sistema anterior. Ello por razones de continuidad y seguridad jurídicas, aparte de que, desde un punto de vista lógico, un legislador nunca puede verse sujeto a una norma suprema futura, y, por lo tanto, aún no nacida. Sin embargo, el plantear la oposición desde un punto de vista material entre ley anterior y Constitución, sí es, no sólo lógico sino necesario, no porque el legislador antiguo debiera sujetar su actividad a una Constitución futura, sino porque de no prevalecer la norma fundamental sobre la ley anterior, ésta seguiría surtiendo efectos contrarios a los nuevos principios jurídicos.”³⁹

d.4. Cita puntual de las normas constitucionales referentes

De la misma manera que resulta indispensable que la parte que acuda al planteamiento de inconstitucionalidad en caso concreto individualice la ley o disposiciones de ella cuya aplicación estima inconstitucional, es esencial que igualmente haga cita de la disposición o disposiciones constitucionales que, en su particular situación, aprecie que resulten infringidas, porque el tribunal habrá de contrastar en abstracto los preceptos legales atacados con los constitucionales, orientado por la tesis que proponga la parte interesada en la inaplicación pretendida.

Nótese que tal es la orientación de la doctrina, respecto de lo cual García de Enterría⁴⁰ señala que “Parece innecesario explicar el mecanismo del recurso indirecto o cuestión de inconstitucionalidad. Aquí el problema de constitucionalidad de una ley surge como cuestión incidental previa (que ha de resolver el Tribunal Constitucional) a la aplicación de dicha ley para la resolución de un proceso de cualquier contenido abierto ante cualquier Tribunal. En el momento en que el problema se plantea ante el Tribunal Constitucional, por remisión del Tribunal *a quo*, la verificación de la constitucionalidad no es muy distinta de la que se opera en la técnica del recurso directo o control abstracto de normas. Pero aquí estamos ya ante un control “concreto” de normas, quiere decirse producido en el seno de un litigio o proceso real y verdadero, de modo que aunque el conocimiento y decisión de este proceso no se remita al Tribunal Constitucional en el juicio de constitucionalidad que a éste corresponde, pesará, inevitablemente, la dialéctica del caso concreto, que entra ya dentro del característico cuadro mental de la justicia.”

Es similar el criterio vertido en varios casos resueltos por la Corte de Constitucionalidad, como se ve en el que sigue:

“El planteamiento de inconstitucionalidad en caso concreto que permite el artículo 116 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, obliga a su pretensor a señalar, por una parte, la norma o normas de la ley ordinaria que impugna y la correspondiente de la Constitución que resulte infringida, y, por otra, el razonamiento jurídico pertinente que permita al tribunal advertir que de-

³⁹ Vid. Sentencia de la C.C. de 24 de junio de 1998, *Gaceta* 48, p. 63.

⁴⁰ *La Constitución... Op. Cit.* p. 138.

ba inaplicarse aquella en su caso, por contrariar la norma constitucional que se invoque."⁴¹

Desde luego, no debe pasar por alto que lo indispensable es que se haga cita individualizada de la ley o disposición legal cuya constitucionalidad se ponga en duda, habida cuenta que puede ser la que el tribunal del caso concreto en la jurisdicción ordinaria pueda aplicar para resolver el fondo; empero, el contraste de ella frente a la norma constitucional deviene abstracto, porque no es el tribunal constitucional el que deba fallar sobre el fondo del litigio.

d.5. Razonamiento necesario

La solución de casos concretos -ya se ha dicho- es atribución propia y exclusiva de los tribunales de la jurisdicción ordinaria, de manera que a ellos corresponde el pronunciamiento que ponga fin a las disputas, fundado en el contenido de la ley material que aplique en cada caso. Naturalmente que en esto importa que el juzgador se ha percatado previamente de la legitimidad constitucional de la ley a aplicar.

Ocurre, sin embargo, que en la demanda o acto procesal similar que tenga por objeto abrir un proceso se cite, como apoyo fundamental de la pretensión, una ley o partes de la misma que sean pertinentes al caso; lo mismo sucede cuando comparece al juicio el señalado como la parte -o partes- contraria, ejercitando su defensa: e igualmente al concurrir terceros -sujetos públicos o privados a quienes que se les reconozca condición de partes en el proceso-, bien apoyando a una u otra o deduciendo en el planteamiento un derecho propio frente a los contendientes. Ante esas posibilidades puede suceder que cada parte haga cita de disposiciones legales distintas como las aplicables para resolver el fondo del caso concreto.

Como el tribunal habrá de decidir el caso con la aplicación de la ley que estime aplicable (pudiera ser distinta de las invocadas), operación que reserva hasta el momento de resolver, cualquiera de las partes puede dudar de la legitimidad constitucional de la ley que presume se aplicará al fallar, estando autorizado en tal caso para plantear, al tribunal que esté conociendo, la inconstitucionalidad de la ley citada por otra de las partes en ese caso concreto. Ello requiere que el tribunal se aboque a este tema particular antes de decidir la contienda. A ese propósito ha de expresarle la duda y señalar puntualmente tanto la ley o partes de la misma que ataque y la correspondiente norma de la Constitución, para que pueda producirse su contraste. Pero, además, también debe dar la argumentación pertinente sobre su posible aplicación y efecto ilegítimo que pueda resultar, conforme a la Constitución, para que el juzgador pueda acogerla y declarar su no aplicabilidad en la solución de fondo del caso concreto.

Debe advertirse entonces que ese razonamiento opera como condición *sine qua non*, porque si se omite el tribunal carece de facultad para suplirlo. Ese razona-

⁴¹ Vid. Sentencia de la C.C. de 4 de noviembre de 1998, *Gaceta* 50, p. 58.

miento debe mostrar, por una parte, que el cuestionamiento tiene interrelación con la pretensión, esto es, con el objeto del proceso y con el fallo que sobre el fondo se espera; por otra, evidenciar que como de la norma cuestionada puede depender la validez de la decisión, se infringiría la Constitución al aplicarla a la particular situación de su proponente.

Pensamos que es éste el requisito que ofrece la mayor dificultad a quien acude a plantear la inconstitucionalidad indirecta, especialmente porque no se puede esperar de su eventual declaración positiva la solución de fondo del caso, ni tampoco que opere como instrumento reparador de supuestas resoluciones ilegales, pues, aunque dentro de los límites y alcances propios del proceso en el que se deduce la operación de contraste entre disposiciones legales y constitucionales, que sigue las líneas de la inconstitucionalidad directa, como quedó ya referido, la tesis debe satisfacer ese doble objetivo, o sea, argumentar que la atacada puede, por un lado, recibir aplicación para resolver el fondo que ponga fin a la disputa, y, por otro, que esa aplicación pueda resultar ilegítima constitucionalmente, por el particular efecto violatorio que produciría a quien ha planteado la inconstitucionalidad.

Esa dirección es la sostenida en la doctrina española -se le califica “juicio de relevancia”- y aparece concretada en resoluciones de su Tribunal Constitucional, de las que, citadas por López Ulloa⁴² transcribimos los párrafos siguientes: “(...)no es ocioso recordar que la cuestión de inconstitucionalidad únicamente puede plantearse cuando ..(se) estime que de la validez constitucional de la norma legal aplicable ‘depende el fallo’. Esta interrelación necesaria que ha de existir entre el juicio de constitucionalidad de la ley y el pronunciamiento que haya de dictar el órgano jurisdiccional *a quo*, obliga a examinar en qué medida la decisión de este último depende de la validez de las normas cuestionadas, pues el denominado juicio de relevancia es un presupuesto de orden público procesal, cuyo objeto es impedir que este cause de control de constitucionalidad de la ley quede desvirtuado por un uso no acomodado a su naturaleza (por todas, STC 17/1981).”

“Este Tribunal ya ha señalado que la apreciación de aplicabilidad de la norma cuestionada al supuesto debatido y, por tanto, la existencia de una relación o nexo causal entre adecuación constitucional y la validez del fallo a dictar, corresponde efectuarla al órgano jurisdiccional y no debe ser asumida, en sustitución de éste, por el TC”.

El adecuado razonamiento también aplica en la impugnación de reglamentos, acerca de lo cual López Ulloa⁴³ explica que “..como la LOTC exige que para impugnar una ley vía CI ésta ha de ser aplicable y relevante para decidir un caso, el órgano judicial habrá de justificar en el auto de planteamiento, de manera fundada y razonable, que la validez de la norma reglamentaria depende, única y exclusivamente, de la constitucionalidad de la ley que le da cobertura, demostrando con claridad

⁴² *La cuestión de Op. Cit.* pp. 145 y ss.

⁴³ *La cuestión de Op. Cit.* p. 182.

que el pronunciamiento requerido al TC es imprescindible para la resolución del proceso principal. Esta sería la forma de evidenciar que en un supuesto tal también se daría -si bien de una manera mediata o indirecta- el presupuesto habilitante para el planteamiento de una CI esto es, la relación de causalidad entre norma legal impugnada y fallo; si así no lo hiciera, si no se expusiera la conexión entre norma reglamentaria y norma legal, la CI podría ser inadmitida por omitir el preceptivo juicio de relevancia.”

La Corte de Constitucionalidad también muestra congruencia con el marco doctrinal a este respecto, exigiendo de los interponentes de inconstitucionalidad en casos concretos el análisis jurídico confrontativo necesario con el que se advierta, en primer lugar, que el órgano judicial puede aplicar determinada norma para resolver el litigio, y, en segundo, que de hacerlo en la situación particular del proponente resultaría inconstitucional. Así puede apreciarse en los criterios que siguen:

“Para establecer si el planteamiento de inconstitucionalidad resulta procedente no basta la sola expresión que el solicitante haga de las razones por las que estima que la norma o las normas impugnadas deben dejar de aplicarse en el caso concreto, basado en la pretensión que la contraparte haya expuesto. Por ello es presupuesto necesario que señale precisa y concretamente el fundamento jurídico en el que basa aquel planteamiento y, además, que revele analíticamente la colisión que percibe entre los preceptos atacados y los de la Constitución que considere violados.”⁴⁴

“Para decidir acerca del planteamiento de inconstitucionalidad es presupuesto necesario que el solicitante exponga precisa y concretamente el fundamento jurídico en el que lo basa; la colisión que percibe entre aquella norma o normas que impugna y las de la Constitución que considera violadas, y ello es así ya que la sola exposición de los hechos sucedidos en el proceso en el que se promueve la inconstitucionalidad resulta inapropiada para que el tribunal que lo conoce concluya si los argumentos son válidos para llegar a determinar si el o los preceptos atacados son inconstitucionales y por ello no deben ser aplicados al caso concreto.”⁴⁵

De igual manera se aprecia esa dirección, en lo que a reglamentos se refiere, como se muestra en este fallo dictado al resolver una acción de inconstitucionalidad directa:

“..es necesario recordar que nuestro sistema constitucional reconoce la potestad reglamentaria, la que tiene las limitaciones de no alterar el espíritu de las leyes (...) Esta potestad se la tiene como una forma de interrelación necesaria entre el órgano legislativo y la Administración, que correspondiendo ambos al concepto unitario del Estado y teniendo como fin la ordenación de la vida del país en sus múltiples aspectos económicos, políticos y sociales, cumple con la función de desarrollar, explicitar y pormenorizar la ley, con miras a su aplicación y cumplimiento, teniendo el reglamento, como norma de jerarquía inferior, el freno que le impone el sentido o espíri-

⁴⁴ Vid. Sentencia de la C.C. de 10 de octubre de 1996, *Gaceta* 42, p. 35.

⁴⁵ Vid. Sentencia de la C.C. de 17 de febrero de 1999, *Gaceta* 51, p. 75.

tu como le llama la Constitución, que el legislador haya determinado, y, en este caso, como se explicó, no puede el reglamento desnaturalizar la norma fundante.”

e. Efectos que produce la omisión de requisitos

La Ley de la Corte se expresa en términos positivos en cuanto a la promoción de la inconstitucionalidad indirecta, esto es, presumiendo que el planteamiento satisface las condiciones y requisitos obligados para el inicio de este tipo de proceso constitucional. Empero, de producirse omisión entiendo que los tribunales pueden negar su trámite *in limine litis*, desde luego que, por un lado, para la viabilidad del proceso aludido es preciso que estén dados los presupuestos procesales del caso, de manera que el planteamiento no se constituya en simple medio de retardar la solución del caso, y, por otra, que su rechazo no inhabilita su replanteamiento en términos que permitan su tramitación, en tanto haya discusión instancial.

La posibilidad de inadmisión deriva entonces de la insatisfacción de los presupuestos indispensables, que pueden ubicarse en: a) existencia -promoción en su caso- de un proceso jurisdiccional pendiente de solución; b) planteamiento por sujeto que tenga reconocida la condición de “parte” en el litigio; c) cita puntual de la norma de ley vigente -no de resoluciones-, sobre la que se exprese duda de legitimidad constitucional de aplicarse a la solución del caso concreto; d) que el órgano judicial (en primera instancia) o constitucional (en segundo grado) advierta que el litigio puede ser razonablemente resuelto con apoyo en la disposición de ley cuya inaplicación se persigue; e) cita de la norma constitucional que resultaría infringida de ser aplicada la que se cuestione; f) el razonamiento o análisis jurídico que pueda llevar al tribunal a apreciar que, confrontada la disposición legal atacada con la constitucional citada, aquella deba ser excluida para resolver el fondo del caso.

Se trata, pues, de procurar que pueda llevarse adelante un debate constitucional adecuado a su finalidad, que es, de ser el caso, impedir que el tribunal que debe resolver el fondo del litigio se aboque a la solución del conflicto aplicando disposiciones legales que resulten afectadas de ilegitimidad constitucional, de ser aplicadas al caso concreto, labor de criba que podría resultar ociosa y perjudicial en la solución más pronta de cada caso, si la inadmisión por falta u omisión de requisitos para el examen de la inconstitucionalidad se reserva hasta la conclusión de un trámite que viene a resultar carente de objeto.

En esa misma dirección apunta la doctrina española, que apreciamos en un estudio de Rafael Fernández Montalvo⁴⁶, quien sobre el tema afirma: “En esta fase

⁴⁶ Fernández Montalvo, Rafael -Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres- “La cuestión de inconstitucionalidad en la doctrina del Tribunal Constitucional” Ponencia en las referidas Segundas Jornadas de Derecho Judicial. Publicación del Ministerio de Justicia de España, p. 690.

destacaremos que la apertura del trámite de inadmisión se justifica no sólo por la ausencia de requisitos procesales, sino también cuando resulta notoriamente infundada la cuestión; es decir, extendiendo el criterio ampliamente elaborado sobre el recurso de amparo, cuando ya inicialmente se puede adelantar, sin otra alternativa posible, el seguro rechazo de la cuestión formulada.”

Modalidades del trámite

Como acción, como excepción y como incidente

El artículo 266 constitucional autoriza a plantear “..como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley.” Se alude así a los modos de promover la inconstitucionalidad indirecta, que tienen idéntico objeto: la declaración de inaplicación de ley determinada a la solución de caso concreto. Implica ello que se deban advertir sus notas diferenciadoras, porque cada modo obedece a distintas circunstancias.

a. Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos planteada como acción

En esta modalidad deben tenerse presente las prescripciones que sobre el particular se señalan en los artículos 116, 118 y 121 de la Ley de la Corte.

Se dice de la acción que es el poder jurídico que faculta para acudir a los órganos jurisdiccionales, como lo precisa Couture⁴⁷, entendida en su concepción abstracta o genérica del derecho de obrar. Aclara ese entendimiento afirmando que “La acción, como poder jurídico de acudir a la jurisdicción, existe siempre: con derecho (material) o sin él; con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aun antes de que nazca su pretensión concreta. El poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo en cuanto tal; existe aun cuando no se ejerza efectivamente.”, y más adelante añade que “Una teoría que trate de explicar la naturaleza jurídica de la acción (el “qué es la acción”) debe partir de la base necesaria de que cualquier súbdito tiene derecho a que el órgano jurisdiccional competente considere su pretensión expuesta con arreglo a las formas dadas por la ley procesal. Ese derecho es la porción mínima indiscutible de todo este fenómeno: el derecho a la pretensión de la jurisdicción.”

Poniendo de relieve su sustancia procesal Juan Colombo Campbell⁴⁸ asienta que “La acción se considera como derecho procesal que tienen los sujetos en conflicto para obtener del tribunal competente la apertura de un proceso destinado a re-

⁴⁷ *Fundamentos del ... Op. Cit.* Pp. 67 y ss.

⁴⁸ Colombo Campbell, Juan -Ministro del Tribunal Constitucional de Chile y profesor de Derecho Procesal- *La jurisdicción en el Derecho Chileno* Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991, pp. 26 y ss.

solverlo. La acción es, entonces, la fórmula que un sujeto tiene para traspasar su conflicto a la decisión de un juez; es por ello que en el proceso la acción procesal tiene como destinatario al tribunal, tercero que reúne una serie de requisitos y condiciones que le permiten entrar a juzgar y hacer justicia al resolver el conflicto en la forma dispuesta por la Constitución y la ley. Con la aceptación, por parte del tribunal, de la acción, se producirá la relación procesal simple entre el sujeto activo y el tribunal. El demandado o sujeto pasivo aún no se incorpora al proceso. Ello ocurrirá cuando sea emplazado, generándose la relación procesal múltiple.”

El recordatorio de la naturaleza de la acción y haber expresado con anterioridad que uno de los presupuestos para acudir a la acción de la inconstitucionalidad indirecta se centra en la existencia de un proceso previo, nos lleva a tratar de explicarnos su posibilidad mediante la modalidad de la acción, desde luego que, en este particular, no existe proceso previo jurisdiccional.

Entendemos que se acude a la acción cuando en un proceso -o actuaciones- en sede de la administración pública se aplican por ella al particular leyes o reglamentos que el último estime inconstitucionales. Como los actos y resoluciones de la administración, incluyendo los de entidades descentralizadas y autónomas, están sujetos al contralor de juridicidad que establece la Constitución (artículo 221), el administrado puede ejercitar la acción de Inconstitucionalidad de ley -o de reglamento- en caso concreto, provocando la actividad de un órgano jurisdiccional específico: el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sujeta, sin embargo, a los requisitos que la Ley de la Corte indica en las disposiciones que citamos al principio.

En efecto, el artículo 118 prevé que la administración pueda aplicar a casos concretos de administrados leyes o reglamentos “..que por su naturaleza tuvieran validez aparente” -y no fueren motivo de amparo-; en tales eventos el administrado que dude de la legitimidad constitucional de la norma legal o reglamento que la administración está aplicando, no puede promover en ella la inconstitucionalidad indirecta, pero tiene una carga procedimental específica: dejar expresada su duda en el trámite administrativo. Ello obedece a que esa cuestión particular pueda, en el futuro, ser conocida y resuelta acudiendo al órgano jurisdiccional competente, abriendo la acción de inconstitucionalidad como única pretensión, autorizada por el artículo 121, de manera que si así se declara se evitará un innecesario proceso contencioso administrativo, desde luego que por la declaración de inconstitucionalidad la Administración se verá precisada a dictar nueva resolución, en la que no podrá aplicar la que sea tachada de ilegitimidad constitucional.

Para que sea posible el administrado tiene también otra carga: la de acudir accionando ante el tribunal dentro de los treinta días siguientes (el plazo para iniciar el proceso contencioso administrativo es de tres meses, como dispone el artículo 23 de la Ley de lo Contencioso Administrativo) a la fecha en que causó estado la resolución de la Administración.

No hemos hallado en la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad un criterio particularizado y explicativo que pudiéramos trasladar al lector, pero sí -a

título de ejemplo- referirnos a un caso reciente (Expediente 41-2000) en el que, por la extemporaneidad de la apelación la Corte no tuvo oportunidad de conocer sobre el fondo. El caso se resume así: la Administración emitió resolución confirmando un ajuste y requiriendo a sociedad anónima el pago de la denominada Cuota anual de Empresas Mercantiles, correspondiente a determinado periodo fiscal. Objetada por ella mediante recurso administrativo idóneo, denunció su inconstitucionalidad, razonando que dentro de distinta y anterior acción de Inconstitucionalidad directa la Corte de Constitucionalidad declaró la suspensión provisional de tres disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta, referidas a la obligación, determinación y pago de la aludida cuota anual de Empresas Mercantiles, no siendo constitucionalmente aplicable en su caso; declarado sin lugar el recurso administrativo acudió, dentro de los treinta días ya indicados, al ejercicio de la acción ante la Sala Segunda del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para evitar la aplicación a su caso particular. El debate constitucional tuvo lugar, pero la Sala del tribunal declaró sin lugar la acción de inconstitucionalidad pretendida, que quedó firme al inhabilitarse la apelación por haber sido, como se dijo, extemporánea.

b. Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos planteada como excepción

Refiriéndose al tema, Couture⁴⁹ enseña que “En su más amplio significado, la excepción es el poder jurídico de que se halla investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él”.

“En este primer sentido, la excepción es, en cierto modo, la acción del demandado. Era éste el alcance del texto clásico *reus in exceptione actor est.*”; y añadiendo que es éste, entre otros, el sentido que interesa mostrar, agrega adelante que “Un derecho de defensa genéricamente entendido corresponde a un derecho de acción genéricamente entendido. Ni uno ni otro preguntan al actor o al demandado si tienen razón en sus pretensiones, porque eso sólo se puede saber el día de la cosa juzgada. También los demandados pueden ser maliciosos y temerarios; pero si a pretexto de que sus defensas son temerarias o maliciosas les suprimiéramos su derecho de defenderse, habríamos anulado, haciendo retroceder un largo y glorioso trayecto histórico, una de las más preciosas libertades del hombre.”

“Excepción es, pues, en nuestro concepto, el poder jurídico del demandado, de oponerse a la pretensión que el actor ha aducido ante los órganos de la jurisdicción.” El planteamiento de la inconstitucionalidad indirecta también puede promoverse a título de defensa utilizando la vía de la excepción, como lo permiten los artículos 116, 123 y 125 de la Ley de la Corte. De modo que, dentro del trámite del caso concreto, quien sea llamado a responder de la pretensión en la contención puede personarse excepcionando la ilegitimidad de ley citada por la contraparte, en la oportuni-

⁴⁹ *Fundamentos del ... Op. Cit.* p. 89 y ss.

dad que la ley procesal aplicable señale para excepcionar, lo que lleva a entender que podrá plantearse junto a la promoción de excepciones previas o perentorias. Se trata, entonces, de una defensa particularizada en una cuestión de Derecho que requiere de conocimiento específico, bien como defensa única o formando parte de otras, según el proceso de que se trate. En general, las leyes procesales prescriben ese derecho de excepcionar, como se ve, por ejemplo, en los artículos 116, 121 y 608 del Código Procesal Civil y Mercantil, 294 y 336 del Código Procesal Penal, 36 y 39 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, y 342 del Código de Trabajo.

c. Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos planteada como incidente

En el trámite de todo proceso pueden surgir obstáculos que tienden a crear situaciones de crisis procesal, incidiendo en la prosecución y, obviamente, en la finalización de los casos sometidos a los órganos jurisdiccionales. En la doctrina y en las leyes se les denomina “incidentes” cuyos presupuestos son dos: tener relación inmediata con el pleito principal y que ocurran durante su tramitación.

El hecho, infortunadamente numeroso, de que se acuda innecesaria o maliciosamente a provocar esas crisis procesales justifica la crítica constante de los autores, haciéndose recuerdo “Como botón de muestra .. lo que escribiera hace más de un siglo Alcubilla: Si se quiere que una cuestión judicial no tenga fin, no hay más que multiplicar los artículos. No conducirá a nada útil, pero servirán para ganar tiempo, para quebrantar las fuerzas y aniquilar los recursos del contrario, para desautorizar a los tribunales, para desacreditar la institución más sana, que es la Administración de justicia, y la noble y elevada de la abogacía.”⁵⁰

Se reconoce dos clases de incidentes: los incidentes comunes no suspensivos y los incidentes especiales suspensivos. A ellos se refieren las normas del Capítulo III del Título IV de la Ley del Organismo Judicial, estableciendo que “Toda cuestión accesoria que sobrevenga y se promueva con ocasión de un proceso y que no tenga señalado en la ley procedimiento, deberá tramitarse como incidente.”, autorizando su rechazo cuando son ajenas al negocio principal (artículo 135). Y distingue entre los que ponen obstáculos al curso del asunto, que se suspende en tanto que el incidente se sustancia en la misma pieza (artículo 136) y los que no lo ponen, que deben tramitarse en pieza separada (artículo 137). Las disposiciones siguientes fijan las reglas de la tramitación.

Ahora bien, podemos decir que el incidente al que se refiere la Ley de la Corte es también especial y diferenciado de los citados, dado que las reglas de sustanciación varían, como más adelante se verá. Lo que sí tiene en común con aquellos es su naturaleza de cuestión que debe tener relación con la decisión que habrá de fi-

⁵⁰ Vid. *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XII, Editorial Francisco Seix, S.A. Barcelona, España, 1987, p. 135.

nalizar la *litis* y que su planteamiento debe hacerse antes del pronunciamiento que sobre el fondo del caso deba hacer el tribunal ordinario.

La vía incidental es la más utilizada en el planteamiento de inconstitucionalidad de leyes en casos concretos, dado que la Ley de la Corte (artículo 123) la autoriza para impugnarlas en cualquier tiempo, antes de dictarse sentencia, bien porque se trate de “..ley que hubiere sido citada como apoyo de derecho en la demanda, en la contestación o que de cualquier otro modo resulte del tramite de un juicio”, de manera que a su planteamiento puede acudir por cualquiera de las “partes”, en tanto no hay pronunciamiento sobre el fondo del caso.

Nos hallamos ante un incidente *sui generis*, tramitado en cuerda separada, cuya sola interposición no obstaculiza la prosecución del trámite del proceso de jurisdicción ordinaria, pero el pronunciamiento del juez o tribunal, en uno u otro sentido, obliga a suspender aquel diligenciamiento hasta que la decisión sobre la Inconstitucionalidad quede firme.

Aspectos particulares de tramitación

Acción como única pretensión o con otras pretensiones. En cuerda separada. En lo administrativo. En el Ramo laboral. En casación, en casación como motivo del recurso. Posiciones sobre su admisibilidad y trámite en la Jurisdicción Voluntaria.

Nos abocamos ahora a las reglas que gobiernan el planteamiento de la inconstitucionalidad indirecta, según sea la vía que se escoja y la naturaleza del proceso en el que ocurra.

a. Acción como única pretensión o con otras pretensiones.

Acá son aplicables los artículos 118, 121 y 122 de la Ley de la Corte. El primero para sustentar el planteamiento de actuaciones administrativas, como tratamos ya de explicarlo; el segundo, referido a la acción como única pretensión.

En este caso, haciéndose la referencia pertinente de lo actuado frente a la Administración y de su decisión, dentro de los treinta días de la fecha en que haya causado estado, se hará el planteamiento de la acción al Tribunal de lo Contencioso Administrativo; éste, asumiendo carácter de tribunal constitucional, de la demanda corre audiencia al Ministerio Público y a las partes que cite su promoviente por el término de nueve días. Vencido el término “..podrá celebrarse vista pública, si alguna de las partes lo pidiere”, dice el artículo 121 citado; sin embargo, por no expresar la ley el tiempo para solicitarla, la Corte de Constitucionalidad lo señala en el artículo 23 del Acuerdo 4-89⁵¹, que dispone “..si las partes o el Ministerio Público desean que la vista sea pública la deberán solicitar al evacuar la audiencia por el término de nueve días y la misma se señalará dentro de los tres días siguientes de transcu-

rrido dicho término.” Transcurridos los nueve días el tribunal debe resolver el planteamiento dentro de los tres días siguientes.

El aludido artículo 122 prevé que el actor pudiera extenderse a otras pretensiones. En este evento, de la pretensión de Inconstitucionalidad se dará también la audiencia por nueve días al Ministerio Público y a las partes y, vencido, debe resolver, exclusivamente, el planteamiento de inconstitucionalidad dentro de los tres días siguientes. Lo que indica que, una vez firme la decisión sobre la legitimidad constitucional denunciada, las otras pretensiones se tramitarán aplicando la ley procesal ordinaria.

b. En cuerda separada -excepción o incidente-

Esta forma es la autorizada para el trámite de la inconstitucionalidad indirecta cuando se propone como excepción o en incidente, como se dispone en el artículo 124 de la Ley de la Corte. En uno u otro caso, su admisión y trámite derivan a una cuerda separada del proceso principal, en el que el tribunal asume carácter constitucional. De la petición se da audiencia a las partes y al Ministerio Público por nueve días y, evacuada o no, el tribunal debe pronunciarse, mediante auto, dentro de los tres días siguientes.

c. En lo administrativo

Tuvimos ya oportunidad de hacer hincapié en que, en materia administrativa, es posible atacar de inconstitucionalidad tanto leyes como reglamentos. El trámite es el propio del que estamos haciendo mención, esto es, dar audiencia de la demanda o acción al Ministerio Público y a las partes por nueve días, vencidos los cuales debe el tribunal resolverlo dentro de los tres siguientes.

La particularidad en lo administrativo, siempre que se trate de obtener el pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad indirecta, lo es que el tribunal debe resolver dictando sentencia sólo sobre ese aspecto, como ha quedado prescrito en el artículo 24 del aludido Acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad.⁵²

d. En el ramo laboral

En principio, en los juicios laborales ordinarios la Inconstitucionalidad Indirecta puede plantearse como excepción o incidente antes de que sea dictada la sentencia, en la primera o la segunda instancia; pero es posible preguntarse si, como sucede en otro tipo de procesos, se requiere de auxilio profesional, considerando que, conforme al artículo 321 del Código de Trabajo, en esta materia preceptúa que

⁵¹ Vid. Acuerdo de la C.C. de 10 de marzo de 1989, publicado en el *Diario Oficial* el 2 de mayo siguiente.

⁵² Vid. *Acuerdo cit.*

“No es necesaria la intervención de Asesor en estos juicios”, agregando que las partes pueden hacerse asesorar por abogados en ejercicio, dirigentes sindicales y estudiantes de Derecho de las Universidades. Esto obedece a que la Constitución (artículo 103) prevé que “Todos los conflictos relativos al trabajo están sometidos a jurisdicción privativa. La ley establecerá las normas correspondientes a esta jurisdicción y los órganos encargados de ponerlas en práctica.”, y a que la ley -el aludido Código-, según uno de sus postulados, establece que su parte adjetiva se integra con “..un conjunto de normas procesales, claras, sencillas y desprovistas de mayores formalismos, que permitan administrar justicia pronta y cumplida”. A ello debe agregarse que el citado artículo 321 dispone que “El procedimiento en todos los juicios de Trabajo y Previsión social es oral, actuado e impulsado de oficio por los tribunales.”

Lo anterior nos lleva a inferir que una forma de plantear la Inconstitucionalidad Indirecta será de manera oral, en cualquiera de las audiencias, como excepción o como incidente, en cuyo caso y luego de concluida la audiencia, el tribunal habrá de abrir la cuerda separada para su debate y pronunciamiento. Pero también podrá plantearse de forma independiente por vía incidental. En uno u otro caso, ese planteamiento no requerirá auxilio profesional, pese a percatarnos que el tema requiere del necesario entendimiento en esta materia constitucional, propio de abogados o estudiantes de Derecho.

Lo que ahora precisa distinguir está relacionado con los procesos que tienen su origen en conflictos colectivos de trabajo, pues, en tanto que la Inconstitucionalidad Indirecta puede plantearse en el proceso ordinario, como excepción o incidente, que el tribunal con carácter constitucional resuelve con el procedimiento ya referido, cuando se trata de conflictos colectivos, cuyo trámite y decisión se transfieren a los Tribunales de Conciliación y Arbitraje que establece el artículo 293 del Código de Trabajo, tales tribunales, por su naturaleza, no pueden emitir un pronunciamiento en ese sentido. Empero, de plantearse Inconstitucionalidad Indirecta en éstos, entendemos que debe ser resuelta por los tribunales de trabajo -primera instancia o de alzada- que no por los de conciliación y arbitraje.

Tampoco hemos hallado precedentes jurisprudenciales respecto de este particular, pero inferimos lo anterior de lo siguiente: el pronunciamiento de inconstitucionalidad indirecta es cuestión de Derecho que requiere, por su naturaleza, resolverse con antelación a la decisión del caso mediante sentencia. En la materia que se examina, fracasada la posibilidad de conciliación, las sentencias en casos de conflictos colectivos se dictan por los Tribunales de Arbitraje y son apelables ante Sala de Trabajo y Previsión Social, y en ambos las declaraciones de Derecho se reservan a jueces de trabajo (artículos 383, 401, 403 y 404 del Código de Trabajo).

Esto lleva a entender que la eventualidad de impugnación de leyes o disposiciones legales que cualquiera de las partes estimen que su aplicación sería inconstitucional para decidir la *litis*, puede ser planteada y admitida únicamente al tramitarse el arbitraje, pues, el de conciliación, por su naturaleza, cumple su función de manera distinta, en la que no cabe la posibilidad de que se produzca o se resuelva por sentencia.

Su trámite, según ocurra en el tribunal de conocimiento o en el de alzada, habrá de seguir el cause ya mencionado al referirnos a su planteamiento mediante excepción o incidente, que habrá de resolverse mediante el auto del caso por el tribunal, asumiendo éste igualmente el carácter de tribunal constitucional.

e. En casación

La casación, como recurso último y extraordinario contra sentencias de tribunales de segundo grado de la jurisdicción ordinaria, responde a la finalidad ínsita en la definición que de tal recurso da la Academia Española: “El que se interpone ante el Tribunal Supremo contra fallos definitivos o laudos, en los cuales se suponen infringidas leyes o doctrina legal, o quebrantada alguna garantía esencial del procedimiento.”⁵³

Conocer de los recursos de casación es facultad privativa que corresponde, por medio de su respectiva Cámara, a la Corte Suprema de Justicia (artículo 79, inc. a), de la Ley del Organismo Judicial). Se trata, en general, de un medio último que puede permitir, en interés de la ley, la revisión de fallos que deciden los casos concretos sometidos a la jurisdicción ordinaria, verificación que radica esencialmente en el aspecto jurídico de los fallos.

La Ley de la Corte prevé que “La inconstitucionalidad de una ley podrá plantearse en casación hasta antes de dictarse sentencia.” (artículo 117); y para precisar que en materia administrativa también queda abierta esa posibilidad, para el caso que no se hubiere intentando por la vía de la acción que autoriza el artículo 118, establece que “Sin embargo, también podrá plantearse la inconstitucionalidad en el recurso de casación, en la forma que establece el artículo anterior, si no hubiere sido planteada en lo contencioso administrativo.”

Se infiere de tales disposiciones que habiéndose admitido a trámite la casación, las partes pueden plantear el incidente de inconstitucionalidad impugnando la aplicación de ley determinada en el caso concreto. En este evento el ataque sigue la suerte procedimental ya apuntada y requiere de pronunciamiento previo a la sentencia de casación.

e.1 Inconstitucionalidad de ley como motivo del recurso de casación

Comentario adicional nos merece el párrafo último del artículo 117 de la Ley de la Corte, porque ya en un caso específico condujo a equívoco, aclarado en su momento. El párrafo aludido dice: “También podrá plantearse la inconstitucionalidad como motivación del recurso (se refiere al de casación) y en este caso es de obligado conocimiento.”

Sucede que cuando la Constitución entró en vigencia las leyes procesales autorizaban la casación, sustentada en los motivos específicamente señalados en cada

⁵³ Vid. *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima edición, p. 1156. Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1984.

una de ellas. Posteriormente se dictaron y están vigentes algunas leyes procesales diferentes -Código Procesal Penal, Ley de lo Contencioso Administrativo-, cada cual permitiendo aquél recurso, siempre que se sustente en los motivos concretos que dispongan sus textos (el Código Procesal Penal vigente introdujo ya la inconstitucionalidad como motivo de casación). De modo que ha sido por disposición de la Ley de la Corte que a los motivos particulares de cada ley, en cuanto a la forma y al fondo, debe agregarse uno más: el sustentado en la inconstitucionalidad de ley aplicada al caso concreto, con la particularidad de que, en tal situación, la Corte Suprema de Justicia no puede, por defecto del recurso, evadir su examen. Pero este motivo adicional no equivale, aunque persiga parecido efecto, a la inconstitucionalidad de ley deducida en casos concretos.

La referencia a un caso particular puede conducir a la claridad de este tema: El Procurador General de la Nación otorgó, ante el Escribano de Cámara y del Gobierno, mandato especial con representación a una firma de abogados del exterior para que el Estado presentara demanda contra algunas empresas extranjeras. Posteriormente, dos sociedades anónimas accionaron ante Tribunal de lo Contencioso Administrativo a fin de obtener la declaración de nulidad absoluta del acto y contrato administrativo de servicios profesionales y de mandato especial con representación, contenidos en aquél instrumento. El tribunal declinó su conocimiento, sosteniendo ser incompetente, luego de estimar:

“El artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala (...) le otorga atribuciones para conocer en casos de contienda por actos y resoluciones de la administración (...) así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas. Obsérvese que en casos de actos y resoluciones de la administración, requiere que haya contienda, y en casos de contratos y concesiones administrativas, existan controversias. De tal manera que si no se han dado los presupuestos de “contendias” o de “controversias”, el órgano jurisdiccional no puede intervenir, pues de lo contrario iría más allá de sus atribuciones constitucionales”.

Interpuesto recurso de reposición fue declarado sin lugar. Ello dio origen al planteamiento de recurso de casación denunciando “Quebrantamiento substancial del procedimiento”, y agregando después que “La presente casación se presenta también teniendo como motivación el que se declare inconstitucional la aplicación, al caso sub-iudice, del último párrafo del artículo 19 y del artículo 20, ambos de la Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto 119-96 del Congreso de la República.”⁵⁴

La Corte Suprema de Justicia dictó su sentencia de casación examinando el motivo de inconstitucionalidad en el “Considerando” III, y falló declarándolo sin lugar en los números I) y II) de su parte resolutive. Contra éstos las casacionistas interpusieron apelación, que fue inadmitida; la negativa al otorgamiento del recur-

⁵⁴ Vid. Expediente de casación 152/98 de la Corte Suprema de Justicia.

so derivó al Ocurso de hecho promovido ante la Corte de Constitucionalidad.⁵⁵ Tramitado y recibido el informe del caso, la Corte Suprema de Justicia expresó, en concreto, “En el presente caso los recurrentes optaron por hacer su planteamiento de inconstitucionalidad en el caso concreto por medio del recurso de casación y así formularon su petición de sentencia. Por esta razón esta Cámara tramitó el recurso como lo establece la ley y procede a dictar la sentencia de casación en congruencia por lo pedido por las interponentes, conforme al párrafo final del artículo 117 del Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente. El Recurso de apelación fue planteado con fecha diecisiete de abril de mil novecientos noventa y nueve, el que no fue otorgado en resolución de fecha diecinueve de abril del presente año, en virtud que la Cámara Civil emitió sentencia en el recurso de casación contra la cual sólo proceden los recursos de aclaración y ampliación.”

Al examinar el caso la Corte de Constitucionalidad sustentó lo siguiente:

“Analizadas las exposiciones de las ocursoantes y de la autoridad reclamada y visto el expediente del recurso de casación, se advierte que el quid del presente asunto radica, en principio, en determinar cuál es el procedimiento que debe seguirse cuando el planteamiento de inconstitucionalidad se hace “como motivo de casación”, previsto en el último párrafo del artículo 117 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

El artículo 117 citado prevé dos supuestos: el primero, que la inconstitucionalidad en caso concreto se plantee en casación hasta antes de dictarse sentencia, evento en el cual se tendrá que interponer como incidente, pues, iniciado el trámite de la casación se hacen inviables las vías de la acción y excepción reguladas en la ley; el segundo, que se sustente como motivo de casación.

Ambos supuestos tienen trámites distintos porque su finalidad y efectos también son diferentes. En la inconstitucionalidad de ley en caso concreto planteada como acción, excepción, incidente, o con otras pretensiones, su finalidad es que se produzca la declaratoria de inaplicación de la norma impugnada en el fallo del asunto principal que se discute, es decir, que para que pueda reclamarse en estas vías la norma que se ataque debe haber sido citada en la demanda, en su contestación o invocada en el trámite del juicio (artículo 123 ibíd), de manera que pudiera ser aplicada en el fallo. Por esta razón, esta acción requiere de pronunciamiento previo sobre su procedencia, del tribunal al que se plantee, el que, en su caso, permite ser revisado por esta Corte mediante recurso de apelación.

En cambio, en la inconstitucionalidad planteada como motivo o causa de infracción en casación, la norma cuestionada fue aplicada en la instancia o instancias precedentes y, estimando que esa aplicación ha infringido normativa constitucional, el interponente de casación la denuncia como causa para basarla en ese motivo, persiguiendo, al igual que cualquier otro motivo, la invalidez del fallo por

⁵⁵ Vid. Expediente de Ocurso de hecho 390-99.

el tribunal de casación al decidir sobre el fondo, que sólo permite deducir aclaración y ampliación. Otro tanto parecido ocurre en materia procesal penal, cuya ley más actualizada recoge ya directamente el motivo de inconstitucionalidad para pretender la casación de la sentencia impugnada (artículo 441, numeral 5).

De manera que, lo que el segundo párrafo del artículo 117 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad autoriza, es un motivo más de casación agregado a los expresamente regulados en las leyes ordinarias que permiten el acceso a esta última y no un procedimiento similar al de inconstitucionalidad de ley en caso concreto, como lo pretenden las ocursoantes. Adviértase, a este respecto, que la misma ley referida, en atención a este motivo de inconstitucionalidad, impone al tribunal de casación su conocimiento obligado, sin posibilidad de invocar errores para inadmitir su examen, al igual que ocurre en el planteamiento de la casación penal en caso de sentencia condenatoria de muerte.”

Posiciones sobre su admisibilidad y trámite en la Jurisdicción Voluntaria

No deja de ser interesante hacer un acercamiento, aunque breve, a la duda que pueda tenerse sobre si, eventualmente planteada la Inconstitucionalidad indirecta en casos concretos en asuntos de la jurisdicción voluntaria, es posible obtener un pronunciamiento jurisdiccional al respecto, dado que los especialistas han marginado su tratamiento, acaso por adherirse a la posición que niega a estas actuaciones el carácter de jurisdiccionales.

En efecto, al estudiar su naturaleza jurídica la mayor parte de los autores⁵⁶ han optado por mantener el criterio de la jurisdicción voluntaria como perteneciente a la Administración, afirmando la manifiesta incompatibilidad entre la sanción como reacción a una lesión y la jurisdicción voluntaria, en la que no se ha producido lesión alguna. En otras posiciones se la ve como: a) No jurisdiccional, sin precisar la categoría a que pertenece; b) Formalmente jurisdiccional y sustancialmente administrativa, por poseer varios elementos estructurales comunes, como, por ejemplo, la identidad del órgano, la similitud de procedimientos, la posibilidad de recursos, etc.; c) Administración Pública de Derecho privado, en tanto que atribuye como objeto de la jurisdicción voluntaria las relaciones jurídicas privadas, distintas de las relaciones de tipo público, propias de la Administración; d) Administración del Derecho público, que observa que no se puede olvidar la administración pública del Derecho público, por constituir también jurisdicción voluntaria.

Como quiera que sea es de apreciar la observación hecha por Hugo Rocco⁵⁷ quien, comentando sobre el particular asienta que “..aun el criterio que le atribuye

⁵⁶ Vid. *Nueva Enciclopedia Jurídica* E. Mascareñas y Pellisé Prats Tomo XIV pp 583 y ss.

⁵⁷ Rocco, Hugo *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Volumen VII Parte Especial Editoriales Temis, Bogotá, Colombia, y Depalma, Buenos Aires, Argentina 1982, pp. 8 y 9.

a la jurisdicción voluntaria el carácter de actividad administrativa encomendada a los órganos jurisdiccionales, no puede aportar mucha luz en orden al problema de la clasificación de los procedimientos especiales denominados de jurisdicción voluntaria. En efecto, si la actividad de los órganos jurisdiccionales, en los casos de jurisdicción voluntaria y en los procesos correspondientes, por lo menos en cuanto a los procedimientos que hemos calificado de jurisdicción voluntaria pura, puede ser considerada, como lo hace la mayor parte de la doctrina, una actividad administrativa, no es posible afirmar con seguridad que también en esas hipótesis la actividad de los órganos jurisdiccionales tienen una naturaleza estrictamente idéntica a la que despliegan los verdaderos y propios órganos administrativos, en el ejercicio de la función administrativa.”

“Efectivamente, no hay que olvidar que los actos de jurisdicción voluntaria, precisamente porque son realizados por órganos jurisdiccionales, y no administrativos, no dejan de ser, en las distintas hipótesis, actos que *formalmente* adoptan las características típicas de los actos jurisdiccionales, esto es, de providencia que reciben las formas de los decretos, de las ordenanzas o de las sentencias (...), de manera que habrá que decir que no obstante la función a ellas atribuida, sustancialmente equiparada a la función administrativa, no por ello dejan de ser *actos procesales de los órganos jurisdiccionales* y como tales están sujetos al régimen procesal de los actos procesales.”

Y como los actos procesales, añadimos nosotros, también están sometidos a la Constitución, igualmente de ellos puede predicarse que en ocasiones concretas pudieran dictarse con vulneración de su normativa, cuya sola naturaleza no los pondría a resguardo de ataque de ilegitimidad constitucional. De ahí que pueda ser útil trasladar la cita que Colombo Campbell, en un reciente e interesante trabajo⁵⁸ preparado para una comisión conjunta del Senado y Congreso de diputados de Chile, hace de parte de la sentencia T06-92 de la Corte Constitucional de Colombia: “la violación de la Constitución por uno de los órganos que integran cualquiera de las ramas de poder público o sus agentes, siempre supone un grave desajuste institucional que precisa ser corregido de manera inmediata a través de los procedimientos de depuración constitucional que ella misma contempla. No se compecede con la Constitución que los órganos por ésta creados, por definición sujetos a su control, se conviertan en factores de desestabilización institucional. Es comprensible que el ordenamiento reaccione con mayor energía ante este tipo de incumplimiento dado su mismo origen y que ponga en acción una serie de mecanismos correctores. Ninguna esfera del Estado -así pertenezca a la rama judicial- puede considerarse inmune a esta reacción de defensa del ordenamiento estatal.”

⁵⁸ Colombo Campbell, Juan “El conflicto constitucional y el tribunal que debe resolverlo. Un aporte para el estudio de la declaración judicial de la inconstitucionalidad de la ley” p. 7 -no publicado-.

De los especialistas citados sólo Marín Pageo⁵⁹ aborda el tema, sobre el que expresa: “Dado que puede haber normas inconstitucionales que deban aplicarse en asuntos de jurisdicción voluntaria, y que los preceptos que regulan la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad, requieren siempre la existencia de un proceso, ¿qué deberá hacer el órgano judicial cuando en la sustanciación de un asunto de esta clase, considere que la norma que incide en su resolución pudiese ser inconstitucional? Los caminos para analizar en la sustanciación de un asunto de esta índole (...) son dos: Analizar la naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria, a fin de precisar si pueden, individualmente considerados, asimilarse a los procedimientos contenciosos, en lo tocante a podérseles aplicar la regulación de la cuestión de inconstitucionalidad, o, por el contrario, estimar que como lo que determina que pueda promoverse una cuestión de inconstitucionalidad en dichos actos, depende, antes que de la naturaleza de los mismos, de la conclusión a que se llegue respecto del sistema de fuentes, al que en todo caso están sujetos los órganos jurisdiccionales en cualquier actividad que realice”. Y, adelante, asienta: “..si los órganos judiciales deben atenerse siempre al mismo sistema de fuentes, con independencia de la función en que actúen, no cabe duda que la naturaleza de la que en concreto intervengan, no modifica su vinculación a la C., que siempre, en todo caso, deberá ser respetada por los órganos judiciales. Por consiguiente, es evidente que también cuando los órganos judiciales resuelven expedientes de jurisdicción voluntaria deben observar la C. Y ello, tanto se piense que tienen carácter contencioso o voluntario. Aún respecto de aquellos actos cuya adscripción a la actividad administrativa es obvia, estaríamos en las mismas circunstancias que en los que son más similares a los procedimientos contenciosos.”

En nuestro Derecho, el Libro Cuarto del Código Procesal civil y mercantil regula la jurisdicción voluntaria, señalando que ella comprende (artículo 401) todos los actos que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.

Véase que respecto de nuestro sistema, en el tema comentado, pueden hacerse las observaciones ya apuntadas respecto de la naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria, como aprecia Mario Aguirre Godoy⁶⁰, quien refiriéndose a la Jurisdicción y Competencia señala que “..lo que caracteriza a la Jurisdicción Voluntaria es la ausencia de discusión de partes y la actuación de los órganos del Estado se concreta a una función certificante de la autenticidad del acto, o a responder a una mayor formalidad, exigida por la ley. Se pretende también fijar sus caracteres, por cuanto que en la Jurisdicción Contenciosa, se persigue, principalmente, la cosa juz-

⁵⁹ *La cuestión de ... Op. Cit.* p. 281 y ss.

⁶⁰ Aguirre Godoy, Mario *Derecho Procesal Civil de Guatemala*, Centro de reproducciones Universidad Rafael Landívar, 1986, Tomo I p. 85.

gada; en cambio en la voluntaria, sus procedimientos son esencialmente revocables y modificables por el Juzgador.”

No hemos hallado caso alguno en la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad que pudiéramos indicar, para indagar acerca de su orientación sobre el particular.

Es nuestro parecer que como en el código antes citado se expresa, por un lado (artículo 403) que cuando fuere necesaria la audiencia de alguna persona, se le notificará para que, dentro de tercero día la evacue, y, por otro, que se oirá al Ministerio Público (debe entenderse que con las recientes modificaciones lo sustituye la Procuraduría General de la Nación) cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos, y cuando se refiera a personas incapaces o ausentes, en cualquiera de esos eventos tanto aquella persona como la Institución nombrada podrían cuestionar la constitucionalidad de leyes o disposiciones de la ley cuya aplicación sea la que se pretenda por el interesado en el acto que solicite en la jurisdicción voluntaria, cuestión a la que, en respeto al principio de supremacía constitucional, el tribunal tendría la obligación de pronunciarse: y si la decisión es apelada, también obligaría a la Corte de Constitucionalidad a pronunciarse sobre el particular.

Las hipótesis precedentes no lucen imposibles, pero queda por inquirir si el propio solicitante del acto de jurisdicción voluntaria pudiera pedir, a su vez, la inaplicación de disposición de la ley que, presumiendo que el juez pudiera aplicarla y, por tanto, negar lo solicitado, pueda suponer su ilegitimidad por estimar que, en su particular caso, su aplicación resultaría ser inconstitucional. Esa posibilidad puede tener explicación si acudimos a relatar un caso que, aunque finalmente no llegó a plantearse a juez, puede operar como ejemplo: dos personas -hombre y mujer- contrajeron matrimonio civil y anunciaron su boda religiosa a celebrarse en días posteriores; inmediatamente después de contraer matrimonio civil tuvieron una acalorada discusión en la que el marido golpeó a la esposa; ésta se negó entonces a seguir adelante con el matrimonio que, por esa razón, no se consumó. La mujer acudió a demandar la nulidad del matrimonio y, estando en trámite el proceso, el marido falleció, de modo que la demandante quedó en condición de viuda o de soltera por viudedad. En este nuevo estado decidió contraer otro matrimonio, pero, advertida, por un lado, acerca del impedimento legal que la ley establece para las personas casadas en tanto no se haya disuelto legalmente el vínculo anterior, y, por otro, de la prohibición, también legal, de poder autorizarse el matrimonio de la mujer antes de transcurridos trescientos días contados desde la disolución o desde la declaración de su nulidad, a menos que hubiese habido parto dentro de ese término (artículos 88 y 89 del Código Civil), tuvo la intención de solicitar, en la jurisdicción voluntaria, la autorización de juez, probando que la acción de nulidad promovida se basaba en la falta de consumación del matrimonio y la inexistencia de parto; empero, como infería que el juez negaría la autorización con base, precisamente, en aquellas normas, la intención se extendía a plantear, en forma coetánea, la declaración previa de inaplicación de tales disposiciones sosteniendo que, en su caso, serían inconstitucionales por vedarle el derecho de casarse en el tiempo por ella escogido y, por ende, la

decisión jurisdiccional negativa operaría, en su caso particular, contra los derechos constitucionales de igualdad, de libertad de acción y de acceder a la formación de familia sobre la base del matrimonio (artículos 4º. y 5º y 47 de la Constitución), desde luego -caso contrario- el varón sí habría quedado en libertad ilimitada de contraer matrimonio, y, por ende, debían inaplicarse para acceder al derecho de obtener la autorización para contraer el matrimonio.

Queda una última cuestión: en nuestro ordenamiento la Ley Reguladora de la tramitación notarial de asuntos de Jurisdicción Voluntaria (Decreto 54-71 del Congreso de la República) autoriza a los notarios para tramitar en sede notarial varias de las materias que de ordinario han sido competencia de jueces de primera instancia. Tomando en cuenta lo antes expresado cabría preguntarse si, eventualmente, cualquiera de los interesados en asuntos tramitados por vía notarial podría cuestionar la ilegitimidad de disposiciones legales que fuesen aplicables en ellos. Opinamos que la respuesta debe ser negativa, porque el notario presta, aunque con una autorización singular para el trámite aludido, la función de auxiliar del órgano jurisdiccional, pero carece de la potestad estatal de administrar justicia ordinaria y constitucional, autorizada, de manera exclusiva, sólo a jueces y magistrados del Organismo Judicial. Sin embargo, como dentro de las posibilidades cabe plantearse una situación semejante, pensamos que se hallaría el camino para su promoción si el supuesto interesado en una declaración tal requiere la conversión del trámite, para continuarse por conocimiento de juez, a quien podría hacer la petición de inaplicación de ley en caso concreto.

Pronunciamiento en primer grado

Por sentencia. Por auto razonado. Efectos: suspensión del proceso principal y facultades autorizadas.

El planteamiento de la Inconstitucionalidad Indirecta puede finalizar por el obligado pronunciamiento que acerca de ella debe hacer el tribunal que conoce del proceso en el que se promueve, resolución que, según la vía intentada, posibilita dos formas.

a. Por sentencia

Hemos dicho antes que cuando se ha producido contienda frente a la Administración, el artículo 118 de la Ley de la Corte permite interponer acción de inconstitucionalidad de leyes o reglamentos que el administrado estime afectados de ilegitimidad constitucional. Señalamos asimismo que en este caso se produce un debate entre las partes y el Ministerio Público, según está previsto en el artículo 121 ulterior. Concluido debe dictarse sentencia, como lo establece el artículo 24 del Acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad.

Se justifica esta forma, dado que se trata de despejar la duda sobre si hay carencia de legitimidad constitucional en la ley o reglamento que ha aplicado -no que pueda llegar a aplicar- la Administración, cuya declaratoria en ese sentido afectará lo que ya había sido decidido por ella.

Traemos a colación, en ese sentido, la explicación de Couture⁶¹ expresada así: “En general la doctrina admite que todo estado de incertidumbre jurídica, que no tenga otro medio de solución que el de un fallo judicial, justifica una acción de mera declaración y una sentencia de esa naturaleza. El concepto de conflicto de intereses ha venido a sufrir así una especie de prolongación hacia aquellos casos en que el titular de un derecho carece de los medios que le aseguren su pacífico goce. Una declaración del Congreso de La Haya de 1932, ha establecido que es ésta una de las formas más delicadas y fecundas de la actividad jurisdiccional.”

b. Por auto razonado

Para los demás casos -excepción o incidente- el pronunciamiento del tribunal habrá de adoptar la forma de auto razonado. Se trata de autos a los que la doctrina considera como sentencias interlocutorias. Respecto de ellas el profesor antes nombrado enseña que “Estas resoluciones, proferidas en medio del debate, van depurando el juicio de todas las cuestiones accesorias, desembarazándolo de obstáculos que impedirían una sentencia sobre el fondo. Normalmente la interlocutoria es sentencia sobre el proceso y no sobre el derecho. Dirimen controversias accesorias, que surgen con ocasión de lo principal.”⁶²

Ese es el sentido que se advierte en el concepto que da el inciso b) del artículo 141 de la Ley del Organismo Judicial, cuyo texto dice: “Autos, que deciden materia que no es de simple trámite, o bien resuelven incidentes o el asunto principal antes de finalizar el trámite. Los autos deberán razonarse debidamente.”

c. Efectos

c.1. Suspensión del proceso

La decisión de los tribunales de primer grado o instancia, acogiendo o desestimando la declaración de inaplicación de la ley impugnada en el caso concreto en que se promueva, produce el efecto material de paralizar el trámite del proceso de jurisdicción ordinaria, impidiendo que el juez o tribunal decidan sobre el fondo del litigio, porque es en la sentencia, en la que tiene la aptitud de resolver sobre la cuestión principal, basándose en ley a la que se ha atribuido ilegitimidad constitucional por alguna o más partes.

Se trata de una suspensión obligada por el artículo 126 de la Ley de la Corte, en cuanto dispone que “El proceso se suspenderá desde el momento en que el tri-

⁶¹ *Fundamentos del ... Op. Cit.* p. 317.

⁶² *Fundamentos del ... Op. Cit.* p. 313.

bunal de primera instancia dicte el auto que resuelva lo relativo a la inconstitucionalidad, hasta que el mismo cause ejecutoria.” La norma está previendo que el pronunciamiento sea apelado y, por consiguiente, elevado a la Corte de Constitucionalidad para su revisión; empero, de no recurrirse, la suspensión mencionada se prolongará al tiempo que medie de la emisión del pronunciamiento al tiempo en que adquiera firmeza en primer grado.

Desde luego, en la práctica forense no se está exento de duda en cuanto a los efectos suspensivos, como se aprecia del caso al que se refiere la sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha seis de junio de mil novecientos noventa y siete, proferida en el expediente 1297-96⁶³ que dice:

“En todo proceso de cualquier jurisdicción o competencia, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. Esta garantía constitucional, constituye un instrumento jurídico procesal que tiene por objeto, en general, mantener la preeminencia de la Constitución sobre toda otra norma jurídica que no sea compatible con ella y en particular, orientar la selección adecuada de las normas aplicables a los casos concretos. Como presupuesto de procedencia, la norma cuestionada tiene que haber sido citada como apoyo de derecho en la demanda, en la contestación o que de cualquier otro modo resulte del trámite del juicio; en ese caso, el tribunal deberá pronunciarse sobre el planteamiento. De conformidad con el artículo 126 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad la resolución en primera instancia del incidente de inconstitucionalidad en caso concreto suspende el trámite del proceso hasta que el auto definitivo cauce ejecutoria.”

c.2. Facultades autorizadas

Si tomamos en cuenta que en el trámite del proceso de jurisdicción ordinaria puede ocurrir que el tribunal de primer grado esté conociendo de medidas cautelares o de otros cuestionamientos mediante incidentes diligenciados en piezas separadas, la orden de suspensión aludida operaría como obstáculo a su solución. Sin embargo, el citado artículo 126 establece que (acordada la suspensión) “El tribunal solamente podrá seguir conociendo de los asuntos a que se refiere el artículo 129 de esta ley.”

Este último prescribe que tales asuntos se contraen a evitar que no se paralice el diligenciamiento: “a) De los incidentes que se tramitan en pieza separada formada antes de admitirse la apelación (del pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad denunciada); b) De todo lo relativo a bienes embargados, su conservación y custodia; de su venta, si hubiere peligro de pérdida o deterioro; y de lo relacionado con las providencias cautelares; y c) Del desistimiento del recurso de apelación interpuesto si no se hubieren elevado los autos a la Corte de Constitucionalidad.”

⁶³ Vid. *Gaceta* 44, p. 26 y ss.

La apelación -vía para el conocimiento de la Inconstitucionalidad indirecta por la Corte de Constitucionalidad-

Legitimación para apelar. Obligación de razonar la impugnación. Interposición de la alzada y su consecuencia. Control de su admisibilidad. Trámite.

El recurso de alzada, como medio para obtener del tribunal superior la revisión de lo resuelto por el tribunal de primer grado, se apoya en la posibilidad de agravio que la resolución pudiera conllevar, bien porque sea negativa a quien pretende la declaración de inaplicación de ley al caso principal, o a sus adherentes, o porque siendo positiva sean las otras partes las que estimen y denuncien agravio.

a. Legitimación para apelar

Como el objeto que se persigue mediante la apelación es la reparación del agravio que para las partes contendientes en el proceso puede suponer el sentido en que, sobre la aplicación de la ley impugnada, ha decidido el tribunal de primer grado, son sólo ellas las que tienen legitimación para deducirla.

Esa facultad particular vale tanto en relación con la sentencia, en el caso del planteamiento de la inconstitucionalidad indirecta promovido por la vía de acción, como de los autos, dictados al hacerse uso de las otras vías. Así lo establece el artículo 127 de la Ley de la Corte al indicar que “La resolución a que se refiere el artículo 121 y los autos que se dicten sobre la inconstitucionalidad en los demás casos, son apelables.”

b. Obligación de razonar la impugnación

La segunda frase del citado artículo 127 señala que “La apelación deberá interponerse, de manera razonada, dentro de tercero día.”

Indicar que la apelación debe interponerse “de manera razonada” equivale a que debe instarse con “expresión de agravios”, es decir, que el apelante formule una exposición fundada que pueda mostrar el equívoco del *a quo* al pronunciarse. Con esto se quiere que el interponente, haciendo examen propio de lo resuelto, justifique su pedido de revisión, pues, como dice Enrique Viscovi⁶⁴ lo que se requiere es que “..se formule el sustento de la apelación, su fundamento, sus razones y no se limite a una simple referencia a lo que surge de los autos o se dijo anteriormente.”

c. Interposición de la alzada y su consecuencia

En la doctrina y jurisprudencia es común admitir que el *a quo* tiene facultad para conceder la apelación, si advierte la satisfacción de los presupuestos exigibles; *contrario sensu*, la de inadmitirla.

⁶⁴ Vescovi, Enrique *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1988 p. 161.

De la misma manera opera en el proceso constitucional, pese a que la formulación positiva se concreta a prescribir que “Desde que se interpone la apelación, la jurisdicción del tribunal queda limitada a conceder o denegar la alzada.”

La práctica de nuestros tribunales de primer grado muestran su seguimiento a los términos doctrinarios, de modo que la negativa a concederlo no es usual.

d. Control de la admisibilidad

Como de no concederse la apelación devendría, por un lado, que el pronunciamiento del tribunal de primer grado adquiriera firmeza, y, por otro, la consecuencia de permitir la prosecución del trámite del proceso sobre lo principal, el artículo 132 de la Ley de la Corte habilita la posibilidad de reexamen, por la Corte de Constitucionalidad, de la negativa de conceder la alzada.

En efecto, el primer párrafo de la disposición aludida preceptúa que “Si el tribunal que conoce negare el recurso de apelación, procediendo éste, la parte que se tenga por agraviada, puede ocurrir de hecho ante la Corte de Constitucionalidad, dentro de los tres días de notificada la denegatoria, pidiendo se le conceda el recurso.”

En nuestra práctica forense los tribunales suelen no poner mucha atención a la omisión de razonar que se exige como presupuesto de la alzada, pero sí a los restantes, especialmente cuando detectan su falta de procedencia, como lo pudimos referir en apartado anterior (infra, Capítulo Cuarto, e.). Somos de parecer que esa flexibilidad no debe ser tal que la apelación se conceda si su interposición omite el razonamiento, desde luego que su exigencia legal es clara.

En todo caso, se trata de un medio que permite el control de la garantía del debido proceso y, por ende, del derecho de defensa en juicio, por el que el *ad quem* realiza nuevo examen constreñido a su procedibilidad y decide, agotando el ocurso, sobre la confirmación de la negativa u ordenando conceder la apelación.

e. Trámite

El trámite de la alzada en la inconstitucionalidad indirecto es relativamente sencillo, ya que recibidos los autos la Corte de Constitucionalidad debe señalarse oficiosamente la vista, a realizarse dentro de un término que no puede exceder de nueve días.

Si, distinto a lo que ocurre en la jurisdicción ordinaria, en la constitucional de nuestro tema no se da traslado de la alegación a las otras partes, denota la importancia que resulta de la exigencia de requerir que la apelación se haga “de manera razonada”, ya que la exposición del recurrente fijará, en alguna medida, los límites de conocimiento del Tribunal. Claro está que, por la materia de que se trata se rompe, como ocurre igualmente en materia penal, el principio “*tantum devolutum quantum appellatum*” que domina en el Derecho común; empero, los poderes del tribunal de alzada tampoco pueden sustituir la carga de alegación de agravios que pesa sobre el apelante.

Agreguemos que si bien no se habilita el traslado o audiencia a las otras partes, el artículo 130 de la Ley de la Corte que aplica al trámite dispone que “La vista será pública si lo pidiera alguna de las partes.”, oportunidad que permite a éstas apoyar o redargüir la posición del interponente de la alzada. El tiempo para que cualquiera de las partes solicite que la vista sea pública es de “veinticuatro horas siguientes de notificados de la resolución que señala día y hora para la vista.”, previsto en el artículo 25 del ya citado Acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad.

Decisión de segundo grado

La sentencia. Efectos de la estimatoria: con relación al proceso *a quo*; como precedente. El pronunciamiento desestimatorio.

En breve recapitulación recordemos, por un lado, los dos sistemas de protección contra la inconstitucionalidad de leyes: el directo, cuyo objeto se concreta en el enjuiciamiento abstracto de la ley cuestionada, que, de ser acogido, determina su expulsión del sistema normativo; por otro, el indirecto, que busca evitar la aplicación, en casos concretos, de leyes, disposiciones legales o reglamentarias objetadas de ilegitimidad constitucional. En uno y otro caso, lo enjuiciado son las leyes o disposiciones legales.

En la inconstitucionalidad indirecta, que finaliza, según la vía de impugnación escogida, por sentencia o por auto -sentencia interlocutoria-, el pronunciamiento corresponde hacerlo a los tribunales de primer grado. Únicamente en caso de interposición de alzada se posibilita su conocimiento por la Corte de Constitucionalidad. El pronunciamiento originalmente solicitado ante el tribunal que conoce de los casos concretos puede ser aceptado por las partes, en cuyo evento la pretensión quedará satisfecha dentro del sistema de control difuso.

Ahora bien, de ocurrir insatisfacción puede obtenerse ante la Corte de Constitucionalidad, que ostenta el control concentrado, la revisión de lo decidido en primer grado interponiendo apelación; asumiendo la jurisdicción se aboca a la pretensión original y le da solución dictando sentencia.

a. La sentencia

En este apartado se impone una aclaración, en el sentido de que lo que se dice a continuación es aplicable tanto a los autos o sentencias interlocutorias dictadas por el *a quo* como a las decisiones del *ad quem*.

Para plantear ante la jurisdicción ordinaria una pretensión que implique una declaración de Derecho favorable frente a otra u otras, se requiere que el pretensor invoque disposiciones legales que puedan sustentarla; y que se vincule a aquel o aquellos de quienes reclama. El personamiento de éstos, que puede consistir en simplemente negar lo que el demandante persigue o ir más allá y hasta en contrario a

la petición original, también apoyado en disposiciones legales, da inicio a la contienda, cuya solución es privativa de aquella jurisdicción. Nace así un caso concreto que el juez o tribunal habrá de resolver mediante su decisión. Esta, como señala Manuel Segura Ortega⁶⁵ “..implica siempre la posibilidad de optar entre diferentes alternativas; en este sentido decidir es elegir y, por tanto, supone preferir una solución frente a las otras que también aparecen como posibles. La actividad judicial puede caracterizarse como un proceso en el que el sujeto llamado a decidir selecciona diversas opciones que se refieren a normas, hechos y valores.”.

Es justamente frente a la posibilidad de optar por una u otras de las alternativas de solución mediante la aplicación de la ley o disposición legal que se estime pertinente, que se abre a cualquiera de las partes la vía para pedir que se declare inaplicable al caso aquella acerca de la cual duda de su legitimidad constitucional, petitorio que, como quedó anotado, debe ser adecuadamente razonado.

La apertura de ese cuestionamiento requiere, además, un pronunciamiento decisorio, positivo o negativo, que debe hacer el juez o tribunal ante el que se haga el planteamiento, y que habrá de afectar sólo a las partes y al proceso en particular. Estimada o denegada por el *a quo* y apelada, la petición es objeto de revisión por la Corte de Constitucionalidad, que en sentencia puede, si no encuentra motivo de rechazo, respaldarla o revocarla, evento en el cual es ésta la decisión que pone fin al cuestionamiento de inconstitucionalidad.

b. Efectos de la estimatoria

b.1. Con relación al proceso a quo

La finalidad concreta, dentro de nuestro proceso constitucional, es la declaración de *inaplicabilidad* de la ley cuestionada, esto es, que entre las opciones por las que pueda decidirse el tribunal de primer grado, resultantes de la ley que aplique cuando ponga fin a la contienda, deberá descartar aquella cuya aplicación ha sido desechada en la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad indirecta. No debe verse, entonces, que esa declaración necesariamente influya en la decisión del evento concreto, pues, como certeramente apunta el Magistrado y Académico Rafael de Mendizábal Allende⁶⁶ “Viene en primer plano una pregunta previa en este tipo de procesos constitucionales que exige indagar si la cuestión es pertinente o, en otras palabras, si la solución que se le dé en sede constitucional es determinante de la respuesta judicial en la jurisdicción ordinaria. Va de suyo que el Tribunal en este as-

⁶⁵ Segura Ortega, Manuel *La racionalidad jurídica*, Editorial Tecnos, S.A. Madrid, España, 1998 p. 80.

⁶⁶ De Mendizábal Allende, Rafael -Magistrado del Tribunal Constitucional Español- “Códice con un Juez sedente” Discurso leído el 31 de mayo de 1999 en su recepción pública como académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Notigraf, S.A. Madrid, España, 1999 p. 112 y ss.

pecto tiene una mera actividad de *ascertainment* o verificación, consistente en comprobar si, en efecto, el precepto en entredicho es el fundamento único o principal de la pretensión objeto del proceso. Cuando el Juez (...) opina que su decisión final en él está en función directa e inmediata y depende, en suma, de la constitucionalidad, o no, de aquel precepto, en el sentido de que no resultando ajustado a la Constitución, su sentencia accedería a la pretensión objeto del proceso o la rechazaría (...) la comprobación ha de pararse en una primera lectura y ella ha de bastar, sin entrar en más averiguaciones que prejuzgarían el litigio en el plano de mera legalidad y no en su dimensión constitucional, única importante en este trance.”

La sentencia, pues, se limita a ser meramente declarativa acerca de si resultaría o no afectada la legitimidad constitucional de la ley o disposición legal que se cuestione, para el caso de ser aplicada al resolverse sobre el fondo del caso concreto, declaración que puede sustentar su habilitación o su omisión en el momento en que el juez o tribunal del conocimiento del caso deba optar por seleccionar la norma que estime propia para fundamentar su fallo.

b.2. *Como precedente*

En la ciencia del Derecho se llama “precedente” al “antecedente” o, como se lee en el Diccionario de Derecho Usual, “Resolución anterior de un caso igual o bastante similar”⁶⁷ agregando que “La jurisprudencia inglesa y la mayor parte de sus tradicionales instituciones se basan en los *precedentes*.”

En el sistema aludido se dice que el precedente es “Una decisión de un tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad, o precedente obligatorio, para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión: pero el grado de autoridad de dichos precedentes depende necesariamente de su acuerdo con el espíritu de los tiempos o el juicio de subsiguientes tribunales sobre su corrección, como una proposición acerca del derecho existente o real”, según traslación que de A.Kocorek-H. Koven hace Victoria Iturralde Sesma.⁶⁸ La obligatoriedad del precedente se explica por la estructura misma del Derecho Inglés o semejante del que sigue principios y estructuras.

No ocurre lo mismo en sistemas distintos, aunque tampoco se repele, como lo hace ver Alejandro M. Garro⁶⁹ al observar, en referencia a distintos sistemas de De-

⁶⁷ *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* por Guillermo Cabanellas, Tomo V 14ª. Edición, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1979 p. 346.

⁶⁸ Iturralde Sesma, Victoria -profesora de Filosofía en Derecho- *El precedente en el Common Law*, Editorial Cívitas, S.A. Madrid, España, 1995 p. 31.

⁶⁹ Garro, Alejandro M. “Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina” Separata de la *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, Num. 24, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1988 p. 120.

recho, que “..los efectos de la cosa juzgada constitucional no presuponen necesariamente una larga tradición de respeto al precedente, ya que, en aquellos países del continente europeo de cultura jurídica neo-romanista, la autoridad del precedente en materia constitucional se ha impuesto gradualmente con la adopción del modelo austríaco. La reciente adopción de este modelo por parte de algunos países de América Latina como Chile, Ecuador, Guatemala y Perú demuestra a su vez que dicho sistema no es patrimonio exclusivo de las democracias industrializadas de Europa Occidental, sino que también es susceptible de ser adaptada en los países de América Latina.”

La Ley de la Corte establece, en el artículo 43, que “La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido.”

Esa disposición muestra que nuestro proceso constitucional admite el precedente, aun cuando restringido a su acepción de “Antecedente, acción o circunstancia anterior que sirve para juzgar hechos posteriores.”⁷⁰, pues, para que un fallo llegue a constituir doctrina -obligatoria para todo tribunal de la jurisdicción ordinaria- no puede menos que haberse formado por la solución a un caso que contribuye precedente de -por lo menos- dos casos posteriores similares.

Así entendido para nuestro tema, la solución estimatoria dada por la Corte de Constitucionalidad en sentencia de alzada al resolver en un expediente de inconstitucionalidad indirecta, concreta un precedente, que debe sostener -a menos que de él razonadamente se separe- en los siguientes dos casos similares que conozca con posterioridad.

c. El pronunciamiento desestimatorio

En oposición a lo antedicho la Corte de Constitucionalidad puede desestimar la inconstitucionalidad indirecta pretendida, bien porque confirme en su sentencia el pronunciamiento de primer grado en ese sentido o porque, teniendo criterio distinto o apoyándose en caso o casos precedentes, concluya que la ley o disposición legal cuestionada puede ser aplicada, por no contrariar normas constitucionales, en la solución que el juez o tribunal dé al caso concreto. Se produce con ello, como en el evento anterior, el cierre del cuestionamiento de ilegitimidad constitucional.

Es similar la conclusión en el sistema español, a juzgar por la afirmación de Marín Pageo⁷¹ en el sentido de que “Las sentencias desestimatorias de inconstitu-

⁷⁰ *Diccionario Ilustrado de la Lengua Española*, Grupo Editorial Océano, S.A. Barcelona, España p. 785.

⁷¹ *La cuestión ... Op. Cit.* p. 316.

cionalidad, no pueden tener otra eficacia que la del cierre formal del proceso constitucional, con la consiguiente reanudación del proceso principal en que emergió la cuestión, y la de vincular al juez que la promovió, impidiéndole dudar de la constitucionalidad de la norma cuestionada.”

Desde luego, es importante advertir y debe quedar claro que la sentencia desestimatoria en manera alguna constituye un pronunciamiento protector o valladar de naturaleza tal que impida su cuestionamiento en casos posteriores o distintos, porque las pretensiones que dan origen a los procesos se asientan en realidades muchas veces complejas que las separan de aquellas otras en las que pudieron haber sido juzgadas las disposiciones atacadas en casos anteriores, circunstancias a tener en cuenta en el momento de decidir acerca de su aplicación al resolver sobre el fondo del litigio.

A manera de conclusión

Como quedó dicho desde el inicio, el estudio que antecede tiene mero propósito explicativo para quienes, como operadores de la administración de la justicia en el campo público o en el privado, se acercan con mayor detenimiento a esta forma de control constitucional, que pueda en alguna medida ser utilizado en la interesante -y apasionante, muchas veces- labor de invocación o de aplicación que del Derecho hace hábito el abogado, en su tarea de mantener el Estado de Derecho y, de modo primordial, de coadyuvar en la defensa del orden constitucional, impugnando la aplicación de leyes o de disposiciones legales en casos concretos.

Es que, por regla general, cuando la ley es publicada sus primeras lecturas pueden poner de manifiesto normas que para el común o para la mayor parte de él pueden lucir como viciadas de inconstitucionalidad, y, como ya ha sucedido en no pocos casos, se ha promovido la acción de Inconstitucionalidad directa que, casi de inmediato, salta a ser noticia de los medios de comunicación, generando incluso polémica pública hasta que el asunto queda decidido por la Corte de Constitucionalidad. Sin embargo, la otra situación, aquella que sólo interesa a alguien en particular dentro de un conflicto jurídico específico, es cuestión que para el abogado de parte adquiere relevancia porque ley determinada o disposiciones de ella serán aplicables al caso concreto; y, si en su honesta apreciación de los hechos fundantes de la pretensión estima que puedan ser contrarias a normas de la Constitución, es indudable que puede hacer uso del valioso sistema de declaración de Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos, planteado adecuadamente, porque el pronunciamiento -positivo o negativo- que ha de hacer el Tribunal o, en su caso, la Corte de Constitucionalidad, puede operar en beneficio colectivo al conocerse, en las gacetas de la última, interpretaciones que en lo futuro podrán invocarse como precedentes en casos distintos.

Resulta así obligado pensar que este último sistema de control constitucional de leyes desemboca en dos importantes objetivos íntimamente vinculados: de cer-

teza jurídica, en lo que a despejar si las normas cuestionadas resultarían o no inconstitucionales de aplicarse al conflicto de intereses jurídicos del caso concreto y, paralelamente, de fiscalización de la constitucionalidad de leyes por vía indirecta, tan valiosa como la planteada en la vía directa, en beneficio de la defensa del orden constitucional.

Bibliografía

- Aguirre Godoy, Mario *Derecho Procesal Civil de Guatemala*, Centro de reproducciones Universidad Rafael Landívar, 1986, Tomo I.
- Almagro Nosete, José *Justicia Constitucional* (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) Artigrafía, S. A. Madrid, España, 1980.
- Alvarez-Linera y Uría, César "Incidencia de la Constitución en las normas de Derecho Procesal aplicables por la jurisdicción civil". Ponencia presentada en las Segundas Jornadas de Derecho Judicial.
- Biscaretti Di Ruffia *Introducción al derecho Constitucional Comparado*, Fondo de Cultura Económica, México 1975.
- Capelletti, Mauro *La Justicia Constitucional* (Estudios de Derecho Comparado) Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, México 1987.
- Colombo Campbell, Juan "El conflicto constitucional y el tribunal que debe resolverlo. Un aporte para el estudio de la declaración judicial de la inconstitucionalidad de la ley" -no publicado-.
- Colombo Campbell, Juan *La jurisdicción en el Derecho Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991.
- Couture, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Editora Nacional, S.A. México, 1981.
- Cueto Rúa, Julio "El Common Law" Editorial *La Ley*, Buenos Aires, 1957.
- De Mendizábal Allende, Rafael "Código con un Juez sedente" Discurso leído el 31 de mayo de 1999 en su recepción pública como académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Notigraf, S.A. Madrid, España, 1999.
- Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima edición, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1984.
- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* por Guillermo Cabanellas, Tomo V 14ª. Edición, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1979.
- Diccionario Ilustrado de la Lengua Española, Grupo Editorial Océano, S.A. Barcelona, España.
- Ekmekdjian, Miguel Angel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo III, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1995.
- Fayt, Carlos S. *La supremacía constitucional y la independencia de los jueces*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994.
- Fernández Montalvo, Rafael "La cuestión de inconstitucionalidad en la doctrina del Tribunal Constitucional" Ponencia en las Segundas Jornadas de Derecho Judicial. Publicación del Ministerio de Justicia de España.
- Flores Gómez, Fernando y Carvajal Moreno, Gustavo *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Porrúa, S. A., México 1976.
- García de Enterría *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, España, 1994.
- García Laguardia, Jorge Mario *La Defensa de la Constitución*, publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad San Carlos de Guatemala, 1986.
- Garro, Alejandro M. "Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina" Separata de la *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, Num. 24 Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1988.

- Haurio, André *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, traducción de José Antonio Gonzales Casanova, Ediciones Ariel, Barcelona, España, 1971.
- Iturralde Sesma, Victoria *El precedente en el Common Law*, Editorial Cívitas, S.A. Madrid, España, 1995.
- Jurisprudencia Constitucional del Tribunal Constitucional Español*, Tomo Trigésimo Séptimo.
- Kelsen, Hans *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1995.
- López Guerra, Luis *Introducción al Derecho Constitucional* Tirant Lo Blanch Valencia, España, 1994.
- López Ulloa, Juan Manuel *La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho Español* Marcial, Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, España, 2000.
- Maldonado Aguirre, Alejandro. "El control constitucional", en *Reflexiones constitucionales*. Publicación de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.
- Marín Pageo, Encarnación *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Editorial Civitas, S.A. Madrid, España, 1990.
- Nueva Enciclopedia Jurídica*, E. Mascareñas y Pellisé Prats Tomo XIV.
- Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XII, Editorial Francisco Seix, S.A. Barcelona, España, 1987.
- Pinto Acevedo, Mynor *La Jurisdicción Constitucional en Guatemala*, Publicación de la Corte de Constitucionalidad, Serviprensa Centroamericana, Guatemala, 1995.
- Rocco, Hugo *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Volumen VII Parte Especial, Editoriales Temis, Bogotá, Colombia, y Depalma, Buenos Aires, Argentina 1982.
- Saavedra Gallo, Pablo *La duda de inconstitucionalidad*, Ediciones El Almendro, Córdoba, España, 1985.
- Segura Ortega, Manuel *La racionalidad jurídica*, Editorial Tecnos, S.A. Madrid, España, 1998.
- Sierra Gonzáles, José Arturo *Derecho Constitucional Guatemalteco*, Publicación de la Corte de Constitucionalidad, Centro Impresor Piedra Santa Guatemala, 2000.
- Tarello Giovanni *Cultura jurídica y política del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- Vásquez Martínez, Edmundo y García Laguardia, Jorge Mario *Constitución y Orden Democrático*, Editorial Universitaria de Guatemala, Guatemala, C.A. 1984.
- Vescovi, Enrique "Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica", Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1988.

M^a Inmaculada Ramos Tapia*
Jan Woischnik**

Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideración del principio de proporcionalidad

I. Introducción

La búsqueda de un sistema que permita al juez imponer la pena justa al responsable de un delito ha sido una constante en la ciencia del Derecho Penal. Por ello la doctrina se ha ocupado intensamente de analizar los criterios con los que el juez debe determinar la pena exacta a imponer y el margen de arbitrio judicial que debe concedérsele para ello (la llamada individualización judicial de la pena). Pero presupuesto indispensable para que la individualización de la pena pueda llevar a una pena justa es la *previa fijación por el legislador del marco de pena* que corresponde a cada delito (el llamado marco legal abstracto o genérico). A la fase de determinación legal de la pena no se ha dedicado, sin embargo, tanta atención en la doctrina jurídica, tal vez por el hecho de que se entendía que se trataba de una cuestión de política criminal. Al fin y al cabo el marco penal genérico representa “la cantidad de pena que el Estado considera lícito y necesario atribuir a la comisión de la conducta descrita, es decir, como decisión político-criminal en la que se refleja la

* Profesora de Derecho Penal y Vice-Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (España).

** Doctor en Derecho por la Universidad de Maguncia (Alemania). Representante de la Fundación Konrad Adenauer en Uruguay y Director del Programa “Estado de Derecho” en Sudamérica.

El artículo se basa en una ponencia brindada en la *Jornada de Evaluación de la Legislación Penal Sustantiva en Bolivia* organizada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la GTZ (La Paz, 28 y 29 de noviembre de 2001).

gravedad que se atribuye a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico de que se trate en un momento histórico determinado”¹.

Sin embargo, en un *Estado de Derecho*, la labor legislativa en este ámbito también está sometida a principios jurídicos de naturaleza constitucional. Es cierto que en esta tarea de fijación de los marcos penales, el legislador tiene un amplio margen de libertad, libertad que deriva de su legitimidad democrática. Al legislador corresponde seleccionar los bienes jurídicos que merecen protección penal dentro de un determinado modelo de convivencia social y fijar las sanciones penales necesarias para preservar dicho modelo. A él le corresponde establecer las penas, atendiendo a los distintos fines legítimos que aquéllas pueden cumplir. No sólo al fin directo y esencial de protección al que responde la norma sino también a otros fines legítimos de la pena como son la intimidación, la consolidación de las convicciones éticas generalizadas, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento jurídico, resocialización, etcétera.

Sin embargo, el legislador penal no es absolutamente libre en la fijación de marcos penales. En un *Estado de Derecho* existen ciertos principios constitucionales que vinculan al legislador a la hora de fijar la pena de un delito y que limitan su arbitrio. No se trata sólo de principios rectores de la política criminal sino de auténticos mandatos constitucionales de obligado respeto por el legislador penal, pertenecientes a lo que se denomina *Derecho penal constitucional*. El análisis de cuáles son esos principios y cómo deben operar en la decisión legislativa sobre los marcos penales ha sido un tema que ha ocupado a la *doctrina alemana* y a la *española* en las últimas décadas y sobre el que existe ya relevante jurisprudencia constitucional, tanto del Tribunal Constitucional español como del alemán.

Esencialmente esos principios son tres: 1) el principio de legalidad penal, 2) el principio de dignidad humana y 3) el principio de proporcionalidad. Los dos primeros cuentan ya con una larga tradición como principios propios de un Estado de Derecho, mientras que el último, el principio de proporcionalidad, es de más reciente configuración como criterio limitador del *ius puniendi* del Estado. Por ello, el presente trabajo se dedica a analizar especialmente el principio de proporcionalidad, su formulación, contenido y alcance en la más reciente jurisprudencia y doctrina constitucional, no sin antes describir, siquiera brevemente, el papel que también juegan los principios de legalidad y de humanidad de las penas en la fase de determinación legal de los marcos penales.

¹ García Arán, Mercedes, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona, 1982, p. 96.

II. Las exigencias derivadas de los principios de legalidad y de humanidad de las penas en la fijación de los marcos penales

1. El principio de legalidad penal

El principio de legalidad, expresamente reconocido en la mayoría de las Constituciones europeas² constituye una garantía básica de todo ciudadano en un Estado de Derecho: *nullum crimen nulla pena sine previa lege penale*.³ Este principio garantiza el derecho a saber qué es lo que está prohibido (qué conductas constituyen delito) y qué consecuencias tendrá (forma y características de la reacción penal) la realización de la conducta prohibida. Se exige, por tanto, no sólo que las conductas delictivas estén descritas previamente en la ley con suficiente precisión o determinación (la llamada “garantía criminal”), sino también que las penas de los delitos estén previstas en la ley y sean determinadas (la llamada “garantía penal”).

La necesidad de que las penas sean determinadas no significa que el legislador deba fijar *a priori* y en cada caso la pena que corresponde a cada delito, ocupándose de sus más mínimos detalles y circunstancias, de modo que el juez no tenga más que aplicar automáticamente la pena correspondiente. Hoy se reconoce como imprescindible dar al juez un margen de apreciación para determinar la pena adecuada a las circunstancias del hecho cometido y de su autor. De hecho, sólo de forma excepcional prescribe la propia ley una pena absolutamente individualizada. En la generalidad de los casos, el legislador pone a disposición del juez un *marco penal* más o menos amplio, dentro del cual el juez debe individualizar la pena. Pero el principio de legalidad penal impide que se llegue al extremo de dejar la determinación de la pena totalmente al arbitrio judicial. Así, como advierte Roxin⁴, sería inconstitucional y nulo un precepto penal que se formulara del siguiente modo: “el que dañe una cosa ajena será castigado”, ya que quedaría sin determinar legalmente qué pena y en qué cuantía se puede imponer. Tampoco sería admisible un marco penal que comprenda desde la pena de multa mínima hasta la pena de prisión perpetua. La doctrina exige en general, como mínimo, una fijación de la clase de pena⁵.

Pero incluso dentro de una misma clase de pena, la doctrina considera inconstitucional un marco penal que sea ilimitado. Así, por ejemplo, en Alemania algunos autores han señalado que la amplísima extensión del marco de la pena de multa resulta

² Vid., por ejemplo, art. 103 II GG (Grundgesetz: Ley Fundamental Alemana) o art. 25 CE (Constitución española).

³ Sobre el principio de legalidad en el Derecho español, vid., por todos, Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Barcelona, 1998, pp. 78 ss.; en Alemania, Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I* (trad. de la 2ª edición alemana y notas por D.M. Luzón Peña/M. Díaz y García Conlledo/J. de Vicente Remesal), Madrid, 1997, pp. 134 ss.

⁴ Roxin, *op. cit.*, p. 141.

⁵ Roxin, *op. cit.*, p. 174.

“apenas defendible en un Estado de Derecho”⁶. Igualmente se consideran al borde de la inconstitucionalidad los párrafos 212 y 213 StGB⁷, que prevén para el homicidio una amplitud tal en la pena que va desde seis meses hasta la prisión perpetua. Si se mantiene la compatibilidad de estos preceptos con el art. 103 II GG es porque, al menos, el marco penal normal (5-15 años) supone una dimensión abarcable⁸.

La exigencia de determinación de la pena no impide que el legislador pueda prever penas alternativas para un delito, por ejemplo, que junto a la pena de prisión se contemple como alternativa una pena de multa, dejando que sea el Juez o Tribunal, el que elija la naturaleza de la pena más apropiada al caso. Ello ocurre en muchas figuras delictivas del Código penal alemán y del español.

2. El principio de humanidad de las penas

Con el principio de humanidad de las penas se pretenden excluir del sistema penal aquellas sanciones que por su contenido resulten especialmente crueles o denigrantes para el sometido a ellas más allá del sufrimiento que suele llevar aparejada la simple imposición de una condena. En la Constitución española este principio está expresamente reconocido en el art. 15: “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas inhumanas o degradantes”. Y la Constitución alemana determina que “personas detenidas no pueden ser maltratadas ni síquica ni físicamente” (Art. 104 I GG).

Este principio tiene especial peso en la fase de ejecución pero también tiene trascendencia en la fase de determinación legal de las penas. Así, la prohibición de penas inhumanas o degradantes implica que el legislador penal no puede conminar ningún delito, por grave que se considere, con una pena incoizadora de carácter definitivo, es decir, destinada a *destruir* física o moralmente al sometido a ellas como la pena de muerte, penas corporales -por ejemplo, mutilaciones de partes del cuerpo- o la cadena perpetua sin posibilidad alguna de reinserción social⁹.

También el recurso por el legislador a penas cortas de prisión (las de duración inferior a seis meses) se entiende poco respetuoso con el principio de humanidad de las penas o la dignidad de la persona, pues está demostrado que en la mayoría de

⁶ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. de la 4ª edición alemana por J.L. Manzanares Samaniego), Granada, 1993, p. 117; de la misma opinión, C. Roxin, *op. cit.*, p. 174. Según el párrafo 40 II 3 en relación con el 40 I 2 del Código Penal alemán, el marco de la pena de multa va desde 5 a 360 cuotas diarias (o hasta 720 en el supuesto excepcional del párrafo 54 II 2), lo que acaba dando como resultado un importe comprendido entre 10 y 3.600.000 marcos (o excepcionalmente 7.200.000).

⁷ Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)

⁸ Roxin, *op. cit.*, p. 174.

⁹ Sobre la prohibición de las penas inhumanas y sus consecuencias en la legislación penal, vid. Zugaldía Espinar, José Miguel, *Fundamentos de Derecho Penal*, Valencia, 1993, pp. 254 ss.

los casos estas penas causan más daño que beneficio¹⁰. Por esta razón, en el CP español de 1995, ningún delito sancionado con pena de prisión tiene previsto un límite mínimo inferior a seis meses. En Alemania, aunque siguen existiendo supuestos donde el marco penal previsto permite imponer al juez penas cortas de prisión, esta posibilidad sólo puede ser usada por el juez de forma excepcional: “cuando haya especiales circunstancias en el hecho o en la personalidad del autor que hagan imprescindible la imposición de una pena de prisión...” (parágrafo 47 I StGB).

Unido a este principio de humanidad de las penas aparece el principio de proporcionalidad ya que sólo la pena proporcionada a la gravedad del hecho cometido es humana y respetuosa con la dignidad de la persona. Pero el principio de proporcionalidad de las penas aparece unido también a otros principios constitucionales, y tiene una autonomía propia. De hecho, es el principio de mayor relevancia en el ámbito de la determinación legal de la pena.

III. El principio de proporcionalidad

1. El principio de proporcionalidad exige que exista proporción entre la gravedad de la pena y la gravedad del delito; que las penas sean proporcionadas a la entidad del delito cometido. Esa proporcionalidad debe darse tanto en abstracto como en concreto, es decir, tanto en la relación entre la gravedad del delito y la pena con la que de forma general se conmina en la ley (proporcionalidad *abstracta*) como en la relación entre la pena exacta impuesta al autor y la gravedad del hecho concreto cometido (proporcionalidad *concreta*). La exigencia de proporcionalidad *abstracta* va dirigida al legislador a la hora de fijar los marcos penales, la de proporcionalidad *concreta* al juez cuando impone una pena al responsable criminal de un hecho concreto. Aquí nos vamos a referir a la primera, a la proporcionalidad *abstracta*, que es la que afecta a la fijación por el legislador de los marcos penales (fase de *determinación legal de la pena*) y no a la cuestión de la proporcionalidad de la pena en el momento de su individualización, que es llevada a cabo por los Tribunales dentro del marco legal (fase de *individualización judicial*). No obstante, como se verá, los marcos penales deben configurarse de tal forma que dejen margen al juez para poder buscar la pena proporcionada al hecho concreto enjuiciado.

La exigencia de proporcionalidad de las penas tiene sus antecedentes más antiguos en las ideas que se desarrollan en Europa a partir del siglo XVIII, dentro de la preocupación humanitaria que aparece en la doctrina penal de la época. Así, en el art. 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se proclamó que: “la Ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito”. De igual manera, esta preocupación por la proporcionalidad aparece en el pensamiento de Beccaria, quien sintetizara magistralmente los princi-

¹⁰ Roxin, *op. cit.*, pp. 129 s.

pios del Derecho Penal moderno: “para que la pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe ser la pena pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias actuales, *proporcionada a los delitos* y dictada por las leyes”¹¹.

Si bien en las Constituciones actuales no se suele proclamar de forma expresa el principio de proporcionalidad, la doctrina y la jurisprudencia constitucional de Alemania y España lo consideran implícitamente consagrado en la Constitución.

En Alemania, la formulación del principio de proporcionalidad se debe en gran medida al Tribunal Constitucional Federal (BVerfG)¹². Si bien al comienzo este Tribunal tan sólo utilizaba este principio de forma puntual y sin darle consecuencias sistemáticas, a finales de los años cincuenta se empieza a considerar el principio de proporcionalidad como una máxima constitucional que debe ser respetada por los poderes del estado (legislativo, judicial y ejecutivo) y, por tanto, también por el legislador penal. La jurisprudencia del BVerfG lo considera implícito en la configuración del Estado como un Estado de Derecho. El BVerfG, en una sentencia del año 1957, en relación con el Derecho Penal, afirmó:

*“De los principios generales de la Constitución, y en especial del principio del Estado de Derecho, se deriva para el Derecho penal que la pena con que se amenaza ha de encontrarse en una relación justa con la gravedad del hecho y con la culpabilidad del autor ...; no debe ser ni desproporcionada ni inhumana... Una ley penal que contravenga esto, no podría formar parte de un orden constitucional”*¹³.

Para la doctrina alemana el principio de proporcionalidad es parte del postulado de Justicia: “nadie puede ser incomodado o lesionado en sus derechos con medidas jurídicas desproporcionadas”¹⁴.

En España tampoco la Constitución de 1978 recoge expresamente el principio de proporcionalidad de las penas pero, igual que en Alemania, la doctrina considera que se trata de un principio que forma parte del orden constitucional¹⁵. El principio de proporcionalidad se deriva de otros principios constitucionales expresos. Así, se vincula con el precepto constitucional que configura a España como un Estado de Derecho que propugna la justicia como valor superior de su ordenamiento (art. 1 CE) y con el que establece que la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes son fundamentos del orden político y la paz social (art. 10 CE). También

¹¹ Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas* (trad. de la edición italiana de 1774 por J.A. de las Casas y presentación de F. Tomás y Valiente), Madrid, 1993, p. 255.

¹² Sobre el origen y alcance del principio de proporcionalidad en Alemania, *vid.* Aguado Correa, Teresa, *El Principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Madrid, 1999, pp. 63 ss.

¹³ BVerfGE 6, 389.

¹⁴ Hassemer, *Fundamentos del Derecho Penal* (trad. y notas de Fco. Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero), Barcelona, 1984, p. 279.

¹⁵ *Vid.*, por todos, Aguado Correa, *op. cit.*, pp. 120 ss.

se ha vinculado el principio de proporcionalidad con el de legalidad (art. 25 CE) por parte de algunos autores¹⁶ y, de forma aislada, por la STC 136/1999. En cualquier caso, sea cual fuere el precepto constitucional al que se vincule¹⁷, el rango constitucional del principio de proporcionalidad ha sido afirmado en reiteradas sentencias por el Tribunal Constitucional (TC), quien se ha pronunciado sobre su contenido y alcance¹⁸.

2. Ahora bien, admitido que el respeto del principio de proporcionalidad es una exigencia constitucional para el legislador penal, lo importante a efectos prácticos es saber cuándo el legislador está incumpliendo esa exigencia; cuándo una ley penal puede ser declarada inconstitucional por establecer una pena *desproporcionada*.

Como ha reiterado el TC, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo análisis político-criminal y técnico que sólo al legislador corresponde y que en ningún caso se reduce a una exacta proporción entre el desvalor de la sanción y el desvalor del comportamiento prohibido, según un hipotético baremo preciso y prefijado¹⁹. Ahora bien, lo que no puede hacer el legislador en ese juicio de oportunidad es traspasar los límites constitucionales. Esos límites constitucionales, aunque no le imponen una solución unívoca y precisa, sí que prohíben la existencia de normas penales en las que se advierta, como dice el Tribunal Constitucional español, “*un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable* entre la sanción y la finalidad de la norma”²⁰.

Pero para poder valorar si una norma penal incurre efectivamente en ese desequilibrio, es decir, si vulnera el principio de proporcionalidad, se hace imprescindible establecer una serie de criterios o de directivas más precisas que debe respetar el legislador, porque, de lo contrario, el principio de proporcionalidad quedaría en una fórmula vacía. Esos criterios o directivas no han sido expuestos sistemáticamente ni de un modo cerrado. Precisamente uno de los puntos débiles que la doctrina ha señalado en relación con el principio de proporcionalidad es la ausencia de una teoría general y sistemática del mismo que lo dote de eficacia como canon de

¹⁶ Cfr. Vives Antón, Salvador, “Principios generales y dogmática penal”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 40.

¹⁷ La discusión sobre el precepto constitucional al que debe vincularse el principio de proporcionalidad tiene gran transcendencia práctica en el sistema constitucional español, porque la posibilidad de recurrir en amparo ante el TC que otorga la CE a cualquier ciudadano sólo existe si se alega la vulneración de determinados preceptos de la CE (arts. 14 a 31). Como el principio de legalidad está incluido entre ellos (art. 25 CE), su vinculación con el principio de proporcionalidad abriría la puerta del recurso de amparo al condenado con una pena que se considere desproporcionada.

¹⁸ Especialmente significativas son las SSTC 55/1996, de 28 de marzo, 161/1997, de 2 de octubre y la más reciente 136/1999, de 20 de julio.

¹⁹ STC 55/1996, FJ 6; STC 161/1997, FJ 12

²⁰ STC 55/1996, FJ 9.

constitucionalidad de las leyes. No obstante, podemos señalar aquí algunos de los criterios que, a raíz de la valoración de concretos preceptos penales, se han ido admitiendo por la doctrina y la jurisprudencia constitucional²¹.

a) La importancia del bien jurídico

Como es sabido, una de las garantías del Derecho Penal moderno es el principio de “exclusiva protección de bienes jurídicos”: el Derecho Penal sólo debe intervenir cuando se trata de proteger bienes jurídicos (es decir, valores, bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos en un Estado democrático de Derecho) frente a conductas que lesionan o suponen un peligro para esos bienes jurídicos²². Dentro de los bienes jurídicos protegidos penalmente existe una jerarquía de importancia. Así, es evidente que el bien jurídico “vida” es más importante que el bien jurídico “honor” o que el bien jurídico de la “integridad personal” es más importante que el de la propiedad.

Por ello, el primer criterio que se puede apuntar en el juicio sobre la proporcionalidad entre sanción y delito es el de la importancia del bien jurídico protegido: las penas más graves han de reservarse para aquellos tipos a través de los cuales se pretende proteger los bienes jurídicos más importantes. Si desde el punto de vista del bien jurídico atacado por el delito, un delito se considera más grave que otro y, sin embargo, se sancionan con la misma pena o el que se considera más grave se sanciona con una pena menor, se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad.

Desde esta consideración, en España la doctrina criticó la regulación que existía antes del CP de 1995 del delito de violación, porque este delito se castigaba con la pena de prisión de 12 a 20 años, que era la misma pena con la que se sancionaba el delito de homicidio doloso. Se entendía que esto vulneraba el principio de proporcionalidad abstracta porque por muy grave que sea el ataque a la libertad sexual no parece que pueda revestir el mismo contenido de injusto que un ataque doloso a la vida. El CP de 1995 ya sí atiende a la exigencia de proporcionalidad porque señala para el delito de violación un marco penal básico de 6 a 12 años (art. 179) mientras que la pena del homicidio doloso es de 10 a 15 años (art. 138).

b) El grado de afección al bien jurídico

Otro factor que el legislador debe tener en cuenta a la hora de fijar la pena es el grado de afección al bien jurídico protegido, es decir, la gravedad del ataque. Así,

²¹ Entre los pocos autores que formulan criterios concretos de proporcionalidad, cfr. Aguado Correa, *op. cit.*, pp. 286 ss; Álvarez García, Fco. Javier, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Valencia, 1999, pp. 51 ss.; Muñoz Conde/García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Valencia, 2000, pp. 92 s.

²² Cfr. Mir Puig, *op. cit.*, pp. 91 ss.; Roxin, *op. cit.*, pp. 52 y ss.

por ejemplo, en el delito de lesiones debe castigarse de forma más grave las conductas que más daño hacen a la integridad física: no es lo mismo una lesión que requiera únicamente una intervención quirúrgica para su curación que la que conlleve la pérdida de un ojo o de otro órgano principal. Desde este punto de vista, algunos preceptos del nuevo Código Penal español resultan poco respetuosos con el principio de proporcionalidad. Así, por ejemplo, resulta desproporcionado castigar con la misma pena que el delito de robo con violencia o intimidación, la conducta de utilización ilegítima de vehículo de motor efectuada con violencia o intimidación (art. 244.4° CP) porque en la segunda conducta el ataque al bien jurídico de la propiedad no es tan grave, ya que sólo existe un uso del vehículo, sin el ánimo de apropiación definitiva que sí caracteriza al delito de robo.

Igualmente, parece una exigencia del principio de proporcionalidad que mientras más alejada esté la conducta de la lesión del bien jurídico, menos grave debe ser la reacción penal. Sin embargo, el TC ha negado validez a este criterio en la STC 161/1997. En ella, refiriéndose al delito de negativa a someterse al control de alcoholemia (art. 380 CP), el TC afirmó que: *“el peligro abstracto o remoto puede merecer un castigo mayor que el próximo, y esto es, a juicio del legislador, lo que sucede en este caso, en el que, de no atajarse el peligro abstracto se incrementaría de modo incalculable el número de casos en que se produciría el peligro próximo”*.

c) La forma subjetiva de ataque al bien jurídico

Otro factor que influye en la gravedad de la conducta y, por tanto, en la proporcionalidad de la sanción es el elemento subjetivo con que se realiza el hecho delictivo: el dato de que el hecho haya sido cometido dolosa o imprudentemente habrá de ser tenido en cuenta a la hora de fijar la pena. Por lo general no se puede imponer la misma pena a la comisión dolosa y a la comisión imprudente de un mismo hecho porque el comportamiento doloso contiene un mayor desvalor ético-social. Así, por ejemplo, un ataque doloso a la vida se sanciona mucho más severamente que una muerte causada por imprudencia.

d) La comparación con supuestos análogos

Si la pena prevista para un determinado tipo penal se aparta arbitraria o irrazonablemente de la establecida por el legislador para supuestos análogos, puede afirmarse que la norma es arbitraria y que socava los principios de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho (STC 55/1996, FJ 8).

e) La trascendencia social del hecho

Otro de los criterios que, según la doctrina, debe tener en cuenta el legislador en la determinación de la pena es la trascendencia social del hecho o lo que también se denomina la “dañosidad social objetiva de la conducta”. La significación social

de un hecho en un momento dado debe reflejarse en la pena. Por ejemplo, si existe una gran conciencia social sobre la necesidad de preservar el medio ambiente, estaría justificada la agravación por el legislador de las penas previstas para los delitos contra el medio ambiente. Por el contrario, si un hecho deja de tener en un determinado momento histórico la trascendencia social que ha tenido tradicionalmente, deben atenuarse las penas previstas para ese hecho. Un claro ejemplo de esto se ha dado en España en relación con el delito de incumplimiento del servicio militar obligatorio (delito de insumisión) que se castigaba con penas de prisión y multa y que, a partir de la reforma del Código Penal de 1998, se sanciona sólo con pena de inhabilitación especial. En la exposición de Motivos de la Ley que efectuó dicha reforma, el legislador afirma que la normativa sancionadora no puede ser ajena al momento histórico actual y que, teniendo en cuenta el cambio que hay previsto hacia un modelo de Ejército profesional, procede en este periodo transitorio adecuar las penas previstas para el delito de insumisión. Es evidente que la trascendencia social del delito de incumplimiento del servicio militar en un momento en que pronto éste dejará de ser obligatorio, es mucho menor y merece una menor pena.

f) El grado de ejecución y las formas de participación en el delito

El legislador debe tener en cuenta también el grado de ejecución del delito, para castigar más gravemente la consumación que la tentativa, así como la forma de participación, porque no merece la misma pena el responsable como autor de un delito que el que meramente participa como cómplice. En este sentido, tanto el Código penal alemán como el español prevén una atenuación de la pena para los casos de tentativa (parágrafo 23 II StGB y art. 62 CP), si bien en Alemania la atenuación es facultativa (parágrafo 23 II), y para los casos de complicidad (parágrafo 27 II StGB y art. 63 CP).

IV. El principio de proporcionalidad y el necesario margen de arbitrio judicial en la individualización judicial de la pena

1. Hemos afirmado anteriormente que, para que la decisión punitiva del legislador sea respetuosa con el principio de proporcionalidad, el marco penal señalado para un delito tiene que ser proporcional a la gravedad de la conducta que se incrimina en abstracto. Pero, además, ese marco penal debe dejar suficiente margen al juez para adecuar la gravedad de la pena al caso concreto, sin obligarle a imponer penas desproporcionadas en relación con las circunstancias del caso y con las circunstancias personales del reo. Del margen que tenga el juez en la fase de *individualización judicial* de la pena (en alemán: *Strafzumessung*) dependerá que resulte una pena respetuosa con el principio de proporcionalidad.

La mayor o menor amplitud del arbitrio judicial en la determinación de la pena que corresponde imponer dependerá del sistema de determinación de la pena que

siga el Código penal. De forma genérica, estos sistemas pueden sistematizarse en tres modelos posibles²³:

a) Ofrecer un complejo sistema métrico compuesto de grados, circunstancias etcétera, de manera que la labor del Juez quede reducida a realizar una especie de operación aritmética. Este ha sido el sistema tradicional en España. Los Códigos penales desde 1822, y hasta el nuevo Código Penal de 1995, dividían la extensión de las penas previstas en abstracto para los delitos en tres partes iguales (llamadas grados mínimo, medio y máximo) y establecían un catálogo general de circunstancias agravantes y atenuantes. La concurrencia de alguna de dichas circunstancias obligaba al juez a imponer la pena en un determinado grado, resultando así un nuevo marco de pena mucho más estrecho (el llamado marco de pena *concreto*), dentro del cual debía fijar el juez la pena exacta. Además, en la descripción típica de muchos delitos se contemplaban ya circunstancias específicas que llevaban a imponer la pena en un determinado grado, con lo cual el marco de pena *abstracto* del que debía partir el juez era ya de por sí muy reducido²⁴.

b) Indicar unos criterios orientadores, aunque no vinculantes, que el juez debe tener en cuenta a la hora de individualizar el castigo a imponer dentro de un marco legal de pena que, en muchos casos, sólo fija un límite máximo y no mínimo de pena. Así, por ejemplo, el sistema alemán, donde el parágrafo 46 StGB se limita a enunciar una serie de circunstancias que el juez debe tomar en consideración en la individualización de la pena, pero dejando a su arbitrio los efectos que debe darle para la determinación de la pena exacta dentro del marco legal.

²³ Cfr. esta sistematización en Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canuts, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Pamplona, 1999, pp. 706 s.

²⁴ En detalle, sobre este sistema, vid. García Arán, *op. cit.*; Pérez Alonso, Esteban Juan, *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes "indeterminadas" en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid, 1995, pp. 296 ss. Un ejemplo de cómo operaba este sistema de "dosimetría penal" es el siguiente: si alguien era condenado como autor de un delito de robo en oficina bancaria con la concurrencia de dos agravantes genéricas (v.g. "obrar con premeditación conocida" y "ser reincidente"-art. 10. 6^a y 10. 15ACP25-), el juez, para determinar la pena, debía realizar las siguientes operaciones: 1) partir de la pena prevista para el delito de robo en el art. 501.5^o ACP, que era la llamada "prisión menor": desde seis meses y un día a seis años; 2) tener en cuenta que concurría una de las circunstancias agravantes específicas del art. 506 ACP (la de cometerse el robo "contra oficina bancaria" -art. 506.4^o ACP), para la que se preveía una pena de prisión menor en grado máximo, esto es, desde cuatro años, seis meses y un día a seis años (marco de pena abstracto); 3) tener en cuenta que concurrían dos circunstancias agravantes genéricas que, según el art. 61.2, le obligaban a imponer una pena dentro del grado máximo del marco penal abstracto. Para ello, el juez debía dividir de nuevo la extensión de ese marco de pena en tres partes y determinar el tercio superior (grado máximo): desde cinco años, seis meses y un día a seis años (marco de pena concreto). La pena a imponer por el juez debía obligatoriamente estar comprendida dentro de ese marco en el que el margen de decisión judicial quedaba reducido a seis meses.

c) Establecer unos máximos y unos mínimos legales y unas reglas de medición (a través de circunstancias agravantes o atenuantes genéricas) vinculantes para el juez aunque dejándole a su vez un campo razonablemente amplio a la medición concreta a realizar por el juez. Este es el sistema seguido en el CP español de 1995. En él se contempla un catálogo de circunstancias agravantes y atenuantes (arts. 21 y 22 CP), aunque no tan exhaustivo como el del ACP, cuya apreciación obliga al juez a situar la pena dentro de una determinada extensión de la pena. Por ejemplo, la concurrencia de circunstancias agravantes le obliga a imponer una pena comprendida dentro de la mitad superior del marco legal previsto para el delito del que se trate (art. 66.3ª) y, por el contrario, la concurrencia de una atenuante, le lleva a una pena situada en la mitad inferior de dicho marco (art. 66.2º).

Tal vez el sistema preferible sería uno que reuniera las siguientes características²⁵:

- a) Fijación de un marco punitivo relativamente amplio pero distinguiendo los casos especialmente graves de los menos graves.
- b) Que el marco penal incluya, junto a su límite mínimo, y para posibles casos de desproporción o falta de sentido, la posibilidad de no imponer pena ninguna si ello se entiende por el Juez innecesario o incluso contraproducente para aquel caso y aquel autor.
- c) Que el Juez pueda moverse en ese marco utilizando unos criterios legales orientadores y razonando expresamente su decisión punitiva, decisión cuya adecuación a los parámetros legales debe ser revisable en casación²⁶.

2. De todas formas, cualquiera que sea el margen dejado al arbitrio judicial en la determinación de la pena, el respeto al principio de proporcionalidad lo que exige del legislador penal es que en la fijación del marco penal de un delito tenga en cuenta la diferente gravedad de las conductas que pueden subsumirse en él, de forma que no resulte para el juez la obligación de aplicar una pena que, en el caso concreto, aparezca como claramente injusta. El peligro de que esto pueda suceder se da especialmente en los casos de penas mínimas demasiado altas²⁷.

En este sentido, resulta muy relevante la sentencia del Tribunal Constitucional español 136/1999, de 20 de julio. En ella, el TC consideró inconstitucional un precepto del Código Penal por vulneración del principio de proporcionalidad precisamente sobre la base de considerar que el marco penal previsto en dicho precepto tenía fijado un mínimo demasiado alto, de forma que obligaba al juez a imponer una pena que resultaba desproporcionada en los casos en que la conducta revestía una

²⁵ En un sentido muy similar, Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canuts, *op. cit.*, pp. 707 s.

²⁶ Sobre ello, Ramos Tapia, M^a Inmaculada, "El control del arbitrio judicial en la individualización de la pena", *Cuadernos de Política Criminal* núm. 69 (1999), pp. 613 ss.

²⁷ Advierte de este peligro, Demetrio Crespo, Eduardo, *Prevención general e individualización de la pena*, Salamanca, 1999, p. 271.

gravedad muy inferior a la del resto de conductas incriminadas en el mismo precepto. En la STC 136/1999, se consideró desproporcionadas las penas impuestas por el Tribunal Supremo al aplicar el art. 174 bis a) del anterior CP (delito de colaboración con banda armada) a los miembros de la Mesa Nacional de la asociación política vasca Herri Batasuna. Los condenados habían acordado difundir, durante los espacios gratuitos de propaganda electoral a los que tenían derecho con motivo de las elecciones autonómicas, unas cintas de vídeo elaboradas por la banda terrorista ETA. Las cintas no llegaron a emitirse por ser prohibida judicialmente su difusión. La pena impuesta fue de siete años de prisión y multa, el mínimo que permitía el art. 174 bis a) que castigaba las conductas del que “obtenga, reciba o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada (...) y cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación con las actividades de las citadas bandas”. El TC consideró que, aunque era correcta la calificación de la conducta de los condenados como una conducta típica de colaboración con banda armada del art. 174 bis a), sin embargo, la pena prevista por este precepto resultaba desproporcionada en este caso porque era la misma que, por ejemplo, se asignaba en el CP a los integrantes de bandas armadas. El Tribunal Constitucional afirmó literalmente:

“el precepto resulta inconstitucional únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada (...) que hubiera permitido al juzgador, en casos como el presente, imponer una pena inferior a siete años de prisión”.

V. Consideración final

En definitiva, hay que aceptar lo complejo de la decisión legislativa a la hora de fijar los marcos penales porque el legislador penal pretende conseguir distintos fines con la fijación de una determinada pena. Ya a principios del siglo XX, el penalista español Dorado Montero advertía de esta dificultad cuando afirmaba:

“me parece que el problema de la proporcionalidad o justicia de las penas, dentro del propio espíritu de los que hablan de él, va resultando más complicado de lo que pudiera creerse. Y es que semejante problema no es otro que el de la finalidad penal, toda vez que pena proporcionada vale lo mismo que pena adecuada al fin por la misma persecución; y siendo variadísimos y a menudo hasta antitéticos los fines que con la pena se quiere obtener, forzosamente tiene que resultar difícil la organización del respectivo sistema de medios penales”²⁸.

A pesar de esa dificultad, como hemos visto, la doctrina y sobre todo la jurisprudencia constitucional de las últimas décadas se esfuerza por ir señalando límites

²⁸ Dorado Montero, “Sobre la proporción penal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1916, p. 39.

a la libertad de decisión del legislador penal, límites que son los propios de un Estado de Derecho respetuoso de la idea de Justicia y de la dignidad de la persona. En particular quisiéramos señalar la importancia de otorgar virtualidad práctica a estos límites para frenar la tendencia exagerada del legislador penal a tratar de prevenir ciertos fenómenos delictivos mediante una constante agravación de los marcos penales en lugar de una mayor eficacia en la persecución y sanción del delito.

II. Derechos y Garantías

- *Humberto Nogueira Alcalá*
El derecho de declaración, aclaración o de rectificación en el ordenamiento jurídico nacional
- *Dino Carlos Caro Coria*
Las libertades de expresión e información y el rol de los medios de comunicación en el derecho peruano
- *Jorge Antonio Giammattei Avilés*
Los Derechos Fundamentales, la Corte Centroamericana de Justicia y la protección del medio ambiente

Humberto Nogueira Alcalá*

El derecho de declaración, aclaración o de rectificación en el ordenamiento jurídico nacional

1. Introducción

El derecho de respuesta, réplica o rectificación se incorporó al derecho positivo por primera vez en Francia, a través de la ley de prensa del año 1822, manteniéndose vigente para los medios de comunicación escritos a través de la ley vigente desde 1881 y para los medios de comunicación audiovisuales por la ley 82-652 de 1982.

Esta institución se desarrolla durante el siglo XIX llegando a tener un carácter extendido en los inicios del siglo XX¹, donde el 16 de diciembre de 1952 fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas la Convención sobre Derecho Internacional de Rectificación, como también ha adquirido dimensión continental en América a través de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

2. El desarrollo y regulación del derecho de declaración, aclaración, rectificación o respuesta en Chile

La primera legislación nacional sobre la materia fue el Decreto Ley N° 425 del 26 de marzo de 1925, subiendo a rango constitucional dicha normativa, a través de

* El autor es Doctor en Derecho, profesor titular de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca.

Este artículo es parte del Proyecto de Investigación Fondecyt N° 1010453, año 2001, denominado el Derecho a la Libertad de Opinión e Información frente al derecho al honor y la vida privada en Chile.

¹ Ver Ballester, Eliel (1987), págs. 207 y sgtes.

la reforma constitucional de 1971 a la Constitución de 1925, conocida como Estatuto de Garantías Constitucionales, aprobados en el Congreso Nacional para posibilitar la elección por el Congreso Pleno del Presidente Salvador Allende Gossens. A través de dicha reforma se incluye, en el artículo 10 N° 3 de la Carta de 1925, que “Toda persona natural o jurídica ofendida o aludida por alguna información, tiene derecho a que su aclaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el órgano de publicidad en que esa información hubiere sido emitida”.

El Acta Constitucional N° 3 del 11 de septiembre de 1976, durante el régimen autoritario militar discurrió en términos similares², lo que fue complementado por la Ley N° 16.643 sobre Abusos de Publicidad, cuyo Título II, se denominaba “de las rectificaciones y del derecho de respuesta”, la que rigió hasta el año 2001.

Marco jurídico del derecho de declaración o rectificación en el ordenamiento jurídico vigente

En la actualidad, el derecho de declaración, respuesta o rectificación está asegurado por el artículo 19 N° 12, inciso 3° de la Constitución Política de la República y el artículo 14 de la C.A.D.H.

La Constitución Política de la República, en el artículo 19 N° 12, inciso tercero, asegura el derecho de declaración y de rectificación en los siguientes términos: “Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiere sido emitida”.

El bloque constitucional del derecho en esta materia se complementa con el artículo 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos (C.A.D.H.), el cual precisa:

“1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tienen derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

“2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que hubiesen incurrido.

“3. Para la efectiva protección de la honra y reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.

A su vez, el derecho de rectificación y respuesta está vinculado con la protección constitucional del honor en su aspecto objetivo u honra de la persona y su familia, la cual se encuentra asegurada por el artículo 19 N° 4 de nuestra Constitución.

² Ver Cumplido Cereceda, Francisco. (2000), págs. 477-479.

La Ley Fundamental en su artículo 19 N° 4, asegura a todas las personas el **“respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia por la ley”**.

El inciso segundo del artículo 19 N° 4 de la Constitución determina que “la infracción de este precepto cometida a través de un medio de comunicación social y que consistiere en la imputación de un hecho o acto falso, o que causara injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley”.

Dicha normativa tiene como complemento el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas del 19 de diciembre de 1996, que en su artículo 17 prescribe: “1. Nadie será objeto de *injerencias arbitrarias o ilegales* en la vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honor y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Por otra parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José de Costa Rica, también establece en su artículo 11, la protección del derecho en análisis, determinando que “1. Toda persona tiene el derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. *Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas* en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni *de ataques ilegales* a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Este derecho a la honra de la persona y su familia, tiene al igual que el derecho a la libertad de opinión e información y el derecho de rectificación y respuesta, el carácter de derecho de ejecución inmediata (*self executing*) en el contenido asegurado por el derecho internacional convencional de los derechos humanos.

Este conjunto de disposiciones constitucionales y del derecho convencional internacional de los derechos humanos constituyen el bloque de constitucionalidad que permiten, en una interpretación sistemática y finalista, delimitar el derecho de declaración, rectificación o respuesta en nuestro ordenamiento constitucional, el que será desarrollado y regulado por la legislación complementaria, sin que esta última pueda afectar su contenido esencial ni su libre ejercicio, de acuerdo con lo que prescribe el artículo 19 N° 26 de nuestra Carta Fundamental.

Este desarrollo y regulación lo realiza la ley N° 19.733 de Libertad de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo de junio de 2001, la cual desarrolla y regula el derecho de respuesta o rectificación en su título IV, artículos 16 a 21.

Es conveniente precisar que en el ámbito de los derechos fundamentales, esenciales o humanos, éstos en cuanto forman parte de un sistema internacional y nacional deben ser respetados en su integridad, tal como se encuentran delimitados en su contenido y fronteras por las normas que constituyen el bloque constitucional de ellos, debiendo realizarse un esfuerzo interpretativo de compatibilización o de armonización, evitándose la posición cómoda, simplista y pusilánime de aniquilar el

ejercicio de un derecho en beneficio de otro; es necesario realizar el esfuerzo intelectual basado en pautas hermenéuticas objetivables, razonables y compatibles con el ordenamiento jurídico positivo vigente y las fuentes formales del derecho existentes, realizando la ponderación de bienes jurídicos en juego en cada caso concreto, dejando de lado los prejuicios y pre-conceptos subjetivos del intérprete o del operador jurídico.

3. Concepto de derecho de declaración, respuesta o rectificación y su caracterización

Barroso y López Talavera precisan al derecho de rectificación como “una garantía del ciudadano afectado por una información inexacta que le facilita el acceso al medio de comunicación en el que aquélla se difundió, de una manera sencilla y rápida, condición esta última imprescindible para la efectividad del derecho, pues es claro que el transcurso del tiempo opera negativamente sobre los intereses de su titular”³.

A su vez, Badeni conceptualiza la institución en análisis como una “facultad reconocida a toda persona que se considere agraviada o afectada por una información inexacta o agravante emitida a través de un medio técnico de comunicación social para difundir, por igual medio, las aclaraciones, réplicas o respuestas que estime satisfactorias, para precisar las modalidades correspondientes a los hechos susceptibles de lesionar su reputación personal o legítimos sentimientos. Tal potestad trae aparejada la obligación para el propietario, director o editor del medio de difusión de publicar, en forma gratuita, aquellas manifestaciones aunque la causa de la réplica resida en expresiones provenientes de personas ajenas al medio que las difundió”⁴.

Consideramos que el derecho de declaración, respuesta o rectificación constituye un derecho fundamental y una acción que tiene toda persona ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social por alguna información desarrollada en él, a demandar que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida en forma análoga por dicho medio de comunicación social en las condiciones que determina la ley, pudiendo accionar judicialmente para ello, con el objeto de prevenir o evitar un perjuicio que una información considerada inexacta, agravante u ofensiva pueda irrogarle en su honra, vida privada u otro derecho o interés legítimo.

Sobre su carácter de derecho fundamental, hay jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual ha establecido que el artículo 14 de la CADH constituye un derecho de las personas de los Estados Partes, precisando:

“22. En el caso presente, la expresión “toda persona ... tiene derecho”, que utiliza el artículo 14.1 debe interpretarse de buena fe en su sentido corriente. La

³ Barroso, Porfirio y López Talavera, María del Mar. (1998). Citado por Chavero Gazdick, Rafael (2001) pág. 205.

⁴ Badeni, Gregorio. (1995). Pág. 218 y sgtes.

Convención consagra “un derecho” de rectificación o respuesta, lo que explica que los incisos 2º y 3º del mismo artículo 14 sean tan terminantes respecto de “las responsabilidades legales” de quienes den tales informaciones inexactas o agraviantes y de la obligación de que alguien responda por ellas. Esta interpretación no tiene sentido ambiguo u oscuro ni conduce a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.

“23. La tesis de que la frase “en las condiciones que establezca la ley” utilizada en el artículo 14.1. solamente facultaría a los Estados Partes a crear por ley el derecho de rectificación o respuesta, sin obligarlos a garantizarlo mientras su ordenamiento jurídico interno no lo regule, no se compadece con el “sentido corriente” de los términos empleados ni con el “contexto” de la Convención. En efecto, la rectificación o respuesta por informaciones inexactas o agraviantes dirigidas al público en general, se corresponde con el artículo 13.2.a. sobre libertad del pensamiento o expresión, que sujeta esta libertad al “respeto a los derechos o a la reputación de los demás” (ver La Colegiación obligatoria de periodistas, supra 18, párrs. 59 y 63); con el artículo 11.1 y 11.3 según el cual:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra estas injerencias o esos ataques.

Y con el artículo 32.2 de acuerdo con el cual

Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

“24. El derecho de rectificación o respuesta es un derecho al cual son aplicables las obligaciones de los Estados Partes consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Y no podría ser de otra manera, ya que el sistema mismo de la Convención, está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo (Convención Americana, Preámbulo. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75), Opinión Consultiva OC2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 2, párr. 33)”⁵.

Concluyendo la Corte Interamericana, por unanimidad:

“a. Que el artículo 14.1 de la Convención reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible que, de conformidad con el artículo 1.1, los Estados Partes tienen la obligación de respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC- 7/86 (exigibilidad del derecho de Rectificación o Respuesta (Arts 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana de derechos Humanos), párrafos 22 al 24.

Así puede sostenerse de acuerdo con el bloque constitucional de derechos fundamentales y derechos humanos, la existencia de un derecho de rectificación o respuesta exigible constitucional e internacionalmente por el derecho convencional internacional de los derechos humanos, vinculante para todos los órganos estatales de acuerdo con el inciso 2° del artículo 5° de nuestra Constitución Política de la República.

Este derecho de declaración, respuesta o rectificación tiene el carácter de derecho de ejecución directa o inmediata (*self executing*).

Así lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha precisado:

“28. El hecho de que los Estados Partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquéllos han contraído según el artículo 1.1, que establece el compromiso de los propios Estados Partes de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención y de “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...”. En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por “toda persona” sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos.

29. Esta conclusión se refuerza con lo prescrito por el artículo 2 de la Convención, que dispone:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1° no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”⁶.

Así los Estados Partes de la Convención Americana de Derechos Humanos violan dicho derecho de respuesta, declaración o rectificación si no dan ejecución directa e inmediata al artículo 14 de la Convención, como asimismo, vulneran el artículo 2 de la Convención cuando no establecen las regulaciones jurídicas necesarias para dar ejecución al artículo 14 de la Convención.

Este derecho de declaración, rectificación o réplica actúa como una acción extrajudicial y eventualmente judicial que permite a la persona afectada dar su propia versión frente a una información difundida por el medio de comunicación social que fuere inexacta, agravante u ofensiva⁷.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC- 7/86 (Exigibilidad del derecho de Rectificación o Respuesta). Párrafos 28 y 29.

⁷ Ver Cifuentes, Santis y Fernández, Marta (1990) LL,1990-E_872 citado por Zannoni, Eduardo y Bíscharo, Beatriz (1993), pág. 207.

El derecho de acción de declaración, respuesta, réplica o rectificación opera aunque el medio de comunicación social que difundió la información inexacta o agravante no haya actuado con culpa o dolo; en este último caso, el medio, además de otorgar el derecho de respuesta o rectificación, deberá asumir las eventuales responsabilidades civiles o penales que el afectado pueda activar.

La declaración, respuesta, réplica o rectificación permite solamente que el público expuesto a la información considerada inexacta, agravante u ofensiva, pueda conocer a instancias de la persona afectada su propia versión de los hechos, como versión diferente que permita al público formarse su propio juicio sobre la materia⁸.

El derecho de declaración, aclaración o rectificación es consubstancial al derecho a la libertad de expresión, del cual deriva, independientemente de las responsabilidades ulteriores, civiles o criminales.

El derecho de respuesta o rectificación favorece la información más completa de la opinión pública, mediante la presentación de otra perspectiva de los hechos o actos informados de parte de personas aludidas en ellos, las que se consideran afectadas por el enfoque que se estima distorsionado, parcial, erróneo o injusto de la información transmitida por el medio de comunicación social, asegurándose también la honra posiblemente afectada de las personas injustamente aludidas.

A su vez, es necesario señalar que la publicación de la aclaración o rectificación no conlleva, para el medio de comunicación que la publica, retractación ni tampoco un implícito reconocimiento de la inexactitud de la información difundida. La aclaración o rectificación no genera necesariamente una parte vencedora y la otra derrotada, sino sólo un adecuado equilibrio entre diversos sujetos que participan del proceso informativo.

4. Los valores y derechos protegidos por la institución

4.1. El sujeto activo o persona afectada que puede requerir el derecho de declaración o rectificación por considerarse afectado en el respeto a su honra o su vida privada por la información difundida.

El “**respeto**” del derecho a la honra y a la vida privada de las personas implica la obligación de terceras personas, sean naturales o jurídicas, públicas o privadas, en orden a no interferir en el ámbito del valor y conducta protegido jurídicamente, el cual recibe la protección del Estado a través del conjunto de garantías que brinda a tales bienes jurídicos y a sus titulares para defenderlos y exigir que ellos sean respetados, entre ellos, el derecho de respuesta o rectificación.

En el derecho al respeto de la vida privada y la honra de la persona y su familia es necesario distinguir entre irrenunciabilidad del derecho con carácter genérico y absoluto, de la renuncia al ejercicio de cualquier acción que la ley recoge para tu-

⁸ Zannoni, Eduardo (1987), pág. 369.

telar el derecho a la honra, y los concretos actos de disposición que el titular del derecho pueda autorizar delimitando con su voluntad el ámbito de disposición para ese concreto acto⁹.

Es necesario precisar también que, en ciertos casos, las personas no renuncian a la protección de su derecho al respeto de su vida privada que es irrenunciable, sino a la calificación del acto o actividad como perteneciente a su vida privada o íntima, o renuncian a la protección legal de dicho acto o actividad¹⁰.

4.2. *Respecto del derecho a la “honra”*

El honor objetivo u honra es un concepto constitucional y jurídicamente indeterminado, lo que ha exigido que la doctrina se haya esforzado por conceptualarlo.

El jurista italiano De Cupis definió honor como “la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona”, donde es posible discernir el doble carácter objetivo o trascendente y subjetivo o inmanente del derecho al honor. La inmanencia o dimensión subjetiva del honor está dada por la estimación que cada persona hace de sí misma, como la dimensión trascendente u objetiva viene dada por el reconocimiento que los demás hacen de la virtud o mérito (reputación) de una persona. De esta forma, negativamente definido, el honor es un derecho a no ser humillado ante uno mismo o ante los demás.

Carlos Soria en España ha especificado que “El honor y la honra se presentan en el panorama jurídico como bienes de la personalidad, como derechos humanos, relacionados accidentalmente con la perfección o dignidad de la persona. Dicho con otras palabras: la dignidad de la persona humana es la base del honor y la honra del hombre. Pero, en definitiva, honor y honra son tributarios de la dignidad normal de la persona, puesto que son efecto, en buena parte, del comportamiento moral del hombre”¹¹.

En una perspectiva similar, Forero precisa que “el concepto de honra se debe construir desde puntos de vista valorativos y, en consecuencia, con relación a la dignidad de la persona. Desde dicha perspectiva la honra es un derecho de la esfera personal y se expresa en la pretensión de respeto que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad. Aunque honra y honor sean corrientemente considerados como sinónimos, existe una diferencia muy clara entre ellos. Honor se refiere a un valor propio que de sí mismo tiene la persona, independientemente de la opinión ajena, es su concepto subjetivo; en cambio la honra o reputación es externa, llega desde afuera, como ponderación o criterio que los demás tienen de uno, es la concepción objetiva con independencia de que realmente

⁹ Plaza Panadés, Javier. *El derecho al honor y la libertad de expresión*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 1996, pág. 52.

¹⁰ Lete del Rfo, J.M. (1986). Ed. Tecnos, Madrid, España, 1986, págs. 186 y 187.

¹¹ Soria, Carlos. (1981). Pág. 13.

se tenga o no un honor; uno es el concepto interno, y otro el concepto externo que se tiene de nosotros”¹².

A su vez, el derecho a la honra u honor objetivo es cambiante y fluido al depender de los valores sociales que existen en cada momento histórico determinado.

La delimitación del ámbito de protección del derecho a la honra y a la vida privada se concreta a través de los preceptos legales que lo regulan, a las prácticas o usos sociales respecto del ámbito en que entiende proteger su honra.

La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución¹³ determinó que la honra corresponde al conjunto de cualidades éticas que permiten que la persona merezca y reciba la consideración de las demás, lo que se vincula con el sentido objetivo del honor, precisando también que las personas protegidas son no sólo las personas naturales, los individuos, sino también las personas jurídicas (corporaciones, fundaciones, sociedades, asociaciones gremiales, etc.).

Tal perspectiva ha sido asumida por la jurisprudencia, la cual ha señalado que “*el término honra tiene dos puntos de vista:*

a) subjetivo: es el aprecio que cada uno siente por sí mismo.

b) objetivo: es la reputación o buena fama que los terceros tienen de uno.

La Constitución ampara este segundo aspecto, pues el subjetivo queda en el plano interno de la persona, en cambio, el objetivo forma parte de la convivencia social y ésta es la que regula el derecho, toda vez que constituye la protección de la dignidad del ser humano” (Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de mayo de 1993, RDJF 90 sec. 5ª, pág. 164).

La intromisión ilegítima en la honra de la persona requiere que esta última sea claramente identificable de modo directo por sus nombres, o indirectamente, a través de caricaturas, fotografías, instituciones a la que representa, entre otros elementos.

La intromisión puede realizarse de diversas formas, ella puede ser gráfica, oral, escrita, teatral, etc.

Por último, es necesario que la información difundida inexacta u ofensiva afecte a la persona, haciéndola desmerecer en el aprecio ajeno.

Respecto de las personas jurídicas es su imagen o consideración social la que puede considerarse afectada por la divulgación de opiniones o informaciones que le fueren lesivas, en su ámbito social, al desmerecerla en la consideración ajena.

El derecho al respeto de la honra de la persona no prohíbe la intromisión misma en la vida de la persona, la que se encuentra sancionada por el derecho al respeto de la vida privada de la persona y su familia, sino la violación del buen nombre de la persona o su familia como consecuencia de la divulgación de aspectos de la vida privada de las personas que por su naturaleza afectan su reputación. En una perspec-

¹² Forero B., José. (1994). Pág. 189.

¹³ Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión 129.

tiva positiva, el derecho a la honra implica “la posibilidad real que debe hacerse accesible a todos los individuos de construir su prestigio en el medio social”¹⁴.

4.3. *El respeto a la vida privada de las personas*

El concepto de vida privada no fue precisado por el constituyente, es un concepto jurídico constitucional indeterminado, cuya delimitación y configuración quedó entregado a la doctrina y jurisprudencia, sin perjuicio de las configuraciones que haga el legislador.

La vida privada, en un círculo o ámbito más profundo, lleva al concepto de intimidad. La intimidad es el ámbito reservado del individuo que no desea ser develado al conocimiento y acción de los demás, el cual aparece como necesario para mantener un mínimo de calidad de vida humana. El derecho a la intimidad es la facultad de la persona para evitar las injerencias de terceros en el ámbito de su privacidad, salvo la autorización de tal develamiento de la intimidad por el propio afectado. La intimidad de la persona es una zona intrínsecamente lícita, que merece respeto y protección a nivel constitucional.

El derecho a la vida privada comprende el derecho de la intimidad que tiene un carácter más estricto y una dimensión individual que abarca como aspectos básicos la concepción religiosa e ideológica, la vida sexual, el estado de la salud, la intimidad corporal o pudor, entre otros.

Sagüés¹⁵, desde la perspectiva argentina, hace un esfuerzo por delimitar el ámbito privado del público con acierto, para lo cual distingue dos tipos de acciones privadas: las internas y las externas.

Las acciones privadas internas están constituidas por los comportamientos o conductas íntimas o inmanentes que principian y concluyen en el sujeto que los realiza, no trascendiendo de éste, comprendiendo los hechos o actos realizados en absoluta privacidad o de los que nadie puede percatarse.

Las acciones privadas externas son conductas o comportamientos que trascienden al sujeto que las realiza, siendo conocidas por los demás, pero que no afectan ni interesan al orden o la moral pública, ni causan perjuicios a terceros, vale decir, no afectan al bien común.

Ambas dimensiones conforman parte del derecho al respeto de la vida privada de las personas y su familia que el Estado debe asegurar, garantizar y promover, lo que las diferencia claramente de las acciones públicas.

En efecto, las acciones públicas son acciones externas que trascienden a quien las ejecuta, ya que pueden afectar el orden o la moral pública o causar daños a terceros, por lo que el Estado puede regularlas y, eventualmente, prohibirlas.

¹⁴ Cepeda, Manuel José. (1992), pág. 233.

¹⁵ Sagüés, Néstor Pedro. (1997), pág. 314.

La jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina ha determinado en los casos “Bazterrica” (Fallos, 308; 1412) y “Ponzetti de Balbin” (Fallos, 306;1982), que el Estado debe concretar “la protección de la privacidad comenzando por no entrometarse en ella, respetando el área de inmunidad de toda persona”¹⁶.

Sin perjuicio de las reflexiones ya hechas en esta materia, consideramos adecuada la conceptualización de vida privada que nos entrega Espin Templado, para el cual vida privada “es el conjunto de circunstancias y datos relativos a la vida de una persona que quedan fuera del conocimiento de los demás, salvo que medie un expreso deseo de comunicarlo o de ponerlo de manifiesto por parte de la persona afectada y al margen, naturalmente, de las personas que comparten con ellos aspectos más o menos amplios de su vida”¹⁷.

En la actualidad, como señala Carmona Salgado, “la intimidad, más que un derecho a no ser molestado, es un derecho de participación y control de las informaciones que afectan a la persona y sobre todo las que el interesado está legitimado para incidir en la forma y contenido de su divulgación, ámbito éste en el que se suelen producir un gran porcentaje de intromisiones ilegítimas”¹⁸.

La privacidad familiar tiene como titulares a los cónyuges que constituyen la familia tradicional, y sus hijos, y sus ascendientes por consanguinidad.

El derecho al respeto de la vida privada de la persona y su familia se extiende del ámbito personal a los aspectos de la vida de otras personas con las que se guarda una especial y estrecha vinculación de carácter familiar, incidiendo en la esfera de la personalidad de sus integrantes.

En el concepto de vida privada se incluyen también datos que, a primera vista, pueden ser irrelevantes desde la perspectiva de protección de la privacidad de la persona, pero que, en conexión con otros datos, que también pueden ser aislados, de carácter irrelevante, considerados en su conjunto pueden hacer totalmente transparente la personalidad de un individuo; es lo que la doctrina ha denominado la teoría del mosaico, ya que “al igual que ocurre con las pequeñas piedras que forman los mosaicos, que en sí no dicen nada, pero que unidas pueden formar conjuntos plenos de significado”¹⁹.

El derecho al respeto de la vida privada de las personas tiene además de su naturaleza de derecho de defensa, el de garantía institucional del pluralismo y del sistema democrático. La democracia se desarrolla y justifica en el respeto de la privacidad de las personas que forman parte de ella, ya que sólo desde el ámbito de reconocimiento de la intimidad y autonomía de cada ciudadano puede construirse una sociedad auténticamente libre.

¹⁶ Sagüés, Néstor Pedro. (1997), pág. 313.

¹⁷ Espin Templado, Eduardo. (1991), pág. 45.

¹⁸ Carmona Salgado, Concepción. (1991), pág. 210.

¹⁹ Madrid Conesa, Fulgencio. (1984), pág. 45.

5. Legitimación activa: el sujeto demandante de la aclaración, respuesta o rectificación

La disposición constitucional del artículo 19 N° 12, inciso tercero, es complementada por el artículo 16 de la ley N° 19.733, normas que permiten afirmar que nuestro ordenamiento jurídico otorga la calidad de sujeto activo o demandante de aclaración y rectificación a toda *persona natural o jurídica injustamente aludida* por algún medio de comunicación social en que la *información* hubiera sido emitida.

El derecho de respuesta comprende a toda persona que haya sido afectada en su honra a través de la información transmitida por un medio de comunicación social.

El derecho de rectificación, declaración o respuesta corresponde, de acuerdo con el texto de la Constitución en armonía con el artículo 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a “toda persona”, teniendo la misma universalidad que el derecho a la libertad de opinión y el derecho a la libertad de información, que incluye a todas las personas naturales, morales o jurídicas, nacionales o extranjeras, personas jurídicas de derecho público o derecho privado, domiciliadas o no en el país, todas ellas sin discriminación alguna.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC - 7/86 del 29.8.1986, estableció que:

*“Si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por **“toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado parte**, ello constituiría una violación de la Convención susceptible de ser denunciada ante los organismos de protección por ella previstos” (párrafo N° 28) (énfasis añadido).*

La legitimación activa la tiene la persona natural o jurídica, como también la agrupación sin personalidad jurídica que haya sido “*ofendida o injustamente aludida*” por la información del medio de comunicación social.

Ello debe ser así con el objeto de evitar permanentes cuestionamientos a expresiones valóricas o conceptuales que afectarían la libertad de información y el derecho a mantener una línea editorial por parte del correspondiente medio de comunicación social. La declaración o rectificación puede ser hecha por la persona afectada directamente por una información difundida por el medio de comunicación social.

La expresión “injustamente aludida” en el texto actual de la Constitución reemplaza al vocablo “infundadamente aludida” de la Carta de 1925, con el objeto de que la persona afectada por la información no tuviera que probar lo infundado de la alusión y, por otra parte, asegurar el ejercicio del derecho de respuesta o rectificación cuando la información difundida respecto de la persona afectada por el medio de comunicación sea errónea, irrazonable o inequitativa, pudiendo afectar la veracidad de los hechos o actos.

La persona natural o la persona jurídica ofendida o injustamente aludida puede actuar a través de su apoderado o mandatario; asimismo, el artículo 20 de la ley N° 19733 en análisis posibilita que, en caso de fallecimiento o ausencia de la per-

sona natural afectada, el derecho pueda ejercerlo el cónyuge o sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive.

La ley no establece un orden de precedencia del ejercicio del derecho, por lo que puede producirse la situación de que varios hijos o hermanos y el cónyuge de la persona afectada ausente, gravemente enferma o recientemente fallecida ejerciten el derecho; en tal caso, parece necesario precisar si la intervención de uno de ellos excluye la de los demás, o si ante la intervención de dos o más de ellos en el mismo día, genera una prioridad para uno y excluye a los demás parientes. El problema se puede producir cuando existe disparidad de criterios de los parientes sobre el contenido de la aclaración o rectificación.

En el caso de las personas jurídicas debe actuar su representante legal o el mandatario o apoderado que éste determine. Dentro de las personas jurídicas deben comprenderse las personas jurídicas privadas o públicas. A su vez dentro de las personas jurídicas que surgen de la sociedad civil consideramos que las asociaciones gremiales, sindicales o empresariales pueden ejercer el derecho cuando son afectados sus afiliados.

A su vez, la ley no precisa si es posible aplicar las reglas sobre pluralidad de personas que rectifican o aclaran.

La ley tampoco precisa el derecho de aclaración o rectificación cuando los aludidos forman parte de un grupo genérico en cuanto titulares de intereses difusos, como es el caso de los integrantes de una etnia, religión, minoría, etc. En tales casos deberá estarse a lo que resuelvan los tribunales de justicia en cada caso concreto, pareciendo adecuado que sólo exista una sola aclaración o rectificación concretada por sus representantes oficiales u oficiosos; en la hipótesis que se presenten varios representantes oficiosos, opinamos que debe considerarse el primero que se presente.

En el caso de que la información implique por insuficiente identificación a varias personas, consideramos que cada una de ellas que puedan estimarse ofendidas o perjudicadas por la información deberían tener derecho a concretar la aclaración o rectificación en las condiciones precisadas por el ordenamiento jurídico en el orden de su presentación en la misma edición o en ediciones sucesivas, salvo que la aclaración o rectificación sea idéntica, en cuyo caso debiera insertarse una sola aclaración o rectificación, agregando una nota que identifique a todos los declarantes o rectificantes.

6. La declaración, respuesta o rectificación se refiere sólo a las “informaciones” difundidas por los medios de comunicación

La Constitución en su artículo 19 N°12, inciso 3° precisa que el derecho de declaración o rectificación se ejercita respecto del medio de comunicación “en que esa información hubiera sido emitida”.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 14, también precisa que la rectificación o respuesta se constriñe a “*las informaciones inexactas*”

o agraviantes emitidas en perjuicio del afectado”, debiendo el carácter agravante surgir de los hechos imputados y no de la utilización de juicios de valor.

En efecto, el artículo 18 de la ley 19.733 precisa que “la obligación del medio de comunicación social de difundir gratuitamente la aclaración o la rectificación regirá aun cuando la información que la motiva provenga de una inserción”, en cuyo caso, “el medio podrá cobrar el costo en que haya incurrido por la aclaración o la rectificación a quien haya ordenado la inserción”.

En el caso de las informaciones publicadas en los medios de comunicación social, el material objeto de aclaración o rectificación puede ser las informaciones proporcionadas por el medio, los comunicados o las inserciones solicitadas por terceros.

La información objeto de rectificación o aclaración puede estar concretada en títulos, en textos o en imágenes, o en combinación de textos e imágenes que explícita o implícitamente genere la ofensa o injustificada alusión.

De acuerdo con las normas jurídicas antes transcritas queda claro que el objeto de la declaración, respuesta o rectificación puede referirse solamente a las informaciones difundidas por los medios de comunicación social, descartándose la declaración o rectificación de opiniones.

Sin embargo, el tema no es de tan fácil delimitación, ya que la fronteras entre opiniones e informaciones son relativamente difusas.

En esta materia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido, interpretando los artículos 13 y 14 de la CADH, que “*la ubicación del derecho de rectificación o respuesta (art. 14) inmediatamente después de la libertad de pensamiento y expresión (art. 13), confirma esta interpretación. La necesaria relación entre el contenido de estos artículos se desprende de la naturaleza de los derechos que reconocen, ya que, al regular la aplicación del derecho de rectificación o respuesta, los Estados Partes deben respetar el derecho de libertad de expresión que garantiza el artículo 13 y este último no puede interpretarse de manera tan amplia que haga nugatorio el derecho proclamado por el artículo 14.1. (la colegiación obligatoria de periodistas, supra 18). Recuérdese que la Resolución (74) 26 del Comité de Ministros del Consejo de Europa fundamentó el derecho de respuesta en el artículo 10 de la Convención Europea, sobre libertad de expresión*”²⁰.

En esta materia, el Tribunal Constitucional Español, en su sentencia 171 de 12 de noviembre de 1990, realiza un razonamiento plenamente aplicable a la materia en análisis, señalando que “*la comunicación de hechos o noticias no se da siempre en estado químicamente puro, en todo caso, la comunicación periodística supone ejercicio no sólo del derecho de información, en lo que los aspectos institucionales y la tutela del receptor de la información resulta relevante, sino también del derecho más genérico de expresión, por lo que la libertad de prensa exige el reconocimiento de un espacio de inmunidad constitucionalmente protegido no sólo para la*

²⁰ Corte I.D.H. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta. (artículos 14.1, 1.1. y 2 de la Convención Americana de derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86, párrafo 25.

*libre circulación de noticias, sino también para la libre circulación de ideas y de opiniones*²¹.

Sobre la materia, la Excma. Corte Suprema sentó jurisprudencia en sentencia del 13 de mayo de 1999, en recurso de queja presentado por el Ministro de la Corte Suprema, don Servando Jordán, respecto del fallo de la Corte de Apelaciones que le había denegado el derecho de rectificación o aclaración respecto de un editorial publicado por el diario *El Mercurio*. En la sentencia, el máximo tribunal de justicia de la República expresa en su considerando octavo, citando doctrina, “*el deber de rectificar se refiere directamente a los juicios u opiniones si estos juicios u opiniones arrancan de hechos falsos*”. En ese mismo sentido, se afirma también que “... (sólo) se pueden rectificar informaciones de hechos. Hay que admitir que en ocasiones es difícil distinguir la información de hechos de la opinión, porque el mismo modo de narrar la noticia, su enfoque, o incluso el hecho de que se haya seleccionado entre muchas otras, manifiesta muchas veces una estimación subjetiva de quien informa”. En otro párrafo del mismo considerando, la Corte Suprema agrega: “*De lo expuesto, que por lo demás es concordante con la discusión de que da cuenta la Sesión N° 236 de la Comisión Constituyente, celebrada el día 22 de julio de 1976, resulta que es posible rectificar las opiniones sólo cuando los hechos que les sirven de fundamento son falsos*”²².

En el considerando undécimo de dicha sentencia, la Corte Suprema interpreta el inciso 3° del artículo 19 N° 12 de la Constitución, señalando que “*Del tenor literal de la norma que hoy nos rige y de la historia fidedigna de su establecimiento ... cabe concluir que la inclusión del adverbio “injustamente” persigue dos propósitos: que no resulte absolutamente excluida la rectificación de opiniones, y que, a su vez, tales rectificaciones no se lleguen a transformar en los hechos en la supresión de la libertad editorial o de opinión, derechos cuya esencia se encuentra protegida por la Carta Fundamental*”.

Frente a esta tensión entre ambos derechos, el considerando duodécimo de la sentencia señala: “*Si bien el derecho a rectificar informaciones u opiniones goza de tutela constitucional, puede decirse lo mismo respecto de la libertad editorial...*”, añadiendo más adelante que “*No sería apropiado, a pretexto de dirimir un conflicto entre la honra de la persona y la libertad de opinión, hacer que prevalezca en todo caso el primero por sobre la segunda, salvo que a pretexto de esta última se incurra en conducta de carácter delictual*”. En definitiva, la Corte Suprema rechaza dicho recurso de queja²³.

²¹ Llamazarez Calsadilla, María Cruz (1999), pág. 42.

²² Ver sobre esta sentencia Suárez Crothers, Christian. (2000), págs. 488 y siguientes.

²³ Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 13 de mayo de 1999, Rol N° 1.290-99. *Revista Gaceta Jurídica*, año 1999, N° 229, págs. 113 a 123.

A su vez, en la Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre la materia en el caso Ekmekdjian, Miguel c/Neustadt, Bernardo y otros en 1988²⁴. En este caso, el señor Ekmekdjian pretendía obtener un espacio en el programa “Tiempo Nuevo” conducido por el señor Neustadt, para responder consideraciones hechas en el programa televisivo por el ex Presidente Frondizi como invitado a dicho programa. El conductor del programa negó el derecho de declaración o respuesta al señor Ekmekdjian y éste accionó ante los tribunales por considerar que tenía derecho a replicar en virtud de un interés difuso, aun cuando personalmente no había sido aludido.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina negó o rechazó la petición de derecho de respuesta o réplica, sosteniendo que tal derecho no era el medio idóneo para un debate de personas que sustentan ideas diferentes, sino que requería una “ofensa o ataque a la personalidad del sujeto que pretende ejercerlo, lo que no se da en la especie”.

En efecto, el derecho de declaración o rectificación no se ejerce respecto de opiniones, las cuales constituyen la exteriorización del pensamiento que se expresa a través de juicios de valor o ideas, las cuales no son susceptibles de probarse científicamente. Respecto de ellos no puede exigirse imparcialidad o veracidad ya que por su naturaleza son de carácter subjetivo, respondiendo al enfoque o perspectiva de la persona con todas sus vivencias y condicionamientos sociales y culturales, ya que de lo contrario, actuaría como un mecanismo perverso que inhibiría el debate de ideas, haciendo a los medios muy cautelosos en el tipo de mensajes que difunden para evitar el costo económico y político de tener que publicar la respuesta o aclaración de quienes se consideraran controvertidos en sus convicciones por dichas opiniones.

El Tribunal Constitucional Español siguiendo jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso “Lingens versus Kreisky”, afirma que el ejercicio de la libertad de opinión (expresión), no es susceptible de prueba de veracidad, a diferencia de la libertad de información.

En el mismo sentido se encuentran otras sentencias del Tribunal Constitucional Español, entre ellas, la sentencia 172/90 fundamento jurídico 3º; la sentencia 223/92, fundamento jurídico 2º; 15/93, fundamento jurídico 2º.

Esta perspectiva ha sido asumida por la Excelentísima Corte Suprema de Chile en sentencia del año 2000, en la acción de protección contra el diario *El Mercurio* de Santiago, del Magistrado y ex Presidente de la Corte Suprema Sr. Servando Jordán, en el cual el Ministro Jordán pretendía rectificar una opinión editorial del diario. La Sala Penal de la Excelentísima Corte Suprema especificó que las opiniones pueden ser rectificadas sólo en el caso en que se fundamenten en hechos falsos, y en este caso “las informaciones que sirven de fundamento al artículo editorial

²⁴ CSJN 1/12/88, ED. 131-526, citado por Zannoni y Biscaro (1993), pág. 214.

donde se emiten los decires que el recurrente pretende sean rectificadas no son falsos en lo substancial, si corresponden a una distorsión de la realidad”.

La Corte Suprema en el fallo de esta queja determina que “una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico obliga a este sentenciador a considerar el artículo 19.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de Naciones Unidas y publicado en el Diario Oficial del 29 de abril de 1989, en cuya virtud se establece que “nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones”. El fallo añade que “en principio no es razonable ni admisible sostener que las opiniones vertidas en los medios de difusión sean susceptibles de rectificación o aclaración. En la más estricta lógica no puede atribuirse a la crítica el carácter de falsa. Se puede convenir o discrepar de las opiniones contrarias al propio punto de vista, pero en principio no resulta lógica ni jurídicamente admisible la pretensión de rectificar tales juicios, salvo que se verifiquen los presupuestos que se examinarán en el considerando siguiente”.

En tal sentido, la libertad de opinión e información protege la libertad para estructurar una línea editorial del medio de comunicación social y posibilitar la manifestación en dicho medio de determinadas orientaciones ideológicas.

Sin embargo, nos parece que puede ser objeto de declaración, respuesta, rectificación o réplica, la difusión de opiniones por un medio de comunicación social que sean atribuidas a una persona, ya que ello se transforma en un hecho comunicado, por tanto, en una información, ya que atribuir una idea constituye una información práctica²⁵. En tal sentido, atribuir a alguien una opinión o ideas que el afectado considere inexactas o erróneas, da lugar a un derecho de declaración, respuesta, réplica o rectificación.

Así la persona afectada puede rectificar las informaciones, como asimismo, los comentarios que sobre ellas se efectúan, cuando unas u otras sean falsas, unilaterales, situadas fuera de contexto, se presenten maliciosamente o sean ofensivas respecto de la honra de la persona afectada. El artículo 19, inciso 2º de la ley 19.733, supera las dudas que pudieran haber existido en la materia al precisar que las **“aclaraciones y las rectificaciones deberán circunscribirse, en todo caso, al objeto de la información que la motiva...”**.

En todo caso, las informaciones susceptibles de respuesta deben ser datos o afirmaciones que pueden ser examinados en cuanto a su corrección, exactitud o integridad y cuya declaración sustancial no es la mera manifestación de una opinión personal.

Finalmente, puede sostenerse que la declaración o rectificación surge cuando el aludido en la información afirma que esta última es inexacta o agravante, predicamento que si no es aceptado por el medio de comunicación social extrajudi-

²⁵ Ver Ballester, Eliel. (1987). Pág. 49.

cialmente, abre la puerta a la acción jurisdiccional, la que resolverá en definitiva sobre la materia. En todo caso, el medio de comunicación social podrá dar lugar al derecho de declaración del afectado por la información, para que éste exprese su versión sobre los hechos o acontecimientos desde su propia perspectiva, sin que ello signifique para el medio de comunicación social aceptar que su información sea inexacta o agravante, sino sólo para posibilitar que el público expuesto a la información pueda confrontar los diferentes elementos de juicio que faciliten adoptar una toma de posición más completa, acercándose más a la verdad de los hechos o acontecimientos.

La declaración, respuesta, rectificación o réplica, según las diversas denominaciones conocidas que recibe la institución en análisis, debe circunscribir al “objeto de la información que la motiva”, lo que implica que debe guardar correspondencia y proporcionalidad con la información que la causa, debiendo en último término, resolver sobre la materia el tribunal competente.

A su vez, el artículo 21 de la ley 19.733, limita el derecho de rectificación o aclaración al establecer que éste “*no se podrá ejercer ... con relación a las apreciaciones personales que se formulen en comentarios especializados de crítica política, literaria, histórica, artística, científica, técnica o deportiva, sin perjuicio de la sanción a que pueden dar lugar esos artículos, si por medio de su difusión se cometiere alguno de los delitos penados en esta ley*”.

Finalmente, consideramos que debe entenderse que las informaciones oficiales producto de difusión de sentencias judiciales, de licitaciones o de balances oficiales, todos ellos publicados sin comentarios o interpretaciones, nos parece que no dan lugar a aclaraciones o rectificaciones por parte de terceros por regla general, salvo que la transcripción siendo fiel sea parcial, desnaturalizando su sentido o alcance, tal situación debiera permitir a la persona aludida por la información el derecho de declaración o rectificación al efecto de insertar las partes omitidas que revelen el verdadero contexto de la sentencia u otra información difundida.

7. El sujeto pasivo obligado a la difusión de la declaración, respuesta o rectificación es el medio de comunicación en que se concretó la información que genera como reacción el derecho de declaración o rectificación de la persona afectada por ella

Esta afirmación se desprende claramente del texto constitucional en su artículo 19 N°12, inciso 3°, el que precisa que la declaración o rectificación debe ser gratuitamente difundida “por el medio de comunicación social en que esa información hubiere sido emitida”.

Tal es también la perspectiva del artículo 14 de la CADH, cuyo inciso 1° determina que la persona afectada o agraviada, tiene derecho “a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”.

Finalmente, la ley 19.733, en su artículo 16, precisa que “la declaración o rectificación se ejerce respecto del mismo medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida”. Dicho medio de comunicación social, aclara el artículo 18 de la ley 19.733, es el que tiene la obligación de difundir gratuitamente la aclaración o rectificación de la información que la motiva, aun cuando provenga de una inserción.

Se entiende para estos efectos, como medio de comunicación social según la ley 19.733, artículo 2º, inciso 1º, aquellos medios “aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable o periódica, textos, sonidos o imágenes destinadas al público, cualquiera sea el soporte o instrumento utilizado”. Así los sujetos pasivos pueden ser diarios, revistas, periódicos, radioemisoras, estaciones de televisión abierta o de circuitos cerrados, agencias informativas, las informaciones o noticiarios concretados a través de cines y de cualquier otro soporte o instrumento.

La ley no se refiere a afiches, carteles, inscripciones murales, ni tampoco a los libros; éstos son también medios de comunicación social, aunque no tienen el carácter de periodicidad que exige la ley, los cuales en el caso de contener narraciones de hechos o informaciones que ofendan o aludan injustamente a personas determinadas, no hay regulación contemplada por la ley, consideramos que podría recurrirse también a una especie de derecho de aclaración o rectificación, mediante la anexión de volantes rectificativos o aclaratorios en los volúmenes impresos existentes para proseguir su difusión o comercialización, como asimismo, en el caso de libros establecer la incorporación de las rectificaciones en las ediciones siguientes o la supresión de las referencias objetadas, sin perjuicio de una inserción pagada por el autor o editor del texto objeto de aclaración o rectificación en un diario de circulación nacional con el objeto de reparar a la persona afectada respecto de los textos ya difundidos o comercializados con anterioridad de la incorporación del inserto antes aludido.

Así, es el medio de comunicación social responsable de la información inexacta, y no otro, el que es el sujeto pasivo del derecho de respuesta, aclaración o rectificación. El propósito es facilitar a la persona afectada el acceso a la misma audiencia que estuvo expuesta a la información agravante o inexacta.

8. Regulación legal de las condiciones y modalidades de ejercicio del derecho de declaración, respuesta o rectificaciones

El legislador al desarrollar el derecho asegurado constitucionalmente lo regula, estableciendo las condiciones y modalidades de su concreción, en los artículos 18, 19 y 20 de la ley 19.733, todo ello de acuerdo con el artículo 14 de la CADH, que entrega al legislador interno las condiciones de ejercicio del derecho.

8.1. *La extensión de la aclaración o rectificación*

El artículo 18, inciso 2°, precisa que la aclaración o rectificación no puede tener una extensión superior a mil palabras, o en el caso de la radiodifusión sonora o televisiva de libre recepción o servicios limitados de televisión, a dos minutos”.

La extensión se reduce en relación a la legislación anterior. Sin perjuicio de ello, la nueva regulación no afecta sustancialmente el derecho ni lo desnaturaliza, posibilitando su ejercicio de acuerdo a su fin, en forma razonable.

8.2. *La notificación de la aclaración o rectificación al medio de comunicación social y plazo para ella*

El requerimiento debe dirigirse “al director del medio de comunicación social, o a la persona que deba reemplazarlo, dentro del plazo de veinte días, contado desde la fecha de la edición o difusión que lo motive”. El interesado notificará al director por medio de una cédula que contendrá íntegramente el texto de la aclaración o rectificación, la que será concretada por un notario o receptor a simple solicitud del interesado, según dispone el artículo 18 de la ley, en sus incisos tercero y cuarto.

8.3. *La publicación de la aclaración y rectificación y el plazo para concretarla*

El medio de comunicación social debe publicar el escrito de aclaración o rectificación en forma íntegra, sin intercalaciones, en la misma página, con características similares a la información que lo haya provocado o, en su defecto, en un lugar destacado de la misma sección. Si el medio de comunicación social es de radiodifusión sonora o televisiva de libre recepción o servicios limitados de televisión, la aclaración o rectificación debe difundirse en el mismo horario y con características similares a la transmisión que la haya motivado.

En cuanto a la oportunidad de la difusión por el medio de comunicación social, ésta debe concretarse dentro de un plazo razonable después de haber recibido la aclaración, respuesta o rectificación, el cual debe ser en el programa o publicación siguiente a la recepción de dicha solicitud. Así lo establece la Ley de Libertad de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo en su artículo 19; la difusión destinada a rectificar o aclarar se hará, a más tardar, en la primera edición o transmisión que reúna las características indicadas y que se efectúa después de las veinticuatro horas siguientes a la entrega de los originales que la contengan. Si se trata de una publicación que no aparezca todos los días, la aclaración o la rectificación deberá entregarse con una antelación de, por lo menos, setenta y dos horas.

El director del medio de comunicación social no puede negarse a difundir la aclaración o rectificación, salvo que ella no se refiera a la información que la motiva, tenga una extensión superior a la extensión antes señalada, o suponga la comisión de un delito, como lo dispone el artículo 19.

La ley establece que se presume la negativa a difundir la aclaración o rectificación si no se la hiciera en el lapso antes indicado o no se la difundiere en los términos antes indicados.

8.4. *Si el medio de comunicación social realizara nuevos comentarios sobre la aclaración o rectificación, el afectado tendrá el derecho a una réplica de acuerdo con las reglas antes señaladas*

Los comentarios del medio de comunicación social deben diferenciarse claramente de la aclaración o rectificación, como establece el artículo 19 inciso cuarto, todo ello con el objeto de no interferir ni desnaturalizar el derecho de rectificación o respuesta, cuya información debe conocerla claramente el público expuesto a la primera información, evitando así toda confusión. Todo ello está en consonancia con el objetivo de mantener el equilibrio entre los sujetos que participan del proceso de información.

8.5. *Limitaciones al derecho de rectificación o aclaración*

El derecho de aclaración o rectificación no puede ejercerse, de acuerdo a lo que dispone el artículo 21, respecto a las apreciaciones personales que se formulen en comentarios especializados de crítica política, literaria, histórica, artística, científica, técnica o deportiva, sin perjuicio de la sanción a que puedan dar lugar esos artículos, si por medio de la discusión se cometieren algunos de los delitos penados en esta ley.

8.6. *El conocimiento y resolución de las denuncias por denegación del derecho de aclaración o rectificación. El tribunal competente*

El tribunal competente para conocer de la denegación o incumplimiento de la difusión de la aclaración o rectificación por el medio de comunicación social aludido es el tribunal con competencia en lo criminal del domicilio del medio de comunicación. La posibilidad de aplicación de responsabilidades consideramos que tiene que ver con la estricta necesidad de protección del derecho constitucional al respeto de la honra de las personas.

9. El procedimiento

El procedimiento indica que la denuncia debe señalar con claridad la infracción cometida por el medio de comunicación social, los hechos que la configuran, adjuntando los medios de prueba que los acrediten en el caso de ser necesarios.

El tribunal competente dispondrá que la denuncia sea notificada por medio de cédula que le será entregada al director del medio de comunicación social o a la persona que legalmente lo reemplace, en el domicilio legalmente constituido.

El medio de comunicación social denunciado debe presentar sus descargos dentro de tres días hábiles, adjuntando los medios de prueba que acrediten los hechos en los que los funda.

La sentencia definitiva se dictará dentro del tercer día vencido el plazo antes señalado.

La sentencia definitiva es apelable en ambos efectos, la que debe concretarse en el plazo fatal de cinco días, contados desde la notificación de la parte que lo entabla, debiendo contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulan.

Deducida la apelación, el tribunal elevará de inmediato los autos a la Corte de Apelaciones. Esta resuelve en cuenta sin esperar la comparencia de ninguna de las partes dentro de los seis días hábiles siguientes a la fecha de ingreso del expediente a la secretaría del tribunal.

Las normas antes señaladas respetan el derecho a la jurisdicción, el correspondiente emplazamiento, el derecho de defensa, la igualdad de armas procesales y de presentación de prueba, como asimismo se establecen plazos razonables y proporcionales a la naturaleza de la acción judicial.

10. La sentencia y su contenido

La sentencia puede acoger o denegar la pretensión del actor.

En la sentencia en que el tribunal acoge la pretensión del actor ordena publicar la aclaración o rectificación o su corrección, fijando un plazo para ello; puede aplicar, además, una multa de cuatro a doce unidades tributarias mensuales. Consideramos como es obvio, que el tribunal puede rechazar en la sentencia el derecho de declaración, respuesta, aclaración o rectificación, si ella no guarda relación con los hechos informados o si en la declaración o rectificación tiene un claro contenido injurioso o calumnioso.

11. La sanción por incumplimiento de la sentencia

Si ejecutoriada la sentencia, el medio de comunicación no publica la aclaración o rectificación dentro del plazo señalado por el tribunal, el director del medio será sancionado con una multa de doce a cien unidades tributarias mensuales y se decretará la suspensión inmediata del medio de comunicación social.

Sólo una vez que el director del medio de comunicación social pague la multa y acompañe declaración jurada en que se obliga a cumplir cabalmente la obligación impuesta en la primera edición, o transmisión más próxima, el tribunal alzaré la suspensión decretada.

Son solidariamente responsables del pago de las multas el director y el propietario o concesionario del medio de comunicación social.

Las sanciones establecidas con pleno respeto al principio de reserva legal y legalidad de las penas, tienen un fin legítimo de protección de la honra de las personas, además de dotar de efectividad e imperio al fallo ejecutoriado del tribunal competente dentro del respeto al Estado de Derecho, siendo los montos de las multas y la suspensión en su caso del medio de comunicación social, medidas proporcionales, razonables y ajustadas a su fin, dentro del contexto de una sociedad democrática.

Finalmente, consideramos necesario reiterar que la publicación de una respuesta, rectificación o aclaración, no conlleva aparejado para el medio de comunicación social afectado retractación ni reconocimiento necesariamente de la inexactitud de la información originalmente difundida. La respuesta o rectificación sólo restablece un equilibrio necesario entre sujetos que participan del proceso de información.

Bibliografía

- Afonso da Silva, José. (1990). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6ª edición revisada y ampliada. Ed. R.T., Sao Paulo, Brasil.
- Ariel Dotti, Rene. (1980). *Proteção da vida privada e libertade de informaçao*. Ed. R.T. Sao Pulo, Brasil.
- Ayala Corao, Carlos (2001). "Comentarios sobre la incompatibilidad de la sentencia 1.013 con la Convención Americana sobre Derechos Humanos". En: *La libertad de expresión amenazada*. Ed. IIDH/ Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela. Págs. 153-196.
- (2000). "El derecho humano a la libertad de expresión: límites aceptados y responsabilidades ulteriores". En *Revista Ius et Praxis*, año 6 N° 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile, págs. 33-52.
- Badeni, Gregorio. (1991). *Libertad de prensa*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina. Hay segunda edición, 1995.
- Baker, Edwin. (1989). *Human Liberty and Freedom of Speech*. Oxford University Press, New York / Oxford.
- Ballester, Eliel (1987). *Derecho de respuesta*. Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina.
- Barroso, Porfirio y López Talavera, María del Mar. (1998). *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*. Editorial Fragua, Madrid, España.
- Bastida Freijedo, Francisco y Villaverde M. Ignacio. (1998). *Libertad de expresión e información y medios de comunicación*. Aranzadi editorial. Pamplona, España.
- Bernal del Castillo, Jesús. (1994). *Honor, verdad e información*. Servicio de publicaciones, Universidad de Oviedo, España.
- Bertoni, Andrés. (2000). New York Times vs Sullivan y la malicia real de la doctrina. En: *Estudios Básicos de Derechos Humanos X*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica.
- Bianchi, E.T. y Gullco, H.V. (1997). *El derecho a la libertad de expresión*. Librería Editora Platense. S.R.L. La Plata, Argentina.
- Bidart Campos, Germán. (1995). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina.
- Brett, Sebastián. (1998). *Los límites de la tolerancia. Libertad de expresión y debate público en Chile*. Santiago, Chile.

- Brewer-Carias, Allan R. Y otros. (2001). *La libertad de expresión amenazada*. IIDH – Editorial Jurídica Venezolana. Caracas/ San José.
- Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel (coordinadores). (2000). *Derecho a la información y derechos humanos*. Ediciones Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F.
- Carmona Salgado, Concepción. (1991). *Libertad de expresión e información y sus límites*. Editorial Edersa, Madrid, España.
- Carrillo, Marc. (1988). “Derecho a la información y veracidad informativa”. *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 23. España págs 187 y sgts.
- (1987). *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución Española de 1978*. Ed. PPV, Barcelona, España.
- Cepeda, Manuel José. (1992). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Ed. Temis. Bogotá, Colombia.
- Cifuentes, Eduardo. 2000. “La libertad de Expresión en Colombia”. *Revista Ius et Praxis*, Año 6 N°1, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Talca, Chile.
- Córdova, Francisco. (1995) *La Carta de Derechos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. Editorial Temis S.A., Santafé de Bogotá, Colombia.
- Corral Talciani, Hernán. “Derecho al honor, vida privada e imagen y responsabilidad civil por los daños provocados por las empresas periodísticas”. En: *Revista de Derecho*, Universidad de la Santísima Concepción, Volumen V, N° 5, págs. 73-96.
- Cremades García, Javier. (1994). “La exigencia de la veracidad como límite a las libertades informativas”. En: *Estudios sobre derecho de la información*. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España. Págs 71-115.
- Cruz Villalon, P. (1990). “El legislador de los derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Público y Estudios políticos*, 2 (monográfico sobre los derechos fundamentales).
- Cumplido Cereceda, Francisco. (2000). “El derecho de declaración o rectificación de las informaciones en el ordenamiento jurídico chileno y en la Convención Americana. Aspectos normativos y jurisprudenciales”. *Revista Ius et Praxis*, año 6 N° 1, Talca, Chile. Págs. 475-481.
- Desantes Guarner, José María. Y Soria, Carlos. (1991). “Los límites de la información”. *Cuadernos de periodistas* N° 2. Servicio de Publicaciones de la Asociación de la Prensa, Madrid, España.
- Ekmedjian, Miguel Angel. (1996). *Derecho a la información*. Ed. Depalma, Segunda edición, Buenos Aires, Argentina.
- (1997). *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I y II. Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina.
- Espin Templado, Eduardo. (1991) “Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 8, Madrid, España.
- Evans de la Cuadra, Enrique. (1986). *Los derechos Constitucionales*. Tomo I. Editorial jurídica de Chile. Santiago, Chile.
- Faúndez Ledesma, Héctor. (2001). “El gobierno de los jueces y la regulación judicial de la libertad de expresión.” En: *La libertad de expresión amenazada*. Ed. IIDH/ Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, págs. 59-114.
- Forero B, José. (1994). *Los derechos fundamentales y su desarrollo jurisprudencial*. Editextos J.U., Bogotá, Colombia.
- González Pino, Miguel. (2001). “Las libertades de opinión e información en la Constitución de 1980 y sus antecedentes históricos”. En: *20 años de la Constitución chilena, 1981-2001*. Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, Chile.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang. (1996). “Libertad de comunicación y de medios”. En: Benda y otros, *Manual de Derecho Constitucional*. Ed. IVAP y Marcial Pons, España, páginas 145-215.
- Lete del Río, J.M. (1986) *Derechos de la persona*. Ed. Tecnos, Madrid, España.
- Llamazares Calzadilla, María Cruz. (1999). *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*. Editorial Cívitas, Madrid, España.

- Loreti, Damián, (1995). *El derecho a la información*. Ed. Paidós, Buenos Aires, Argentina.
- (1999). “Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina vinculados a los medios de comunicación social y la libertad de expresión dictados en 1998”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 1999, CIEDLA, Buenos Aires, Argentina.
- Madrid Conesa, Fulgencio. (1984). *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*. Universidad de Valencia, Valencia, España.
- Mantovani, F. (1973). *Fatto determinato, exceptio veritatis e libertà di manifestazione del pensiero*. Editorial Giuffrè, Milan, Italia.
- Martínez, Gustavo Damián. (1994). *Libertad de prensa v/s derechos de la personalidad. El derecho de respuesta*. Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina.
- Nikken, Pedro. (2001). “El Tribunal Supremo de Justicia ¿Juez o parte?”. En: *La libertad de expresión amenazada*. Ed. IIDH/ Editorial Jurídica de Venezuela, Caracas, Venezuela, págs. 115-152.
- Nogueira Alcalá, Humberto. “El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional chileno y comparado en Iberoamérica y Estados Unidos”. En: Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel. (2000). *Derecho a la información y derechos humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, págs. 3-143.
- (1997). *Dogmática Constitucional*. Ed. Universidad de Talca, Chile.
- Sagüés, Néstor Pedro. (1999). *Elementos de Derecho Constitucional*. Tomo 2. Ed Astrea, Buenos Aires, Argentina.
- Streinz, Rudolf. (1998). “Repercusiones de la jurisprudencia constitucional sobre libertad de prensa”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1998*. Ed. CIEDLA. Buenos Aires, Argentina.
- Suárez Crothers, Christian. (2000) “El derecho de rectificación, declaración o respuesta y la libertad de emitir opinión y de informar”. *Revista Ius et Praxis*, año 6 N° 1, Talca, Chile. Págs. 483-501.
- Verdugo Marinkovic, Mario; Pfeffer Urquiaga, Emilio; Nogueira Alcalá, Humberto. *Derecho Constitucional*. Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile. 2da. Edición, 1997.
- Vivanco, Angela. (1992). *Las libertades de opinión y de información*. Editorial Andrés Bello, Santiago.
- Zannoni, Eduardo y Bíscharo, Beatriz. (1993). *Responsabilidad de los medios de prensa*. Ed. Astrea. Buenos Aires, Argentina.
- Zannoni, Eduardo (1987). *El daño en la responsabilidad civil*. Segunda Edición. Ed. Astrea. Buenos Aires, Argentina.

Dino Carlos Caro Coria*

Las libertades de expresión e información y el rol de los medios de comunicación en el derecho peruano

1. Presentación

En el Perú, en los últimos trece meses, a raíz de la constatación fáctica que todos o casi todos los propietarios de canales de televisión abierta habían acordado con el asesor del ex Presidente Alberto Fujimori, Vladimiro Montesinos Torres, en sólo brindar la información que beneficiaba políticamente a dicho gobierno a cambio de altas sumas de dinero, se ha puesto sobre el tapete la discusión sobre cuáles son los límites de las libertades de expresión e información, en especial en lo que respecta a los medios de comunicación; y, si entre esos límites se encontraría la libertad de empresa, entendida como la posibilidad de que un privado -léase propietario o directivo de un medio de comunicación- censure antes de su emisión la información, ya sea en razón a una posición política pre-determinada o en acuerdos contractuales previos.

Los límites de las libertades de expresión e información y el rol que deben desempeñar los medios de comunicación en relación a dichas libertades y sus límites, han sido desarrollados por la doctrina y, especialmente, en la jurisprudencia de diversos tribunales internacionales, entre los que destacan el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; estableciéndose una serie de pautas y criterios que se analizarán en la presente contribución, siempre dentro de la perspectiva del derecho peruano, con especial referencia a su marco constitucional.

Ahora bien, es de indicar que aunque algunos sectores doctrinarios, siguiendo la tradición jurídica, han defendido la unificación de los derechos a la libertad de

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

expresión y a la libertad de información, lo cierto es que en Constituciones como la nuestra o la española, dichos derechos se encuentran consagrados de manera separada lo cual obedece a que cada uno de ellos tiene un contenido jurídico distinto y por ende, límites y efectos diferentes.

En ese orden, hoy en día, se entiende que la libertad de expresión implica la posibilidad de difundir las opiniones, pensamientos, ideas, creencias y juicios de valor, mientras que la libertad de información se encuentra vinculada a la facultad de difundir, describir o narrar hechos noticiables. Este último derecho ampara, asimismo, la facultad de investigar, así como el derecho a recibir o acceder a información; y a diferencia de la libertad de expresión, conforme lo señalaremos más adelante, se encuentra sometida al requisito de la veracidad.

Finalmente cabe mencionar que algunos autores diferencian de la libertad de información a la libertad de prensa, estableciendo que ésta última protege específicamente a «quien escriba en periódicos o revistas y a quien sea dueño de periódicos y revistas»¹, distinción poco relevante pues que ésta se subsume en aquélla.

2. Valor de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el derecho peruano

Los diversos instrumentos internacionales, tanto de orden mundial como interamericanos, en materia de Derechos Humanos que han sido ratificados por el Estado peruano, contienen importantes disposiciones sobre los derechos a la libertad de expresión e información. Estas normas forman parte del Derecho peruano por expreso mandato del art. 55 de nuestra Constitución Política de 1993, según el cual «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional».

Asimismo, la Cuarta Disposición Final de la Constitución peruana señala que «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú». Esta previsión, en concordancia con los arts. 3 y 57 de nuestra Carta Magna, permite deducir en primer lugar, que las normas internacionales de Derechos Humanos tienen el mismo rango o jerarquía que la Constitución² y, en segundo término, que las normas de la Constitución deben interpretarse conforme a las normas internacionales ratificadas por el Perú, sin restringir de modo alguno su alcance protector.

¹ Azurmendi. *Derecho de la información. Guía Jurídica para profesionales de la comunicación*. Navarra, 1997, pp. 28.

² Rubio Correa. «La ubicación jerárquica de los tratados referentes a Derechos Humanos dentro de la Constitución peruana de 1993», *Pensamiento Constitucional* 5/1998, pp. 99ss.

3. Instrumentos internacionales ratificados por el Perú, que contienen disposiciones relativas a las libertades de expresión e información

3.1 La Declaración Universal de Derechos Humanos

Esta norma de alcance universal, suscrita en París el 10 de diciembre de 1948³ establece en su art. 19 que «Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión», debiéndose destacar que dicho instrumento internacional no adopta la actual distinción entre libertad de información y libertad de expresión u opinión, considerando que la libertad de información se deriva del marco general que otorga la libertad de opinión o expresión.

Interesa poner de relieve en este punto que si bien ambas libertades no vienen consagradas de manera diferenciada, éstas son reconocidas con carácter universal, es decir como atributos de toda persona, de allí que el ejercicio de las mismas no puede condicionarse a la obtención de un título profesional o técnico de periodista, a la pertenencia a un gremio, colegio profesional o asociación de prensa, entre otras condiciones formales.

3.2 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El art. 19 de este instrumento internacional, suscrito el 16 de noviembre de 1969⁴, tampoco diferencia, en estricto, las libertades de expresión e información, como se aprecia en su num. 2. Dicha norma precisa que «1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas».

Un aspecto novedoso de esta regulación, sólo implícito en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se aprecia en el contenido del num. 3 que elimina una

³ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución N° 217 A, aprobada por Perú a través de la Resolución Legislativa N° 13282 de 15 de diciembre de 1959.

⁴ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución N° 2220 A (XXI), aprobada por Perú a través del Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978 y ratificada por la 16ª Disposición Final de la Constitución de 1979.

concepción absolutista de las libertades de expresión e información, es decir su entendimiento como libertades de ejercicio irrestricto o ilimitado, por encima de cualquier interés privado o público. Por el contrario, el art. 19 num. 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos reconoce la tensión existente entre dichas libertades y otros intereses dignos de protección jurídica, vinculando por ello su ejercicio con la satisfacción de determinados deberes y la asunción de las responsabilidades de todo orden, éticas, civiles, administrativas o penales.

En tal virtud, la norma comentada pone de relieve la posibilidad de limitar legalmente el ejercicio de las libertades de expresión e información en orden a tutelar intereses personales, como precisa el lit. a del art. 19 num. 3, entre ellos por ejemplo, los que protege el art. 17 del Pacto, según el cual «1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques». En similar perspectiva, el art. 19 num. 3 lit. b, permite la restricción de las libertades de expresión e información de cara a la tutela de intereses públicos, de allí que por ejemplo el art. 20 del Pacto establece que «1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley».

3.3 La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica

El Pacto de San José de Costa Rica, principal instrumento interamericano de Derechos Humanos suscrito el 28 de noviembre de 1969⁵, regula con mayor exhaustividad estos aspectos.

El art. 13 de la Convención, rotulado como «Libertad de pensamiento y de expresión», tampoco diferencia el contenido de las libertades de expresión e información, al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Ello se observa en su num. 1, según el cual «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección».

3.3.1 Prohibición de la Censura Previa

El num. 2 del art. 13 de la Convención Americana también vincula el ejercicio de las libertades de expresión e información a las responsabilidades respectivas, pe-

⁵ Aprobada por Perú mediante el Decreto Ley N° 22231 de 11 de julio de 1978 y ratificada por la 16ª Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1979.

ro en un marco de prohibición de la censura previa. Esta norma precisa que «El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas».

El aspecto más trascendente de este dispositivo radica en la prohibición de la denominada censura previa, es decir de los actos encaminados a evitar o restringir de antemano la difusión de una determinada información u opinión, sin conocerse su contenido. Como se observará, a propósito del Informe 11/96 o también llamado caso Martorell, reseñado en el párrafo siguiente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que «La interdicción de la censura previa, con la excepción que prevé el párrafo 4 del artículo 13⁶, es absoluta»⁷ y que «El artículo 13 determina que cualquier restricción que se imponga a los derechos y las garantías contenidos en el mismo, debe efectuarse mediante la imposición de responsabilidad ulterior», así como «El ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión no puede estar sujeto a ningún otro tipo de limitación» pues «Como lo señala la misma disposición, quien ha ejercido ese derecho de forma abusiva, debe afrontar las consecuencias ulteriores que le incumban»⁸.

Es de relatar en este punto, el caso del Sr. Francisco Martorell, el cual dio como resultado el antes citado Informe 11/96 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Sr. Martorell y la Editorial Planeta publicaron en Argentina un libro titulado «Impunidad Diplomática», el cual describía las circunstancias que condujeron a la partida del Ex Embajador argentino en Chile, Oscar Spinosa Melo. El mismo día que el libro salió a la luz en Argentina y un día antes que éste ingresara a territorio chileno, el Sr. Andrónico Luksic Craig presentó un «recurso de protección» (en nuestro ordenamiento, acción de amparo), en el cual sostenía que el mencionado libro atentaba contra su privacidad, solicitando que se prohibiese su circulación; ante lo cual, la Corte de Apelaciones de Santiago en un fallo de dos votos contra uno, emitió una orden de no innovar que prohibía la «internación y comercialización» del libro en Chile. Tal decisión fue consentida cuando la Corte Suprema de Justicia de Chile, rechazó el recurso de apelación y la circulación del libro fue prohibida. Ante ello, el Sr. Martorell acudió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, alegando que se estaba violando lo dispuesto en el art.

⁶ El mencionado numeral describe: «Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2».

⁷ Numeral 56 del Informe N° 11/96 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 3 de mayo de 1996, relativo al caso del Sr. Francisco Martorell.

⁸ Numeral 58 del Informe N° 11/96 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 3 de mayo de 1996, relativo al caso del Sr. Francisco Martorell.

13 num. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, argumento que fue acogido por dicha Comisión en los términos descritos en el párrafo anterior.

La interdicción de la censura previa, como expresamente señala el art. 13 num. 2, no es un mecanismo de impunidad en tanto deja a salvo las responsabilidades ulteriores derivadas de la lesión injustificada de intereses personales o públicos. De esta forma, el lit. a del mencionado numeral ratifica la tutela prevista en el art. 11 de la Convención («Protección de la Honra y de la Dignidad»), según el cual «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques».

De modo semejante, el lit. b del art. 13 num. 2, contempla la posibilidad de establecer responsabilidades ulteriores ante la afectación de la seguridad nacional y el orden público, de allí que num. 5 del mismo art. 13 precisa que «Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional».

Por otro lado, la Convención consagra a favor de los derechos a la libertad de expresión e información, la prohibición de toda restricción indirecta al ejercicio de los mismos, al señalar en el num. 3 de su art. 13 que «3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones».

3.3.2 Derecho de Rectificación

Por otro lado, es de indicar que el art. 14 de la Convención ha consagrado -sin distinguir- el denominado derecho de rectificación o respuesta al señalar en su num.1 que «Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley», indicando a su vez en su num. 2 que «En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido» tales como las que podrían derivar en nuestro ordenamiento a la conclusión de un proceso constitucional, civil o penal.

En ese orden, el num. 3 de dicho artículo establece una garantía para el efectivo ejercicio del derecho de rectificación o respuesta al prescribir que «Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodísti-

ca, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial».

4. Las libertades de expresión e información en la Constitución política de Perú de 1993

El art. 2 num. 4 de la Constitución Política de 1993, al igual que lo hiciera en su oportunidad el art. 2 num. 4 de la Constitución Política de 1979, establece que toda persona tiene derecho «A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley»; conceptualización que a diferencia de los Tratados Internacionales antes descritos y de la mano con las tendencias contemporáneas, parte de distinguir el derecho a la libertad de expresión del derecho a la libertad de información. La Carta Magna también precisa en dicho dispositivo que «Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación».

4.1 Prohibición de la censura previa

El dispositivo constitucional antes descrito ha optado, en concordancia con lo dispuesto en el art. 13 num. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por la prohibición de la censura previa con el objeto de garantizar el pleno ejercicio de las libertades de información y expresión, sin perjuicio de las responsabilidades legales ulteriores que pudieran surgir.

Como se comentara líneas arriba, si bien es cierto que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que la prohibición de censura previa es absoluta -salvo en lo relativo a la calificación de los espectáculos públicos-, considero que tal interpretación parte, quizás erróneamente, del supuesto que las Constituciones de los países miembros establecen diferentes ámbitos de protección a los derechos fundamentales en ella consagrados, donde se opta siempre por priorizar las libertades de información y expresión frente a otros derechos de igual nivel constitucional.

Considero que dicha interpretación no es acorde con el texto íntegro de la Convención Americana de Derechos Humanos, ni con la Constitución política peruana, pues no es de recibo una supremacía absoluta, o a priori, de un derecho fundamental, como el de las libertades de información y expresión, sobre otros consagrados, de igual rango de protección⁹ y nivel. Partiendo de una interpretación ins-

⁹ Sobre este punto, ver acápite 7 siguiente, «Mecanismos constitucionales de protección de las Libertades de Expresión e Información».

titucional¹⁰, que opta por reconocer una protección por igual de todos los derechos fundamentales que en dichos documentos se reconocen, no puede sostenerse a priori que un derecho prevalece frente a los demás «porque el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hace en su esencia, referencia (de) todo derecho constitucional»¹¹.

En ese orden, será el juez quien determinará en caso de una supuesta «colisión» de dos o más derechos fundamentales -lo cual ocurre con alta frecuencia, por ejemplo, entre las libertades a la información y a la expresión, y el derecho al honor- cuál de dichos derechos se está ejerciendo legítimamente y por ende cuál debe prevalecer; solución que deberá basarse en analizar si cada uno de ellos se está ejerciendo en el marco de su contenido esencial¹² y dentro de los límites que la doctrina le ha concedido a cada uno de ellos; límites que en el caso particular de la libertad de información y expresión se analizarán en el acápite 5 siguiente.

Así, en mi opinión no puede comprenderse como censura previa prohibida a aquellas restricciones a la libertad de información que provengan de un mandato judicial firme o que sea cosa juzgada, por ejemplo, cuando en un caso concreto el Juez privilegia un derecho fundamental distinto al de las libertades de información o expresión, por considerar que el ejercicio de las mismas implica una injerencia injustificada contra el contenido esencial de tales derechos fundamentales. Tal postura es consecuente con la adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien en casos como «Handyside», determinó que la incautación antes de su difusión del «Little Red Schoolbook», un libro de educación sexual dirigido a escolares a partir de los 12 años escrito por los daneses Soren y Jasper Hansen, era una medida adecuada para prevenir un perjuicio mayor que, muy probablemente, la difusión del libro ocasionaría¹³.

En esa línea de ideas, es de recalcar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que un límite válido para el ejercicio del derecho a la información y por ende pasible de estar sometido a censura previa, es el de Seguridad Nacional, salvo en el supuesto que exista un interés público informativo superior¹⁴. En tal circunstancia no será un juez quien decida qué valor debe prevalecer -seguridad na-

¹⁰ Landa Arroyo. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima, 1999, pp.329.

¹¹ Häberle. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima, 1997, pp.109

¹² Al respecto, Pérez Luño. *Los derechos fundamentales*. Madrid, 1993, pp. 77. Señala que el Tribunal Constitucional español ha distinguido dos acepciones de la noción del contenido esencial, cuales son: 1) la naturaleza jurídica de cada derecho que se considera preexistente al momento legislativo y, 2) los intereses jurídicamente protegidos; acepciones que deben considerarse como complementarias al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de todo concreto derecho fundamental.

¹³ Azurmendi. *Ibid.* pp. 65.

¹⁴ Resolución de 21 de marzo de 1991, en «Publications of The European Court of Human Rights, Serie A» 216 (1992), nº 59, p.30.

cional o libertad de información- sino, posiblemente un organismo gubernamental, el cual deberá estar sometido a estrictas responsabilidades ulteriores en caso ejerza tal facultad con una clara intención de favorecer ilegalmente la seguridad nacional en desmedro de la libertad de información. Así hoy en día, y en el contexto de la guerra que se viene desarrollando entre Estados Unidos de Norteamérica y Afganistán, la CNN ha emitido un comunicado informando a la opinión pública que a fin de proteger la seguridad nacional de EEUU y no dar pista alguna a Osama Bin Laden de las presentes y futuras acciones militares que realizan las tropas norteamericanas, toda información que llega a su redacción está siendo revisada en coordinación con el Gobierno Federal de los EEUU, siendo posible que ésta sea censurada previamente y por ende, no propalada.

De acuerdo a la postura adoptada, es de cuestionarse si es posible que el propietario de un medio de comunicación censure antes de su propalación una determinada información alegando que lo ampara el derecho a la libertad de empresa. Desde la perspectiva del Pacto de San José, dicha censura estaría absolutamente prohibida en razón a que la libertad de expresión e información debe prevalecer siempre y sin excepción - salvo en el supuesto contemplado en el numeral 4 del art. 13 de la Convención- sobre cualquier otro derecho. Ahora bien, desde mi punto de vista y si bien en el presente supuesto se arriba a la misma conclusión que la propuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la prevalencia de la libertad de información proviene del hecho que la libertad de empresa, consagrada y garantizada en el art. 59¹⁵ de la Constitución Política peruana, no tiene el mismo nivel de consagración constitucional que la libertad de información, por cuanto no ostenta la calidad de fundamental¹⁶.

Finalmente, es de mencionar un caso típico de censura previa prohibida en la legislación peruana y que si bien a la fecha se encuentra derogada¹⁷, algunos jueces aún la aplican. El segundo párrafo del art. 317 del Código de Procedimientos Penales modificado por la Ley N° 22633 disponía: «Formulada la denuncia, y en tanto no se defina la situación jurídica del denunciado o inculgado, las partes no harán

¹⁵ «Artículo 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades ».

¹⁶ El artículo 3 de la Constitución peruana establece que la enumeración de los derechos incluidos en el Título I, Capítulo I, «Derechos fundamentales de la persona» no excluye a los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre o en los principios de la soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno; mas la no exclusión no implica equiparación.

¹⁷ El segundo párrafo del art. 317 del Código de Procedimientos Penales, quedó derogado tácitamente desde la vigencia de la Constitución Política de 1993, tal como señala la Ley de Interpretación Auténtica N° 26773 de 17 de abril de 1997.

uso de los medios de comunicación social para referirse a sus respectivas personas y/o al hecho o dicho imputado, relacionados con el proceso. Si esta prohibición fuera transgredida, el inculpado a que se refiere el párrafo anterior, será considerado como reiterante, y el ofendido, incurrirá en la comisión de delito contra el honor. En este caso, el Juez procederá a la acumulación».

4.2 Competencia Jurisdiccional

Cabe mencionar en este acápite que el art. 2 num. 4 de la Constitución peruana establece a su vez que «Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común», garantizando de dicho modo que no se desvíe mediante dispositivos infraconstitucionales la competencia al fuero militar.

Tal disposición obedece a razones históricas, ya que en diversas oportunidades se ha intentado y logrado que civiles sean juzgados por tribunales militares en procesos relacionados al ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de información. Al respecto, el Decreto Ley N° 22339¹⁸ de 14 de noviembre de 1978, que modificara los arts. 101 y 103 del Código de Justicia Militar, dispuso que quienes de cualquier manera o por cualquier medio ofendieran o injuriasen públicamente a los Institutos Armados y Policiales, sus Organismos Conjuntos, sus Comandos o sus representantes, cometían delito de ultraje, siendo este delito «perseguible en el fuero penal militar, sea el infractor militar o civil, no procediendo en ningún caso libertad provisional, condena condicional, ni liberación condicional».

4.3 Derechos de Rectificación y Respuesta o Réplica

La norma constitucional antes mencionada consagra también en su pf. 2, el derecho de rectificación, al prescribir que «Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley». Cabe precisar que tal derecho, consagrado en el Pacto de San José, adquirió en nuestro ordenamiento carácter constitucional mediante su plasmación en el art. 2 num. 5 de la Carta Magna de 1979¹⁹, mas fue desarrollado legislativamente recién mediante la dación de la Ley N° 26775 de 23 de abril de 1997, la cual fue sustituida a los pocos meses por la Ley N° 26847 de 28 de julio de 1997.

El art. 2 de esta última norma precisa que «la persona afectada o su representante legal, ejercerá el derecho de rectificación mediante solicitud cursada por con-

¹⁸ Derogado por el Decreto Ley 22633 de 14 de agosto de 1979.

¹⁹ Es de mencionar que el derecho de «aclaración y rectificación» se plasmó inicialmente en normas de rango legal, específicamente en los arts. 21-25, 16 y 12 de los Decretos Leyes N° 18075, 20680 y 22244, respectivamente.

ducto notarial u otro fehaciente al director del órgano de comunicación y a falta de éste a quien haga sus veces, dentro de los quince días naturales posteriores a la publicación o difusión que se propone rectificar». En ese orden y de conformidad con el art. 3 de dicho texto legal, «La rectificación se efectuará dentro de los siete días siguientes después de recibida la solicitud, si se tratara de órganos de edición o difusión diaria» y «En los demás casos, en la próxima edición que se hiciera después de ese plazo», no procediendo la solicitud en caso que el medio de comunicación social hubiese rectificado espontáneamente los hechos (art. 4). Es de indicar que la solicitud de rectificación podrá ser rechazada por el medio de comunicación, en los casos descritos en el art. 5, cuales son: «a) Cuando no tenga relación inmediata con los hechos o las imágenes que le aluden o que exceda lo que estima necesario para corregir los hechos declarados inexactos o perjudiciales para el honor; b) Cuando sea injuriosa o contraria a las leyes o a las buenas costumbres; c) Cuando se refiera a tercera persona sin causa justificada; d) Cuando esté redactada en idioma distinto al de la emisión del programa o de la edición incriminada; y, e) Cuando se vulnere lo dispuesto en el artículo siguiente», el cual prescribe (art. 6) que «la rectificación debe limitarse a los hechos mencionados en la información difundida y en ningún caso puede contener juicios de valores u opiniones».

Es de mencionar que un sector doctrinal no distingue entre derecho de rectificación, respuesta o réplica, considerando que tales términos son sinónimos entre sí. No obstante, en mi opinión éstos pueden distinguirse; así el derecho de rectificación comprende el de corregir hechos falsos e inexactos difundidos a través de un medio de comunicación en ejercicio de la libertad de información, mientras que el derecho de réplica o respuesta implica la posibilidad de responder a las críticas vertidas a través de comentarios u opiniones presentados en los medios de comunicación, es decir en ejercicio de la libertad de expresión. Tal distinción no se encuentra expresamente reflejada en nuestra Constitución, pero puede deducirse de su art. 2 num. 7, el cual otorga en sentido amplio el derecho de rectificación a «Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social».

Como es evidente, ante un ejercicio no veraz de la libertad de información, las «afirmaciones inexactas» pueden rectificarse. Empero, para la Constitución cabe también la rectificación a favor de una persona «agraviada en cualquier medio», agravio que puede derivar no sólo de afirmaciones inexactas sino también de expresiones lesivas del honor o la intimidad, también denominadas insultos²⁰, lo que nos ubica en rigor ante un derecho de réplica o respuesta. Por ese motivo, debe indicarse que el contenido del art. 6 de la Ley N° 26847 restringe los alcances de la rectificación constitucionalmente garantizada a «los hechos mencionados en la información difundida», sin que éste pueda ejercitarse, según la ley, frente a «afirmaciones

²⁰ Rubio Correa. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo I. Lima, 1999, p. 258.

agravantes», lo que va en desmedro del derecho de réplica o respuesta que también consagra la Carta Magna.

4.4 Desarrollo legislativo de los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información

Interesa poner de relieve que los derechos fundamentales a las libertades de expresión e información, consagrados en el art. 2 num. 4 de nuestra Constitución, han sido desarrollados en nuestro ordenamiento mediante la Ley N° 26937, publicada el 31 de marzo de 1998, que establece en su art. 2 que el derecho de libertad de expresión - entendiéndose incluido en dicho concepto la libertad de información, como se aprecia en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos- puede ser ejercido libremente por toda persona.

En esa línea, cabe destacar que el art. 3 de la mencionada Ley derogó el art. 2 de la Ley N° 23221, dispositivo que prescribió que era requisito indispensable para ejercer la profesión de periodista, la previa inscripción en el Colegio de Periodistas del Perú. Ello concuerda plenamente con la Opinión Consultiva 5/85 de 13 de noviembre de 1985 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a petición del Gobierno de Costa Rica, en la que se indicó a la letra que «no es compatible con la Convención una ley de colegiación de periodistas que impida el ejercicio del periodismo a quienes no sean miembros del colegio y limite el acceso a éste a los graduandos de una determinada carrera universitaria. Una ley semejante contendría restricciones a la libertad de expresión no autorizadas por el artículo 13.2 de la Convención y sería, en consecuencia, violatoria tanto del derecho de toda persona de buscar y difundir informaciones e ideas por cualquier medio de su elección, como del derecho de la colectividad en general a recibir informaciones sin trabas».

En consecuencia, y en contra de un sector de la jurisprudencia peruana, no comete delito de ejercicio ilegal de la profesión, sancionado por el art. 363 del Código Penal²¹, quien ejerce la función periodística sin contar con título profesional o no estar colegiado.

5. Límites a las libertades de expresión e información

Conforme se ha venido sosteniendo líneas arriba, los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información gozan en su calidad de derechos fundamentales de igual rango y protección constitucional que otros derechos fundamentales, por lo que no es posible sostener a priori que éstos ostentan un carácter absoluto o preferente per se.

²¹ El art. 363 del Código Penal sanciona este delito del modo siguiente: «El que con falso título o el titulado que sin reunir los requisitos legales, ejerce profesión que los requiera, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años».

A simple vista, la postura aquí adoptada no sería coincidente con lo sostenido en la denominada teoría de la «conurrencia normativa», la cual hoy en día rige la línea jurisprudencial de países como España²² y que establece una posición preferente del derecho a las libertades de expresión e información frente a otros derechos constitucionales, al considerar que aquellos derechos que aseguran el fortalecimiento del Estado Constitucional y que sirven de base para la democracia, deben prevalecer siempre frente a los otros consagrados en la Constitución.

Considero que si bien dicha teoría opta por una posición preferente de las libertades de expresión e información, conviene resaltar que tal prevalencia sólo es dable en caso que las libertades de expresión e información se hayan ejercido dentro de sus parámetros constitucionales²³, es decir, si éstas se han ejercido legítimamente, respetando su contenido esencial y los límites doctrinalmente sentados para ellas; por lo que en realidad no se sostiene que las libertades de expresión e información se encuentran en un ámbito de protección o nivel superior que los otros derechos fundamentales constitucionalmente consagrados, sino que en caso se verifique que dichas libertades han sido ejercidas legítimamente, deben prevalecer frente a los derechos fundamentales con los cuales supuestamente «colisionan».

En esa línea de ideas, el designado a dirimir la «colisión», al momento de analizar el caso en concreto deberá ponderar en virtud de ciertos criterios doctrinalmente sentados, los derechos en «conflicto». Dicho análisis consistirá, ya sea en el curso de un proceso constitucional de amparo, en un proceso civil o en uno penal, en verificar si aquellas libertades han sido ejercidas legítimamente, es decir si han sido desarrolladas dentro de los límites de su contenido esencial, pues de lo contrario se deberá considerar indefectiblemente la prevalencia del otro derecho fundamental acotado por el accionante.

En tal sentido, es de indicar que el Juez deberá considerar que el derecho a la libertad de información ha sido ejercido legítimamente y, por ende deberá optar por preferir el mismo frente a otros derechos fundamentales, cuando constate que la información vertida por el emisor sea: 1) de interés público y, 2) veraz; ello en virtud de que dicho derecho está «al servicio de la opinión pública libre»²⁴. En ese orden, deberá entenderse que la información es de interés público cuando por la relevancia de las personas o los asuntos involucrados se requiera que la ciudadanía tome conocimiento de la ocurrencia de un hecho noticiable determinado y, por veraz, a la investigación diligentemente contrastada con datos objetivos e imparciales y que

²² A partir de la Sentencia 159/1986 de 12 de diciembre, el Tribunal Constitucional Español ha señalado los criterios a seguir a fin de ponderar los derechos en conflicto y ha declarado la posición preferencial de que goza el derecho a la información debido a su función institucional de garantía de una opinión pública libre, base para la construcción y fortalecimiento de un Estado democrático y plural.

²³ Herrero Tejedor. *Honor, intimidad y propia imagen*. Madrid, 1994, *passim*.

²⁴ *Ibid.*, p. 467.

haya sido desarrollada evitando el menosprecio a la verdad²⁵, no requiriéndose de ningún modo que dicha información ostente la calidad de verdad entera y/o absoluta.

En esa línea es de indicar que el Tribunal Constitucional Español en su sentencia 197/1997 precisó que «las personas que por su actividad profesional (...) son conocidas por la mayoría de la sociedad han de sufrir mayores intromisiones en su vida privada que los simples particulares, pero ello no puede ser entendido tan radicalmente en el sentido de que el personaje público acepte libremente el riesgo de la lesión de la intimidad que implique la condición de figura pública»²⁶, debiéndose indicar que «no toda información que se refiera a una persona con notoriedad pública goza de esa especial protección, sino que para ello es exigible junto a ese elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el elemento objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afectan a la intimidad por restringida que ésta sea».

Tal postura se encuentra acorde con lo dispuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación al caso «Lingens», que señaló «siendo cierto que la libertad de prensa no debe traspasar los límites establecidos para la protección de la libertad ajena, estos límites son más amplios en relación a un político considerado como tal (...) porque éste - a diferencia de un particular - se expone inevitable y deliberadamente a una fiscalización atenta de sus actos o gestos (...). El político disfruta también de la protección de su reputación, incluso cuando no actúa en el marco de su vida privada, pero en este caso las exigencias de esta protección deben equilibrarse con los intereses de la libre discusión de las ideas públicas»²⁷.

De dicho modo se establece que no podrá revelarse aspectos de la vida privada o intimidad que no sean de interés público - excluyéndose de tal concepto a la simple curiosidad de la colectividad- que pudieran perjudicar el honor de un personaje público o privado, tales como por ejemplo la difusión de sus inclinaciones sexuales o la práctica de actividades valoradas negativamente por la sociedad -como la prostitución-, entre otros.

Por su parte cabe detallar que de los criterios antes descritos, solo el primero²⁸ -interés general- constituye un baremo a seguir en aquellos casos en los que se alegue una supuesta colisión entre el derecho a la libertad de expresión y otros derechos fundamentales, puesto que las opiniones y los juicios de valor al ser imposi-

²⁵ Al respecto es de considerar la «doctrina de la real malicia», la cual sostiene que los periodistas procesados penal o civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas, sólo serán declarados responsables en aquellos supuestos en los que se constate que difundieron la noticia con el conocimiento de que ésta era falsa o, con imprudente y notoria despreocupación sobre si lo eran o no.

²⁶ Cit. por Eguiguren Praeli. «La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor en el caso peruano», cit., p. 63.

²⁷ *Publications of The European Court of Human Rights, Serie A* 103 (1986) N° 40, p.26.

²⁸ Jaén Vallejo. *Principios constitucionales y derecho penal moderno*. Buenos Aires, 1999, pp. 110-111.

bles de probar, no pueden ser sometidos a un juicio de veracidad. En tales casos deberá recurrirse, a su vez, al denominado Principio de Proporcionalidad, el cual prescribe que el ejercicio de la libertad de expresión es legítimo y por ende prevalecerá frente a otros derechos fundamentales, siempre que aquél no contenga excesos y haya sido ejercido en el ámbito de lo necesario, adecuado y proporcionado.

En esa línea, el Tribunal Constitucional Español «ha dejado sentado que el ejercicio de la libertad de expresión ampara el empleo de expresiones molestas e incluso hirientes, así como de excesos terminológicos, aún censurables, siempre que los mismos no constituyan apóstrofes insultantes fuera de discurso y desconectados con el tema objeto de la opinión»²⁹.

6. Rol de los medios de comunicación en el derecho peruano

Los medios de comunicación en el Perú son en su mayoría desarrollados por capital privado, lo cual autorizó a juicio de sus propietarios, en aras de la libertad de empresa, a entender que aquello que difunden depende únicamente de lo que dichas personas jurídicas consideran relevante. Así y tal como lo hemos mencionado líneas arriba, durante el último decenio (1990- 2000), la mayoría de propietarios de los medios de comunicación, tanto televisivo como radial, transaron con el gobierno de Alberto Fujimori, a cambio de altas sumas de dinero, la manipulación de la información, obviamente para favorecer a dicho gobierno y en contra de quienes consideraban sus «enemigos».

Pero si bien son privados los que ostentan la calidad de propietarios de los medios de comunicación, su actividad debe regirse conforme al interés público³⁰, es decir, en consonancia con lo dispuesto en la Constitución Política del Perú, en especial en lo referido a las libertades de expresión e información, como derechos fundamentales de cada persona; y, entendiendo que «(...) La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares»³¹.

6.1 Responsabilidad por los contenidos

La Constitución Política del Perú, prescribe en su art. 14, último párrafo, que «Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación

²⁹ Cit. por Ugaz Sánchez-Moreno. *Prensa Juzgada: treinta años de juicios a periodistas peruanos (1969-1999)*. Lima, 1999, p. 64.

³⁰ Art. 7 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo N° 013-93-TCC.

³¹ Art. 61 de la Constitución Política del Perú.

y en la formación moral y cultural». En esa línea, los arts. 27 y 28 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, prescriben que «El Ministerio de Educación y el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción concertarán con los organismos representativos de los medios de radiodifusión, a fin de establecer un código de ética y conducta que permita difundir una programación que mantenga los principios formativos que den relieve a la dignidad eminente de la persona humana y la defensa de la familia como célula básica de la sociedad, así como los demás valores que proclama la Constitución Política del Perú como factores de integración, de identidad nacional y de pacificación», teniendo «especial cuidado en señalar que durante las horas de audiencia infantil se difunda solamente programas de contenido educativo, cultural y de distracción propias de dicha audiencia».

De igual modo y en aras del interés público, los medios de comunicación deben contribuir a un real ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información, permitiendo a la ciudadanía participar de manera activa, en favor de una comunicación plural, equitativa y respetuosa de los derechos fundamentales.

6.2 Responsabilidad ulterior por la información difundida

Los medios de comunicación social son responsables por la información difundida, pudiendo ser pasibles, en caso se constate que los derechos a la libertad de expresión o de información no han sido ejercidos legítimamente, de pagar una indemnización.

En ese orden, el art. 1981 del Código Civil establece la denominada responsabilidad vicaria o del empleador, según la cual responde solidariamente quien tiene a otro bajo sus órdenes, cuando el daño se comete en el ejercicio del cargo o en el cumplimiento del servicio; sin que sea necesario que dicho empleador haya actuado con dolo o culpa, pues estamos ante un caso de responsabilidad objetiva³². La indemnización comprende los llamados daños patrimoniales, es decir el daño emergente y el lucro cesante (art. 1985 pf. 1 *ab initio* del CC) y los daños extra patrimoniales, es decir el daño moral y el daño a la persona (arts. 1984 y 1985 pf. 1 *in fine* del CC).

Por su parte el ejercicio abusivo de las libertades de expresión e información puede implicar responsabilidades de carácter penal, principalmente a través de los delitos contra el honor regulados por los arts. 130 y ss. del Código Penal y, en otros casos, mediante los delitos de violación de la intimidad, sancionados por los arts. 154 y ss. Estos mecanismos han sido utilizados frecuentemente por quienes se consideran agraviados en su honor o intimidad básicamente por una doble razón, primero porque la amenaza penal y el estigma o etiqueta criminal pueden enervar un mayor efecto disuasivo que cualquier otro medio de tutela. En segundo término,

³² De Trazegnies Granda. *La responsabilidad extracontractual*. T. I, cit., p. 481.

porque a través de un proceso penal es posible reclamar también una indemnización o reparación por los daños ocasionados como consecuencia de los delitos contra el honor o la intimidad, los cuales son asumidos solidariamente por el autor del delito y por el medio de comunicación que difundiera la información, estos últimos en razón a su calidad de terceros civilmente responsables en el proceso penal.

7. Garantías constitucionales de las libertades de expresión e información

Las libertades de información y expresión y su libre ejercicio, se encuentran consagrados en nuestra Constitución, a través de dos mecanismos para su protección; debiendo destacarse, pese a que no es objeto del presente trabajo, que dichas libertades también pueden ser cuestionadas mediante la primera garantía constitucional a continuación descrita, mediante un proceso penal -por injuria, calumnia o difamación- o uno civil -por responsabilidad contractual o extracontractual-. Los mecanismos de protección constitucional son los que a continuación se describen.

7.1 Acción de Amparo

«**Artículo 200.-** Son garantías constitucionales: (...) 2) La acción de amparo que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente.

No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de un procedimiento regular».

La acción de amparo es una garantía constitucional que tiene por finalidad esencial la protección y la defensa de ciertos derechos y libertades constitucionales, y que se activa cuando las vías legales ordinarias de protección establecidas en cualquier ordenamiento resultan o han resultado insatisfactorias para la tutela de los mismos³³.

En esa línea, cabe indicar que la acción de amparo se encuentra desarrollada en nuestro ordenamiento por la Ley N° 23506 - Ley de Hábeas Corpus y Amparo - de 8 de diciembre de 1982³⁴, la cual señala en su art. 1 que el objeto de la misma es «reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional» y, en su art. 24, que ésta procede en defensa «4. De la Libertad de Prensa, Información, Comunicación, Circulación o Propagación por cualquier medio de comunicación; (...) y, 22. De los demás derechos fundamentales que consagra la Constitución».

³³ Cascajo Castro/Gimeno Sendra. *El Recurso de Amparo*. Madrid, 1992, p. 90-91.

³⁴ Dicha norma ha sido complementada por la Ley N° 25398 - Ley Complementaria de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo- de 5 de febrero de 1992.

Es de resaltar que el afectado, su representante o el representante de la autoridad afectada³⁵-previo agotamiento de las vías previas, salvo que dicha exigencia pudiera convertir el daño en irreparable³⁶- podrán interponer una acción de amparo ante el Juez Especializado de Derecho Público o ante el Juez Civil o Mixto³⁷, en primer lugar, cuando exista una violación o amenaza a su derecho a la libertad de expresión y/o información, tal como podría ocurrir por ejemplo, si se obligase ilegalmente³⁸ a los medios de comunicación a solicitar «autorización» a una persona determinada por el gobernante de turno antes de propalar cualquier hecho noticiable o, si se impidiera que ciertas personas ejerzan libremente su facultad de opinar o criticar.

En segundo lugar, sobre la base de lo defendido líneas atrás en el sentido de no privilegiar a priori un derecho fundamental sobre otro, también podrá interponerse una acción de amparo cuando se amenace derechos fundamentales distintos a la libertad de expresión e información, siempre que éstos no estén protegidos por el Hábeas Corpus, garantía constitucional que protege, principalmente, los derechos referidos a la libertad personal.

Ahora bien, dado a través de este proceso constitucional no es posible solicitar una indemnización patrimonial³⁹ porque el objeto del mismo consiste únicamente en reponer las cosas al estado anterior a la amenaza o violación del derecho constitucional, entonces la interposición de una acción de amparo en el supuesto en los que se haya violado efectivamente los derechos a la intimidad y/o al honor, devendrá en ineficaz e improcedente⁴⁰ debido a que estos últimos derechos ostentan una naturaleza tal que la sola difusión de un hecho lesivo, los daña irreparablemente. En tal sentido, podrá interponerse una acción de amparo con el objeto de impedir la futura difusión y comercialización de los fascículos restantes de una publicación que una persona considere lesiva a su honor y/o intimidad, mas no podrá solicitarse por esta vía «reponer las cosas al estado anterior» en el supuesto que dicha publicación ya haya sido difundida y comercializada, pues la «naturaleza de las cosas» lo impide.

³⁵ Art. 26 de la Ley N° 23506.

³⁶ Arts. 27 y 28 de la Ley N° 23506.

³⁷ En ese sentido, el art. 29 de la Ley N° 23506 prescribe que «Es competente para conocer de la Acción de Amparo en la Capital de la República y en la Provincia Constitucional del Callao el Juez Especializado en Derecho Público. En los demás Distritos Judiciales son competentes el Juez Civil o Mixto del lugar donde se produzca la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (...)».

³⁸ Es de resaltar que si la obligación antes mencionada proviniese de una norma legal, no procedería una acción de amparo sino una acción de inconstitucionalidad, la cual conforme al art. 200 num. 4 de la Constitución «procede contra las normas que tienen rango de ley (...) que contravengan la Constitución en la forma y en el fondo».

³⁹ Eguiguren Praeli. «La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor en el caso peruano», cit, p. 71.

⁴⁰ Vid. art. 6 de la Ley N° 23506, el cual señala que «No proceden las acciones de garantía: 1) (...) Si la violación se ha convertido en irreparable; (...)».

Finalmente y en tercer lugar, podrá interponerse una acción de amparo en el caso que un medio de comunicación se niegue a publicar o no difunda de acuerdo con el procedimiento establecido en la Ley N° 26847, la solicitud de rectificación o respuesta presentada por una persona que se considere afectada o agraviada, por afirmaciones inexactas u opiniones vertidas a través de un medio de comunicación social, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2 num. 7 de la Constitución de 1993.

7.2 Acción de Hábeas Data

«**Artículo 200.-** Son garantías constitucionales: (...) 3) La acción de hábeas data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2º, incisos 5)⁴¹ y 6)⁴² de la Constitución».

La finalidad de la presente garantía constitucional es la de proteger y defender el derecho que tiene todo ciudadano, a solicitar y a recibir de cualquier entidad pública, en el plazo legal y con el costo que suponga el pedido, información de su interés, siempre que ésta se enmarque en el respeto a la intimidad personal de los demás y que su difusión no esté prohibida por ley expresa o por razones de seguridad nacional (art. 2 num. 5 de la Constitución). De igual modo y como contra cara de la misma moneda, el hábeas data puede interponerse con el fin de impedir que servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, pretendan proporcionar o suministren información que afecte o que podría afectar la intimidad personal y/o familiar de una persona en particular (art. 2 num. 6 de la Constitución).

En tal sentido y de conformidad con el art. 1 de la Ley N° 26301 de Hábeas Data y Acción de Cumplimiento, de 3 de mayo de 1994, cualquier persona podrá interponer «ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil de turno del lugar en donde tiene su domicilio el demandante, o donde se encuentran ubicados los archivos mecánicos, telemáticos, magnéticos, informáticos o similares, o en el que corresponda al domicilio del demandado, sea esta persona natural o jurídica, pública o privada» la garantía constitucional antes mencionada, siempre y cuando la afectación

⁴¹ El art. 2 num. 5 de la Constitución señala que «Toda persona tiene derecho: (...) 5) A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado».

⁴² Por su parte, el art. 2 num. 6 de la Constitución prescribe que «Toda persona tiene derecho: (...) 6) A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar».

de los derechos que ésta protege no se origine en archivos judiciales o del Ministerio Público, ya que en aquellos casos «conocerá de la demanda la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva, la que encargará a un Juez de Primera Instancia en lo Civil su trámite».

Antes bien, es de precisar que la mencionada ley establece en el art. 5 como requisito necesario para el ejercicio de la acción de hábeas data una vía previa, la cual consiste en el requerimiento por conducto notarial, con una antelación no menor a quince días calendario, a quien se niegue a suministrar la información solicitada o a quien deba dejar de suministrar la información que amenace o viole la intimidad personal o familiar de una determinada persona, a efectos de que ésta desista de su acción u omisión. Es de indicar que, si bien la exigencia de la mencionada vía previa tiene por objeto impedir el uso desmesurado de la acción de hábeas data, su plasmación en nuestro ordenamiento ha sido duramente criticada por distintos autores ya que «dista mucho de asemejarse a la vía previa en el amparo, que supone la existencia de un típico procedimiento reglado, normalmente ante la autoridad administrativa, lo que explica la exigencia de su agotamiento previo y también que se contemplen taxativamente excepciones a dicha regla»⁴³.

Finalmente, es de resaltar que la acción de hábeas data puede ser de suma utilidad, por cuanto permite la obtención de información necesaria para el ejercicio de la misma. Pero aunque en nuestro medio su utilización es poco frecuente, quizás por razones de desconocimiento o costes de acceso a la justicia constitucional, existen ya varias decisiones jurisprudenciales que han ordenado a entidades públicas a proporcionar a los particulares la información por éstos solicitadas, por ejemplo en materia ambiental⁴⁴.

8. Conclusiones

1. Las libertades de expresión e información son dos derechos con contenido distinto. En esa línea, la primera libertad implica la posibilidad de difundir las opiniones, pensamientos, ideas, creencias y juicios de valor, mientras que la libertad de información se encuentra vinculada a la facultad de difundir, describir o narrar hechos noticiables, así como también, a la facultad de investigar, recibir o acceder a información. Tales derechos se encuentran consagrados en el art. 2 num. 4 de la Constitución Política de 1993.
2. Desde una interpretación institucional de los derechos fundamentales no es posible sostener una supremacía absoluta, o a priori, de un derecho fundamental,

⁴³ Eguiguren Praeli. «El hábeas data y su desarrollo en el Perú», *Derecho PUC* 51/1997, p. 305.

⁴⁴ Entre otras, las publicadas en el diario *El Peruano* el 4 de septiembre y 29 de diciembre de 1996, pp. 2297 y 2748-2749, respectivamente.

como el de las libertades de expresión e información, sobre otros de igual rango de protección y nivel, pues el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional.

3. La denominada teoría de la «conurrencia normativa» establece una posición preferente de los derechos a la libertad de expresión e información frente a otros derechos constitucionales sólo en el supuesto que dichos derechos se hayan ejercido dentro de sus parámetros constitucionales, es decir si éstos se han ejercido legítimamente, respetando su contenido esencial y sus límites.
4. Se deberá considerar que el derecho a la libertad de información ha sido ejercido legítimamente cuando constate que la información vertida por el emisor sea: 1) de interés público y, 2) veraz; entendiéndose que es de interés público cuando por la relevancia de las personas o los asuntos involucrados se requiera que la ciudadanía tome conocimiento de la ocurrencia de un hecho noticiable determinado y, por veraz, a la investigación diligentemente contrastada con datos objetivos e imparciales y que haya sido desarrollada evitando el menosprecio a la verdad, no requiriéndose de ningún modo que dicha información ostente la calidad de verdad entera y/o absoluta. Por su parte, el ejercicio de la libertad de expresión es legítimo y por ende prevalecerá frente a otros derechos fundamentales, siempre que aquél no contenga excesos y haya sido ejercido en el ámbito de lo necesario, adecuado y proporcionado.
5. La censura previa no puede ser entendida de modo absoluto. En ese orden, no puede comprenderse como censura previa prohibida a aquellas restricciones a la libertad de información que provengan de un mandato judicial firme o que sea cosa juzgada o aquellas restricciones que buscan proteger, legítimamente, la seguridad nacional.
6. El derecho de rectificación comprende el de corregir hechos falsos e inexactos difundidos a través de un medio de comunicación en ejercicio de la libertad de información, mientras que el derecho de réplica o respuesta implica la posibilidad de responder a las críticas vertidas a través de comentarios u opiniones presentados en los medios de comunicación, es decir en ejercicio de la libertad de expresión. Tal distinción no se encuentra expresamente reflejada en nuestra Constitución, pero puede deducirse de su art. 2 num. 7, el cual otorga en sentido amplio el derecho de rectificación a «Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación».
7. Los medios de comunicación deben regirse conforme al interés público, aun cuando sean empresas privadas, así como también deben contribuir a un real ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información, permitiendo a la ciudadanía participar de manera activa, en favor de una comunicación plural, equitativa y respetuosa de los derechos fundamentales. De ese modo,

lejos de la práctica adoptada por varios de los propietarios de medios de comunicación hoy procesados junto con Montesinos Torres, no pueden soslayarse las libertades de expresión e información en pro de una irrestricta libertad de empresa.

Jorge Antonio Giammattei Avilés*

Los Derechos Fundamentales, la Corte Centroamericana de Justicia y la protección del medio ambiente

Introducción

El Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), en adelante sólo Sistema SICA, tiene como objetivo básico la integración económico-política de la Comunidad Centroamericana o Centroamérica, compuesta por los Estados de: Belize, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá; y, según se puede prever, a muy corto plazo, también por República Dominicana. Y es principio fundamental del mismo el irrestricto respeto, tutela y promoción de los Derechos Fundamentales, tal como lo establecen los artículos 3 letra a y 4 letra a del Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), en adelante Protocolo de Tegucigalpa, Tratado Constitutivo que reconoce la existencia previa de la Comunidad Centroamericana que aspira a la integración económico-política como Centroamérica en su artículo 1ro.

Por otra parte, es de la obligación primaria de la Corte Centroamericana de Justicia, el Tribunal Comunitario Centroamericano, creada en el Protocolo de Tegucigalpa en su artículo 12, para garantizar el respeto del derecho en la interpretación y ejecución del mismo Protocolo de Tegucigalpa, de sus instrumentos complementarios y actos derivados, el proteger y resguardar los Derechos Fundamentales, al tenor de la efectiva observancia de los artículos 2 y 5 del Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, en adelante solo Convenio de Estatuto, que respectivamente establecen: el artículo 2, la Corte Centroamericana de Justicia, en ade-

* Ex Presidente de la Corte Centroamericana de Justicia. Profesor de Derecho Comunitario y Agravio Comparado, de la Scuola Superiore Di Studi Universitari e Di Perfezionamento S. Anna, Pisa, Italia.

lante La Corte, como garante del respeto al Derecho Comunitario en la misma forma que lo dispone el Protocolo de Tegucigalpa en el artículo 12 y al que ya se ha hecho referencia; y, el artículo 5, que los Procedimientos que se establezcan deberán tener por finalidad esencial la salvaguarda de los propósitos y principios del Sistema SICA.

Por su parte los artículos 9 y 10 del Protocolo de Tegucigalpa, imponen a los Organos, Organismos e Instituciones del Sistema SICA, entre ellos a La Corte como Organo Fundamental del mismo, como obligación imperativa y primaria, guiarse e inspirarse en los Propósitos y Principios del Sistema SICA contenidos en el Protocolo de Tegucigalpa, siendo uno de ellos el irrestricto respeto, tutela y promoción de los Derechos Fundamentales.

Sentadas estas premisas, es opinión del ponente que, si bien en el artículo 25 del Convenio de Estatuto se dispone que la competencia de La Corte no se extiende a la materia de Derechos Humanos o Fundamentales, la cual corresponde según el mismo artículo, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto debe interpretarse en tal forma restringida para los casos de los Estados sujetos a la Convención Interamericana de Derechos Humanos y a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos según el artículo 44 de la referida Convención, de manera que no puedan quedar sin sanción infracciones a Derechos Fundamentales de un Organo, Organismo o Institución del Sistema SICA, como consecuencia del incumplimiento de la normativa comunitaria relativa a esa materia o de los principios y normas de las Cartas de la Organización de las Naciones Unidas ONU o de la Organización de Estados Americanos OEA, o de lo establecido en las Declaraciones de la Reunión de Presidentes como Organo Supremo del Sistema SICA, a partir de Mayo de 1986, que según el artículo 4 letra i del Protocolo de Tegucigalpa son también normas y principios del Sistema SICA.

En estos casos y dado el deber de la Corte de proteger y resguardar estos Derechos Fundamentales y a que los Organos, Organismos e Instituciones del Sistema SICA, no están sujetos a la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como a la imposibilidad de conocer por la misma las infracciones a los Derechos Fundamentales de la 3ra. Generación, es de su competencia el conocer de la violación de tales derechos por los Organos, Organismos e Instituciones a los que se ha hecho referencia.

Como se ha anticipado en la Convención Americana sobre Derechos humanos o Pacto de San José, no está consagrado el derecho fundamental a un medio ambiente sano, por lo que no podrían, por ahora, ni la Comisión ni la Corte Interamericana de Derechos humanos, asumir competencia y jurisdicción en esa materia.

Al analizar el tema de “Los Derechos Fundamentales, la Corte Centroamericana de Justicia, y la Protección del Medio Ambiente”, es necesario considerar los siguientes acápite:

- I) Gestación, origen y función esencial de la Corte Centroamericana de Justicia;
- II) Normativa Comunitaria sobre el Medio Ambiente contenida en el Derecho Primario de la Integración Centroamericana;
- III) Normativa Comunitaria Centroamericana complementaria y derivada sobre el Medio Ambiente;
- IV) La Corte Centroamericana de Justicia y los Derechos Humanos;
- V) Resoluciones pronunciadas y actividades realizadas por la Corte Centroamericana de Justicia en relación con el Medio Ambiente;
- VI) Expectativas Jurisdiccionales en la materia del Medio Ambiente por parte de la Corte Centroamericana de Justicia;
- VII) Reflexiones Finales.

I. Gestación, origen y función esencial de la Corte Centroamericana de Justicia.

I.1 En los días 29, 30 y 31 del mes de marzo de 1989 se celebró en la ciudad de Guatemala la 1^{ra} Reunión de Cortes Supremas de Justicia de Centroamérica, en la que se dan dos sucesos paralelos que nos muestran esa especie de coordenadas históricas que, sin propósito inicial alguno, determinan en buena forma el futuro de las Instituciones. El primero de ellos es que la Delegación de Guatemala propone, formalmente, la Creación de la Corte Centroamericana de Justicia; y el segundo, que en la Resolución IV de esa Reunión se tomara Acuerdo sobre el Medio Ambiente en la siguiente forma:

“Primero: Expresar su apoyo a todos los movimientos ecológicos que se han organizado en los cinco países centroamericanos y exhortarlos a unificar sus esfuerzos en tal defensa ecológica y emprender e identificar campañas de concientización sobre el peligro de la destrucción del medio ambiente.

Segundo: Promover, en aquellos países centroamericanos que aún no tengan una legislación que permita la protección efectiva del medio ambiente, la pronta emisión de leyes, reglamentos y medidas administrativas que impidan la continuación de las actividades destructivas y depredadoras del medio ambiente centroamericano.

Tercero: Mantener como punto de agenda en cada una de las Reuniones de Cortes Supremas o de sus Presidentes, la situación de la legislación y medidas de defensa del medio ambiente, y sobre los contactos que mantengan con las organizaciones locales empeñadas en la lucha por esa causa.”

Como resultado concreto de esa primera gestión de creación de la Corte Centroamericana de Justicia, que fue ininterrumpidamente impulsada en las posteriores Reuniones de Cortes Supremas de Justicia de Centroamérica, nace a la vida jurídica la Corte Centroamericana de Justicia con la suscripción y puesta en vigencia del Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de los Estados Centroamericanos ODECA, suscrito el día 13 de diciembre de 1991 y hoy vigente para los siete Estados de la Región.

En ese instrumento, en su artículo 12, se establece que a la Corte Centroamericana de Justicia se le considera como Órgano Fundamental del Sistema de la Integración Centroamericana SICA y “que garantizará el respeto del derecho, en la interpretación y ejecución del presente Protocolo y sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo”. Además en su Convenio de Estatuto, en el inciso segundo del primer artículo se le define como “... el Órgano Judicial principal y permanente del Sistema de la Integración Centroamericana, cuya jurisdicción y competencia regionales son de carácter obligatorio para los Estados.”

Por su parte, el artículo 2º, reitera lo establecido en el Protocolo de Tegucigalpa en el artículo 12, con lo que queda perfectamente definida la función esencial de La Corte, cual es la de: garantizar el respeto del derecho en la interpretación y ejecución del Protocolo de Tegucigalpa y de toda la normativa comunitaria y actos que se deriven del mismo.

I.2 La Corte Centroamericana de Justicia, con motivo de su solemne instalación e inicio de funciones, evento celebrado durante la Reunión de Presidentes de Centroamérica, denominada “Cumbre Ecológica”, efectuada en Managua, el día 12 de octubre de 1994, en su discurso inaugural, hace suya la defensa del medio ambiente centroamericano al hacer propia la Resolución de las Cortes Supremas de Justicia de Centroamérica de marzo de 1989, para que las actuales y futuras generaciones puedan gozar de condiciones ambientales que les permitan una existencia saludable y digna del ser humano, lamentando que no exista un sistema legal unificado que permita la defensa ecológica del territorio centroamericano sometido a una rápida destrucción.

II. Normativa Comunitaria sobre el Medio Ambiente contenida en el Derecho Primario de la Integración Centroamericana.

II.1 En su deber esencial de garantizar el respeto del derecho en la interpretación y ejecución de la normativa comunitaria, en este caso la ambiental, es necesario examinar las diferentes normas contenidas en el Derecho Primario Comunitario de la Integración Centroamericana.

El Derecho Primario Comunitario de Centroamérica, está constituido por Tratados, Convenios y Protocolos que han creado o reconocido la existencia de una Comunidad, que han creado también Organos u Organismos con vida propia y representativa de esa Comunidad, con facultad de emitir determinadas normativas a las que tendrán que sujetarse tanto los Estados como los habitantes de las mismas y los propios Organos u Organismos del Sistema y las cuales deberán ser objeto de tutela en su interpretación y aplicación por un Órgano Jurisprudencial creado para tal efecto, cuyos fallos serán de obligatorio acatamiento tanto para los Estados Miembros del Sistema SICA, como para los Organos u Organismos del mismo, así como para los habitantes en general.

II.2 Así el Derecho Primario Comunitario Centroamericano está constituido fundamentalmente por los siguientes instrumentos:

- a) El Protocolo de Tegucigalpa.
- b) El Tratado Constitutivo del PARLACEN y Otras Instancias Políticas y sus Protocolos.
- c) El Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia.

II.2.1. Protocolo de Tegucigalpa. Se hará referencia al contenido sobre Medio Ambiente o desarrollo sostenible, únicamente en el Protocolo de Tegucigalpa, por no contener los otros Instrumentos Primarios referencia expresa de esos conceptos.

En esta normativa primaria encontramos las siguientes disposiciones relativas al medio ambiente, las cuales comentaré en lo pertinente:

Art. 3 del Protocolo de Tegucigalpa:

“El Sistema de la Integración Centroamericana tiene por objetivo fundamental la realización de la integración de Centroamérica, para constituir la como Región de Paz, Libertad, Democracia y Desarrollo.

En ese sentido se reafirman los siguientes propósitos:

Líteral a) Consolidar la democracia y fortalecer sus instituciones sobre la base de la existencia de Gobiernos electos por sufragio universal, libre y secreto, y *del irrestricto respeto a los Derechos Humanos*.

Líteral b) Concretar un nuevo modelo de seguridad regional sustentado en un balance razonable de fuerzas, el fortalecimiento del poder civil, la superación de la pobreza extrema, *la promoción del desarrollo sostenido, la protección del medio ambiente*, la erradicación de la violencia, la corrupción, el terrorismo, el narcotráfico y el tráfico de armas.

Comentarios a los literales a) y b) de art. 3 del Protocolo de Tegucigalpa.

El irrestricto respeto a los Derechos Humanos debe de incluir, ya que no se podría hacer diferencia, los derechos humanos de la tercera generación o de solidaridad, dentro de los que se incluyen los derechos de las personas sobre los recursos naturales y el medio ambiente. Sobre éstos, hasta la Conferencia Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, en Río de Janeiro en 1991, no se habían establecido instrumentos jurídicos a nivel internacional de carácter obligatorio. Se estima que la responsabilidad es tanto de los Estados como de los particulares, pero es necesaria la cooperación de todos sin excepción. Por otra parte se hace imprescindible implementar políticas y medidas de carácter urgente para su eficaz respeto y cumplimiento.

Líteral h): “Promover en forma armónica y equilibrada, el desarrollo sostenido económico, social, cultural y político de los Estados Miembros y de la Región en su conjunto”.

Líteral i): “Establecer acciones concertadas dirigidas a la preservación del medio ambiente por medio del respeto y armonía con la naturaleza, asegurando el

equilibrado desarrollo y explotación racional de los recursos del área, con miras al establecimiento de un Nuevo Orden Ecológico en la Región”.

Comentario a los literales h) e i) del artículo 3 del Protocolo de Tegucigalpa: En los literales “h” e “i”, se hace referencia indistintamente a “desarrollo sostenido” y “desarrollo” y “explotación racional” de los recursos, no obstante y dada la preocupación de nuestro acelerado deterioro ambiental, creemos que se hace referencia a un único concepto, “desarrollo sustentable”, que tratando de resumir lo que a su vez ha sintetizado el ilustre jus-agrarista argentino Francisco Giletta en su reciente obra, *“Lecturas de Derecho Agrario”*, podemos afirmar que “desarrollo sustentable es aquel constituido por el crecimiento económico, la preservación del medio ambiente y una bien entendida equidad social”.

El reconocimiento de estos derechos es reciente. La Declaración de Estocolmo de 1982 en donde se creó el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, y la Carta Mundial de la Naturaleza, fueron el reflejo del interés internacional por el tema, que, poco a poco, fue incorporándose en las legislaciones nacionales.

Las primeras huellas sobre la preocupación de este problema la encontramos en la Conferencia Internacional sobre los Recursos Naturales, en Francia en 1948, llevada a cabo bajo los auspicios de la UNESCO, en donde se concretó la creación de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), como el primer organismo multilateral con funciones relativas a la preservación del medio ambiente a nivel mundial.

Le ha correspondido a la Asamblea General de las Naciones Unidas ocupar un papel importante, como foro político, para diseñar estrategias y políticas a efecto de hacer efectivos estos principios de Derecho Internacional en lo relativo a la protección ambiental y los recursos naturales.

Así, en su seno, se adoptó la “Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados” en 1974, y la “Carta Mundial de la Naturaleza” en 1982.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, en el artículo 1.2, establecen: *“para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional. En ningún caso podría privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia”*.

En todas las Constituciones Políticas de los Estados Miembros del Sistema SICA se reconoce el derecho a la protección de los recursos naturales y el medio ambiente.

Debe tenerse presente y como referencia, que ya en el libro del Génesis en la Biblia se dispone: *“Tomó, pues, Dios al hombre, y le puso en el jardín del Edén para que lo cultivara y guardare”*.

III. Normativa Comunitaria Centroamericana Complementaria y derivada sobre el Medio Ambiente.

III.1 Normativa Comunitaria Centroamericana Complementaria.

La normativa comunitaria centroamericana, está constituida por aquellos Tratados, Convenios o Protocolos que los Estados Miembros suscriben dentro del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), que crean Organismos e Instituciones comunitarios, a quienes dotan de personalidad jurídica, señalan facultades y atribuciones, y dotan de competencia, como el Tratado General de Integración Económica de Centroamérica y su Protocolo, el Tratado de Integración Social Centroamericana, y el Convenio Constitutivo de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo, por mencionar las de mayor interés para esta disertación.

Dentro de éstos, debe tenerse presente según el profesor Eduardo Pigretti, pionero en difundir la Teoría de los Recursos Naturales en su cátedra de Derecho Agrario y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que así como todo derecho tiene un contenido social, a partir de esta época todo derecho tendrá además un contenido ambiental, por lo que analizaremos suscintamente lo que estos Convenios tienen con relación expresa al Medio Ambiente.

III.1.1 Tratado General de Integración Económica Centroamericana y su Protocolo.

No obstante que en diversos artículos del Protocolo de este Tratado se hace referencia al desarrollo sostenible, como los artículos 3, 21, 26 y 34, es en el artículo 35 en donde se encuentra la relación más directa, cuando dispone:

“Art.35. En el campo de los recursos naturales y el medio ambiente, los Estados Parte convienen en desarrollar estrategias comunes, con el objetivo de fortalecer la capacidad de los Estados para valorizar y proteger el patrimonio natural de la región, adoptar estilos de desarrollo sostenible, utilizar en forma óptima y racional los recursos naturales del área, controlar la contaminación y restablecer el equilibrio ecológico, entre otros, mediante el mejoramiento y la organización a nivel regional de la legislación ambiental nacional y el financiamiento y la ejecución de proyectos de conservación del medio ambiente”.

Por ser tan claro lo aquí dispuesto omito comentario alguno.

III.1.2 Tratado de la Integración Social Centroamericana.

En este Instrumento, a partir del artículo 1° se hace referencia a la participación plena de toda la población centroamericana en el desarrollo sostenible, como una forma de lograr la integración social centroamericana.

Se establecen como principios, en el artículo 6°, el respeto a la vida “en todas sus manifestaciones, la convivencia armónica con el ambiente y el respeto a los recursos naturales, la conservación y el rescate del pluralismo cultural y la diversidad étnica de la Región, en el marco del respeto a los derechos humanos.”

En el artículo 8, se establece como un “alcance”: La consecución del desarrollo sostenible de la población centroamericana, que combine la tolerancia política, la conviven-

cia democrática y el crecimiento económico con el progreso social, garantizando el sano funcionamiento de ecosistemas vitales para la vida humana, a partir de un diálogo efectivo, que permita a los gobiernos y a otros sectores de la sociedad actuar solidariamente.

III.1.3. Convenio Constitutivo de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo.

Como todo este instrumento hace referencia al objeto de esta disertación, me limitaré a expresar, en una muy apretada síntesis, que se crea la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo (CCAD), que tiene como objetivos: Valorizar y proteger el patrimonio natural de la Región, estableciendo la necesaria cooperación entre los Estados Miembros, promover la necesaria coordinación entre las entidades gubernamentales e internacionales para la optimización y racionalización de los recursos naturales del área, la determinación de las áreas prioritarias de acción... La compatibilización de los grandes lineamientos de política y legislación nacionales con las estrategias para un desarrollo sostenible, la promoción en la Región de una gestión ambiental participativa, democrática y descentralizada.

Que las funciones de la CCAD, son:

- 1) Promover la incorporación de los asuntos ambientales en los niveles de decisión política de la Región, y
- 2) Implementar las políticas, planes y proyectos emanados de su seno.

III.II.1 Normativa Comunitaria Centroamericana Derivada.

La Normativa Comunitaria Centroamericana Derivada, está constituida por las reglas emanadas de los Organos y Organismos Comunitarios dotados de poder normativo como lo son, entre otros, los Acuerdos y Declaraciones emitidas en las Reuniones de Presidentes de Centroamérica, cuando lo hacen como Organo Supremo del Sistema SICA, a partir del mes de mayo de 1986.

Estas Declaraciones contentivas de los Acuerdos, revisten particular importancia porque de conformidad al artículo 4º del Protocolo de Tegucigalpa, literal i), en relación con el literal e) del artículo 12 del mismo Protocolo, constituyen parte del Ordenamiento Jurídico de la Integración Centroamericana y deben respetarse, desde luego, en su debido orden jerárquico inferior en relación con el Derecho Primario y Complementario del mismo.

Entre lo más significativo dentro de estos Acuerdos y Declaraciones relativas al Medio Ambiente y Recursos Naturales se encuentran:

- 1) Declaración de Guácimo sobre una Estrategia Integral de Desarrollo Sostenible en la Región, del 20 de agosto de 1994,
- 2) La Alianza Centroamericana para el Desarrollo Sostenible del 12 de octubre de 1994,
- 3) Los Compromisos de la Alianza para el Desarrollo Sostenible, de la misma fecha anterior,
- 4) La Declaración de Masaya sobre Compromisos en materia de Medio Ambiente y Recursos Naturales, del 13 de octubre de 1994, y

- 5) La Declaración y Compromisos sobre La Paz y el Desarrollo en Centroamérica, de Tegucigalpa, del 25 de octubre de 1994.

Por considerarlo de especial interés y por tener estrecha relación con una resolución pronunciada por la Corte Centroamericana de Justicia, dejo para un acápite posterior los comentarios sobre la ALIDES o Alianza para el Desarrollo Sostenible.

III.II.2 Otra normativa aplicable.

Como ya fue mencionado anteriormente en el artículo 12, literal e) del Protocolo de Tegucigalpa, se hace referencia a lo que constituye la normativa comunitaria centroamericana, y en el artículo 4, literal i) del mismo, como principio fundamental de actuación para los Estados Miembros se establece en forma imperativa, que deberán “El respeto a los principios y normas de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y de la Organización de Estados Americanos (OEA)”, con los que se abre un abanico de posibilidades inmensas en esta materia. Ya a inicios de esta conferencia hacíamos referencia a algunas de las Conferencias, Cartas y Tratados que han sido auspiciados por las Naciones Unidas. En igual forma, hay numerosos instrumentos sobre el Medio Ambiente suscritos a nivel de la Organización de Estados Americanos.

IV. La Corte Centroamericana de Justicia y los Derechos Humanos.

En cuanto a la protección de los Derechos Humanos dentro del Sistema de la Integración Centroamericana SICA, a nuestro criterio, es necesario destacar lo siguiente:

El Artículo 25 del Convenio de Estatuto establece: “La Competencia de La Corte no se extiende a la materia de derechos humanos, la cual corresponde exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Sobre el particular, La Corte en el caso Lic. José Viguer Rodrigo (Exp. 11-1-8-2000), estableció que si se cometieran infracciones a los derechos humanos por un Organismo, Organismo o Institución del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), como consecuencia del incumplimiento de la Normativa que rige este Sistema, podrían llegar a ser del conocimiento de La Corte, en atención a que uno de los pilares en que se fundamenta el SICA, es el irrestricto respeto, tutela y promoción de los derechos humanos, de conformidad con los Arts. 3 a) y 4 a) del Protocolo de Tegucigalpa, que La Corte está en la obligación de salvaguardar y hacer efectivos a lo interno del Sistema, ya que dichos Organismos, Organismos e Instituciones no están sujetos a la jurisdicción de La Corte Interamericana de Derechos Humanos, y los afectados por ellos quedarían sin protección alguna.

Además debe considerarse que podría darse el caso de violación al derecho humano a un medio ambiente sano por parte de Estados Miembros ratificantes de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Protocolo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y que, en dicho caso, la Corte Centroamericana de Justicia podría tener competencia y jurisdicción en virtud de su propia normativa por las siguientes consideraciones jurídicas:

1. En la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), no está consagrado el derecho humano a un medio ambiente sano por lo que no podría ni la Comisión ni la Corte Interamericana de Derechos Humanos asumir competencia y jurisdicción en esta materia.
2. El derecho humano a un medio ambiente sano está consagrado en el Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador" (Artículo 11).
3. Hasta la fecha sólo Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam y Uruguay, han ratificado el Protocolo en materia de derechos económicos, sociales y culturales, el cual ya entró en vigor con el depósito de once instrumentos de ratificación.
4. Dicho Protocolo adicional a la Convención contempla como mecanismo de protección la presentación de informes periódicos respecto a las medidas progresivas que hayan adoptado los Estados parte para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo.
5. No se establece ninguna competencia y jurisdicción a los Organos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos para su protección, por lo que al no ser de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede tener dicha competencia la Corte Centroamericana de Justicia en base a su propia Normativa Jurídica, ya sea que los violadores al derecho humano a un medio ambiente sano sean Estados Miembros del SICA, sus Organos, Organismos o Instituciones.

V. Resoluciones pronunciadas y actividades realizadas por la Corte Centroamericana de Justicia en relación con el Medio Ambiente.

De las Resoluciones pronunciadas por la Corte Centroamericana de Justicia en relación al Medio Ambiente, la más destacada es la que se pronunció con ocasión de la Consulta que sobre la Situación Jurídica de la Alianza para el Desarrollo Sostenible (ALIDES), formuló la Secretaría General del SICA, el 3 de abril de 1995.

Antes de exponer lo resuelto por La Corte en ocasión de la Consulta formulada por la Secretaría General-SICA, debemos manifestar que, después de analizar las Declaraciones, Agendas y Programas concretos, llegamos a la conclusión que la "Alianza para el Desarrollo Sostenible", es una sentida aspiración, una visión de los suscriptores referentes a la forma de implementar políticas de desarrollo regional que armonicen el actuar de los gobiernos, gobernantes y gobernados para la realización del bien común, individual y colectivo de todos los habitantes en la región.

La consulta formulada por el entonces Secretario General del Sistema SICA, Dr. Roberto Herrera Cáceres, el 21 de abril de 1995, contenía tres preguntas formuladas de la siguiente manera:

La primera pregunta dice: "En la clasificación jurídica de los tratados centroamericanos y otros actos vinculatorios en materia de integración ¿Cuál es la jerarquía

que corresponde al Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de los Estados Centroamericanos, con respecto al conjunto de Tratados, Convenios, Protocolos, Acuerdos y otros actos jurídicos vinculatorios, anteriores y posteriores a la entrada en vigencia del Protocolo de Tegucigalpa?.”

Al respecto La Corte, resolvió que:

“El Protocolo de Tegucigalpa de 1991 es en la actualidad, el Tratado Constitutivo Marco de la Integración Centroamericana y que institucionaliza los conceptos de “instrumentos complementarios” o “actos derivados” y que por lo tanto es el de mayor jerarquía y la base fundamental de cualquier otra normativa centroamericana sean éstos, Tratados, Convenios, Protocolos, Acuerdos u otros actos jurídicos vinculatorios anteriores o posteriores a la entrada en vigencia del Protocolo de Tegucigalpa.”

La segunda pregunta dice así: “¿Cuál es la relación normativa de los instrumentos complementarios o actos derivados del Protocolo de Tegucigalpa con respecto a este último?”

La Corte, resolvió que:

“Habiéndose ya determinado en la respuesta a la primera consulta que el Protocolo de Tegucigalpa de 1991, es en la actualidad el Tratado constitutivo marco de la integración centroamericana y que institucionaliza los conceptos de “instrumentos complementarios” o “actos derivados” y que por lo tanto es el de mayor jerarquía y la base fundamental de cualquier otra normativa centroamericana, de la naturaleza que sea, anterior o posterior al mismo. La Corte considera que el Protocolo de Tegucigalpa, en relación a sus instrumentos complementarios o actos derivados, es el de mayor jerarquía, y juntos estos últimos con el primero, de conformidad al Artículo 35 del mismo, prevalecen sobre cualquier Convenio, Acuerdo o Protocolo suscrito entre los Estados Miembros, bilateral o multilateralmente, sobre las materias relacionadas con la integración centroamericana, no obstante, que queden vigentes entre dichos Estados las disposiciones de aquellos Convenios, Acuerdos o Tratados, siempre que las mismas no se opongan al presente instrumento u obstaculicen el logro de sus propósitos y objetivos...”

Tanto los instrumentos complementarios como los actos derivados del Protocolo de Tegucigalpa, tienen una relación normativa de dependencia del mismo en la forma que ha sido señalada.”

La tercera y última pregunta realizada por el Secretario General del SICA, la formuló de la siguiente manera:

“En el contexto de la clasificación jurídica y de las relaciones normativas procedentes ¿Cuál es la situación jurídica de la Alianza para el Desarrollo Sostenible, adoptada por los Presidentes de las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y el representante del Primer Ministro de Belice (Managua, Nicaragua, 12 de octubre de 1994)?.”

Esta tercer pregunta, La Corte la contestó en tres partes de la siguiente manera:

- 1) La situación jurídica de la “Alianza para el Desarrollo Sostenible” adoptada por los Presidentes de las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala,

Honduras, Nicaragua, Panamá y el representante del Primer Ministro de Belice, en Managua, Nicaragua, Centroamérica, el doce de Octubre de mil novecientos noventa y cuatro, en cuanto a su clasificación jurídica, de conformidad al “ordenamiento jurídico” establecido en la letra e) del Artículo 15 del Protocolo de Tegucigalpa, es la de un “Acuerdo”, adoptado, para los Estados para los que está vigente el aludido Protocolo, por el Órgano Supremo del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) y dentro del mismo, en ejercicio de sus atribuciones establecidas en los Artículos 14, 15, 30 y 31 del mencionado Protocolo, de necesaria obligatoriedad jurídica para dichos Estados.

- 2) Para los Estados que no está vigente el Protocolo de Tegucigalpa y para aquél que no ha solicitado su adhesión al mismo, y que son suscriptores de la Alianza para el Desarrollo Sostenible, debe entenderse que han suscrito con el Órgano Supremo del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), un acuerdo de los que la doctrina denomina como “Acuerdo en forma simplificada” o “Directrices”, de necesario cumplimiento, debiéndose deducir las responsabilidades en que incurra el que no cumpla con la misma, de conformidad a las normas y usos internacionales.
- 3) La clasificación que corresponde a la “Alianza para el Desarrollo Sostenible”, de conformidad al ordenamiento jurídico establecido en el Protocolo de Tegucigalpa, es la de “Acuerdo” derivado del referido Protocolo, adoptado por el Órgano Supremo del Sistema de la Integración para sí y con otros Estados, que por su naturaleza ya señalada y jerarquía inferior, no modifica, deroga, sustituye o desnaturaliza el Protocolo de Tegucigalpa.

En cuanto a otras actividades de la Corte relativas al Medio Ambiente podemos mencionar entre otras:

- a) Publicación del Libro: “Fundamentos Constitucionales Centroamericanos del Derecho Ambiental y Agrario”, en dos ediciones,
- b) Asistencia al “Seminario de Estudio sobre las Bases Constitucionales del Proceso de Modernización del Derecho Agrario y Ambiental en Centroamérica”, celebrado en Pisa, Italia, en julio de 1995,
- c) Asistencia al Seminario Internacional de Derecho y Ambiente, celebrado en San José, Costa Rica, en diciembre de 1995,
- d) Celebración de Seminario sobre “La Modernización de la Legislación Agraria y Ambiental en Centroamérica”, en Granada, Nicaragua, en abril de 1996,
- e) Gestiones realizadas ante el PARLACEN con ocasión de la petición formulada por el Parlamento Indígena de América, de febrero de 1998, que provocó la comparecencia de sus Diputados al Caribe de Nicaragua con el fin de atender potenciales conflictos que se anunciaban, y
- f) Asistencia y participación en el Seminario Homenaje a la Doctora María Haydeé Flores, en Managua, en septiembre de 1998.

VI. Expectativas Jurisdiccionales en la materia del Medio Ambiente por parte de la Corte Centroamericana de Justicia.

Las expectativas jurisdiccionales que pueden formularse, en materia del Medio Ambiente, por parte de la Corte Centroamericana de Justicia, se contraen, básicamente, a su función esencial, a su competencia específica y al amplio campo de la normativa vigente sobre el medio ambiente que hemos venido analizando.

En cuanto a la primera, por lo que se establece tanto en el artículo 12 del Protocolo de Tegucigalpa como lo dispuesto en los artículos 1 y 2 del Convenio de Estatuto de la misma, que se resume en: garantizar el respeto del derecho, en la interpretación y ejecución de toda la normativa comunitaria. La segunda, por lo establecido, en especial en el literal e) del artículo 22 del Convenio de Estatuto que la rige, que establece que la Competencia de La Corte será: “c) Conocer, a solicitud de cualquier interesado, acerca de las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o de cualquier otra clase dictadas por un Estado, cuando afecten los Convenios, Tratados y de cualquier otra normativa del Derecho de la Integración Centroamericana, o de los Acuerdos o Resoluciones de sus Organos u Organismos”. La tercera, en cuanto, como hemos visto, en la normativa comunitaria sobre el Medio Ambiente se incluyen desde los Derechos Humanos de Solidaridad o de la 3ª Generación, a los Tratados Primarios de la Integración Centroamericana, el Derecho Complementario y Actos Derivados, así como los Convenios vigentes a nivel de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos de esta misma naturaleza. En otras palabras, cualquier interesado, esto es cualquier ciudadano centroamericano, podría demandar a los Estados Miembros del SICA y, cuando corresponda, a los Organos y Organismos del Sistema, cuando contraríen cualquier disposición de esta amplia gama de la normativa comunitaria vigente, relacionada con la conservación o mejora del Medio Ambiente.

De esta forma, y cuando así se le solicite, la Corte Centroamericana de Justicia, será un celoso ángel guardián de Centroamérica y su Medio Ambiente.

VII. Reflexiones Finales

Hasta ahora no se había hecho referencia a lo que dispone el artículo 6º del Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia. Esto es que declara que La Corte representa la conciencia nacional de Centroamérica y debe ser considerada, además, depositaria y custodia de los valores que constituyen la nacionalidad centroamericana.

Esta importantísima atribución nos sobrepone a las consideraciones jurídicas que hasta hoy hemos venido realizando y nos coloca en el campo de la estimativa, que nos hace, en todo caso, partícipes del sufrimiento común del deterioro a que está sometido nuestro medio ambiente y que constantemente palpamos.

Nos corresponde a todos los centroamericanos, con amor de enamorados, el tratar de rescatar nuestro medio y aprovecharlo y regularlo en armonía con el dere-

cho natural que le es tan propio, ya que como decía Aristóteles: *“Hay que consultar las cosas mismas porque ellas no saben mentir”*, o como dice Hotschewer: *“Es cada vez mayor el número de investigadores y de estudiantes que entienden que la Naturaleza no se equivoca y que el futuro será nuestro cuando las leyes del hombre apoyen las leyes naturales”*. (Ambos ilustres autores citados por Francisco I. Gilletta en su obra *“Lecturas de Derecho Agrario”*, Santa Fe, Argentina, página 251).

Es pues esta armonía la que debe buscarse y encontrarse para preservar y rescatar nuestro Medio Ambiente: una norma comunitaria ambiental en plena comunión con la ley natural, que permita el crecimiento económico, la preservación del medio ambiente y una bien entendida equidad social. En nuestra sufrida y atormentada Centroamérica, debe traducirse en una frase convertida en lema: *“En esta Comunidad Centroamericana nadie se muere de hambre, de sed, de frío, ni de calor”*.

III. Tratados Internacionales y Derecho Internacional

- *Humberto Román Palacios*
El Tratado de Libre Comercio para América del Norte
y la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal
Constitucional
- *Adolfo Roberto Vázquez*
Soberanía, supranacionalidad e integración: la cuestión en los
países del Mercosur
- *Alejandro Maldonado Aguirre*
Guatemala: recepción del Derecho Internacional de los
Derechos Humanos
- *Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano*
Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos
Humanos en el ámbito interno guatemalteco
- *Norbert Bernsdorff*
Actos y decisiones que exceden las competencias de una
organización internacional: ¿nulidad o anulabilidad?
- *Jan-Michael Simon*
Jurisdicción Universal
La Perspectiva del Derecho Internacional Público

Humberto Román Palacios*

El Tratado de Libre Comercio para América del Norte y la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional

I. Introducción

México no ha escapado al fenómeno de la globalización económica. Su situación geográfica hace que difícilmente podamos aislarnos del comercio que se está generando en la región de América del Norte, de América Latina y de Europa.

Hace más de 10 años que México inició su incursión en el proceso del comercio internacional. En 1986 ingresamos al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de la Organización Mundial del Comercio (OMC). En 1992 suscribimos un Tratado de Libre Comercio con Chile. Posteriormente, en 1993 ingresamos al Mecanismo de Cooperación Asia Pacífico (APEC). En 1994 entró en vigor el Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN) e ingresamos a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Desde entonces, México ha mantenido una vigorosa actividad en materia comercial, suscribiendo acuerdos comerciales con Colombia, Venezuela, Bolivia, Costa Rica (1995), Nicaragua (1998), Israel y la Unión Europea (2000).

En todas estas actividades han intervenido, por parte de México, las instancias que nuestra Constitución Política establece para ello, esto es, el Presidente de la República suscribiendo y el Senado de la República ratificando. En el caso del TLCAN, Estados Unidos lo hizo de manera ejecutiva, sin la participación del Senado.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun cuando se ha consolidado como un Tribunal Constitucional, no ha tenido una mayor participación, sobre todo

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Estados Unidos Mexicanos.

porque no contamos con los instrumentos procesales que existen en otros países mediante los cuales la Suprema Corte o el Tribunal Constitucional da su parecer en torno a los posibles cuestionamientos constitucionales que pudieran surgir antes de ratificarse el tratado correspondiente, pero también porque en casos como el del TLCAN se ha pretendido excluir a las instancias nacionales jurisdiccionales.

A este respecto, sobresale una marcada diferencia en relación con el surgimiento y evolución entre el TLCAN y la Unión Europea. Para empezar, nuestra evolución todavía ha quedado circunscrita al fenómeno económico y no ha trascendido, como sucede en Europa, a cuestiones culturales y políticas. En América del Norte todavía no pensamos en que un ciudadano norteamericano o un canadiense puede ser sujeto de voto pasivo a nivel municipal. Por el momento, estamos en un fuerte debate en torno a si los mexicanos que tienen una doble nacionalidad pueden votar en sus dos países, es decir, en Estados Unidos y en México, pero esto, desde luego, como una cuestión ajena a la integración económica en la que nos encontramos y como reflejo del cambio de régimen político actual.

El caso del TLCAN guarda una situación especial, no sólo porque a raíz de su entrada en vigor surgió un levantamiento armado en el Estado de Chiapas, sino porque a partir de este Tratado hemos visto un crecimiento acelerado en nuestro comercio. Así, por ejemplo, en los últimos años México se ha convertido en una primera potencia comercial de América Latina, con una participación del 46% en las exportaciones totales de la región y del 44% del total de las importaciones. Actualmente, más del 65% de la inversión extranjera directa que México recibe proviene de Estados Unidos y Canadá, lo que se traduce en empleos, transferencia de tecnología, oportunidades de exportación indirecta a través de cadenas de proveedores y en capacitación para trabajadores y ejecutivos.

Hoy, Norteamérica es una de las regiones comerciales más dinámicas e integradas, en donde aproximadamente una tercera parte del comercio total de la región se realiza entre los países socios del TLCAN. Entre 1994 y 2000, el crecimiento promedio anual del comercio total entre México, Estados Unidos y Canadá ha sido de 12%, por arriba del comercio mundial de bienes (7%). En sólo siete años, el comercio total entre México, Estados Unidos y Canadá aumentó 128% (cerca de 370 mmdd) para superar los 659 mil millones de dólares en el 2000.

Con el TLCAN, Canadá se ha convertido en el segundo mercado para los productos mexicanos, y México se ha convertido en cuarto socio comercial de Canadá. Entre 1994 y 2000 el intercambio de bienes entre México y Canadá creció casi 199%.

El comercio bilateral entre Estados Unidos y México, desde la entrada en vigor del TLCAN, se ha triplicado. México hoy en día es el segundo mercado más grande para los productos estadounidenses y uno de los socios comerciales más dinámicos de Estados Unidos.

Con el ingente intercambio comercial, específicamente con motivo del TLCAN, era de suponer que ello arrojaría como consecuencia un número elevado de contro-

versias teniendo que intervenir las instancias jurisdiccionales, lo que sin embargo no ha sucedido, principalmente por dos razones. Una de ellas consiste en que el mecanismo de resolución de controversias mediante paneles binacionales ha funcionado cumpliendo su objetivo, esto es, resolviéndolas. Por otra parte, dada la regulación misma de los paneles binacionales, se pretende que sirvan como sustitutos de las revisiones judiciales internas, lo que sin embargo ha acarreado algunos cuestionamientos en México que enseguida expondremos.

II. TLCAN y paneles binacionales

Con base en la idea de constituir una zona de libre comercio entre Canadá, Estados Unidos y México, de conformidad con el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), se iniciaron las negociaciones correspondientes entre los Secretarios de Comercio de los países en cuestión, llegándose a su conclusión en agosto de 1992 y habiéndose obtenido los acuerdos necesarios para constituir lo que posteriormente sería el Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Este tratado entró en vigor en México el 1 de enero de 1994 y constituye un conjunto de reglas para fomentar el intercambio comercial y los flujos de inversión entre los tres países de la región de América del Norte, mediante la eliminación paulatina de los aranceles o impuestos que pagan los productos para entrar al otro país; el establecimiento de normas que deben ser respetadas por los productores de los tres países y, finalmente, los mecanismos para resolver las diferencias que puedan surgir.

Como objetivos de este Tratado se encuentran la integración de una región en donde el comercio de bienes y servicios y de las corrientes de inversión sea más intenso, expedito y ordenado para beneficio de los consumidores e inversionistas de la región; la eliminación de las barreras al comercio de bienes y servicios para propiciar condiciones para una competencia justa; el incremento de las oportunidades de inversión; la protección de la propiedad intelectual; el fomento de la cooperación trilateral, regional y multilateral y el establecimiento de procedimientos efectivos para la aplicación del Tratado y la solución de controversias.

A este último aspecto es al que quiero referirme.

A diferencia de México, Canadá y Estados Unidos tienen una amplia experiencia en relación con la materia de *antidumping* (discriminación de precios) y *countervailing duties* (cuotas compensatorias por subsidios), así como en otro tipo de medidas contra prácticas desleales de comercio. Sus leyes son similares y ellos han sido, por ejemplo, grandes usuarios del derecho *antidumping* establecido en el GATT.

No obstante, cuando Canadá y Estados Unidos comenzaron las negociaciones de libre comercio en 1986, Canadá se percató de que el sistema estadounidense era más susceptible a la influencia política y que por ello en ocasiones, los exportadores canadienses eran víctimas de determinaciones proteccionistas adoptadas con criterios políticos. Por tanto, Canadá pedía un mayor acceso al mercado norteamericano y en especial un mecanismo de resolución de estos aspectos.

Con base en lo anterior, Canadá, al momento de la negociación de libre comercio, siempre pugnó por eliminar la aplicación de las respectivas leyes *antidumping* y de cuotas compensatorias. Estados Unidos, en contrapartida, no quería limitar su derecho de imponer cuotas a los productos subsidiados o con discriminación de precios.

Esta situación se solucionó con la inclusión, en el Acuerdo de Libre Comercio entre estos dos países (que entró en vigor en 1989), de un novedoso mecanismo de paneles binacionales para revisar las controversias en materia de prácticas desleales de comercio, ya que ambos países no hicieron cambios a su legislación. Es más, las conservaron, pero con el compromiso de “reemplazar la revisión judicial de las resoluciones definitivas sobre cuotas *antidumping* y compensatorias con la revisión que lleve a cabo un panel binacional”. Así, en lugar de los tribunales nacionales, serían los paneles binacionales los encargados de decidir si la “autoridad investigadora competente” aplicó sus disposiciones en esta materia de acuerdo con su derecho interno.

Ahora bien, esta solución pasó, casi en sus términos, al capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN), aunque con algunos debates.

Las posiciones encontradas de Estados Unidos y Canadá en el Acuerdo de Libre Comercio resurgieron una vez más con el TLCAN, y un poco recrudescidas, pues dada la experiencia obtenida, Canadá sostenía que no aceptaría el TLCAN si no se le incluía el Capítulo XIX.

México, en cambio, tenía otras preocupaciones que coincidían más con la posición original canadiense, pues le interesaba sobre todo, asegurar el acceso de los productos mexicanos al mercado de los Estados Unidos, Como lo afirmó el secretario de Comercio y Fomento Industrial en su comparecencia ante el Senado, en donde afirmó que “un aspecto fundamental de la negociación fue asegurar a los exportadores mexicanos que no estarán sujetos a la aplicación arbitraria e injustificada de las medidas de defensa contra prácticas desleales de Estados Unidos y Canadá”.

Lo antes dicho, sin embargo, no da pauta para considerar una ausencia de reflexión o preocupación en lo que corresponde a los paneles binacionales y a nuestro sistema jurisdiccional.

En la época de negociaciones intensas del TLCAN mucho se dijo acerca del grado de seguridad jurídica que existía en nuestro país y en específico respecto al debido proceso legal y a la transparencia en las decisiones jurisdiccionales. Se preguntaban nuestros países vecinos cuál era el alcance protector de nuestro juicio de amparo y si constituía una instancia diferente a las que existían en aquellos países.

A base de explicaciones reiteradas, nuestros vecinos obtuvieron un mayor conocimiento del juicio de amparo quedándoles claro que había criterios que se venían sosteniendo desde hace mucho tiempo en los que se evidenciaba un respeto a las formalidades esenciales del procedimiento y de que las decisiones jurisdiccionales no eran arbitrarias, sino que se basaban en criterios fundados y razonados.

En lo que se acentuaron las preocupaciones fue en lo que correspondía a las instancias jurisdiccionales que había en México. Así, mientras que en Estados Unidos y en Canadá normalmente existían dos, siendo el caso de una tercera verdade-

ramente excepcional, en México habían tres instancias a las que todo justiciable podía acudir, constituyendo la última de ellas el juicio de amparo.

La diferencia en estas cuestiones trató de solucionarse en el articulado del Capítulo XIX, en donde se estableció, por ejemplo, que “cada una de las partes reemplazará la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas sobre cuotas *anti-dumping* y compensatorias con la revisión que lleve a cabo un panel binacional” (artículo 1904.1).

Con este precepto se quería decir que las impugnaciones nacionales (revisión judicial interna) podrían sustituirse con la intervención que se solicitara de un panel binacional, el que no constituiría, desde luego, un órgano jurisdiccional supranacional de carácter permanente.

En el caso de México, la revisión judicial puede tener múltiples acepciones, algunas de las cuales serán vistas más adelante.

En el mismo sentido, pero con la intención de marcar el vínculo que producen las resoluciones de los paneles binacionales, los tres países convinieron en adoptar un artículo en el que se dijo que “el fallo de un panel en los términos de este artículo será obligatorio para las partes implicadas...” (1904.9).

De esta manera, considerando que la resolución del panel sustituye la revisión judicial interna y la resolución que se emita tiene carácter obligatorio, debe concluirse que se trata de dar definitividad a la instancia del panel binacional.

Por último, para que la situación quedara zanjada, todavía se incluyó un precepto en el que tajantemente se acordó que:

“una resolución definitiva no estará sujeta a ningún procedimiento de revisión judicial de la parte importadora, cuando una parte implicada solicite la instalación de un panel con motivo de esa resolución dentro de los plazos fijados en este artículo. Ninguna de las partes establecerá en su legislación interna la posibilidad de impugnar ante sus tribunales nacionales una resolución de un panel” (1904.11).

Estos fueron los compromisos alcanzados en el TLCAN en cuanto a las preocupaciones manifestadas por Canadá y Estados Unidos. Sin embargo, no se hizo ninguna modificación del ordenamiento jurídico interno mexicano, y mucho menos en lo que respecta a la Constitución.

III. Los paneles binacionales y el juicio de amparo

A la fecha, sólo ha habido una ocasión en que la Suprema Corte de Justicia ha entrado al análisis y correspondiente pronunciamiento en relación con el medio alternativo de resolución de conflictos de que hablamos, a través del juicio de amparo. Conviene, en consecuencia, adentrarnos un poco en la resolución correspondiente (Amparo en Revisión 280/98) para hacer algunas precisiones en torno del tema.

En septiembre de 1994, las empresas USX Corporation e Inland Steel Company solicitaron el procedimiento de paneles binacionales conforme al artículo

1904 del TLCAN, contra dos resoluciones de la entonces Secretaría de Comercio y fomento Industrial (SECOFI), emitidas en agosto de ese mismo año.

Uno de los paneles constituidos ordenó a la SECOFI, en agosto de 1995, que anulara la resolución definitiva que emitió por haber violado la garantía de legalidad, en los términos del artículo 239 del Código Fiscal de la Federación. Las empresas reclamantes y la SECOFI acataron la resolución, no habiéndose inconformado.

La resolución del segundo panel, emitida en septiembre de 1996, en cambio, sí fue impugnada ante un Juzgado de Distrito en Materia Administrativa, sobre todo porque se devolvió la resolución a SECOFI para que adoptara medidas no incompatibles con las instrucciones del panel binacional.

El Juez de Distrito analizó y se pronunció sobre varias cuestiones. Una de ellas, de particular importancia pues es una cuestión de procedencia, consistió en determinar si los paneles binacionales son autoridad para efectos del amparo. Considerando que en nuestro país los tratados internacionales al firmarse por el Presidente de la República y ratificarse por el Senado se incorporan a nuestro derecho nacional; que el TLCAN establece un tribunal que deberá resolver los asuntos que se sometan a su consideración y que la SECOFI, autoridad investigadora, no tiene jurídicamente la posibilidad de incumplir el laudo dictado por el panel binacional, entonces debe concluirse que si la conducta que desenvuelve la SECOFI, ordenada por el panel binacional, incide en la esfera jurídica de los particulares que fueron partes del procedimiento, el laudo del panel reclamado es un acto de autoridad susceptible de impugnarse a través del amparo, máxime que su obligatoriedad deriva directamente de una norma jurídica mexicana, potestad pública que puede afectar las garantías individuales de los particulares (pp. 41 y 42).

Este criterio, que reviste la mayor de las importancias, no fue motivo de posteriores consideraciones ya que no se formularon agravios al respecto que permitieran que en la siguiente instancia se entrara a su análisis. Si acaso, de manera indirecta se sostuvo por la recurrente en la segunda instancia, que el Juez de Distrito había malinterpretado la noción de “definitividad” referida en la Ley de Comercio Exterior, pues ella lo que significa es que la resolución de la SECOFI, no admite la procedencia de otro mecanismo alternativo ni del recurso de revocación ante la propia SECOFI ni del juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación (TFF); esto, desde luego, lo que viene a hacer, contrariamente a lo deseado por el recurrente, es apoyar la resolución del Juez de Distrito pues es hasta esa multicitada resolución de la SECOFI, en cumplimiento del laudo arbitral del panel binacional, cuando al no proceder ya recurso alguno, se estaría en el supuesto de la procedencia del juicio de amparo (p. 87).

En este mismo sentido, se puede decir que cuando el artículo 1904.11 hace referencia a que una resolución definitiva no estará sujeta a ningún procedimiento de revisión judicial de la parte importadora, se está queriendo significar que no procederá el recurso de revocación ante la SECOFI y el juicio de nulidad ante el TFF, como expresamente lo reconoce la Ley de Comercio Exterior (artículo 97.1) y, en consecuencia, es posible hacer valer el juicio de amparo. Igualmente puede considerar-

se la expresión utilizada en este mismo precepto en el sentido de que ninguna de las partes establecerá en su legislación interna la posibilidad de impugnar ante sus tribunales nacionales una resolución de un panel.

Debe señalarse igualmente, que la procedencia del juicio de amparo en contra de cualquier acto de autoridad está establecida en la Constitución y ésta no sufrió ninguna modificación con ocasión de las negociaciones del TLCAN. Ello quizá obedeció a una de dos razones. O se centró toda la confianza en el sistema de paneles binacionales, o se consideró que por vía judicial había que entender que quedaba incluido el juicio de amparo.

Con el anterior criterio de reconocimiento del panel binacional como autoridad para efectos del amparo, el Juez de Distrito podía haber entrado al análisis de fondo de la cuestión planteada. Sin embargo, de oficio determinó que la resolución del panel binacional contra la cual se enderezó el juicio de amparo no tenía el carácter de definitiva, emitiendo el correspondiente sobreseimiento.

En efecto, de acuerdo a la legislación en materia de amparo cuando se está en presencia de un procedimiento seguido en forma de juicio, como es el caso del previsto en el TLCAN, según la opinión del juez, el juicio de amparo sólo puede promoverse en contra de la resolución definitiva. Sin embargo, tomando en consideración la Ley de Comercio Exterior mexicana, en donde se establecen algunas disposiciones en torno de prácticas desleales de comercio, el Juez de Distrito considera como definitiva la resolución de la SECOFI, dictada como consecuencia de la decisión que emane de los mecanismos alternativos. Esto es, definitiva en términos del juicio de amparo será la resolución de la SECOFI que se emita en relación con la orden del panel binacional, pero no la resolución del panel en sí misma.

Posteriormente, cuando el asunto llegó a la Suprema Corte de Justicia, en virtud de la facultad de atracción que ejerció, se sostuvo por la Primera Sala que efectivamente entre el procedimiento de investigación de la SECOFI y la emisión de una orden o laudo por parte del panel binacional no hay una unidad y menos de carácter vinculatorio, especialmente porque pueden haber varias posibilidades y no darse esa unidad, como sería el caso cuando la parte afectada se conformara con la resolución de la SECOFI o bien que optara por la vía nacional de recurso de revocación ante la propia SECOFI y juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación (pp. 83 y 84).

Por ello, la intervención del panel binacional no es una consecuencia ineludible del procedimiento de investigación realizado por la SECOFI sino que es una posibilidad más, no asistiéndole razón, sostuvo la Suprema Corte de Justicia, al Juez de Distrito.

No obstante lo anterior, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que en lo que respecta a la relación que hay entre la resolución del panel binacional y la determinación de la SECOFI, no fue impugnado, constituyendo esto una parte de la unidad a que se refería el Juez de Distrito, y con base en la cual sobreseyó.

A este respecto, la Suprema Corte de Justicia consideró que no era posible negar el vínculo que existía entre ambas instancias, sobre todo porque resultaba indispensable el acatamiento de la resolución del panel binacional por parte de la SECOFI, ya que aquél no contaba dentro de sus atribuciones con alguna que le permitiera hacer cumplir sus determinaciones autónomamente (p. 85).

Por último, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que el procedimiento seguido ante el panel binacional no era un juicio en estricto sentido, sino un procedimiento seguido en forma de juicio, lo que era completamente distinto. En los juicios, el juez o tribunal hace uso del imperio para hacer cumplir sus determinaciones cuando ello no se lleve a cabo de manera espontánea. En cambio, en el procedimiento del panel binacional en caso de negativa de cumplimiento de la SECOFI, el panel no cuenta con facultad alguna para hacer cumplir sus determinaciones a la SECOFI. En consecuencia, los paneles constituidos con base en el TLCAN no están investidos de imperio, sino sólo a través de la SECOFI. Por ello, es de concluirse que se está en presencia de un procedimiento seguido en forma de juicio en el que el órgano que emite la resolución no cuenta con fuerza ejecutiva, requiriéndose el cumplimiento de la SECOFI para estimarse como válidamente terminado el procedimiento (pp. 89 y 90).

Finalmente, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación confirmó el sobreseimiento decretado por el Juez de Distrito. Hasta aquí nuestra experiencia en relación con el TLCAN.

IV. El Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea

Como todos sabemos, la Unión Europea es la primera potencia comercial y el mercado más grande del mundo. Se cuenta con una población mayor a los 375 millones de habitantes que en 1998, por ejemplo, realizaron compras al exterior por más de 800 mil millones de dólares.

La Unión Europea es nuestro segundo socio comercial y nuestra segunda fuente de inversión extranjera directa. En 1999 el comercio total entre México y la Unión Europea alcanzó los 15 mil 600 millones de dólares.

El primer acuerdo marco de cooperación entre México y la entonces Comunidad Económica Europea se firmó a mediados de 1975. No obstante ello, motivo del resultado de los esfuerzos de integración que ambas partes han realizado a través de la celebración de acuerdos comerciales con otros países, en un tiempo se perdió la importancia del comercio bilateral en los flujos comerciales de las dos partes. De ahí la importancia de haber negociado un nuevo acuerdo de cooperación.

Así, el 8 de diciembre de 1997 se firmaron los tres instrumentos jurídicos que permitieron el inicio de las nuevas negociaciones:

1. Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por la otra.

2. Acuerdo interno sobre Comercio y Cuestiones Relacionadas con el Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, por una parte, y la Comunidad Europea, por otra y
3. Declaración Conjunta entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Estados miembros.

El 14 de julio de 1998 inició formalmente la negociación comercial con el establecimiento del Consejo Conjunto del Acuerdo Interno. Se llevaron a cabo 9 rondas de negociación y el 25 de noviembre de 1999 concluyó la negociación del TLCUEM.

El TLCUEM fue enviado por el Ejecutivo Federal a la consideración de nuestro Senado de la República el 29 de febrero de 2000, como parte integrante del Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre México y la UE. El acuerdo fue aprobado el 20 de marzo de 2000.

El tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y México entró en vigor el 1 de julio de 2000.

Existen marcadas diferencias entre el TLCAN y el TLCUEM. Para empezar, en aquél, México forma parte integrante de la región, de los países que conforman la región económica. En éste, en cambio, México no es sino un país que firma un Acuerdo de Libre Comercio con toda una región. La regulación es en consecuencia, ampliamente diferente.

A pesar de lo anterior, si consideramos a las regiones en sí mismas, el grado de cohesión y de institucionalidad al interior es igualmente diferente. Los paneles binacionales, por ejemplo, dijimos que no constituyen un tribunal que esté por arriba de los países. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, esto es, de la Unión Europea, sí que es un tribunal que tiene una prevalencia determinada en cuestiones comunitarias por encima de los países integrantes de la Unión Europea.

Por esta misma razón, al ser un país que firma un acuerdo de libre comercio con la Unión Europea, el mecanismo de resolución de controversias es distinto, aunque sigue siendo un mecanismo ágil con el que se pretende brindar certeza a las dos partes, sobre bases de equidad, seguridad jurídica y neutralidad.

Este mecanismo busca prevenir o dirimir conflictos derivados de la interpretación o aplicación del Tratado, o bien funciona cuando una parte considera que una medida vigente es incompatible con las disposiciones del mismo. Se tienen dos etapas. Una de ellas es de naturaleza consultiva, ante el Comité Conjunto. La otra es de naturaleza contenciosa y es ante un tribunal arbitral. La decisión final de este tribunal es obligatoria para las partes y la parte reclamante podría suspender beneficios a la parte demandada, si es que ésta no cumple con la resolución final dentro del plazo fijado por el tribunal.

Este mecanismo de solución de controversias no se aplica respecto a medidas *antidumping* y compensatorias (otra diferencia con el TLCAN); normas, reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad; medidas sanitarias y fitosanitarias; dificultades en materia de balanza de pagos; uniones aduaneras y áreas de libre comercio y al Comité Especial para Asuntos de Propiedad Intelectual.

V. Conclusiones

Poco o casi nada ha tenido que intervenir el Poder Judicial de la Federación en las cuestiones inherentes al TLCAN. Las razones las podemos encontrar en que hay un amplio respeto a lo logrado en el Tratado o bien la regulación fue correctamente expedida. Este último caso, la regulación, parece ser el más convincente.

De acuerdo al texto del TLCAN los tres países integrantes se comprometieron en la instauración de los paneles binacionales, tal y como se habían establecido en el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos. México, en consecuencia, sólo se vino a sumar, aunque parece ser que esa simple adición no fue detalladamente concretada.

La cuestión se ha centrado en que si después de los paneles binacionales es posible que se hagan valer recursos internos. En principio la respuesta es negativa, pues existen varias disposiciones en el TLCAN que van destinadas precisamente a evitarlo. No obstante, en México se ha comenzado a reflexionar de manera más puntual, sobre todo porque el texto constitucional no fue modificado y de acuerdo a nuestra tradición, un tratado internacional que haya sido debidamente firmado y ratificado forma parte de nuestro derecho interno, pero sigue estando por debajo de la Constitución. Es una cuestión de jerarquía normativa.

En ese sentido, se ha considerado que el panel binacional, en tanto que la autoridad investigadora es la única que puede hacer cumplir la determinación del panel, por más obligatorio que sea, puede ser autoridad para efectos del amparo, ello desde luego a través de la resolución de la SECOFI, ahora Secretaría de Economía (SE). No es que sometamos al panel a la jurisdicción nacional, más bien lo que hacemos es desde el momento en que la SE interviene, entonces entra en juego la Constitución y la noción de autoridad nacional, lo que es posible controlar.

Lo anterior no quiere decir que pongamos en entredicho lo resuelto por el panel binacional, sino que simplemente dada la integración del mismo, en que intervienen nacionales de los países involucrados, debe existir una labor de respeto a nuestro texto constitucional, a lo que también está obligada la SE.

Adolfo Roberto Vázquez*

Soberanía, supranacionalidad e integración: la cuestión en los países del Mercosur

El Derecho Internacional Público se ocupa en sustancia, aunque no excluyentemente, de regular las relaciones entre Estados soberanos.

Es pues, presupuesto de esa rama del derecho (también llamada Derecho de Gentes), la existencia de una comunidad internacional compuesta por Estados que se definen a sí mismos como “soberanos”.

Ahora bien, la soberanía que a cada Estado reconoce el Derecho Internacional Público no ha sido entendida conceptualmente de un mismo modo en todos los tiempos.

En efecto, tradicionalmente se consideraba a la soberanía como un poder absoluto, sin límites, y sólo restringido por la soberanía de los demás Estados.

En el siglo XI, Jean Bodin la había definido como la “summa potestas”, es decir, el poder absoluto y perpetuo del Estado, y así fue concebida también por Santo Tomás de Aquino y Hugo Grocio, aunque reconociendo, como se dijo, el límite que marcaba la existencia de una comunidad internacional compuesta por los otros Estados.

En la República Argentina ese concepto “absoluto” de la soberanía sólo restringida por la presencia y actuar de los otros Estados soberanos, fue aceptado inclusive por el redactor del Código Civil de 1869, don Dalmacio Vélez Sarsfield, quien en su nota al art. 2507 señaló que “...Hay otro dominio que se llama ”dominio internacional...”, el cual consiste “...en una obligación general de todas las naciones, obligación pasiva, de respetar la acción de cada pueblo sobre su territorio, no turbarla, ni imponerle obstáculo alguno...El pueblo considerado como poder soberano, tiene sobre su territorio una acción aún más alta, el ejercicio de su derecho

* Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina.

de imperio, de legislación, de jurisdicción, de mando y administración, en una palabra, un derecho de soberanía en toda la extensión del territorio. Se puede decir, entonces, que el dominio internacional es el derecho que pertenece a una nación, de usar, de percibir sus productos, de disponer de su territorio con exclusión de otras naciones, de mandar en él como poder soberano, independientemente de todo poder exterior, derecho que crea para los otros Estados, la obligación correlativa de no poner obstáculo al empleo que haga la nación propietaria de su territorio y de no arrogarse ningún derecho de mando sobre este mismo territorio...”.

Pero esta primitiva noción de una soberanía solamente limitada por la que igualmente cabía reconocer a las demás naciones, ha ido mudando de fisonomía con el correr del tiempo, bajo el impulso de los cambios estructurales operados en el mundo moderno, y la advertencia de su incompatibilidad con principios más amplios immanentes del derecho internacional, así como por la necesidad del establecimiento de un orden jurídico internacional permanente y estable, tal como lo advirtiera Hans Kelsen en sus muy difundidos “Principios de derecho internacional público”.

En tal sentido, aparte de las limitaciones de hecho que soporta la soberanía de los países como consecuencia del avance de la ciencia y la tecnología, especialmente en materia de comunicaciones, que provocan una intrusión cierta en el dominio territorial por su falta de un adecuado control (vgr. fotografías satelitales, internet, etcétera), modernamente hay consenso bastante en cuanto a que todo Estado soberano soporta limitaciones impuestas por el Derecho Internacional, el cual se sitúa por encima de los Estados, determinando su respectiva competencia, con la sola condición de que exista una concreta voluntad de aceptación de tales limitaciones expresada en tratados internacionales, o que ellas vengan impuestas por la aplicación de usos generalmente aceptados como consagrados principios de derecho, establecidos estos últimos para hacer efectiva la regla de coexistencia de comunidades independientes o para emprender acciones comunes entre ellas, ya que las limitaciones de la soberanía de los Estados no se presumen en ningún supuesto conforme fue expresado en el famoso caso “Lotus”.

Esta idea de la posibilidad de limitar la soberanía nacional a partir de un voluntario sometimiento expresado en tratados internacionales fue claramente advertida en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada el 5 de febrero de 1963 en el caso “Vand Gend y Loos”. Al examinar un conflicto entre el Tratado de Roma y cierta disposición de la legislación neerlandesa señaló el Tribunal que: “...la Comunidad (Europea) constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional, en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque sea en materias restringidas, sus derechos soberanos...”.

Quiere decir, entonces, que los Estados pueden pactar mediante tratados cuantas limitaciones a su soberanía se estimen oportunas, sin que ello signifique, de ningún modo, transferencia de soberanía, especialmente cuando estos tratados establecen procedimientos u órganos supranacionales por cuyo medio y en cuyo ámbito han entendido encauzar mejor los asuntos de su recíproco interés.

En estos casos, valga insistir sobre ello, lejos están los Estados de transferir soberanía, pues lo único que hacen es una cesión recíproca de competencias, donde lo que reciben es generalmente mayor que lo que otorgan (por lo que en la relación costo-beneficio salen ganando), de suerte tal que lo supranacional deja intacta la soberanía.

Al respecto, obsérvese que la soberanía sólo reside -como no puede ser de otro modo- en los Estados, y jamás un sujeto u órgano supranacional podría ejercerla en nombre de aquéllos, ni siquiera parcialmente. Tan así es ello, que son los propios Estados soberanos quienes, exclusiva y excluyentemente, deciden siempre el efecto último que tienen las decisiones de los órganos supranacionales.

Ahora bien, esta “nueva” concepción de una soberanía estatal plena y propia de cada Estado que, sin negar los límites que marca el poder soberano de otras naciones (criterio tradicional), agrega como novel elemento el atinente a las limitaciones que provengan de tratados internacionales en los que se hacen cesiones o transferencias de competencias hacia órganos o entidades supranacionales (criterio moderno), se inserta claramente en el nacimiento del llamado “orden comunitario”, que en todos los confines del mundo se abre paso día a día, inclusive en aquellas regiones integradas por países que cuentan con Constituciones que, por su antigüedad u otras razones históricas, nada contemplan sobre la atribución a órganos internacionales de competencias en materias relacionadas con los asuntos externos o internos del Estado, dado que, no obstante ello, se acepta ampliamente que en esta materia rige la regla interpretativa según la cual el silencio no puede ser interpretado como prohibición.

Esto último es lo que ha acontecido, por ejemplo, en oportunidad de adherir la República Argentina a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), ya que cuando en 1984 aprobó ese instrumento, regía en el país la Constitución de 1853 que nada preveía sobre la delegación de competencias o jurisdicción a entes supranacionales. Sin embargo, la aprobación de tal instrumento formalizada por la Argentina en 1984, significó reconocer la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que según la citada Convención está habilitada para declarar ilegitimidad internacional de decisiones jurisdiccionales nacionales (arg. Art. 63 del Pacto).

Con la sanción de la Constitución de 1994, la República Argentina ha reafirmado la orientación de su voluntad en estos temas.

En efecto, la nueva Carta Magna argentina expresamente faculta al Congreso de la Nación para aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales, en condiciones de reciprocidad e igualdad, que respeten el orden democrático y los derechos humanos (art. 75, inc. 24, primer párrafo).

El origen de esta previsión de la constitución argentina respondió a una directiva sentada por el Poder Legislativo al sancionar la ley que declaró la necesidad de la reforma constitucional y habilitó los temas que debían ser tratados por la Convención Constituyente que se reunió en la ciudad de Paraná en 1994 (art. 3º, inc. 1, de la ley 24.309).

En este sentido, se entendió que el aseguramiento de la supranacionalidad como valor propio de la integración regional, debía lograrse desde la más alta instancia normativa, es decir, desde la Constitución misma, y no por vía de formas normativas de inferior jerarquía que no alcanzaran a brindar la suficiente estabilidad jurídica que la materia merece.

Asimismo, se consideró que la delegación de competencias a organismos internacionales no era sino la mejor vía para el logro de una integración internacional más profunda que la que, hasta ese momento, conocía la República Argentina.

Y si bien es cierto que el constituyente de 1994 no otorgó a los tratados de integración del citado art. 75, inc. 24, la jerarquía constitucional que sí se reconoce a los tratados y convenciones sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22), distinguió, sin embargo, los tratados de integración regional que deleguen competencias y jurisdicción a organismos supranacionales de origen latinoamericano frente a aquellos cuya integración fuera con países no latinoamericanos.

En este aspecto, la Constitución de 1994 sólo exige para el primer grupo de tratados de integración (es decir, los vinculantes con Estados latinoamericanos), la aprobación por el Congreso Nacional con una mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara legislativa (diputados y senadores). En cambio, para el segundo grupo (tratados de integración con otras naciones), rige un sistema más complejo de doble votación, pero con iguales mayorías (cit. Art. 75, inc. 24, segundo párrafo). Dicho con otras palabras, la aprobación de los tratados correspondientes al primer grupo cuenta con un régimen más flexible que el previsto para la aprobación de los tratados que vinculen a la República Argentina con países ajenos a la esfera latinoamericana.

Es de observar que, sobre la misma cuestión, la Constitución Argentina contrasta decididamente con la de los países signatarios del Tratado de Asunción, por el cual se conformó en 1991 el Mercado Común del Sur (Mercosur).

En efecto, si bien en las cartas fundamentales de Brasil y Uruguay es posible encontrar disposiciones que postulan la integración económica con otras naciones, especialmente las latinoamericanas (art. 4 de la Constitución de Brasil; y art. 6, inc. 2 de la Constitución del Uruguay), y en la Constitución de Paraguay una cláusula por la cual se admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural (art. 145 de la Constitución del Paraguay), lo cierto es que, en ninguna de tales cartas fundamentales se prevé, de un modo específico, la posibilidad de atribución de competencias o jurisdicciones supranacionales, tal como sí lo hace la Constitución de la República Argentina.

Esto es, probablemente, uno de los factores que explican por qué el Tratado de Asunción no ha permitido alcanzar un grado de integración como el que se aprecia en la Unión Europea, siendo un ejemplo cabal de lo anterior el hecho de que la estructura institucional del Mercosur, que resulta del Protocolo adicional de Ouro Preto (año 1994) ha creado órganos tales como el Consejo del Mercado Común, el Gru-

po del Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur, que si bien cuentan con capacidad decisoria, tienen solamente una naturaleza intergubernamental (art. 2 del Protocolo), lo que -con razón- ha sido interpretado por el profesor uruguayo Jorge Pérez Otermin como incompatible con la nota de una supranacionalidad efectiva.

Ciertamente, con la reforma constitucional de 1994, la República Argentina ha dado un paso muy importante hacia la posibilidad de lograr en la región una integración todavía más profunda que la que permiten el Tratado de Asunción de 1991 y el Protocolo de Ouro Preto de 1994. En este orden de ideas, no parece inapropiado afirmar que la orientación argentina en la materia es decididamente más próxima al modelo europeo, en el cual, como es sabido, el conjunto de competencias transferidas voluntariamente por los Estados miembros de la Unión Europea ha dado nacimiento a un verdadero orden comunitario y, más aún, a un “derecho comunitario”.

Ahora bien, aparte de la dificultad que para una mayor integración regional de los países del Mercosur supone la inexistencia (salvo en el caso argentino) de normas constitucionales que habiliten la delegación de competencias y atribuciones a organismos supranacionales, se advierte otra dificultad que parte del tratamiento disímil que los países firmantes del Tratado de Asunción brindan al tema de la jerarquía normativa de los tratados internacionales, y por extensión, al propio Tratado de Asunción y a su derecho derivado.

Ante todo, es de advertir que de la determinación de cuál es la jerarquía normativa que se asigne a un tratado internacional, depende directamente la respuesta que es dable dar en caso de conflicto de ese tratado con normas nacionales, especialmente cuando estas últimas no respetan preceptos o principios comunitarios, que afectan una situación de paridad legal respecto de otros Estados miembros.

Es sabido que, en relación a la circunstancia que acaba de mencionarse, se acepta generalmente que la forma ideal de solución del problema pasa por el establecimiento de un control supranacional de respeto de las normas comunitarias.

Ello es, precisamente, lo que se ha implementado, por ejemplo, en el marco de la Unión Europea, donde merced a un alto nivel de institucionalización del derecho comunitario, se ha deferido a las decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la tarea de realizar tal control de supranacionalidad normativa, a fin de asegurar la primacía del derecho originario y derivado comunitario.

No es ocioso recordar en este punto, que la definición de la primacía del derecho comunitario sobre cualquier norma de carácter nacional fue abordada, con firmeza, ya desde antiguo en el caso “Costa c/Enel”, fallado el 15 de julio de 1964. En efecto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dijo en su sentencia que “...judicialmente no se puede oponer al derecho comunitario un texto interno, cualquiera él sea y aunque su dictado sea posterior al tratado...”.

Empero, en el ámbito del Mercosur no sólo no existe un procedimiento de control de supranacionalidad como el instituido en la Unión Europea, sino que, para mayor complicación, tampoco hay un criterio uniforme en la jurisprudencia de los

tribunales constitucionales de los países signatarios del Tratado de Asunción acerca de cuál es la jerarquía normativa que debe atribuirse al derecho comunitario.

Al respecto, conviene tener presente que ninguna duda puede haber acerca de que el derecho comunitario del Mercosur se ubica en algún grado de la escala jerárquica normativa de los países signatarios del Tratado de Asunción.

El problema de la prioridad o no de tal derecho comunitario frente a lo que dispongan las normas locales (constitucionales o infraconstitucionales) depende del lugar en que se lo ubique dentro de tal escala.

En efecto, así como la cuestión de la supremacía de normas dentro del ordenamiento jurídico nacional nos permite establecer primacías de validez entre ellas (vgr. en la República Argentina las leyes tienen jerarquía superior a los decretos reglamentarios y, por ello, la inadecuación de estos últimos a aquéllas pueden ser reflejo de su inconstitucionalidad; arg. Art. 31 Constitución Argentina), del mismo modo, cuando un Estado se incorpora a una estructura supranacional, las normas comunitarias que se dictan se incorporan a su estructura jurídica, ubicándose en un orden dentro de la jerarquía normativa.

Como antes decíamos, en los Estados miembros del Mercosur no existe una unicidad de criterio en cuanto a cuál es el grado en que cabe ubicar al derecho comunitario respecto del derecho doméstico.

En efecto, las posiciones de Argentina y Paraguay se enfrentan a las de Brasil y Uruguay.

En la República Argentina se asigna a las normas convencionales internacionales en general y, por ende, también al derecho comunitario del Mercosur, una jerarquía superior a las leyes.

Esta ya era la doctrina judicial acuñada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con anterioridad inclusive a la reforma constitucional de 1994 (conf. causas: “Ekmekjian c/ Sofovich”, 7/6/92; “Fibraca Constructora SCA c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, 7/7/93; “Cafés La Virginia SA s/ apelación”, 13/10/94; etc.), y que ha venido a quedar finalmente consagrada en el art. 75, inc. 22 de la vigente Constitución Nacional, en cuanto allí se dispone expresamente que: “...Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes...”.

Asimismo, en relación específica al derecho comunitario, lo mismo resulta del ya citado art. 75, inc. 24 de la Carta Magna, por el cual se faculta al Congreso para “...aprobar tratados de integración...”, señalándose que “...las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes...”.

Algo parecido, ocurre en la República del Paraguay, de cuya Constitución -sancionada y promulgada el 20 de junio de 1992- surge la primacía de los tratados internacionales sobre las leyes locales. En efecto, del art. 137 resulta que los “...tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados por el Congreso, las leyes dictadas por el Congreso..., integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación indicado...”. Es decir, se asigna primacía a los tratados sobre las leyes.

En cambio, la República Federativa de Brasil posee un “déficit” en la materia. Ello es así, porque si bien el art. 4º de la Constitución de ese país enuncia que el Brasil “...buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones...”, lo concreto es que su Superior Tribunal Federal ha interpretado en un caso “...que los actos internacionales, una vez regularmente incorporados al derecho interno, se sitúan en el mismo plano de validez y eficacia de las normas infraconstitucionales...”, y que, por lo tanto, “...existe entre tratados internacionales y leyes internas brasileñas, de carácter ordinario, mera relación de paridad normativa...” (conf. Superior Tribunal Federal del Brasil, sentencia del 4 de mayo de 1998, caso “Carta Rogatoria Nr. 8279-4 de la República Argentina”).

Por su parte, la Constitución de la República Oriental del Uruguay contempla un precepto según el cual “...la República procurará la integración social y económica de los Estados latinoamericanos en lo que se refiere a la defensa de sus productos y materias primas...” (art. 6, inc. 2do), pero no tiene un texto que sostenga la regla de la superioridad normativa del derecho internacional o comunitario sobre la legislación local. Por lo demás, la jurisprudencia de la Corte Suprema uruguaya tiende a asimilar el tratado a la ley utilizando el principio “norma posterior deroga norma anterior”, de suerte tal que cuando el tratado es posterior a la ley se lo aplica, pero cuando la ley es posterior al tratado, lo que se aplica es ella (conf. Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay, in re “Colina, Hugo y otros c/ C.U.T.C.S.A. Salarios Impagos - Casación”, sentencia nr. 737 del 25 de setiembre de 1995; in re “Ernst, Omar c/ Los Cipreses S.A. (Buquebus), demanda laboral - Casación”, sentencia nr. 121 del 30 de abril de 1997).

Como se ve, hay dos bloques nacionales con soluciones jurídicas distintas: 1) Argentina y Paraguay, otorgan primacía normativa a los tratados internacionales sobre las leyes; 2) Brasil y Uruguay, no aceptan tal primacía.

En lo que aquí interesa destacar, la apuntada disociación de soluciones tiene directa incidencia en el grado de acatamiento al Tratado de Asunción y su derecho derivado.

En efecto, la apuntada disparidad tiene por consecuencia la relativa debilidad normativa del Mercosur, ya que admitiéndose la paridad jerárquica del Tratado de Asunción y su derecho derivado en relación a las leyes locales (tal como lo hacen Brasil y Uruguay), las reglas comunitarias podrían tornarse inaplicables en razón de lo que pudieran disponer dichas leyes locales, especialmente si son de fecha posterior en función del conocido principio de hermenéutica relativo a que la ley posterior deroga a la anterior.

Comparando tal solución con la diversa que se brinda en Argentina y en Paraguay, se advierte la existencia de una indebida vía para el eventual tratamiento desigual de quienes actúan en el mercado comunitario.

Por lo demás, resulta evidente que si se deja semejante deficiencia a la libre interpretación de cada país, distintas serán las soluciones jurisprudenciales que los

distintos tribunales de los Estados miembros le den a las distintas cuestiones, sabiéndose de antemano que cada tribunal superior tiene su propio criterio a veces contrapuesto con el de otras Cortes Supremas.

De hecho, ello ya ha ocurrido. Al respecto, es elocuente la divergencia interpretativa que hay entre la Corte Suprema de la República Argentina que, como se vio, inclusive antes de la reforma constitucional de 1994 asignó a los tratados internacionales jerarquía superior a las leyes, frente a la jurisprudencia del Superior Tribunal del Brasil y de la Corte Suprema de la República Oriental del Uruguay antes citada.

Es en suma, un mecanismo peligroso que por su incoherencia y las lagunas que crea, torna inconsistentes los objetivos instrumentales de la integración del Cono Sur.

Además, no resulta difícil concluir que la aceptación de criterios divergentes en materia de primacía de normas comunitarias no sólo anarquiza el sistema, sino que trae aparejadas consecuencias no queridas, no sólo a nivel intra-Mercosur sino en lo que se refiere a las relaciones con otros países y bloques.

Cabe consignar, asimismo, que la primacía del derecho comunitario no está expresada en las normas constitutivas del Mercosur.

En tal sentido, el Tratado de Asunción de 1991 nada dice al respecto, y el Protocolo de Ouro Preto (1994) solamente establece la vigencia simultánea de las normas comunitarias y su obligatoriedad (art. 42), así como el compromiso de los Estados Parte de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las mismas (art. 38), pero nada hay que indique la primacía del derecho comunitario, y mucho menos su eficacia directa o inmediata independientemente o con abstracción de la existencia de un acto de incorporación por cada país.

¿Frente a tal panorama, qué solución dar en la materia?

Conocidas son las complicaciones institucionales que cualquier país tiene para impulsar una reforma constitucional.

Desde ese punto de vista, no parece que pueda ser una solución viable esperar que Brasil y Uruguay reformen sus respectivas constituciones para incorporar reglas semejantes a las establecidas en el art. 75, incs. 22 y 24 de la Constitución Argentina, o bien como la del art. 137 de la Constitución Paraguaya.

Igualmente, la creación de un tribunal supranacional parece, por el momento, aunque deseable, una meta muy lejana, ya que no se aprecia la existencia de un firme propósito político en tal sentido por parte de algunos de los socios del Mercosur.

Así pues, la única vía de escape admisible es sin dudas, la interpretativa a cargo de los órganos jurisdiccionales, administrativos o arbitrales que pudieran ser llamados a decidir conflictos de validez o incompatibilidad entre normas locales y comunitarias.

En ese preciso cauce se inscribieron los tres primeros laudos arbitrales resueltos en el Mercosur siguiendo el sistema de resolución de controversias aprobado por el Protocolo de Brasilia.

El Primer Laudo Arbitral del Mercosur fue suscripto en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, el 28 de abril de 1999. En este antecedente se

resolvió un reclamo de la República Argentina contra Brasil por el que se acusaba a este último país de haber adoptado unas medidas (circulares sobre licenciamiento de importaciones) que, a criterio del reclamante, constituían restricciones no arancelarias a la libre circulación de mercaderías.

A pesar de que dicho primer laudo no habla en forma expresa de la supremacía del derecho del Mercosur sobre el derecho local de cada país, esa primacía está presente en la decisión de modo bastante claro.

En efecto, según se lee en el laudo, "...los instrumentos internacionales que configuran procesos de integración y las obligaciones que resultan de ellos han de ser interpretados en forma teleológica, teniendo en cuenta los fines, objetivos y principios del sistema de integración, aún en ausencia de normas de carácter supranacional..." (Conclusiones, punto nr. 85, ap. III).

En el párrafo precedentemente transcripto del laudo, lo que nos dice el Tribunal Arbitral es que la inexistencia de reglas especiales que asignen carácter supranacional al derecho del Mercosur, no obsta para que se lo aplique con primacía a fin de que la finalidad de la integración no se pierda.

Este razonamiento se ve confirmado, por lo demás, cuando el Tribunal Arbitral destaca, en otro párrafo de su laudo, que sería contradictorio que la eliminación de las restricciones no arancelarias (materia sobre la que versaba el conflicto planteado) quedara al arbitrio unilateral de las partes, pues perdería sentido el programa de liberación comercial propuesto por el Tratado de Asunción; habría un vaciamiento del contenido del proceso de integración; y se perdería la plenitud del efecto útil de las disposiciones y del régimen respectivo (consid. 78).

Concordemente, en otro lugar el laudo expresa que "...en el contexto de los procesos de integración y de las respectivas normativas que los rigen, son incompatibles las medidas unilaterales de los Estados Parte en las materias en las que la normativa requiere procedimientos multilaterales..." (considerando nr. 62).

Al decir lo anterior, el Tribunal Arbitral indica implícita pero claramente que los Estados miembros no pueden aplicar sus propias normas internas en desmedro de las normas comunitarias. Es decir, otorga primacía a las normas del Mercosur sobre las leyes locales.

De otro lado, el Tribunal Arbitral alude a que lo dispuesto en un tratado o instrumento de integración, en tanto posee objetivos permanentes, sólo es susceptible de una "...modificación expresa por una norma de jerarquía igual...", es decir, por otro tratado (considerando nr. 60), y no meramente por una ley.

Asimismo, el Tribunal Arbitral deriva la primacía del derecho comunitario sobre las leyes domésticas en función de otros principios también atinentes al tema.

En tal sentido, destaca:

- a) El principio de cumplimiento de los tratados internacionales ("pacta sunt servanda"), el que está consagrado en el art. 26 de la Convención de Viena (considerando nr. 56), pues la idea es que las normas convencionales internaciona-

les se suscriben para ser cumplidas y no al revés, invocando lo que dispongan leyes locales.

- b) El principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados (considerando nr. 56).
- c) El principio del efecto útil o eficacia mínima de las normas, que significa “...escoger entre las varias soluciones posibles según los términos del tratado en su contexto, aquella que mejor sirve a la satisfacción de su objetivo o fin...” (considerando nr. 61).
- d) El principio de la seguridad jurídica (considerando nr. 60).

En las condiciones que anteceden, puede ser afirmado que el Primer Laudo Arbitral del Mercosur sin mencionar expresamente a la regla de la supremacía del derecho comunitario, la ha hecho efectiva en la práctica. Y aún más: ha destacado que los países signatarios del Tratado de Asunción están en la obligación de respetar la primacía del derecho comunitario, cuyas disposiciones deben ser entendidas por sí mismas como “autoejecutables” (considerando nr. 66), lo cual hace innecesario cualquier acto posterior del Estado que tenga por objeto otorgarle fuerza ejecutiva.

Siguiendo las mismas aguas, se dictó en Asunción, República del Paraguay, el Segundo Laudo Arbitral del Mercosur, con fecha 27 de setiembre de 1999.

En este caso, la controversia giraba en torno a ciertos subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo, por los cuales demandó la República Argentina a la República Federativa de Brasil.

Al examinar el Marco Jurídico Aplicable a la controversia, los árbitros del Segundo Laudo expresaron en relación a las normas emanadas de los órganos del Mercosur “...que la circunstancia de que determinadas normas requieran de implementación posterior no significa que las mismas carezcan de todo valor, sino que los Estados tienen la obligación de no frustrar su aplicación así como el cumplimiento de los fines del Tratado de Asunción y sus Protocolos complementarios...” (considerando nr. 54).

Sin dudas, la frase precedentemente recordada constituye una reafirmación del aporte interpretativo que había adelantado el Primer Laudo Arbitral en cuanto a la definición de la primacía del derecho comunitario sobre el nacional, y al deber de los Estados partícipes del Mercosur de hacer respetar esa primacía.

Cabe referir, a continuación, los resultados del Tercer Laudo Arbitral del Mercosur, decidido en la ciudad de Colonia, República Oriental del Uruguay, el 10 de marzo de 2000. El conflicto planteado en este caso se refería a la validez de una resolución del Ministerio de Economía de la República Argentina que imponía salvaguardias bajo la forma de cuotas anuales de importación de algodón provenientes de la República Federativa de Brasil. La posición brasileña afirmaba que en términos generales no era posible concebir la existencia de salvaguardias en una unión aduanera, porque sería contradictorio con la existencia misma del esquema de libre comercio, y, en cambio, la posición argentina sostenía que existían varios precedentes de medidas similares tomadas en la Comunidad Económica Europea (CEE) que evidenciaban que la posición de Brasil era errónea.

En lo que aquí interesa, el Tribunal Arbitral destacó que en la resolución del caso sometido a su decisión no podía prescindirse de las reglas que emanaban de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados de 1969, a las cuales implícitamente remitía el art. 19, párrafo primero del Protocolo de Brasilia, en cuanto alude "...a las disposiciones del derecho internacional aplicables a la materia..." (punto III, apartado c).

Esta aclaración del Tercer Tribunal Arbitral es trascendente porque la Convención de Viena de 1969 no es un instrumento internacional al cual Brasil haya prestado ratificación. Mas ello, vale la pena aclararlo, no debe llamar la atención pues de igual criterio se ha valido la Corte Internacional de Justicia de La Haya, aplicando dicha Convención en casos en los que ninguna de las partes del litigio había efectuado su correspondiente ratificación (conf. C.I.J., Territorial Dispute (Lubyan Araba Jamahiriya/Chad) judgment, I.C.J., Reports, 1994, p. 6, § 41, Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Baharain, Jurisdiction and Admissibility, judgment, I.C.J., Reports, 1994, p. 112, § 23).

La referencia que el Tercer Tribunal Arbitral del Mercosur hizo a la Convención de Viena de 1969 y a los principios en ella establecidos no puede ser desvinculada de lo estatuido por su art. 27 en cuanto determina que los Estados no pueden invocar las normas del derecho interno para justificar el incumplimiento de un acuerdo internacional.

En tal dirección, no es dudoso que el sentido inmanente en el Laudo fue reconocer imperatividad y prevalencia al derecho del Mercosur en su relación con el derecho nacional, lo cual no constituyó sino reiteración de la doctrina que ya había apoyado el Primer Tribunal Arbitral del Mercosur.

Sobre el particular, son elocuentes las siguientes palabras del Tercer Laudo: "...en una unión aduanera como el Mercosur existe una presunción a favor del libre comercio entre sus miembros. El Tribunal también considera que las relaciones comerciales dentro de un sistema que se encuentra tan altamente integrado como el Mercosur, deberán basarse en la regla del derecho. En un sistema basado en la regla de derecho, las medidas sobre el comercio deberán fundarse en acuerdos que creen vínculos jurídicos y no en medidas unilaterales tomadas por los miembros, sin fundamento jurídico alguno. La regulación del uso de las medidas que afectan al comercio reviste una trascendencia primaria en el establecimiento de un standard mínimo de certeza jurídica para todos los actores relacionados con el comercio dentro de la unión aduanera. La certeza jurídica y previsión no se limita al interés de los Estados miembros del Mercosur sino que incluye a toda la comunidad relacionada con negocios que tienen una expectativa legítima sobre la existencia actual de un libre comercio. En consecuencia, en tanto los miembros del Mercosur no hayan actuado en forma conjunta para acordar en forma expresa la aceptación de medidas restrictivas al comercio, los Estados miembros estarán inhibidos de aplicar tales medidas en forma unilateral. De esta premisa el Tribunal concluye que hasta tanto no haya una norma expresa en contrario, prevalece el principio de la libertad de comercio entre los miembros del Mercosur..." (punto III, H. 3).

Naturalmente, el resultado final del Tercer Laudo Arbitral fue declarar la resolución del Ministerio de Economía argentino impugnada y que los actos administrativos dictados en su consecuencia, eran incompatibles frente al Tratado de Asunción y la normativa del Mercosur en vigor y que, por lo tanto, debían ser revocados por la autoridad competente.

Como se aprecia, la decisión afirmó, una vez más, la primacía de las normas y principios comunitarios sobre las normas locales haciendo afirmaciones generales sobre el particular, predicables por igual para todos los países integrantes del Mercosur, aun aquellos que como Brasil y Uruguay, no cuentan con normas constitucionales que reconozcan algo parecido.

El examen sucesivo de los tres primeros laudos arbitrales del Mercosur muestra, a las claras, una decidida vocación por hacer efectivo el principio de la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho local, no admitiéndose la frustración de ese objetivo bajo ningún punto de vista.

La posición de la República Argentina y de la República del Paraguay, desde la perspectiva que brindan sus respectivas constituciones y decisiones judiciales, resulta conforme con el esquema jurídico aceptado por los laudos arbitrales examinados.

No lo es en cambio, según lo ya visto, la posición de la República Federativa del Brasil y de la República Oriental del Uruguay por lo que las futuras decisiones (judiciales o de otra índole) que se adopten en estos países deberían tener en cuenta la doctrina común de tales laudos arbitrales.

El proceso de integración regional a que aspira el Tratado de Asunción así lo exige.

Alejandro Maldonado Aguirre*

Guatemala: recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

1. Esquema político nacional.

El tema de la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), en el ámbito interno, ha adquirido particular relieve a partir de tres hechos políticos de la mayor importancia en Guatemala: primero, la promulgación de la Constitución Política de la República (CPR) y el enunciado de su artículo 46; segundo, el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de la Corte de Constitucionalidad (CC); y, tercero, la negociación y suscripción de los Acuerdos de Paz Firme y Duradera.

La legitimidad de la Constituyente de 1985 no ha sido discutida. Producto de elecciones competidas, con amplia participación del electorado inscrito (aproximadamente el 80%) y sin la presión de un partido de gobierno, tuvo oportunidad de deliberar en términos amplios con diversos sectores sociales y económicos del país. Incluso quienes estuvieron al margen de su elaboración admitieron su autoridad legislativa en el contexto de los Acuerdos de Paz. El texto es legítimo por su origen y también legitimado por la propia defensa constitucional que se manifestó en mayo de 1993 por la sociedad civil que repudió su ruptura y logró su inmediata rehabilitación. Su frecuente invocación contra abusos del poder público y la demanda de restauración de la normativa constitucional, revelan que la sociedad ha asumido la posibilidad de un constitucionalismo efectivo.

Aparte de las garantías jurídicas que instituyó la Constitución para su auto tutela y para la protección de los derechos fundamentales (amparo y acción de inconstitucionalidad), es probable que uno de los elementos más importantes que han acre-

* Ex magistrado de la Corte de Constitucionalidad. Catedrático en las Universidades Rafael Landívar y Francisco Marroquín, de Guatemala.

ditado la virtud constitucional se encuentre en la redacción del artículo 46¹ y las amplísimas derivaciones normativas e instrumentales que proyecta.

El funcionamiento de la Corte de Constitucionalidad, con sus características de especialidad, concentración e independencia, significó, a la vez, la recepción efectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al haber decidido algunas cuestiones con el apoyo de normas convencionales a las que el Tribunal hizo operantes en el ámbito interno.

Los Acuerdos de Paz fortalecieron el valor normativo de la Constitución en la medida que reconocieron su legitimidad ordenadora y su capacidad reconstructiva mediante la reforma constitucional, cuyo titular soberano es el pueblo, llamado a decidir por la vía democrática, bien sea integrando una asamblea constituyente o refrendando determinadas reformas. Resulta apropiado presumir que el contenido del artículo 46 haya sido uno de los factores que contribuyeron a consolidar la voluntad de las partes de mantener la Ley Fundamental y no derivar hacia la redacción de una nueva, como ha sido recurrente en la historia política del país. Esta deducción resulta del marco que el artículo 46 abre en materia de derechos humanos, en tanto que los temas que en dicho esquema pueden haber abarcarían desde la reafirmación y refinamiento de los derechos fundamentales de la persona como los que implican las condiciones sociales, económicas y culturales para realizar la dignidad de la persona y los fines del bien común de la sociedad. De ahí que, con una cláusula de apertura, haya lugar a las innovaciones necesarias en orden a codificar derechos y garantías que no fueron previstos en la Constitución.

2. Marco jurídico-constitucional

En la Constitución Política se reconoce la validez de aquel Derecho Internacional que por su carácter universal contiene reglas imperativas admitidas como fundamentales de la civilización. De esta manera el artículo 149² dispone que normará sus relaciones con otros Estados de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad y al respeto y defensa de los derechos humanos. Esta prescripción, no obstante su forma unilateral, constituye un vínculo jurídico internacional. Coadyu-

¹ Art. 46.- **Preeminencia del Derecho Internacional.** Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

² Art. 149.- **De las relaciones internacionales.** Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e institucionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados.

van con esta posición los preceptos constitucionales de los incisos b) y c) del artículo 142³, que tienen como referentes al *derecho internacional* y a las *prácticas internacionales*. En cuanto a la fuerza normativa que los tribunales deben observar, se señala el principio que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado (artículo 204), singularizándose todo lo que se refiere a la materia de derechos humanos, que, por virtud del artículo 46, se somete al principio que los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el Derecho interno.

Consecuente con la imperatividad del Derecho internacional público deviene la obligación de aplicar el derecho privado extranjero por la naturaleza cosmopolita de las personas y la coexistencia de los Estados. Esta posibilidad de elección de norma es materia comúnmente judicial, justificada en qué debe hacerse en los casos que la ley extranjera revele el Derecho y, desde luego, cuando haya sido relevante por haber adquirido la persona una condición, derecho u obligación en el marco jurídico del país indicado.

Nuestro constitucionalismo ha mantenido la nostalgia de la unidad centroamericana. La Constitución vigente lo consigna en el artículo 151. Es importante resaltar que el artículo 171, inciso 1, núm. 2, prácticamente abre la posibilidad de la creación de órganos supranacionales de tipo comunitario en el istmo.

3. Operatividad de las teorías de la incorporación del Derecho Internacional en el Derecho interno

Acerca de la forma de incorporación del Derecho internacional general en el orden interno, se formularon las clásicas teorías contrapuestas del monismo y el dualismo.

Según la primera, sostenida por Kelsen, que enunciaba el supuesto clave de la unidad del derecho, se producía una reordenación jerárquica por la cual los subsistemas jurídicos habían de colocarse en relación de subordinación, partiendo de una norma fundamental (*Grundnorm*) dotada de fuerza obligante superior. De esta manera, ocurría la escala jerárquica y ordenadora del sistema jurídico. Obligado el autor vienés a resolver la cuestión de prevalencia entre norma interna y norma internacional, optó por la última, en tanto, por lógica, tiene mayor fuerza obligante co-

³ Art. 142. **De la soberanía y el territorio.** El Estado ejerce plena soberanía sobre:

- a) El territorio nacional integrado por su suelo, subsuelo, aguas interiores, el mar territorial en la extensión que fija la ley y el espacio aéreo que se extiende sobre los mismos;
- b) La zona contigua del mar adyacente al mar territorial, para el ejercicio de determinadas actividades reconocidas por el derecho internacional; y
- c) Los recursos naturales y vivos del lecho y subsuelo marinos y los existentes en las aguas adyacentes a las costas fuera del mar territorial, que constituyen la zona económica exclusiva, en la extensión que fija la ley, conforme la práctica internacional.

mo producto de una voluntad colectiva de los Estados semejante al pacto social del Estado singular.

Por otro lado, juristas como Triepel y Anzilotti sostuvieron que no había un orden, digamos, “vertical” sino coexistían dos órdenes, digamos también, “paralelos” que interactuaban cuando una disposición local, mediante acto legislativo, incorporaba expresamente al internacional.

Las consecuencias de preferir una u otra teoría implican que, por la primera, el Derecho internacional es directamente aplicable al quedar incorporado en el sistema nacional sin mediación de acto legislativo expreso. En cambio, en la segunda, cada orden operaría según su propio sistema de fuentes, y, por esto, habría de producirse la recepción del Derecho internacional por el Derecho interno para considerar su aplicación.

En la actualidad, podría pensarse que estas tesis contrapuestas se han debilitado en cuanto a demarcar una diferencia sustancial. Ahora, por el evidente progreso de las relaciones internacionales y de los conceptos de cobertura universal de los derechos de la persona humana, la solución se ha inclinado a favor del reconocimiento de su carácter universal y, por ello, no existe dificultad mayor de admitir que las normas de derechos humanos y del derecho humanitario adoptadas por la sociedad internacional, en particular aquéllas que responden al perfil de las imperativas (*ius cogens*), ingresan al ordenamiento jurídico interno, constituyen vínculos obligatorios y pueden ser predicadas y aplicadas por los tribunales locales.

La idea de que el Derecho internacional puede tener mayor fuerza normativa que la del Derecho interno pudo causar alguna susceptibilidad desde el punto de vista tradicional de la soberanía. Sin embargo, al matizar el concepto a la luz de los derechos humanos fundamentales, encontramos suficiente justificación valorativa en tanto la dignidad de la persona humana constituye un objetivo de carácter universal. Así la fuerza obligante del Derecho, que en lo interno reside en el pacto social o voluntad colectiva de asegurar un orden ético de convivencia y de cumplir fines de bien común, es la misma que inspira a los Estados-nación a entender la conveniencia común y recíproca de convivir en un orden justo. Esto que tendría sus limitaciones conceptuales en cuanto al Derecho internacional pactado entre Estados para establecer obligaciones de interés particular, carece de reservas cuando hemos de tratar normas de Derecho imperativo y normas de Derecho internacional humanitario y de derechos humanos. La razón expansiva de éstos radica en que la persona humana, aparte de su identidad nacional, tiene una proyección universal que le garantiza el reconocimiento a su esencial dignidad. De ahí, por ejemplo, que aun cuando no existiera algún convenio o tratado internacional aceptado por un país en materia de ese reconocimiento, el orden internacional sería vinculante por el carácter natural, inalienable e imprescriptible de tal condición dignificante. Digamos que en la actualidad nadie se atrevería a oponer sus regulaciones internas ni su facultad soberana de obligarse o de no obligarse para defender la esclavitud, la servidumbre, la desigualdad racial o la discriminación absurda.

Casi como haciendo una comparación un tanto peregrina, diríamos que la misma autoridad que tiene el Estado nacional para intervenir en la esfera de la intimidad del hogar para proteger valores superiores como los derechos esenciales del niño o de la mujer, igual reivindicación tendría la comunidad internacional para tutelar la dignidad humana en cualquier país que ofendiera o desconociera gravemente esa condición en sus habitantes.

En materia de los tratados o convenciones de derechos humanos operan también aquellos principios imperativos que rigen la comunidad internacional que comprometen a los Estados a cumplir sus obligaciones de buena fe. Así en el caso de surgir conflicto entre dos normas de esa naturaleza, una producida por el orden interno y otra producto de un convenio o tratado internacional, deberá prevalecer la segunda, por varias razones: a) porque el Estado no puede oponer su derecho interno para desvincularse de sus obligaciones; b) porque tales compromisos debe cumplirlos conforme los principios *pacta sunt servanda* y *bona fide*, que, como se dijo, son imperativos; c) porque el derecho interno no tiene competencia para modificar ni derogar el derecho internacional; y d) porque los derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional tienen categoría suprema de patrimonio humanitario y constituyen obligaciones *erga omnes*.

El dualismo o pluralismo subsiste obviamente y así lo establecen varias disposiciones constitucionales que determinan el procedimiento para la suscripción, aprobación y ratificación de los convenios o tratados internacionales. El propio artículo 46 condiciona la supremacía que proclama a estos requisitos. Sin embargo, al tratar de reglas imperativas de Derecho internacional general y de normas fundamentales de derechos humanos es posible admitir que ingresan al ordenamiento interno por vía del compromiso de civilidad que la Constitución predica en el Preámbulo y en el artículo 149 citado.

4. Ubicación en el cuadro de recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En ponencia de Carlos Ayala Corao en el Seminario “El Sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos”, efectuado en Washington en 1996, presentó un cuadro de modalidades de recepción, que agrupó en cuatro apartados:

1° *Rango supraconstitucional*: ejemplo de este tipo sería la Constitución de Países Bajos de 1956 en su Art. 63 que preceptuó: “*si el desarrollo del orden jurídico lo requiere, un tratado puede derogar las disposiciones de la Constitución*”.

El autor dice respecto del Art. 46 de la Constitución de Guatemala que podría dar lugar a dudas acerca de si incluye en la dicción “Derecho interno” a la misma, aclarando que así debería entenderse porque, según lo afirma, tal artículo tuvo su origen en el impacto de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Dere-

chos Humanos OC-3/83 sobre la prohibición de extender la pena de muerte aunque la Constitución lo permitiera.⁴

Sería necesario aclarar que el origen de la norma contenida en el Art. 46 no es propiamente efecto de dicha Opinión Consultiva, sino del impulso político reactivo por la situación anterior de irrespeto sistemático de los derechos humanos y la necesidad de fortalecer los mecanismos de protección. Además, debe precisarse que la Constitución no instituye la pena de muerte, como equivocadamente han sostenido algunos propugnadores de la inocuidad del Art. 4.2 de la Convención. Al contrario, aparte de orientar hacia su abolición por decisión meramente legislativa, la prohíbe para algunos casos. Es más: los preceptos que ordenan su limitación superan las previsiones del propio Pacto de San José, porque éste prohíbe su aplicación a personas mayores de setenta años de edad y a mujeres en estado de gravidez, en tanto el artículo 18 CPR a mayores de sesenta años y a mujeres en general.

Martín Carrique, al comentar la situación de Guatemala, señala que de la lectura del Art. 46 de la Constitución estaríamos ante un caso de jerarquía supraconstitucional. Sin embargo, dice: “*de la interpretación de la totalidad del texto constitucional, podemos inferir que tal situación no es así, máxime teniendo en cuenta lo expresado por el Art. 272 inciso e)*”⁵ [Se trata de la competencia dictaminadora de la CC en materia de tratados internacionales, sin hacer mención expresa de los de derechos humanos]. Tesis parecida a la de Gross Spiel, ex relator de derechos humanos de NN UU para Guatemala que enunció luego de una interpretación sistemática del contenido constitucional.⁶

En cuanto al sistema de Costa Rica resulta interesante determinar una doble perspectiva. Desde el punto de vista de la lectura del Art. 7 los tratados internacionales tienen autoridad superior a las leyes, pero inferior a la de la Constitución. Ahora bien: desde la aplicación interpretativa, la Sala de lo Constitucional avanzó notablemente indicando que los tratados internacionales de derechos humanos que sobrepasen los términos garantistas de la Constitución primarían sobre ella.

2° *Rango constitucional*: Ayala menciona los casos de la Constitución de Perú de 1979 y la Argentina de 1994. Martín Carrique incluye las Constituciones de Nicaragua y de Costa Rica en este rango;

La jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, que no ha sido modificada al respecto, coloca la normativa internacional de derechos humanos en esta categoría.

⁴ Carlos M. Ayala Corao. *La Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos*. El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. IIDH, San José, 1998. pp. 141-142

⁵ Martín Carrique. *Los derechos humanos y su aplicación en el ámbito interno*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano: 1999. Konrad Adenauer Stiftung A.C.-Ciedla. P. 408

⁶ Héctor Gross Spiel. *Temas de Derecho Internacional*. Buenos Aires, Argentina, 1989. pp. 69-70.

3° *Rango supralegal*: Ayala cita como ejemplos a Alemania, Italia, Francia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Colombia.

4° *Rango legal*: indica los casos de Estados Unidos y de México. Advierte que la Constitución uruguaya no lo dispone expresamente, pero su jurisprudencia ha llegado a concluir que los tratados tienen rango de ley.

5. El rango normativo en el sistema guatemalteco

Al momento, y sin que ello sea definitivo o inconmovible, la ubicación que la Corte de Constitucionalidad ha reconocido al Derecho internacional de los derechos humanos ha sido la del tramo constitucional. Esto es, que las normas de derechos humanos ingresan al ordenamiento y son vinculantes con fuerza normativa igual a la de la Constitución. Así adquieren fuerza superior sobre todo el ordenamiento interno. Sin embargo, no les quiso reconocer posibilidades reformadoras ni derogatorias de la propia Constitución.

Al respecto, tres magistraturas consecutivamente han coincidido en el enfoque.

La primera oportunidad hubo de hacerlo en la Sentencia de 19 de octubre de 1990 en amparo interpuesto por varios partidos políticos contra el Tribunal Supremo Electoral (denegatoria de inscripción de la planilla encabezada por el ciudadano Efraín Ríos Montt)⁷.

La Corte reiteró la fundamentación jurídica en la Opinión Consultiva de 18 de mayo de 1995 acerca del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.⁸

Finalmente, en la sentencia de 31 de octubre de 2000⁹ afirmó la supremacía del Pacto de San José sobre la legislación ordinaria, aunque no aclaró, por innecesario, el punto de la jerarquía superior o no sobre la Constitución.

Sin embargo, de lo que no ha quedado duda es que la Corte de Constitucionalidad reconoce al Derecho internacional de los derechos humanos categoría igual, paralela u homóloga a la de las normas constitucionales.

6. Operatividad judicial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En materia judicial, esto es, en el ámbito más sensible y virtual de la aplicación del Derecho, la discusión sobre la jerarquía normativa adquiere importancia singular. El juez, frente al deber de atar la situación concreta, *sub litis*, con la hipó-

⁷ *Gaceta Jurisprudencial* No. 18, C.C. pp. 99-100

⁸ *Gaceta Jurisprudencial* No. 37, C.C. p. 9

⁹ *Gaceta Jurisprudencial* No. 58, C.C. p. 137

tesis prevista en los supuestos normativos se encontrará con diversos preceptos que acomoden a los hechos, efectuando una labor de juicio para decidir según la materia que regulen y el tramo que ocupen en la escala reguladora. La seguridad jurídica obligaría a que el juez atine aplicando en su adecuado valor la norma que exactamente concierna al supuesto debatido.

Cierta tradición de los sistemas de aplicación del derecho reflejó la preferencia judicial y administrativa por la norma legal o reglamentaria más próxima al caso. De suerte que se decantó la tendencia de elegir la disposición supuestamente más específica. Esto produjo el exceso legalista circunscrito a la literalidad de las normas domésticas. Se mantuvo el criterio formal de que aunque la ley y el tratado compartían el mismo escaño, era preferible aplicar la primera, aunque hubiese discrepancias entre ambos. El artículo 204 de la Constitución no contribuyó a resolver la posición que entre la ley y los tratados había de reconocerse.

Criterios nuevos, inspirados por la creciente interacción de los Estados y la más activa regulación de los organismos internacionales de asuntos cuya transnacionalidad es factor determinante para su eficacia, y la institución de tribunales de competencia internacional en determinadas materias que también exigen tutela frente a la conducta de los Estados, hacen posible la idea de una jerarquía intermedia entre la Constitución y las leyes internas. En materia de derechos humanos, conforme el artículo 46, la jerarquía es la misma de la Constitución.

En términos enunciativos el Derecho internacional general tendría jerarquía superior a la ley ordinaria interna. En particular, porque aquí no operarían los principios de que la ley posterior deroga a la anterior o de que la ley especial deroga la general. Simplemente porque el legislador no tiene competencia para modificar los tratados internacionales. Además, porque un tratado internacional constitucionalmente celebrado obliga al Estado, y ninguna parte puede, conforme la Convención de Viena, invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (Artículo 27).

7. Principales instrumentos en materia de derechos humanos reconocidos por Guatemala

La enumeración de tratados o convenios y declaraciones internacionales de derechos humanos es compleja y cada vez más enriquecida. Deben citarse en esta ocasión algunos principales a ser observados por la justicia con el carácter preeminente que les otorga el artículo 46 de la Constitución y, en general, por el reconocimiento que hace el Estado de la normativa internacional general en cuanto en la misma se reflejen los principios-fuerza imperativos y universales.

En la lista no podrían dejar de figurar los siguientes:

- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)
- Pacto internacional de derechos civiles y políticos
- Convención sobre los derechos del niño
- Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
- Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer
- Convención internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial
- Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Políticos
- Convención sobre la tortura y tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes
- Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura
- Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas

8. Algunos casos de aplicación del DIDH en sede de constitucionalidad

A. *Recepción con rango constitucional del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.*

Expediente 199-95. Opinión Consultiva de la Corte de Constitucionalidad de 18 de mayo de 1995.

Resumen del caso: El Congreso de la República en ejercicio de la facultad que le confiere el Art. 171 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, compareció ante la Corte solicitando opinión consultiva acerca de la constitucionalidad de las normas del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Opinión de la Corte: El estudio de las normas del Convenio realizó la comparación necesaria con los preceptos de la Constitución, tanto en su aspecto dispositivo como los enunciativos de valores y principios que la rigen. El análisis factorial depuró uno por uno los artículos del Convenio habiéndolos hallado conformes con el texto fundamental. Debe resaltarse que dicho examen fue apoyado por la referencia que hizo la Corte a diversos instrumentos internacionales suscritos por Guatemala, significando el valor normativo que el Tribunal les atribuye en el orden interno. De ahí que en la parte conclusiva asentara que “*Guatemala ha suscrito, aprobado y ratificado con anterioridad varios instrumentos jurídicos internacionales de reconocimiento, promoción y defensa de los derechos humanos de los habitantes en general y de los cuales también son nominalmente destinatarios los pueblos indígenas; sin embargo, tomando en cuenta que si bien es cierto que las reglas del juego democrático son formalmente iguales para todos, existe una evidente desigualdad real de los pueblos indígenas con relación a otros sectores de los habitantes del país, por lo cual el Convenio se diseñó como un mecanismo jurídico especialmente dirigido a remover parte de los obstáculos que impiden a estos pueblos el goce real*

y efectivo de los derechos humanos fundamentales, para que por lo menos disfruten en el mismo grado de igualdad que los demás integrantes de la sociedad.” El ingreso al ordenamiento interno, motivado en la opinión por vía del primer párrafo del Art. 44 CPR que reconoce los derechos implícitos o no enumerados, se produce entonces con la jerarquía suprema de la propia Constitución, lo que se entiende con la aserción siguiente: *“Esta Corte es del criterio que el convenio 169 analizado no contradice lo dispuesto en la Constitución y es un instrumento jurídico internacional complementario que viene a desarrollar las disposiciones programáticas de los arts. 66, 67, 68 y 69 de la misma, lo que no se opone sino que, por el contrario, tiende a consolidar el sistema de valores que proclama el texto constitucional”*.

B. Preeminencia del Art. 4.2 in fine de la CIDH sobre el Art. 201 del Código Penal

Expediente 30-2000. Sentencia de la Corte de Constitucionalidad [CC] de 31 de octubre de 2000.

Resumen del caso: En proceso penal promovido contra ACC el Tribunal de Sentencia Penal lo condenó por el delito de plagio o secuestro sin que haya ocurrido muerte de la víctima, previsto en el artículo 201 del Código Penal imponiéndole la pena de muerte. Impugnó y la Sala de Apelaciones confirmó el fallo. Su defensa interpuso recurso de casación por motivos de forma y de fondo, que fue declarado sin lugar por la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia. El tribunal de casación en su parte considerativa sostuvo que no había modificación de la estructura del tipo penal establecido antes de la vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos [Pacto de San José o CADH] y que para el caso no es aplicable esta Convención.

El condenado solicitó amparo contra la sentencia en casación, alegando, entre otros aspectos, la inaplicación del artículo 4.2 de la CADH que prohíbe extender la pena de muerte a los delitos que no la tenían establecida a la fecha de suscripción del Pacto.

Datos: La CADH fue suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Guatemala la ratificó el 27 de abril de 1978.

El Código Penal coetáneo a la suscripción de la CADH, Decreto 17-73 del Congreso de la República, castigaba el delito de plagio o secuestro con la pena de 8 a 15 años de prisión y con la pena de muerte cuando fallecía la víctima. Reformas posteriores al artículo 201 lo sancionaron con la pena de muerte y con penas de prisión cuando aquélla no fuere aplicable (caso de mujeres o de mayores de sesenta años de edad o de condena basada en presunciones).

Sentencia de amparo: La CC dictó sentencia analizando distintos elementos del caso. En su primera consideración (I) sustentó que la clave de la protección constitucional de amparo es la interdicción de la arbitrariedad y que en esto incurriría la autoridad judicial que ante un problema de elección de norma prefiere la de

menor fuerza normativa, infiriendo agravio al aplicar indebidamente una disposición que está sujeta a preeminencia o supremacía de otra.

El considerando segundo (II) lo subdividió en doce apartados en los que trata diversas cuestiones relacionadas con el tema central: 1. Reconocimiento de una controversia pública sobre la odiosidad del delito de secuestro y la perspectiva judicial respecto de las obligaciones internacionales del Estado, la validez interna de los tratados de derechos humanos y el principio de legalidad penal; 2. La posibilidad de un debate social sobre la justificación ético-jurídica de la pena de muerte; 3. Exclusión de la sentencia del examen de la cuestión anterior, que es de naturaleza política, y su necesidad de concretarse a precisar el aspecto objetivo planteado en el amparo: si la pena de muerte establecida para el delito de plagio sin fallecimiento de la víctima contravenía o no el artículo 4.2 *in fine* de la CADH; 4. Enuncia el método de análisis partiendo del marco jurídico constitucional de recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la necesidad de abordar el estudio del delito de secuestro según la Teoría del Delito para ubicar su entidad conforme el principio de legalidad penal previsto en el art. 17 de la Constitución Política de la República; 5. Describe el cuadro o marco constitucional que recepta el Derecho internacional general, el comunitario y el de los derechos humanos, reconociendo la preeminencia de éste sobre el Derecho interno. Alude al artículo 46 del que considera innecesario elucidar si por su contenido implica supremacía del DIDH sobre la propia Constitución, decidiendo no apartarse de la jurisprudencia de la Corte en otros casos; 6. Aborda la cuestión de la jerarquía del Pacto de San José con relación al Código Penal, señalando sin duda la preeminencia de aquél. Asimismo, advierte sobre la naturaleza de la discusión pública acerca de las condiciones de suscripción del Pacto y las posibilidades de denuncia o separación que competen al órgano responsable de la conducción de la política exterior y de las relaciones internacionales; 7. Hace un recuento histórico de la legislación sobre el delito de secuestro, desde 1936 hasta la época, plasmada en cinco decretos legislativos; 8. Reafirma la necesidad de acudir a la Teoría del Delito para establecer identidad o diferencias en la tipicidad del secuestro de personas con y sin consecuencia del fallecimiento de la víctima. Esta operación coherente con la obligación judicial de contribuir al Estado de Derecho aplicando racionalmente las normas; 9. Realiza el análisis del delito y sus elementos examinando los conceptos de delitos simples y complejos, los matices que implica el bien jurídico protegido y la improcedencia de la analogía en materia penal y concluye que un delito (plagio más muerte de la víctima) es un delito distinto del otro (plagio simple), aunque no hubiese variado el *nomen*; 10. Retorna la preocupación de la sociedad crispada por lo insidioso del delito de secuestro y por su crecimiento exponencial reflejado en la frecuencia y la intensidad con que el legislador ha tratado de contenerlo y señala que la Corte, aunque no puede ser insensible al clamor de una mayoría de la población, no puede admitir consideraciones políticas contrarias a las de ética jurídica encomendadas por la Constitución; 11. Cita casos concretos de aplicación diferenciada del artículo 201 del Código Penal,

pues unos tribunales han impuesto la pena de muerte aun sin fallecimiento de la víctima y otros han observado la restricción impuesta por la CADH condenando sólo a la pena de prisión, y observa: “*una desigualdad para los inculcados que estarían sujetos no a la aplicación objetiva de la ley sino a la subjetiva de la puerta por la que ingresarán a la administración de justicia*”; y 12. Razonando que el Derecho está sustentado en conceptos, o sea, supuestos de razón, más que en palabras aisladas, concluyó que el tribunal reclamado violó los derechos del postulante por inaplicación de norma prevalente y preeminente del Art. 4.2 *in fine* de la CADH y decidió otorgar el amparo solicitado.

C. *Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (principio de su interés superior) en actuaciones judiciales*

Expediente 49-99. Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de 6 de abril de 1999.

Resumen del caso: Ante el juez de primera instancia se hizo constar que Claudia Beatriz entregaba a su hijo de un año de edad, César, a Nidia Yolanda, para que lo cuidara y velara por él, debido a que la primera no podía hacerlo por motivos de trabajo en un “bar” y que iniciaría trámites para dárselo en adopción. Posteriormente, la última acudió al Tribunal de Menores exponiendo que la madre le pedía devolver al niño porque lo entregaría a Erasmo, esposo de la propietaria del “bar”, y por eso acudía a presentar al menor para que se decidiera su situación. El juez ordenó varias diligencias, entre éstas confirmar el depósito en la solicitante y oír a la madre natural, quien afirmó su arrepentimiento de haber entregado a su hijo y su intención de dárselo al matrimonio de propietarios del negocio indicado. En otra comparecencia, practicada días después, expresó su deseo de que su hijo fuera entregado en forma definitiva a la depositaria y que luego concretaría lo relativo a la adopción a favor de ésta. Pasado un mes de la última diligencia, Erasmo se presentó por escrito exponiendo ser el padre del menor, por haberlo reconocido como hijo ante el Registro Civil, lo que acreditó con certificación de la partida de nacimiento. El tribunal dictó auto cancelando el depósito del menor y ordenó entregarlo en depósito a “su progenitor” Erasmo N. Contra esta disposición Nidia Yolanda, depositaria del menor, interpuso el amparo.

Sentencia de amparo: La CC conoció en apelación, porque el tribunal que conoció del amparo en primera instancia lo denegó por falta de agotamiento de la vía previa, estimando que la interesada no pidió la revisión prevista en el Art. 46 del Código de Menores.

La sentencia de la CC contiene seis apartados en los que razona o motiva su decisión de otorgar amparo. En el I sienta la doctrina de que el amparo es protector de los menores de edad cuando, en actuaciones judiciales, no conste que se haya considerado y aplicado el principio de supremacía de sus intereses, como lo ordena la Convención sobre los Derechos del Niño. En el II depura la cuestión de improcedencia por falta del principio de definitividad, señalando que tal exigencia se re-

leva para quien formalmente no fue parte en las gestiones hechas para la cancelación del depósito del menor, ya que a la depositaria no le notificaron las resoluciones y actuaciones judiciales ocurridas al respecto. El III contiene resumen de lo pertinente de las actuaciones. En el IV la Corte precisa la normativa aplicable, citando las disposiciones del Código de Menores y de la Convención “*aplicable con rango superior a las leyes ordinarias, en virtud de lo previsto en el Art. 46 de la Constitución...*”: Arts. 3.1, 3.2, 5, 7, 9.1, 9.2, y 20.1. El apartado V contiene una relación de actuaciones de la madre natural que revelan confusión y contradicciones respecto del destino del menor y refutación de la legalidad del reconocimiento de la paternidad. También la constancia del Hospital Nacional de que ella se presenta a exámenes periódicos de profilaxia sexual por dedicarse a la prostitución. En la parte motiva VI, después de señalar hechos establecidos en el expediente y que la CC tuvo por no advertidos ni analizados por el Tribunal impugnado, expresó que “*Siendo principal la consideración de las condiciones personales del menor, el acto reclamado fue emitido sin que conste que el Tribunal las haya valorado o estimado en razón directa de su bienestar, que, conforme lo preceptuado en la Convención, debe ocupar atención preeminente, como se deduce de lo establecido en los artículos 3.1, 9.1, 20.1, que resaltan el ‘interés superior del niño’. Desde luego, la primacía del interés del niño no descarta los derechos de los padres a que sin su voluntad sus hijos sean separados del hogar, pues ello lo garantiza el Código Civil (artículos 260 y 261) y el Código de Menores en su artículo 9.1, aunque éste prevé casos de excepción que, precisamente, quedan bajo el control judicial competente.*”

En esta Sentencia la legitimación activa para solicitar amparo fue deducida por aplicación del Código de Menores, en tanto estando vigente el depósito del niño se afectaba su derecho de defensa al ignorarse la representación de sus intereses que a la depositaria correspondía, a quien también le eran aplicables los artículos 3.2., 5 y 9.2 de la Convención para la defensa de los suyos.

El amparo fue otorgado con reenvío para que el Tribunal de Menores emitiera nueva resolución sustentada en el principio del valor superior de los intereses del niño sobre el criterio privatista que evidentemente motivó la resolución reclamada.

D. Aplicación de la Declaración de los Derechos del Niño y de la Convención sobre los Derechos del Niño (el principio de su interés superior) en actuaciones administrativas

Expediente 787-2000. Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de 29 de agosto de 2000.

Resumen del caso: Tres colegiales fueron expulsados de su establecimiento educativo particular porque se les encontró en posesión de cerveza contenida en recipientes destinados a envasar refresco cuando se encontraban en un Centro Deportivo participando en actividades del Colegio. Interrogados al respecto aceptaron haber cometido la falta. Las autoridades del plantel citaron a los padres para comunicarles la decisión de retirar en forma definitiva a los menores, a quienes únicamente

admitirían brindándoles educación a distancia para que practicaran sus exámenes en las tres unidades restantes del año. Los padres de dos de los expulsados acudieron a autoridades del Ministerio de Educación, las que intervinieron pero sin lograr que la disposición se revocara. Entonces dichos padres plantearon amparo contra el centro educativo ante un tribunal de primera instancia, que al dictar sentencia lo otorgó. La Corte de Constitucionalidad conoció del caso en apelación de esta sentencia.

Sentencia de amparo: Relativamente extensa en su parte motiva, contiene once apartados en los que hace consideraciones relativas al derecho a la educación y la coherencia que debe guardar con el Estado Constitucional de Derecho. Disipa una señalada, por el Ministerio Público, falta de agotamiento de la vía previa, eximiendo a las partes de impugnar por vía administrativa un acto que por su ejecución inmediata no tuvo efecto suspensivo. En el apartado III precisa la normativa que debe aplicarse para resolver la denuncia de infracción alegada en el amparo y en la réplica del Colegio invocando normas del Código Civil y de la Ley de Educación Nacional. *“Al respecto, esta Corte estima que de manera inmediata debe invocarse la legislación especial que regula determinada materia, pero esto no excluye, sino estimula, que su orientación se sustente en valores, principios y normas atinentes de superior jerarquía. De manera que, para decidir sobre un caso como el que se estudia, son pertinentes los enunciados de la Constitución y también los de la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ambas de la Asamblea General de Naciones Unidas.”* Advierte el fallo cierto acento privatista o civilista en la exposición del Colegio reclamado, aparte de inocultada pretensión de lograr con la pena un efecto trascendente, y por ello examina los conceptos de educación y del reconocimiento estatal de la educación privada, enmarcándolos en el esquema del Estado social. De ahí sostiene que *en materia educacional debe matizarse adecuadamente el enfoque civilista de la autonomía de la voluntad, en particular en cuanto ésta concierna a niños o jóvenes menores de edad.* Después de analizar la Constitución Política y Ley de Educación Nacional, en las que hallaría sustento para sus conclusiones, las refuerza con los enunciados del DIDH que relaciona así: *“En cuanto a los instrumentos internacionales (...) de la Declaración resultan apropiados al caso, enunciados del Principio II sobre el goce del niño de medios para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, y del Principio III, que el interés superior del niño debe ser la pauta de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación. De la Convención son relevantes en el artículo 3.1 la reiteración de que debe atenderse el interés superior del niño, y el artículo 12.2 que le garantiza la ‘oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño...”* Al examinar propiamente los hechos (documentos y actuaciones) la CC expresa: *“La expulsión del colegio (que constituye una comunidad de administradores, maestros, compañeros y padres de familia) importa una sanción de la máxima gravedad dentro del régimen disciplinario de la institución, y que desde luego se justificaría*

cuando existan causas suficientes que alteren o amenacen alterar el curso normal del proceso educativo, o bien, si se tratare de conductas incorregibles o reacias a ser educadas que dañen efectivamente al resto de la comunidad. De manera que, si como en el caso examinado, se perfilaron circunstancias atenuantes de la falta, que la autoridad del colegio no pudo o no quiso advertir, es claro que ese exceso daña la personalidad de los alumnos sancionados y por ello no debe continuar el castigo que ya han sufrido.” La sentencia al arribar a conclusiones invocó en su apoyo las normas de DIDH citadas, y para el caso asentó: *“la disposición del colegio impugnado rebasó los límites de lo razonable en materia de corrección, (...) los alumnos ya han sufrido suficiente castigo por haberseles mantenido expulsos durante casi tres meses (y que durante ese tiempo el resto de la comunidad escolar habrá percibido las consecuencias penosas de la falta grave cometida por los escolares mencionados), se vulneró su derecho humano a la educación, garantizado por la Constitución (Art. 74) y la Ley de Educación Nacional (Art. 1 inciso a), con inobservancia de los principios que reconocen el interés superior del niño contenidos en la Declaración y Convención...”*

E. Preeminencia del derecho a la vida privada reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la integridad moral de la persona reconocido por el Pacto de San José

Expediente 248-98. Auto de la Corte de Constitucionalidad de 29 de abril de 1998.

Resumen del caso: Acción de inconstitucionalidad planteada contra el Art. 3 del Decreto 100-96, reformado por el Decreto 22-98, ambos del Congreso de la República, en la parte que dice: *“quienes [los periodistas] no podrán realizar transmisiones directas, ni grabar por cualquier medio para su reproducción diferida o fotografiar el acto del ingreso del reo al módulo de ejecución y su estancia en el mismo.”*

La Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad prescribe que dentro de los ocho días siguientes a la interposición de la acción la CC deberá resolver acerca de la suspensión provisional de la ley impugnada, en los casos en que la inconstitucionalidad fuere notoria y pudiera causar daños irreparables. De suerte que la ley atacada fue suspendida, por cuestiones formales (ya que la materia tratada correspondía a la Ley de Emisión de Pensamiento, que por su naturaleza complementaria de la Constitución únicamente podía ser reformada por un procedimiento agravado no cumplido en la emisión de la ley cuestionada) pero no por el fondo que, por razón de la vulneración del procedimiento legislativo, no podía conocer la CC.

Auto de la CC: No obstante que ese tipo de autos de suspensión provisional ha sido estrictamente parco, la CC, luego de indicar las razones de la suspensión, asentó: *“En cuanto a la teleología del párrafo impugnado es indudable que corresponde a cuestiones opinables, por lo que debe confiarse en la propia razonabilidad de los medios de prensa, en cuanto respeten la intimidad del ejecutable, quien, no obs-*

tante esta condición, conserva su dignidad humana, esto es, su calidad de persona, aspecto subjetivo que recoge con claridad el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Asimismo, porque el inciso 2 del artículo 5 del Pacto de San José protege la integridad moral de la persona y el inciso e ibídem proclama que 'la pena no puede trascender de la persona del delincuente' porque, para el caso, la publicidad fotográfica o videográfica del suceso profundamente íntimo de la muerte de un hombre puede ser aflictivo a su familia. Siendo, pues, inalienable e imprescriptible la dignidad de la persona física, la que no pierde ni siquiera por una sentencia capital, tal como se deduce de lo previsto en el Preámbulo y los artículos 1º, 2º, 3º y 4º de la Constitución, y, en tanto no haya legislación reguladora válidamente emitida, concierne a los medios de comunicación observar un principio aún no reglamentado y que corresponde a los derechos implícitos a que se refiere el primer párrafo del artículo 22 ibídem: la dignidad en la muerte. En particular ese principio debe observarse si el ejecutable manifiesta, en su momento, su voluntad de que se le permita morir en pleno derecho a la intimidad, de la que la sentencia condenatoria no le ha privado."

Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano*

Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno guatemalteco

I. Recepción del Derecho Internacional en el ámbito interno

Al hacer referencia a la situación de la incorporación del derecho internacional en el derecho interno, es necesario recordar las clásicas teorías: dualista y monista, las que con algunas modificaciones siguen las Constituciones de los diferentes países.

Para la doctrina dualista, cuyos autores históricos más representativos son el alemán Trieppe y el italiano Anzilotti, el derecho internacional y el derecho interno son dos órdenes jurídicos radicalmente diferentes y separados, señalándose dentro de sus diferencias, el órgano del cual emanan sus disposiciones, el proceso de formación y el contenido de sus normas. Asimismo, se producen las consecuencias de la inaplicabilidad directa de la norma internacional, y la necesidad de transformar un tratado internacional, es decir, para hacerlo aplicable debe convertirse en norma interna mediante un acto del legislador.

Por el contrario, para la doctrina monista, cuyas representantes son la escuela normativista de Kelsen y la escuela sociológica de Scelle, el derecho internacional y el derecho interno son un solo sistema. Para Kelsen, las normas jurídicas encuentran su fundamento en una norma superior. Las normas se escalonan y la validez de cada norma depende de su conformidad con la norma de rango superior. En la cúspide de la pirámide kelseniana se encuentra “la norma fundamental” que asegura la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.

El problema en este sistema reside en determinar cuál es la norma superior: la Constitución o la norma proveniente del derecho internacional. Kelsen en un inicio

* Presidente de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

señaló que lo era la constitucional; sin embargo, a partir de 1934 señaló que la norma fundamental reside en el derecho internacional.

Cada uno de los ordenamientos jurídicos en la actualidad ha ido situando a su sistema jurídico dentro de alguna de estas teorías, con las adecuaciones que han estimado pertinentes.

Las consecuencias de preferir una u otra teoría implican que por la doctrina monista, el derecho internacional es directamente aplicable al quedar incorporado en el sistema nacional, sin necesidad de un acto del legislativo que recoja sus normas. En la teoría dualista, deben incorporarse las normas a través del desarrollo legislativo del Estado.

Guatemala prevé en el artículo 149 de su Constitución lo referente a las relaciones internacionales del Estado, señalando:

“...Guatemala normará sus relaciones con otros Estados de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados...”

Asimismo, se establece en su texto normativo una serie de disposiciones referentes a las facultades del Ejecutivo en lo atinente a dirigir la política exterior y las relaciones internacionales, así como para celebrar, ratificar y denunciar tratados y convenios (Art. 183, inciso o). Se prevén también los casos en los cuales el Congreso de la República debe aprobar antes de su ratificación los tratados internacionales, encontrándose dentro de éstos, los tratados en los que “...transfieran competencias a organismos, instituciones o mecanismos creados dentro de un ordenamiento jurídico comunitario concentrado para realizar objetivos regionales y comunes en el ámbito centroamericano...”. También requieren previa aprobación del Congreso los tratados que: “...Contengan cláusula general de arbitraje o de sometimiento a jurisdicción internacional...” (Art. 171 literal L incisos 2 y 5, respectivamente).

En lo referente a la jerarquía que el derecho internacional ocupa en el contexto interno guatemalteco, puede afirmarse que es supra legal, en la generalidad de casos excepto lo referente a derechos humanos, tema de esta exposición. El resto del derecho internacional adquiere esta jerarquía al aceptar expresamente en el artículo 149 de la Constitución, que se normará por las reglas y prácticas internacionales, por lo que Guatemala siendo parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, debe tenerse presente el contenido del artículo 27 de la misma, que no le permite al Estado invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Además, dentro de las normas de derecho internacional general se encuentran principios tales como el “pacta sunt servanda” y “bona fide” que igualmente son imperativos. Por ende, el legislador ordinario no podría modificar ni derogar el derecho internacional, a menos de violar el derecho interno.

Como corolario de esto, los jueces pueden, y a mi juicio deben, aplicar de oficio el derecho internacional general, en cuanto normas, principios y valores del mismo, con apoyo en el citado artículo 149 de la Constitución.

Entendemos, por tanto, que en el caso presente estamos frente al llamado “Jus Cogens”, o sea el derecho obligatorio “per se” para la comunidad jurídica internacional en general, ya que ella lo ha consagrado por su uso inveterado y por la conciencia de su propia imperatividad.

La disposición constitucional analizada es aplicable tanto a las normas del derecho internacional general, como a las normas del derecho internacional convencional; sin embargo, en lo referente a derechos humanos la norma suprema contiene una disposición específica al respecto, la cual analizaremos a continuación. Enfocaremos esencialmente dos aspectos del tema, la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos frente al derecho interno y la autoaplicabilidad *-self executing-* de sus normas.

II. Jerarquía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno

En relación a este aspecto, la actual Constitución Política de Guatemala, promulgada en 1985 y vigente a partir del 14 de enero de 1986, contiene una norma de corte humanista y altamente protectora de la persona, al señalar en su artículo 46:

“Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

Esta norma establece claramente el nivel jerárquico que debe dársele a los tratados internacionales respecto del derecho interno, cuando los mismos se refieren a derechos humanos.

Surge la interrogante entonces, si podrá este tipo de normas llegar a ser superior a la propia Constitución. La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, al considerar el tema, resolvió:

“...parte del principio hermenéutico de que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el significado de que cada parte debe determinarse en forma acorde con las restantes, que ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas del texto. En primer término, el hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el Derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la even-

tualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución, y este ingreso se daría no por vía de su artículo 46, sino -en consonancia con el artículo 2 de la Convención- por la del primer párrafo del 44 constitucional que dice: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana...” Expediente 280-90. Sentencia de 19-10-90. Gaceta Jurisprudencial 18. Reiterado en el Expediente 199-95. Opinión consultiva de 18-05-95. Gaceta Jurisprudencial 37.

Es importante tomar nota también que la Corte Suprema de Justicia, al dictar la sentencia de 12 de octubre de 1990, que resolvió en primer grado el expediente 71-90 de esa Corte, amparo promovido por las organizaciones políticas “Partido Institucional Democrático (PID), “Frente de Unidad Nacional (FUN) y “Frente Republicano Guatemalteco” (FRG), contra el Tribunal Supremo Electoral, señaló:

*“...esta Corte estima que, si bien en materia de derechos humanos los Tratados y Convenciones Internacionales prevalecen sobre todo el derecho interno, **inclusive la Constitución**, al analizar la denuncia que antecede se aprecia que el artículo 23 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en su numeral 2, establece que el ejercicio de los Derechos Políticos de todos los ciudadanos, exclusivamente se puede limitar por las razones en él contempladas...”* El resaltado es propio.

Es de hacer notar que el rango que se atribuye por vía jurisprudencial a los tratados internacionales en materia de derechos humanos es el de “...ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional...” tratando de esta manera de mantener la unidad del sistema e interpretarlo en forma integral.

Aunque no se ha reconocido expresamente, la supra constitucionalidad de los tratados internacionales, a la luz de la jurisprudencia constitucional, la propia Constitución prevé mecanismos de incorporación con un nivel jerárquico superior al derecho interno, incluyendo dentro de éste la totalidad de sus normas; así, puede apreciarse el contenido altamente humanista del artículo 46 que prevé la preeminencia de aquéllos sobre éste, y al reconocer en el artículo 44 de la misma, que los derechos reconocidos en la Constitución no excluyen otros que aunque no figuren expresamente en ella son inherentes a la persona humana, no puede ser otra la conclusión.

Dentro del marco jurídico desarrollado no deberían existir dudas en cuanto a la fuerza normativa que los tribunales deben dar a los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Sin embargo, dentro del texto constitucional en lo referente al Organismo Judicial, se estableció en el artículo 204:

“...Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado...”

Esta norma ha creado la duda en los operadores de justicia, respecto de la jerarquía que debe dársele a los tratados internacionales, mencionándose que existe

incompatibilidad entre el texto de la norma contenida en el artículo 46 y la prevista en el 204.

Al respecto cabe considerar cómo se ha desarrollado jurisprudencialmente por la Corte de Constitucionalidad:

“...La Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico; el significado de cada una de sus normas debe determinarse en armonía con el resto, ninguna de ellas debe ser considerada aisladamente, y siempre debe preferirse la interpretación que armonice y no la que coloque en pugna a una norma con las restantes. La finalidad suprema y última de la norma constitucional es la protección y la garantía de la libertad y dignidad del hombre frente al poder estatal y, en consecuencia, la interpretación de la Constitución debe orientarse siempre en ese sentido. Sus preceptos jurídicos no están aislados, forman parte de un todo cuyo conjunto debe ser analizado para encontrar su significado; la norma jurídica constitucional debe interpretarse de acuerdo con el contenido y finalidad de la institución a la que pertenece, es necesario analizar los principios generales dentro de los cuales se desenvuelve y percataarse tanto de la realidad que va a ser normada por ella, como de las valoraciones en que la misma se inspira y del propósito de la norma en cuestión. Los procedimientos de interpretación constitucional establecen que las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras y que se entenderán según su contexto, como un conjunto, en el cual el significado de cada parte debe armonizarse con el de las restantes...”¹.

Con esa base, puede afirmarse que el artículo 204 es una norma general que indica a los jueces la jerarquía en el sistema normativo guatemalteco; sin embargo, el precepto contenido en el artículo 46 de la norma suprema contiene una excepción a la regla general, al indicar que en materia de derechos humanos, los tratados o convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno. Ambas normas son perfectamente compatibles y aplicables, siendo una general y la otra particular. La razón a esta argumentación se desprende claramente de los artículos 3 y 114 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad que preceptúan:

“...Artículo 3º. Supremacía de la Constitución. La Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado. No obstante, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala prevalecen sobre el derecho interno...”

“...Artículo 114. Jerarquía de las leyes. Los tribunales de justicia observarán siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley y tratado internacional, sin perjuicio de que en materia de derechos humanos

¹ Expediente 113-92. Sentencia de 19 de mayo de 1992. *Gaceta* 24.

prevalecen los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala...”.

En lo que respecta al resto del ordenamiento jurídico guatemalteco, se ha presentado el problema de selección de la norma aplicable al caso concreto, si la emitida por el legislador ordinario o la norma proveniente de tratados o convenciones de nivel internacional, en materia de derechos humanos.

A este respecto, se presentó la situación en la cual Guatemala introdujo una reforma al Código Penal vigente, en el sentido de ampliar la pena de muerte en el delito de secuestro cuando concurrieran ciertas circunstancias. Al responsable del delito de secuestro, antes de la reforma al artículo 201 del Código Penal, se le sancionaba con pena de muerte cuando se producía el fallecimiento del secuestrado; en otras situaciones se le imponía la pena máxima de prisión. Con la reforma al citado artículo se impone pena de muerte en otros supuestos.

Se promovió un amparo por una persona que fue condenada a pena de muerte por el delito de secuestro, en una situación en la cual no se produjo la muerte del secuestrado, argumentando que se viola con ello el artículo 46 de la Constitución, referente a la preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno, al no respetar las disposiciones de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que también es ley de la República, y la cual señala que en los países donde no se haya abolido la pena de muerte, ésta se impondrá por los más graves delitos y no podrá ampliarse para figuras delictivas que no la tenían contemplada al momento de la vigencia de esa convención en el derecho interno.

La Corte de Constitucionalidad consideró que:

“...la cuestión a despejar es la determinación del rango o jerarquía que la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene en relación con el Código Penal...Determinante para elucidar el punto analizado es la discusión sobre si la pena de muerte se extendió a delitos no previstos antes de la vigencia del Pacto de San José, en el caso del artículo 201 del Código Penal, o si, por el contrario, el tipo delictivo simple, sin muerte de la víctima de secuestro o plagio, no estaba anteriormente sancionado con dicha pena...Que un delito (plagio más muerte de la víctima) es un delito distinto del otro (plagio simple), aunque no hubiese variado el nomen, pues en el primero se perfila la protección de un bien jurídico superior: la vida. En cambio, en el otro, el bien protegido es la libertad individual...En este orden de ideas, retoma las cuestiones depuradas anteriormente: el Estado de Derecho, el carácter vinculante del derecho internacional de los derechos humanos receptado convencionalmente por Guatemala y la teoría del delito como indicador clave para la aplicación de la normativa penal...tomando en cuenta que el Derecho está sustentado en conceptos, o sea, supuestos de razón, (por ejemplo: delito simple y delito complejo) más que en palabras aisladas, y teniendo presente mutatis mutandi la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de fe-

brero de 1995 en que dijo: “las disposiciones comunitarias pueden invocarse ante el órgano judicial nacional y dar lugar a la inaplicabilidad de las normas nacionales contrarias a dichas disposiciones” (citada por Manuel Juan Vallejo, La Justicia Penal en la Jurisprudencia Constitucional, Dykinson, Madrid, 1999, página 108), resulta que el acto reclamado...violó los derechos del postulante por inaplicación prevalente y preeminente del artículo 4 numeral 2 in fine de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...” Expediente 30-2000, Sentencia de 31-10-2000. Gaceta 58.

III. Aplicación directa de las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos

Estimo conveniente hacer mención, previo al desarrollo del tema, de datos de interés referente a la situación actual de Guatemala, para luego resaltar la importancia de la aplicación directa del derecho internacional de los derechos humanos.

Así, puede mencionarse que Guatemala es un país multiétnico, pluricultural y multilingüe, en el cual existen 23 grupos étnicos, entre los que se destaca el de origen mayense, el grupo Garífuna y el Xinca, ascendiendo la población indígena a un 42.8%².

3.1 Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo

Dentro de este marco, en el año de 1995, previo a la ratificación del “Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, se solicitó una opinión consultiva respecto de la constitucionalidad del tratado, a la Corte de Constitucionalidad, la cual se identificó como expediente 199-95. Al emitirse la opinión solicitada se consideró que el Convenio no contiene normas incompatibles con el texto constitucional, ya que el citado convenio sólo puede producir las consecuencias favorables que se previeron para promover el respeto a la cultura, la religión, la organización social y económica y la identidad de los pueblos indígenas de Guatemala, así como la participación de ellos en el proceso de planificación, discusión y toma de decisiones de asuntos propios de la comunidad, estimando que el mismo fue diseñado como un instrumento jurídico especialmente dirigido a remover parte de los obstáculos que impiden a estos pueblos el goce real y efectivo de los derechos humanos fundamentales. Para concluir afirmó el Tribunal Constitucional:

“...Esta Corte es del criterio que el Convenio 169 analizado no contradice lo dispuesto en la Constitución y es instrumento jurídico internacional complementario que viene a desarrollar las disposiciones programáticas de los artículos

² Guatemala en números. *Revista Crónica*. Edición Especial. 1998.

66, 67, 68 y 69 de la misma, lo que no se opone sino que, por el contrario, tiende a consolidar el sistema de valores que proclama el texto constitucional... ”³.

Puede observarse en el fallo recién citado cómo se le da el carácter de normas de aplicación directa, al considerar que a través del Convenio se desarrollan las disposiciones programáticas de la Constitución.

3.2 Convención sobre los Derechos del Niño

Caso 3.2.1

Se ha desarrollado jurisprudencialmente también, la aplicación directa de la “Convención sobre los derechos del niño”. Vale la pena mencionar que Guatemala, además de las normas constitucionales que protegen a los menores, posee un Código de Menores, que carece casi totalmente de reconocimiento de derechos para este vulnerable sector de la población. Durante más de cinco años se ha venido discutiendo la entrada en vigencia de un nuevo Código de la Niñez y de la Juventud que responda de manera eficiente a la protección de los derechos de este sector; sin embargo, debido a diferentes factores su aprobación ha sido diferida. Se aplica entonces, en la jurisdicción ordinaria, el Código de Menores vigente, el cual con una carencia casi absoluta del reconocimiento de derechos y su anacrónico contenido, desprotege en la mayoría de los casos a tales menores.

Varios de estos casos han llegado a la Corte de Constitucionalidad, a través de acciones de amparo, reclamándose la aplicación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual se encuentra vigente en Guatemala.

Así, puede mencionarse, que en un caso en el cual la madre de dos menores reclamaba la guarda y custodia de sus hijos, éstas le fueron otorgadas al progenitor de aquéllos, a pesar de que los menores declararon su deseo de permanecer junto a su madre, por estimar el tribunal que “...la sola voluntad de los niños no era suficiente para variar su guarda y custodia...”.

La Corte de Constitucionalidad estimó:

“...De conformidad con los artículos 9 incisos 1 y 2, y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra su voluntad, salvo casos de reserva judicial, al ser necesario por el interés superior del niño; respetarán su derecho, según la conveniencia del caso concreto estar separado de uno o de ambos de modo regular, y le garantizarán el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus afirmaciones en función de su edad y madurez. Tales normas referidas, como se aprecia, otorgan a la declaración de voluntad del niño, de acuerdo a su edad y a su interés y bienestar supremos, un valor preponderante para decidir judicial-

³ Expediente 199-95. Opinión consultiva del 18 de mayo de 1995. Gaceta 37.

mente asuntos que le afecten y le conciernan. Tal Convención fue aprobada y ratificada por Guatemala, por lo que en materia de derechos del niño es ley de la República y debe ser aplicada...”⁴.

Puede apreciarse la aplicación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño, en aras de proteger principios que establece la misma, como lo son el respeto a la opinión del niño y el velar por su interés superior.

Este criterio se ha convertido en jurisprudencia, -doctrina legal- al existir ya más de tres fallos que lo reiteran; así, pueden citarse los que la conforman: Expedientes 49-99, sentencia de 06 de abril de 1999, Gaceta 54 y 866-98, sentencia de 11 de mayo de 1999, Gaceta 52, casos en los cuales, de inaplicarse el derecho internacional, se habría desprotegido a los menores. Se protege el interés superior del niño en el expediente 907-98, sentencia de 23 de febrero de 1999. Gaceta 51.

También se ha aplicado la Convención sobre los Derechos del Niño, en asuntos relativos a la variación de la guarda y custodia de un menor, cuando éstas han sido decididas en una sentencia firme de divorcio, la cual, según el criterio de los tribunales de familia, era inmodificable, en virtud de poseer carácter de cosa juzgada. La Corte estimó que emerge como primordial, el interés superior del niño, a cuya protección adecuada deben tender todas las medidas legislativas y administrativas, y desde luego, la orientación judicial; en consecuencia, por ello puede modificarse la guarda y custodia resueltas en una sentencia de divorcio.⁵

Caso 3.2.2

A continuación cito un caso no producido en el ámbito judicial, sino en actuaciones administrativas, como lo fue la expulsión de que fueron objeto dos alumnos de nivel medio, de un colegio privado de la ciudad capital de Guatemala.⁶ Inicia con la celebración de una mañana deportiva fuera de las instalaciones del plantel, en la cual tenían prohibición de ingresar e ingerir bebidas alcohólicas; habiéndose detectado que dos de ellos llevaban este tipo de bebidas en sus cantimploras, las cuales sólo están permitidas para refrescos. Los jóvenes aceptaron su responsabilidad y confesaron su culpa y arrepentimiento, al ser interrogados por las autoridades del plantel. Sin embargo, el colegio decidió la expulsión sin considerar que era un atenuante el confesar su culpabilidad y que durante diez años habían manifestado buena conducta.

La Corte de Constitucionalidad estableció que:

“...las normas reglamentarias o disciplinarias de los centros educativos cuando se apliquen a menores de edad deberán guardar coherencia con los valores, principios y normas del Estado Constitucional de Derecho...para decidir

⁴ Expediente 1042-97. Sentencia de 08 de septiembre de 1998. Gaceta 49.

⁵ Expediente 743-99. Sentencia de 28 de diciembre de 1999. Gaceta 54.

⁶ Expediente 787-2000. Sentencia de 29 de agosto de 2000. Gaceta 57.

sobre un caso como el que se estudia, son pertinentes los enunciados de la Constitución y también los de la Declaración de los Derechos del Niño...y la Convención sobre los Derechos del Niño...ambas de la Asamblea General de Naciones Unidas...el colegio impugnado rebasó los límites de lo razonable en materia de corrección...se vulneró su derecho a la educación garantizado por la Constitución...y la Ley de Educación Nacional...con inobservancia de los principios que reconocen el interés superior del niño contenidos en la Declaración y Convención citadas en este fallo...”

Los menores volvieron al Colegio y el año siguiente el Reglamento interno se modificó, adaptándolo a las normas vigentes en el Estado de Guatemala.

3.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Por último vale la pena mencionar el expediente surgido con ocasión de haberse promulgado una reforma al Decreto que señala el procedimiento para la aplicación de la pena de muerte. Se señala en la modificación que los periodistas no podrán realizar transmisiones directas, ni grabar por cualquier medio para su reproducción diferida o fotografiar el acto del ingreso del reo al módulo de ejecución y la estancia en el mismo. Se promovió la inconstitucionalidad alegando violación al derecho de libre emisión del pensamiento. Al analizarse la suspensión provisional de la norma impugnada -la cual debe decretarse dentro de los ocho días siguientes de su interposición- la Corte suspendió provisionalmente la norma atacada considerando aspectos referentes a derecho internacional, tales como que no obstante la condición de condenado a muerte la persona conserva su dignidad humana, así como que la pena no puede trascender de la persona del delincuente, basándose para ello en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Sin embargo, al dictar sentencia revocó la suspensión provisional y apoyó el derecho a la libre emisión del pensamiento⁷.

Conclusiones

1. La jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad se ha reiterado al establecer que los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala ingresan al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria.
2. Soy de la opinión que la legislación guatemalteca brinda una adecuada protección en materia de derechos humanos, ya que:

⁷ Expediente 248-98. Sentencia de 19-01-99. *Gaceta* 51.

2.1. La preeminencia del derecho internacional convencional de los derechos humanos sobre el derecho interno, incluida la Constitución, está plenamente garantizada en el artículo 46 de la misma y en los artículos 3 y 114 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Ello debería ser siempre así, mientras tales derechos no se disminuyan, restrinjan o tergiversen, sino todo lo contrario, ya que se trata siempre de lograr protección de la persona. Sin embargo, hemos visto que ni los tribunales ordinarios, ni la Corte de Constitucionalidad siguen este criterio.

2.2. Otros tratados internacionales que no se refieren a derechos humanos, se rigen por el artículo 204 de la Constitución y no por el 46 que es específico para dicha materia. Con ello, Guatemala mantiene la tesis clásica y obsoleta desde el punto de vista de los avances del derecho internacional, en relación a la infra constitucionalidad del derecho internacional convencional.

2.3. Como contrapartida, con apoyo en el artículo 149 de la Constitución, Guatemala se sitúa como uno de los países más avanzados al reconocer plena eficacia en el territorio patrio, del derecho internacional general (Jus Cogens), así como del derecho internacional general de los derechos humanos.

2.4. Por tal motivo, los jueces y tribunales deben investigar y aplicar directamente y de oficio, las normas señaladas en 2.3 ya que como se advierte, su aplicación está plenamente garantizada en virtud del artículo 149 de la Constitución.

2.5. Por el mismo argumento señalado en 2.3 y 2.4 las normas del derecho internacional general humanitario tienen plena eficacia en Guatemala; aquellas normas pertenecientes de derecho internacional convencional humanitario, por tratarse de derechos humanos, se rigen por el artículo 46 citado y en consecuencia, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

3. Aunque no se ha reconocido expresamente la supra constitucionalidad de los tratados internacionales, a la luz de la jurisprudencia constitucional, la propia Constitución prevé mecanismos de incorporación con un nivel jerárquico superior al derecho interno, incluyendo dentro de éste la totalidad de sus normas; consecuentemente, puede apreciarse el contenido altamente humanista del artículo 46 que prevé la preeminencia de aquéllos sobre éste, así como al reconocer en el artículo 44 de la misma, que los derechos reconocidos en la Constitución no excluyen otros que aunque no figuren expresamente en ella son inherentes a la persona humana.
4. En lo referente a la jerarquía que el derecho internacional convencional ocupa en el contexto interno guatemalteco, puede afirmarse que es supra legal, excepto lo referente a derechos humanos, en cuyo caso posee rango de norma constitucional, según la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad.
5. Las normas contenidas en los artículos 46 y 204 de la Constitución no son contradictorias, ya que la primera enuncia la preeminencia sobre el derecho inter-

no que en materia de derechos humanos poseen los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, y la segunda se refiere a la jerarquía infraconstitucional de cualquier tratado que no contenga la materia de derechos humanos (de comercio, navegación, límites, etc.).

6. En Guatemala se realiza una aplicación directa de los tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, luego de su ratificación; como ejemplo, puede citarse la opinión consultiva referente a la constitucionalidad del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en la cual se consideró que el mismo no contradice lo dispuesto en la Constitución y es un instrumento jurídico internacional complementario que viene a desarrollar las disposiciones programáticas de los artículos 66, 67, 68 y 69 de la misma, lo que no se opone sino que, por el contrario, tiende a consolidar el sistema de valores que proclama el texto constitucional.
7. Existe jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad en el sentido de aplicar directamente la Convención sobre los Derechos del Niño y con esa base se han resuelto una serie de expedientes judiciales en los cuales se protege “el interés superior del niño”.
8. Es preciso reconocer el hecho lamentable que en Guatemala exista poca inclinación al estudio del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional, por comparación al que se hace del Derecho Civil y el Derecho Penal. Por ende, es preciso incentivar el estudio de las dos primeras ramas del Derecho aludidas, mediante conferencias, seminarios, talleres de trabajo, simposios, etc. La cooperación financiera internacional juega un gran papel en el sentido indicado.

Norbert Bernsdorff*

Actos y decisiones que exceden las competencias de una organización internacional: ¿nulidad o anulabilidad?

1. Introducción

El objeto de este trabajo es tratar de averiguar cuáles son las consecuencias jurídicas de los actos „Ultra Vires“ de las organizaciones internacionales. El problema de las consecuencias jurídicas de los actos y decisiones que han sido adoptados por las organizaciones internacionales, excediendo sus competencias, ha atraído la atención de los juristas del Tribunal Internacional de Justicia y de otros Tribunales Internacionales. A pesar de ello no se ha formulado un principio general para poder determinar la validez de estos actos.

2. Definición de los actos „Ultra Vires“

En primer lugar es necesario definir los actos „Ultra Vires“ de las organizaciones internacionales como aquéllos que van en contra de las disposiciones expresas de sus instrumentos constitutivos (los tratados), o que son realizados por un órgano que no tiene competencia para ello.

La cuestión de la competencia está estrechamente relacionada con la de los actos „Ultra Vires“, ya que la oposición de un acto a las normas superiores puede ser debida a la ausencia de competencia de la organización o del órgano que realiza el acto. No ocurre lo mismo con las cuestiones de procedimiento, como lo demuestra cierta jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia.

* Doctor en Ciencias Jurídicas, ex Asistente científico en la Corte Constitucional Federal Alemana. Juez de Segunda Instancia en lo Social en Celle, Alemania.

En efecto, el Tribunal Internacional de Justicia ha sido reticente en admitir que un órgano de control pueda declarar la nulidad de un acto de una organización internacional por no haber seguido el procedimiento establecido en el tratado constitutivo de la misma.

3. Existencia de actos „Ultra Vires“ en las organizaciones internacionales

La regla „Ultra Vires“ que opera la nulidad de los actos de los órganos contrarios a las normas jurídicas que los crean y regulan sus competencias ha encontrado un lugar permanente en el sistema legislativo interno de la mayoría de los Estados. No obstante, esta cuestión es mucho más problemática para el Derecho Internacional.

La operatividad de la regla „Ultra Vires“ en el derecho interno de un Estado depende del ejercicio, por parte de ciertos órganos, de los poderes que les han sido atribuidos por la constitución o por otra norma superior. Se ha señalado que la ausencia de una constitución, de una norma universal o de un gobierno mundial pueden ser las razones que han contribuido al retraso en el desarrollo de las reglas „Ultra Vires“ en Derecho Internacional.

Sin embargo, la proliferación de organizaciones internacionales cuyo poder les ha sido conferido por su instrumento constitutivo (el Tratado) ha supuesto un mayor desarrollo del concepto de los actos „Ultra Vires“ para el Derecho Internacional.

Ciertamente, las organizaciones internacionales son creadas por tratados particulares, “Los Tratados Constitutivos”. Así, el Tratado constitutivo de la Organización de las Naciones Unidas es la Carta, y, por lo tanto, el conjunto de normas contenidas en la Carta son las primeras reglas que habrá que tener en cuenta para constatar los actos „Ultra Vires“ de la Organización. En este sentido se puede afirmar que las disposiciones de la Carta deben ser respetadas y la Organización y sus órganos, en el ejercicio de sus funciones, no deberán actuar de modo contrario a las disposiciones de la Carta, ni sobrepasar las competencias que les han sido atribuidas por la misma.

La práctica de la organización es una regla que habrá que respetar, y, de hecho, algunos actos de la organización que podrían haber sido considerados „Ultra Vires“ no han tenido esa consideración porque han encontrado una justificación en la práctica, sobre la base de la teoría de los poderes implícitos de la organización¹.

¹ La teoría de los poderes implícitos ha sido invocada en numerosas ocasiones por diversas organizaciones internacionales. Véanse, por ejemplo, los asuntos presentados ante el Tribunal de las Comunidades Europeas 8/55, Sentencia de 29 de noviembre de 1956, Rec. Vol. II, 312, 20/59, Sentencia de 15 de julio de 1960, Rec. Vol. VI, 667, 25/59, Sentencia de 15 julio de 1960, Rec. Vol. VI, 727. También el Tribunal Permanente de Justicia Internacional aplicó dicha teoría en el asunto relativo a la competencia de la Organización Internacional del Trabajo sobre las condiciones del trabajo agrícola, CPJI, serie C, n. 1, pp. 540 y ss., y el Tribunal Internacional de Justicia ha reconocido también la existencia de la teoría de los poderes implícitos en diversas ocasiones.

En definitiva, se puede afirmar que el ordenamiento jurídico de la organización que debe ser respetado para la constatación de los actos „Ultra Vires“ es el tratado constitutivo, pero, además, la práctica bien establecida de la organización.

4. La realización de los actos „Ultra Vires“: posiciones doctrinales

A pesar de esto, un sector doctrinal se ha planteado la cuestión de si las organizaciones internacionales pueden cometer actos „Ultra Vires“, argumentando la inexistencia de una autoridad encargada de su constatación y control.

Algunos, en relación con los actos de las organizaciones internacionales, y en particular con los de la Organización de las Naciones Unidas, manifestaron que no hay posibilidad de compararlos con las soluciones admitidas en Derecho interno para los actos administrativos, y que, como consecuencia, la noción de anulación no tiene ninguna posibilidad de ser aplicada a los actos de la Organización de las Naciones Unidas. También otros señalaron el problema de la inexistencia de una autoridad en el ordenamiento jurídico internacional con competencia para declarar la nulidad de un acto diciendo: “...dans l’ordre juridique international, il n’y a pas sauf convention contraire, d’instance compétente pour déclarer la nullité”.

Efectivamente, en el ordenamiento jurídico internacional no existe un sistema de recurso obligatorio a una jurisdicción internacional que tenga como objetivo controlar la legalidad de los actos de las organizaciones internacionales.

Sin embargo, a pesar de la inexistencia de un órgano de control de los actos de las organizaciones internacionales, es posible afirmar que las organizaciones internacionales sí pueden cometer actos „Ultra Vires“. Mi opinión se apoya en el hecho de que, puesto que las funciones y poderes de las organizaciones internacionales les han sido atribuidos por sus tratados constitutivos, siempre cabrá la posibilidad de que las organizaciones internacionales obren de un modo contrario a sus instrumentos constitutivos.

5. Tipos de actos „Ultra Vires“ y la práctica en la Organización de las Naciones Unidas

Así, los actos que las organizaciones internacionales pueden realizar en contra de las normas establecidas en sus tratados constitutivos son los siguientes: ejercicio, por la organización, de competencias que no le han sido atribuidas; ejercicio, por un órgano, de competencias atribuidas a otro órgano; ejercicio, por un órgano, de un acto que excede el poder que le ha sido atribuido. En efecto, los actos de las organizaciones internacionales están sujetos a determinadas reglas de derecho particulares cuyo respeto condiciona la validez del acto. Estas reglas se refieren, entre otras, a las competencias de la organización o de uno de sus órganos autor del acto.

Todo acto que una organización internacional o uno de sus órganos puede realizar es susceptible de infringir las reglas de competencia. Las infracciones a las re-

glas de competencia constituyen la ilegalidad de incompetencia. Esta ilegalidad se puede dar bien por actos realizados hacia el exterior de la organización o bien por una serie de actos realizados en el interior de la organización. La primera de las ilegalidades señaladas consiste en la realización de un acto que excede las competencias de la organización, la segunda de estas ilegalidades consiste en el ejercicio, por parte de un órgano, de competencias atribuidas a otro órgano.

En el caso particular de las Naciones Unidas son numerosos los casos en la práctica en que se ha planteado si un determinado acto era o no „Ultra Vires“.

Sin ánimo de ser exhaustivos, y haciendo referencia exclusivamente a actos de la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y el Secretario General, se han planteado profundas discusiones jurídicas sobre esta cuestión a raíz de la Resolución 377(V), “Unidos para la Paz”, de la Asamblea General², del poder de la Asamblea General para crear un Tribunal cuyos juicios obligaran a la Organización de las Naciones Unidas, de la competencia de la Asamblea General para crear fuerzas de las Naciones Unidas³, de la Resolución 2145 (XXI) de la Asamblea General por la que decidía unilateralmente la cesación del mandato del sudoeste africano⁴, de la consideración de la abstención en el voto de un miembro permanente del Consejo de Seguridad como no constitutiva de veto, o de determinadas actividades administrativas del Secretario General.

6. La determinación de la existencia de los actos „Ultra Vires“: ausencia de disposiciones en los tratados constitutivos

Los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales, y en particular la Carta de las Naciones Unidas, no suelen contener ninguna disposición que prevea un órgano de control para determinar la validez de sus actos y decisiones.

² Esta resolución ha sido muy contestada tanto por diversos Estados como por la doctrina. Entre las posturas doctrinales favorables a la legalidad de la misma puede verse: Kelsen, *The Law of United Nations*, London, 1951, p. 962; Id., *Principles of International Law*, Nueva York, 1952, p. 52; Karaosmanoglu, *Les actions militaires coercitives des Nations Unies*, Genève, 1970, p. 287; Andrassy, “Uniting for Peace”, *AJIL*, 1956, Vol. 50, p. 573.

³ Como es sabido, esta cuestión fue también llevada a través de una solicitud de dictamen ante el Tribunal Internacional de Justicia. En esta ocasión, la cuestión no se planteaba al Tribunal directamente, pues la pregunta formulada a la alta jurisdicción internacional era si “determinados gastos autorizados por la Asamblea General constituían gastos de la Organización” (Res. 1731 – XVI).

⁴ El Tribunal Internacional de Justicia consideró la sucesión de la Sociedad de Naciones por las Naciones Unidas en materia de mandatos sobre la base de las competencias implícitas y la analogía de funciones. Sin embargo, en cuanto heredera de las funciones de la Sociedad de las Naciones, la Organización de las Naciones Unidas, de acuerdo con el principio “nemo dare potest quod ipse non habet o nemo accipere potest id quod ipse donator numquam habuit”, no podía ejercer competencias de las que careciera, en esa materia, la Sociedad de Naciones.

Ciertamente, el Tribunal de Justicia no ha sido concebido como una jurisdicción constitucional o administrativa. No tiene competencia para decidir la validez de las resoluciones. El Tribunal no tiene en este ámbito, según su propia expresión, “pouvoir de contrôle judiciaire ou d’appel”. Tampoco prevé la Carta de las Naciones Unidas ningún órgano de interpretación de sus disposiciones. El Tribunal Internacional de Justicia, en su calidad de órgano principal de la Organización, no ha recibido ninguna competencia al respecto. En el pasado también se excluyó la posibilidad de que la Asamblea General fuera el órgano de interpretación de la Carta, a pesar de los intentos que hubo en este sentido.

Una enmienda belga encaminada a confiar a la Asamblea General el derecho de interpretar soberanamente la Carta fue rechazada tras ser estudiada por el Comité 11/2 encargado de determinar las funciones políticas de la Asamblea, y por el Comité IV/2 encargado de las cuestiones jurídicas⁵. La misma suerte corrió otra propuesta atribuyendo al Tribunal Internacional de Justicia competencia general para interpretar la Carta⁶.

El informe del comité encargado de este problema establece unas indicaciones sobre el camino a seguir en caso de duda sobre el sentido que hay que darle a una disposición; en este caso, los órganos de la organización, así como los Estados miembros, podrán recurrir al Tribunal Internacional de Justicia, a un Comité de Juristas ad hoc o bien a una Comisión Mixta de Conciliación⁷. Hay que señalar que entre estos medios citados no existe ningún orden de prelación y ninguno de ellos se impone.

7. El principio de la competencia sobre la competencia y los sistemas existentes en Derecho interno y comunitario

No obstante todo ello, es posible admitir que cada órgano será competente para interpretar las disposiciones de la Carta que se apliquen a sus funciones. Así se manifestó el Tribunal Internacional de Justicia en su opinión consultativa sobre ciertos gastos de la Organización. De este modo resulta que la Asamblea General no tiene competencia para interpretar una disposición de la Carta relativa al funcionamiento del Consejo de Seguridad, y, en cambio, la Asamblea General es competente para interpretar ella misma las disposiciones de la Carta que se aplican a sus funciones.

En efecto, en la Carta de las Naciones Unidas no se establece una jerarquía entre los órganos principales de la organización. Ninguno de los órganos de las Naciones Unidas es jerárquicamente superior a otro; sí existe, sin embargo, un reparto de

⁵ UNCIO, Vol. IV, Doc. 2/6/7 (K) 1, párrafo 4, n. 1.

⁶ UNCIO, Vol. XIII, Doc. 873, IV/2/137 (1), n. 1.

⁷ Conclusiones del subcomité especial del Comité IV/2, UNCIO, Vol. XIII, Doc. 750, IV/2/B. I.

competencias entre los órganos, y es en este sentido que, en algunos casos, un órgano está subordinado a otro. Algunos autores han justificado la atribución de la competencia a las organizaciones internacionales para determinar la validez de sus actos y decisiones a la ausencia de un órgano de control que tenga atribuida esta función.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el derecho de interpretar la Carta, atribuido a sus órganos, no significa que se les otorgue el poder de modificarla.

En el derecho interno las legislaciones poseen mecanismos de control administrativo que son ejercidos por los órganos superiores sobre la actividad de los órganos inferiores. En derecho interno alemán la función de control es ejercida por la jurisdicción contencioso-administrativa y, en algunos casos, incluso por el Tribunal Constitucional. En Derecho Internacional este control varía de una organización a otra.

En el Derecho de las Comunidades Europeas el sistema establecido para controlar los actos „Ultra Vires“ está más desarrollado que en otras organizaciones internacionales. En efecto, los diferentes artículos de los tratados que instituyeron las Comunidades Europeas, y que están dedicados al Tribunal, prevén tres grandes recursos⁸:

- el recurso de anulación dirigido contra los actos de los órganos comunitarios, que tiene como finalidad permitir el control jurisdiccional de la legalidad de los actos comunitarios en relación con los tratados;
- el recurso de decisión prejudicial, que faculta a los tribunales nacionales o que les obliga a recurrir al tribunal de las Comunidades cuando el asunto a juzgar plantea problemas de interpretación de los tratados o de actos comunitarios, o bien cuando la validez de estos últimos es cuestionada ante ellos; este recurso tiene como objetivo asegurar una interpretación uniforme del Derecho comunitario dentro de los Estados miembros;
- el recurso de incumplimiento de los Estados miembros, que tiene como objetivo permitir el control de la manera como los Estados aplican los tratados.

8. Mecanismos de control existentes en las organizaciones internacionales

Este desarrollo del control jurisdiccional de los actos „Ultra Vires“ en las Comunidades Europeas no es equiparable al existente en otras organizaciones internacionales. En efecto, en el sistema de las Naciones Unidas no existe una autoridad encargada de constatar los actos „Ultra Vires“ de la Organización y que pueda ejercer un control jurisdiccional de la legalidad de los actos de la Organización de las

⁸ Véase Cahier, Ph., “Le recours en constatation de manquements des Etats membres devant la Cour des Communautés européennes”, *Cahiers de Droit Européen*, 1967, n. 2, pp.123 y ss. Pese a la terminología utilizada por la doctrina francesa de “recours” para referirse a la cuestión prejudicial, no parece que el término recurso sea el apropiado en castellano, ya que no responde al concepto de recurso en derecho procesal español ni lo denomina de ese modo el artículo 234 (ex 177) del Tratado de la CEE.

Naciones Unidas en relación con la Carta. Sin embargo, a pesar de la ausencia de un órgano de control, la práctica demuestra que ciertos actos y decisiones son contestados y pueden ser revisados. Esta revisión se puede hacer, en algunas organizaciones internacionales, por un órgano judicial o simplemente por un órgano político, aunque esta última posibilidad ha sido criticada en relación con la Organización de las Naciones Unidas.

La ausencia de un órgano de control judicial en las organizaciones internacionales ha hecho que, en determinadas ocasiones, sean los Estados miembros los que rechazan los actos por ellos considerados „Ultra Vires“.

9. El Derecho de los Estados Miembros de contestar la validez de los actos de las organizaciones internacionales

9.1. Posiciones doctrinales favorables al reconocimiento de este derecho

La opinión de que los actos y decisiones de las organizaciones internacionales que van en contra de los poderes y funciones que les han sido atribuidas por sus instrumentos constitutivos, o que se aparten de sus fines, son „Ultra Vires“, incluso en ausencia de un órgano de control judicial, ha llevado a algunos juristas a afirmar que los Estados miembros de una organización internacional tienen el derecho de rechazar estos actos.

Los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales tampoco contienen disposiciones expresas autorizando a los Estados miembros a contestar la legalidad de sus actos y decisiones. Pero en la práctica, los Estados miembros de las organizaciones internacionales han contestado la validez de los mismos.

Para algunos autores, este derecho atribuido a los Estados miembros de rechazar los actos y decisiones de las organizaciones internacionales que ellos consideran „Ultra Vires“ deriva el derecho inherente que tienen ellos mismos de interpretar el derecho si no están satisfechos con la interpretación dada por un órgano internacional.

9.2. Posiciones doctrinales contrarias al reconocimiento de este derecho

Este derecho de los Estados miembros de rechazar los actos y decisiones de las organizaciones internacionales que ellos consideran inconstitucionales no ha sido aceptado por un sector doctrinal. Por ejemplo, el Profesor Dr. Schachter ha señalado que incluso si el motivo de un gobierno es su interés propio, “The essential point is that this motive cannot be justification to others of an interpretation which is claimed to have legal effect”⁹.

⁹ Schachter, O., “The Relation of Law Politics and Action in the United Nations”, *RCADI*, 1963-II, p. 198.

A pesar de estas opiniones en contra, la práctica demuestra que es probable que los Estados sigan interpretando los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales para contestar la validez de los actos y decisiones que, en su opinión, van contra las disposiciones del texto constitutivo¹⁰. En mi opinión, dar a los Estados miembros de una organización internacional el derecho de rechazar unilateralmente una decisión de una organización internacional sobre la base de que es „Ultra Vires“ es una solución parecida a la establecida por el principio tantas veces criticado de “la competencia sobre la competencia de las organizaciones internacionales”. Sin embargo, aceptado dicho principio, conceder a los Estados miembros de una organización internacional el derecho a rechazar una decisión de la misma por considerarla „Ultra Vires“, pienso podría ser considerado como el contrapeso necesario ante la ausencia de un órgano de control.

10. Nulidad o anulabilidad de los actos „Ultra Vires“ de las organizaciones internacionales

El problema es el de dilucidar si las consecuencias jurídicas de los actos „Ultra Vires“ de las organizaciones internacionales pueden producir algún efecto hasta el momento en que sean declarados nulos, o bien si habrá que entender que éstos no han producido jamás ningún efecto. En el primer caso se estaría ante la anulabilidad del acto, y en el segundo, ante la nulidad absoluta; o, en otros términos, se trataría de averiguar si se produce la nulidad *ex nunc* o *ex tunc*.

La nulidad es una sanción que el Derecho positivo atribuye a la infracción de sus disposiciones. La naturaleza de la nulidad hace que el resultado perseguido por el autor del acto nulo no sea conseguida. Tradicionalmente esta institución jurídica de la nulidad ha desempeñado un papel muy limitado en Derecho Internacional. Sin embargo, actualmente se empiezan a establecer las vías de aplicación de los procedimientos para determinar la nulidad de los actos contrarios al Derecho Internacional.

En efecto, el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, contiene un capítulo consagrado a la „nulidad de los tratados“. Pero además dicho Convenio contiene una serie de disposiciones sobre el procedimiento para determinar la nulidad de los tratados, entre los cuales conviene destacar la contenida en un artículo que abre la posibilidad de entablar una acción jurídica “a cada una de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación de normas de *Ius Cogens*”.

Por otra parte, la acción de las organizaciones internacionales ha tenido un desarrollo considerable. Esto ha hecho que se cuestione la legalidad de sus interven-

¹⁰ Es de todos conocido que numerosos Estados han negado competencia a la Asamblea General para examinar una cuestión que, según ellos, era un asunto esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados.

ciones. El control jurisdiccional, que está extremadamente desarrollado en las Comunidades Europeas¹¹, es excepcional y no parece que se vaya a generalizar en un futuro próximo en el marco de otras organizaciones internacionales. Ello no obstante, no impide que la legalidad de los actos de las organizaciones internacionales me lleve a plantearme qué efectos pueden producir los actos „Ultra Vires“ de las mismas.

10.1. Posiciones doctrinales

La doctrina está dividida entre los que consideran que los actos „Ultra Vires“ de las organizaciones internacionales son nulos y los que piensan que son anulables¹².

El profesor Dr. Osieke considera que los actos „Ultra Vires“ de las organizaciones internacionales no pueden ser considerados nulos, argumentando que no existe un órgano de control para recibir las objeciones que han sido hechas contra los mismos¹³. Sin embargo, para otros, como el profesor Dr. Morelli, la atribución del estatus „Ultra Vires“ a los actos de la Organización de las Naciones Unidas no depende de la declaración hecha por un órgano de control¹⁴.

Sin embargo, tras el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia y la práctica de las organizaciones internacionales es posible afirmar que los actos „Ultra Vires“ de las organizaciones internacionales no son nulos, sino anulables. Por ejemplo, el Tribunal Internacional de Justicia en su dictamen sobre la composición del Comité de la Seguridad Marítima llegó a la conclusión que el Comité de la Organización Intergubernamental Consultativa de la Navegación Marítima, elegido el 15 de enero de 1959, no había sido establecido de acuerdo con la Convención¹⁵.

10.2. La práctica de las organizaciones internacionales

La problemática del Derecho y de la práctica de las organizaciones internacionales se plantea al existir una serie de actos y decisiones, en particular de los órganos plenarios, que no están sujetos a una revisión por un órgano de control, sea judicial o político, ni en el seno de la organización ni fuera de ella.

¹¹ Reuter, P., *Organisations Européennes*, Paris, PUF, 1965, pp. 252-256; Pescatore, P., *Le Droit de l'Integration*, Leiden, Sijthoff, 1972, pp. 91-95; Ganshof van der Meesch, W., "L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international", *RCADI*, 1975 (V), Vol. 198, pp. 232 y ss.

¹² Lauterpacht, "The Legal effect of Illegal Acts of International Organizations", *Cambridge Essays in International Law*, 1965, p. 111.

¹³ Osieke, E., "Ultra Vires Acts in International Organization. The Experience of the International Labour Organization", *BYBIL*, 1976-1977, pp. 278-279; Id., "Unconstitutional Acts in International Organizations: The Law and practice of the International Civil Aviation Organization (ICAO)", *International and Comparative Law Quarterly*, 1979, pp. 21-22.

¹⁴ *CIJ Recueil*, 1962, op. Ind. Morelli, M., p. 222.

¹⁵ *CIJ Recueil*, 1960, p. 171.

Sin embargo, la práctica de las organizaciones internacionales muestra que, a pesar de todo, algunas veces estos actos y decisiones son contestados y aún en el caso de no tener en cuenta la opinión de la alta jurisdicción internacional no produce ninguna consecuencia jurídica para aquellos Estados que las han contestado. Un claro ejemplo de esta afirmación lo constituye el dictamen del Tribunal Internacional de Justicia en el asunto relativo a ciertos gastos de las Naciones Unidas. Efectivamente algunos Estados contestaron la validez de la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, estableciendo la obligación de pagar por parte de todos los Estados miembros de la Organización, y a pesar de la postura adoptada por el Tribunal Internacional de Justicia, confirmando la validez de dicha resolución, la consecuencia fue que algunos Estados nunca pagaron.

El no admitir la nulidad absoluta de los actos „Ultra Vires“ de las organizaciones internacionales se justifica, como han señalado algunos autores, por el carácter particular de las decisiones de estas organizaciones. La mayoría de estas decisiones, tales como la admisión de nuevos miembros o la creación de comités o de órganos subsidiarios, produce a menudo efectos inmediatos después de su adopción, por lo que, en su opinión, no se podría sostener que los actos y decisiones realizados por una organización internacional o por uno de sus órganos, sean tachados de una nulidad absoluta porque han sido declarados nulos por un órgano de control.

11. Conclusión

En definitiva: a pesar de la ausencia de un órgano encargado de controlar la legalidad de los actos y decisiones de las organizaciones internacionales, éstas pueden cometer actos „Ultra Vires“. Ciertamente muchos actos y decisiones de las organizaciones internacionales no están sujetos a un procedimiento de revisión, lo que hace sumamente difícil la determinación de su validez.

En mi opinión, sería conveniente el establecimiento de un procedimiento de revisión de la legalidad de los actos y decisiones de las organizaciones internacionales debido a la creciente importancia que éstas tienen en la comunidad internacional actual. No obstante, a pesar de la inexistencia de dicho procedimiento, la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia y la práctica de las organizaciones internacionales muestran que ciertos actos han sido contestados y en cierta medida controlados, habiéndose reconocido a los Estados miembros un derecho inherente de contestar la validez de los actos y decisiones de las organizaciones internacionales.

Finalmente se puede constatar que la mayoría de los actos y decisiones que han sido contestados han sido considerados anulables antes que nulos.

Jan-Michael Simon*

Jurisdicción Universal

La Perspectiva del Derecho Internacional Público

La función del Derecho internacional Público en lo que se refiere a la competencia penal de un Estado sobre hechos ilícitos internacionales contra personas se plantea en diferentes sentidos. Desde una perspectiva “humana” importa la construcción del hombre como persona que efectivamente cumple con las demandas de lo que llamaríamos “la sociedad mundial”. Desde el prisma del Derecho se trata de establecer las reglas que rigen en el Derecho internacional Público vigente en esta materia. En otras palabras, mientras que la primera perspectiva diferencia entre lo bueno y lo malo, la última se constituye en la diferencia entre lo legal y lo ilegal. Si bien vamos a referirnos también a la primera, la base que adoptamos para nuestra exposición es la segunda. Para ello comenzamos esta exposición diferenciando entre los dos términos semánticos que forman el título de esta aportación: (A) Jurisdicción, (B) universal.

A. “Jurisdicción” en el Derecho Internacional Público

I. Dimensión intraestatal

El término “jurisdicción” ciertamente deja espacio de interpretación.¹ En lo que se refiere al concepto de Estado, de acuerdo con lo expresado por la Corte Perma-

* Investigador del Instituto Max Planck de Derecho Penal extranjero e internacional.

Ponencia presentada en el “Encuentro Interdisciplinario sobre Jurisdicción Universal” celebrados del 1 al 5 de Octubre del 2001 en las Ciudades de México (Universidad Iberoamericana) y de Guatemala (Universidad Rafael Landívar) organizado por la Fundación Rigoberta Menchú Tum con el patrocinio de la Fundación Konrad Adenauer (manuscrito revisado por el autor el 07.12.01).

¹ Cf. RANDALL, Keneth (1988), *Universal Jurisdiction under International Law*, en *Texas Law Review*, Volumen 66 [=66 *Texas Law Review*], 785 (786).

nente de Justicia Internacional en 1933, “[...] la jurisdicción es una de las formas más obvias del ejercicio del poder soberano”.² A efecto de concretizar esta explicación podemos citar el caso “Cristina” del año 1938 en el House of Lords. En este caso, referente a un barco español que se encontraba en Cardiff/Gran Bretaña requisado por el gobierno de España, el Lord McMillan señaló: “[e]s un atributo esencial de la soberanía de todos los Estados independientes y soberanos, el tener jurisdicción sobre todas las personas y cosas que se encuentren dentro de sus límites territoriales y sobre todos los casos, civiles y penales que surjan dentro de estos límites”.³ Por tanto, en este sentido, la expresión “jurisdicción del Estado” no describe nada más que el ejercicio exclusivo del poder soberano de un Estado sobre su territorio.⁴

II. Dimensión interestatal

En lo referente a las relaciones entre Estados, las consecuencias de estos razonamientos son obvias: el Estado que extiende su poder hacia un territorio bajo el poder soberano de otro, potencialmente entra en conflicto con este último. De este modo, como lo ha expresado el profesor Frederick Mann (1907-1991)⁵ en una de las mejores exposiciones sobre el tema, el principio de territorialidad que fue citado en el caso “Cristina” expresa la idea de la universalidad y mutualidad-reciprocidad:⁶ “lo que un Estado pueda o no pueda hacer, cualquier otro Estado podrá o no podrá hacerlo, y la afirmación de que el Estado A tiene el poder de realizar un acto parti-

² Caso Status Legal del Este de Groenlandia — PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE [=P.C.I.J.] Series A/B, No. 53 (1933), “Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway)”, Judgement, 5 April 1933, 48. Cf. de forma general OXMAN, Daniel (1997), *Jurisdiction of States*, en Bernhard, Rudolf, *Encyclopedia of Public International Law* [=E.P.I.L.], Vol. III, Amsterdam *et al.*: Elsevier, 55 *et seq.*

³ HOUSE OF LORDS [=H.L.] (1938), “Compania Naviera Vascongado v. S.S. Cristina and All Persons claiming an Interest therein”, Judgement, 12 March 1938 en I All England Law Reports 1938 [(1938) I All E.R.], 719 (725).

⁴ Sobre las confusiones terminológicas de los términos “soberanía” y “jurisdicción” en el Derecho internacional Público cf. BROWNLIE, Ian (1998), *Principles of Public International Law*, Oxford: Clarendon (5a ed.), 105 *et seq.*

⁵ Sobre el trabajo de Frederick Mann cf. TOMUSCHAT, Christian (1992), *Frederick Alexander Mann als Völkerrechtler*, en Pietzker, Jost *et al.*, in memoriam Frederick Alexander Mann – Reden, gehalten am 8. Februar 1992 bei der Gedenkfeier der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Bonn: Bouvier, 30 *et seq.*

⁶ MANN, Frederick (1964), *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, en 111 (1964-I) *Recueil de Cours* [=R.d.C.], Leyde: Sijthoff, 1 (30), [=] *id.* (1973) *Studies in International Law*, Oxford: Clarendon, 22. Para una revisión de sus razonamientos cf. *id.* (1985), *The Doctrine of Jurisdiction revisited after Twenty Years*, en 186 (1984-III) R.d.C., The Hague *et al.*: Martinus Nijhoff, 1 *et seq.*, [=] *id.* (1990), *Further Studies in International Law*, Oxford: Clarendon, 1 *et seq.* Últimamente sobre el tema de la jurisdicción de Estados cf. RIGAUX, François (1999), *La Compétence Extraterritoriale des Etats (dix-neuvième Commission)*, en 68-I *Annuaire de l’Institut de Droit International* (session de Berlin 1998: travaux préparatoires), 371 *et seq.*

cular que afecte al Estado B, conlleva que el Estado B pueda realizar un acto similar y así afectar al Estado A”.⁷

1. *Operatividad del término*

Pese a que con estos razonamientos hemos determinado la base de la “jurisdicción del Estado” y hemos señalado su potencial de conflictividad, tenemos que preguntarnos sobre la operatividad de este término en las relaciones entre los Estados. En primer lugar hay que señalar que la “jurisdicción del Estado” se encuentra exclusivamente determinada por el Derecho internacional Público. Esto fue señalado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1924⁸ y principalmente en 1927 en el caso “Lotus”,⁹ y es una consecuencia lógica del principio de la igualdad soberana de los Estados.¹⁰ En este sentido la Corte en el caso “Lotus” opinó que “[e]l Derecho internacional Público regula las relaciones entre Estados independientes. [...] Por consiguiente, las normas jurídicas que obligan a los Estados se basan en la propia voluntad de éstos. No puede presumirse entonces restricciones en la independencia de los Estados. A falta de una regla permisiva en contra, la restricción que el Derecho internacional [Público] impone a los Estados en el sentido de que no pueden ejercer su poder de cualquier forma en el territorio de otro Estado está por encima de todo”.¹¹ Sin embargo, cabe aclarar que si bien el Derecho internacional Público regula el ejercicio del poder estatal entre Estados, dicho complejo normativo está “[I]ejos de crear una prohibición general [en el sentido] de que los Estados no puedan extender la aplicación de sus leyes y la [competencia] de sus tri-

⁷ MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 30.

⁸ Caso Decretos de Nacionalidad en Túnez y Marruecos, P.C.I.J. Series B, No. 4 (1924), “Nationality Decrees issued in Tunis and Morocco on 8 november 1921”, Advisory opinion, 7 February 1923, 6 (24).

⁹ P.C.I.J. Series A, No. 10 (1927), “S.S. Lotus (France v. Turkey)”, Judgement, 7 September 1927, 2 (19 *et seq.*).

¹⁰ Este principio fundamental fue consagrado después de la Segunda Guerra Mundial en el Art. 2 párr. 1 Carta de las Naciones Unidas, y concretizado en 1970 por la Asamblea General (General Assembly) [=G.A.] de las Naciones Unidas (United Nations) [=U.N.] en su Resolución [=Res.] 2625 (XXV) del 24 de octubre “Declaración relativa a los Principios de Derecho Internacional sobre las Relaciones Amistosas y de Cooperación entre los Estados de conformidad a la Carta de las Naciones Unidas”, reproducida en 24 (1970) Yearbook of the United Nations, New York: United Nations, 789 *et seq.* Sobre este principio ampliamente *cf.* TOMUSCHAT, Christian (2001), *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century – General Course on Public International Law*, en 281 (1999) R.d.C., The Hague *et al.*: Martinus Nijhoff, 161 *et seq.*, como también *id.* (1994), *Obligations arising for States without or against their Will*, en 241 (1993-IV) R.d.C., Dordrecht *et al.*: Martinus Nijhoff, 194 (292 *et seq.*). En el área latinoamericana *cf.* ARBUET VIGNALI, Heber (1995), *Principio de la Igualdad Soberana de los Estados*, en Jiménez de Aréchaga, Eduardo, Derecho Internacional Público, Vol. II, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 104 *et seq.*

¹¹ P.C.I.J. (1927), *op. cit.* nota 9, 18.

bunales a personas, propiedades y actos fuera de su territorio. [El Derecho internacional Público,] a este respecto deja [más bien] un margen ancho de discrecionalidad, que sólo se ve limitado en ciertos casos por reglas prohibitivas”, según lo ha manifestado la Corte en el caso “Lotus”.¹²

No obstante, estos razonamientos pueden llevar a confusión, razón por la cual conviene puntualizar que lo anteriormente dicho no trata el problema del ejercicio del poder soberano *ratione territorium*,¹³ sino del poder estatal *ratione materiae* que incluye el actuar fuera de los límites territoriales.¹⁴ Es decir, como principio general, cada Estado es libre de regular las materias en el ejercicio de su poder legislativo y judicial del modo que considere más conveniente, inclusive aquéllas fuera de su territorio, mientras no sobrepase los límites del Derecho internacional Público. Así, no solamente se repitió el principio que ya se había formulado en 1924, sino que también se estableció una presunción a favor del libre ejercicio del poder legislativo y judicial de cada Estado en relación con los demás.

Consecuentemente, se puede afirmar lo siguiente: el término “jurisdicción del Estado” opera para legitimar el ejercicio del poder estatal de un Estado frente a los demás en el marco del Derecho internacional Público;¹⁵ fundamentalmente, porque es este complejo normativo que bajo el principio de la igualdad soberana de los Estados que regula el ejercicio del poder estatal entre ellos y, en consecuencia, también el que la delimita.¹⁶ Y es en este marco operativo que el concepto de jurisdicción del Estado se refiere a actos de un Estado que no caen exclusivamente dentro de su poder.¹⁷ Sobre esta base utilizaremos la “jurisdicción del Estado” como concepto normativo del Derecho internacional Público que regula el derecho de un Estado para llevar a cabo cierto tipo de actos que puedan interferir en la soberanía de terceros.¹⁸ Para fijar esta situación de conflictividad y, aunque los términos generalmente son aplicados casi indistintamente,¹⁹ utilizaremos el término “competencia” para referirnos a la potestad del Estado legitimada por el concepto de jurisdicción de actuar, en el marco de la definición dada anteriormente.²⁰

¹² *Ibid.*, 19 *et seq.*

¹³ Cf. en nuestro contexto ampliamente HENZELIN, Marc (2000), *Le Principe de l'Universalité en Droit Pénal International – Droit et Obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le Principe de l'Universalité*, Bâle *et al.*: Helbing & Lichtenhahn, 126 *et seq.*

¹⁴ VERDROSS, Alfred/SIMMA, Bruno (1984), *Universelles Völkerrecht – Theorie und Praxis*, Berlin: Duncker & Humblot (3a ed.), 761 *et seq.*

¹⁵ Por cuestiones a las cuales nos vamos a referir más tarde, no usaremos el término “legitimar” como *e.g.* TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 195.

¹⁶ MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 30.

¹⁷ *Ibid.*, 9 y 14.

¹⁸ *Ibid.*, 9 *et seq.*

¹⁹ *E.g.* MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 15.

²⁰ En este sentido también el Art. 1 let. a) del borrador de la Convención sobre la jurisdicción respecto a crímenes del HARVARD RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW (1935), *Jurisdiction with res-*

2. *Marco analítico*

Para la determinación de la competencia tomamos como marco analítico el “restatement of the law third on foreign relations” del “American Law Institute”. Hemos querido recoger el “restatement” porque sus clasificaciones metodológicas, si bien provienen del ámbito angloamericano, y aunque preferimos usar el término “competencia” en lugar de “jurisdicción”, tienen mejor capacidad explicativa para nuestros fines.²¹ Según la clasificación del “restatement” se distingue entre tres tipos de competencia: (1) la de prescribir una norma, (2) la de dictar una sentencia y (3) la de hacer cumplir una decisión judicial o legislativa.²² La primera comporta la competencia de un Estado para aplicar su ley a personas y circunstancias particulares.²³ La segunda se define como la competencia de un Estado para someter personas a un proceso ante sus tribunales,²⁴ y la tercera como la competencia de un Estado a hacer obligatoria la sumisión a sus leyes, o a castigar el incumplimiento de sus leyes, ya sea a través de sus tribunales o de actos ejecutivos, administrativos, policiales, u otras acciones no-judiciales.²⁵ No obstante, para nuestros fines, el estudio se debe centrar en el contexto de los dos primeros tipos, quedando fuera del análi-

pect to Crime, en 29 American Journal of International Law [=A.J.I.L.], Supplement, 435 (439, 467 *et seq.*).

²¹ En contra, pero refiriéndose a la competencia de hacer cumplir una decisión judicial o legislativa RIGAUX (1999), *op. cit.* nota 6, 531 (pero *cf.* también el comentario de Yoram Dinstein, 577 *et seq.*). Escéptico sobre la operatividad de la distinción entre la primera y la segunda clasificación MANN (1985), *op. cit.* nota 6, 101. Sin embargo hay que ser muy cauto en afirmar que las demás “[...] reglas recurren en su conjunto ampliamente a lo que en general se acepta según otras fuentes importantes” como TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 107, especialmente en el área penal, ya que estas reglas fueron elaboradas en los años ochenta del siglo pasado. Así también hay que advertir, que los tribunales estadounidenses, en cuanto se refieren a las reglas y las interpretan solamente fijan la posición de Estados Unidos en el Derecho internacional Público, pero jamás se puede usar esta práctica para sentar “de modo circular” una regla de Derecho internacional Público — *cf.* MENG, Werner (1989), *Regeln über die Jurisdiktion der Staaten im amerikanischen Restatement (Third) of Foreign Relations Law*, en 27 Archiv des Völkerrechts, 156 (159), criticando el decisionismo de las reglas y su no-recepción de la práctica de otros Estados. Así, *e.g.* el análisis sobre el carácter no-consuetudinario de un aspecto crucial de las reglas sobre la competencia extraterritorial del Estado bajo el Derecho internacional Público de MASSEY, David (1997), *How the American Law Institute influences Customary Law – The Reasonableness Requirement of the Restatement of Foreign Relations Law*, en 22 Yale Journal of International Law, 419 (428 *et seq.*).

²² AMERICAN LAW INSTITUTE (1987), *Restatement of the Law Third – Foreign Relations of the United States*, Vol. 1, St. Paul: American Law Institute, § 401.

²³ *Ibid.*, §§ 401 (a), 402 *et seq.*

²⁴ *Ibid.*, §§ 401 (b), 421 *et seq.* *Cf.* ampliamente el trabajo de uno de los dos principales “restaters”, HENKIN, Louis (1990), *International Law: Politics, Values and Functions – General Course on Public International Law*, en 216 (1989-IV) R.d.C., 9 (307 *et seq.*).

²⁵ *Ibid.*, §§ 401 (c), 431 *et seq.*

sis el tercero que se refiere en lo esencial al ejercicio del poder ejecutivo.²⁶ De este modo no trataremos casos relacionados con el instituto de extradición que puedan violar el Derecho internacional Público,²⁷ como por ejemplo el secuestro del burócrata nazi de la llamada “solución final a la cuestión judía”, Adolf Eichmann, por agentes del Estado de Israel en Argentina en 1961.²⁸

3. Competencia estatal

Como hemos anticipado, en el caso “Lotus” se fijó como criterio general de jurisdicción el principio de la libertad soberana, según el cual todo Estado puede regular a su discreción su legislación y la ejecución de ésta a través de sus tribunales. En las primeras décadas posteriores a la sentencia “Lotus” muchos autores la criticaron²⁹ por haber abandonado la doctrina sentada por Ulrich Huber (1636-1694). El jurista holandés había señalado a principios del siglo XVIII como “[...] regla general que la *lex loci* no prevalecerá, si a su aplicación le siguieran grandes problemas”, refiriéndose expresamente a otros (Estados) soberanos.³⁰

²⁶ MENG (1989), *op. cit.* nota 21, 163.

²⁷ Así expresamente en el caso Lotus: “La primera y principal restricción impuesta por el Derecho internacional [público] sobre un Estado es, al faltar la existencia de una regla permisiva contraria, que él no puede ejercer su poder de cualquier forma en el territorio de otro Estado — P.C.I.J. (1927), *op. cit.* nota 9, 18. Cf. también los razonamientos del Juez suizo Max Huber en el caso “Las Islas de Las Palmas (o Miangas)”, reproducido en 22 A.J.I.L., 867 (876). Para una observación amplia sobre la práctica en el Derecho internacional Público y el requisito del consentimiento cf. MANN (1990), *op. cit.* nota 6, 339 *et seq.*.”

²⁸ Para un análisis cf. SILVING, Helen (1961), *in re Eichmann – a Dilemma of Law and Morality*, en 55 A.J.I.L., 307 *et seq.* Como otros ejemplos de esta práctica podemos citar el secuestro del líder terrorista de la OAS (Organisation armée secrète) en la guerra de Argelia, Antoine Argoud, por agentes del Estado de Francia en Alemania en 1963 — cf. COCATRE-ZILGIEN, André (1965), *L’Affaire Argoud – Considération sur les Arrestations Internationalement Irrégulières*, Paris: Pedone — y el del médico mexicano Humberto Alvarez-Machain a iniciativa de la DEA en Guadalajara en 1990 — sobre este caso y la práctica de los Estados Unidos desde la doctrina “Ker-Frisbie” en el siglo diecinueve cf. KOSMETATOS, Argiro (1999), *U.S.-Mexican Extradition Policy – were the Predictions Right about Alvarez?*, en 22 Fordham International Law Journal, 1064 *et seq.* Ampliamente sobre estos casos RIGAUX (1999), *op. cit.* nota 6, 551 *et seq.* y en particular el comentario de uno de los dos principales “restaters”, Louis Henkin en 578 *et seq.*

²⁹ Principalmente por LAUTERPACHT, Hersch (1952), en Oppenheim, Lassa, *International Law – a Treatise*, Vol. I, London *et al.*: Longmans, Green & Co. (1a reimpresión de la 7a ed.), 298 *et seq.* Otras referencias en MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 35.

³⁰ Cf. HUBER, Ulrich (1707), *de conflictu legum diversarum in diversis imperiis*, en *id.*, *prælectionum juris civilis* tomi tres, Lipsae, 538 — reproducido y traducido al inglés en el anexo de la publicación de LORENZEN, Ernest (1947), *Selected Articles on the Conflict of Laws*, New Haven: Yale University Press. Para una breve exposición sobre las raíces de la doctrina de la llamada “jurisdicción internacional” más allá del trabajo de Ulrich Huber cf. MANN (1985), *op. cit.* nota 6, 27 *et seq.*

a. *La carga de la prueba*

Esta doctrina, que tuvo influencia sobre todo en los Estados del Common Law,³¹ pero también en las principales áreas del Civil Law,³² fue abandonada en el caso “Lotus”, cambiando en caso que el ejercicio del poder legislativo o judicial de un Estado pudiera afectar la soberanía de otro, la carga de la prueba de la supuesta violación de ésta sobre aquél que la alega.³³ De esta forma, la Corte Permanente de Justicia Internacional sentó un principio más procesal que sustantivo.³⁴ Así, habiendo empezado el fenómeno de la “globalización” con las revoluciones en el área del transporte en el siglo XIX,³⁵ esta solución ofrecida por la Corte fue mucho más actual que el viejo “test” de la territorialidad.³⁶

b. *Ejercicio de la competencia*

Pese a estos esfuerzos jurisprudenciales, hasta la fecha no se ha logrado determinar en un Tratado internacional los principios que deberían fijar la competencia de un Estado de forma general.³⁷ En consecuencia, las relaciones entre los Estados

³¹ Cf. MAIER, Harold (2000), *The Utilitarian Role of a Restatement of Conflicts in a Common Law System – how much Judicial Deference is due to the Restaters or “who are these Guys, anyway?”*, en 75 *Indiana Law Journal*, 541 (545 *et seq.*).

³² Cf. MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 28 *et seq.*

³³ En este sentido, pero no expresamente MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 35 *et seq.*

³⁴ Sin embargo, la mayoría de la doctrina angloamericana, bajo la influencia de la recepción de los pensamientos de Ulrich Huber a través de Joseph Story en el siglo diecinueve, mantiene que se había cambiado el contenido material de la regla estricta de territorialidad. De este modo se desarrolló la doctrina de “efectos”, según la cual un Estado puede ejercer su poder soberano sobre conductas llevadas a cabo fuera de su territorio que tengan efectos dentro de él — cf. AMERICAN LAW INSTITUTE (1987), *op. cit.* nota 22, §§ 402 (1) (c), 403 (2) (a), 421 (2) (h-j), como también el comentario de uno de los dos “restaters”, HENKIN (1990), *op. cit.* nota 24, 292 y de MASSEY, *op. cit.* nota 20, 419 (425 *et seq.*).

³⁵ O’ROURKE, Kevin H./WILLIAMSON, Jeffrey G. (2000), *When did Globalization begin?*, en National Bureau of Economic Research [=N.B.E.R.] Working Paper Series, Working Paper No. 7632, 28.

³⁶ No fue por pura casualidad que el caso “Lotus” implicaba una colisión que se produjo en alta mar entre dos barcos, uno francés y otro turco, a raíz de la cual se hundió el buque turco, pereciendo ocho de sus tripulantes. El barco francés prosiguió su ruta y llegó a Constantinopla. Allí las autoridades turcas enjuiciaron al capitán del buque francés por homicidio — cf. P.C.I.J. (1927), *op. cit.* nota 9, *passim*.

³⁷ TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 195 con referencia especial al trabajo de la Comisión de Derecho Internacional. Sobre la búsqueda para la formulación de un principio general cf. MANN (1985), *op. cit.* nota 6, 26 *et seq.* Cf. también BROWNLIE (1998), *op. cit.* nota 4, 312 *et seq.* Sin embargo para el ámbito latinoamericano cf. Tratado de Derecho Penal Internacional, suscrito en Montevideo el 23 de enero de 1889, reproducido en HARVARD RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW (1935), *op. cit.* nota 20, 638 *et seq.* y la Convención sobre Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), en Organización de los Estados Americanos [=O.E.A.], Serie sobre Derecho y Tratados, No. 23 = 86 League of Nations Treaty Series [=L.N.T.S.], 111 *et seq.*, que fue aprobada en la Sexta Conferencia Internacional Panamericana, celebrada en La Habana en 1928 y que, aún su materia principal es el Derecho internacional Privado, contiene normas importantes sobre el Derecho internacional Penal.

padecen de un gran potencial de conflictividad e inseguridad, especialmente cuando pensamos -entre otras- en el área de la protección del derecho a la propiedad privada³⁸ y de leyes contra fideicomisos³⁹ o más aún, en el Derecho de fusiones, donde ni siquiera está implicado un Estado sino una Organización supranacional como es la Unión Europea;⁴⁰ o, todavía más allá del territorio firme de los siglos pasados, en casos que se refieren al espacio⁴¹ y al llamado “cyber-espacio”.⁴²

aa. Poder discrecional

A pesar de esta situación poco satisfactoria, la práctica demuestra que al extender el poder estatal fuera de sus límites territoriales, los Estados siempre se han esforzado en establecer alguna relación de este con su territorio.⁴³ Esta realidad se ve reflejada en el voto de Sir Fitzmaurice en el caso “Barcelona Traction” de 1970, en el cual el Juez de la Corte Internacional de Justicia manifestó: “Es cierto que, bajo las condiciones actuales, el Derecho internacional [Público] no impone reglas duras

³⁸ Como caso paradigmático podemos citar el “Helms-Burton Act” — *cf.* TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 198 *et seq.*

³⁹ Para una buena reflexión de los años en que el tema empezó a tener una relevancia significativa *cf.* MEESSEN, Karl (1975), *Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts*, Baden-Baden: Nomos y *id.* (1984), *Antitrust Jurisdiction under Customary International Law*, en 78 A.J.I.L., 783 *et seq.*

⁴⁰ Para una perspectiva sobre la fusión de las compañías angloamericanas Boeing y McDonnell Douglas bajo el Derecho de la Unión Europea *cf.* FIEBIG, André (1998-1999), *The Extraterritorial Application of the European Merger Control Regulation*, en 5 Columbia Journal of European Law, 79 *et seq.*

⁴¹ Sobre los esfuerzos en materia penal en el caso de la estación espacial internacional *cf.* RATNER, Stacy (1999), *Establishing the Extraterrestrial – Criminal Jurisdiction and the International Space Station*, en 22 Boston College International and Comparative Law Review, 323 *et seq.*

⁴² Como caso ilustrativo podemos mencionar el ensayo de HEAVEN, Catherine (2001), *A Proposal for removing Road Blocks from the Information Superhighway by using an Integrated International Approach to Internet Jurisdiction*, en 10 Minnesota Journal of Global Trade, 373 (401), que invoca el concepto de “patrimonio común de la humanidad” para el acceso al internet. Sobre los serios problemas de Jurisdicción en el “cyber-espacio” entre los Estados Unidos y Francia en el caso “LICRA et al. v. YAHOO! Inc. et al.” *cf.* RICE, Denis T. (2001), *2001 – a Cyberspace Odyssey through U.S. and E.U. Internet Jurisdiction over E-Commerce*, en PLI’s Fifth Annual Internet Law Institute (en fase de publicación), New York: Practising Law Institute. Para el área del “e-commerce” en general *cf.* PUURUNEN, Tapio (2000), *The Legislative Jurisdiction of States over Transactions in International Electronic Commerce*, en 18 John Marshall Journal of Computer and Information Law, 689 *et seq.* Sobre la “amenaza” a la “soberanía” del Estado territorial *cf.* PERRITT, Henry (1998), *The Internet as a Threat to Sovereignty? Thoughts on the Internet’s Role in strengthening National and Global Governance*, en 5 Indiana Journal of Global Legal Studies, 423 *et seq.* y más preciso *id.* (1999-2000): *The Internet is changing the Public International Legal System*, en 88 Kentucky Law Journal, 885 *et seq.*

⁴³ GLORIA, Christian (1999), *Das Staatsgebiet*, en Ipsen, Knut, *Völkerrecht – Ein Studienbuch*, München: Beck, 285. Para la práctica en Alemania *cf.* BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (2001), “BVerfG, 2 BvR 1290/99 vom 12.12.2000” (no esta prevista para su publicación en la serie del Tribunal Constitucional), reproducido en 28 Europäische Grundrechtezeitschrift, 76 (81) — también accesible vía <www.bverfg.de/entscheidungen/frames/2000/12/12> (último acceso: 07.12.01), párr. 38 con referencias.

[...] a Estados que delimitan el espacio de [su competencia] [...] sino que deja a los Estados un margen ancho de discrecionalidad en la materia. No obstante, en aquellos casos que contienen un elemento extranjero, [esto] implica para los Estados una obligación de ejercer [su poder] con moderación y contención, proporcional a la extensión de la [competencia] asumida por sus tribunales, [para] evitar una invasión indebida de la [competencia] más apropiada, o más ejecutable de un otro Estado”.⁴⁴

bb. Elementos de juicio

De conformidad con esta realidad y sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia,⁴⁵ se ha afirmado que el Derecho internacional Público requiere un “vínculo auténtico”,⁴⁶ “sustancial y de *bona fide*”,⁴⁷ “legítimo”⁴⁸ o un “contacto significativo”⁴⁹ entre el Estado y el hecho ocurrido fuera de sus límites territoriales, objeto de la extensión de su poder estatal.⁵⁰ Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos dirigidos a identificar la línea que delimite el ejercicio del poder discrecional en los términos mencionados, sería una sorpresa si ya se hubieran resuelto los problemas de su aplicación en la práctica, es decir, la de dictar una sentencia.⁵¹ Así, el contenido material de las condiciones delimitadoras del margen de discrecionalidad continúa siendo el punto central de controversias.⁵²

Según los análisis de profesor Mann, el problema de la competencia, propiamente definido, implica la búsqueda del Estado (o de los Estados) cuyo contacto

⁴⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE [= I.C.J.] REPORTS 1970, “Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain)”, Judgment 5 February 1970, 3 (105).

⁴⁵ Cf. I.C.J. REPORTS 1955, “Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala), 2nd Phase”, Judgment, 6 April 1955, 4 (23) como también los votos en I.C.J. REPORTS 1958, “Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)”, Judgment, 28 November 1958, 55 (109, 135 *et seq.*, 145, 155) y el caso “Barcelona Traction”, donde la Corte, refiriéndose a la protección diplomática de corporaciones, observó: “[...] Se ha sostenido, que existe entre la corporación y el Estado en cuestión un vínculo auténtico parecido al conocido por otras ramas del Derecho internacional Público” — I.C.J. REPORTS 1970, *op. cit.* nota 44, 42.

⁴⁶ GLORIA (1999), *op. cit.* nota 43, 286.

⁴⁷ BROWNLIE (1998), *op. cit.* nota 4, 313.

⁴⁸ TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 196.

⁴⁹ VERDROSS/SIMMA (1984), *op. cit.* nota 14, 778, sin embargo con una traducción literal errónea de “genuine link” en la primera edición — *id.* (1976), 571. Más bien la interpretación correcta con base en los razonamientos de MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 39 que, al parecer, los tomó del profesor alemán Georg Dahm (1904-1963) — *cf.* la actual edición en DAHM, Georg/DELBRÜCK, Jost/WOLFRUM, Rüdiger (1989), *Völkerrecht*, Vol. I/1 (die Grundlagen: die Völkerrechtssubjekte), Berlin/New York: de Gruyter (2a ed.), 321 — se encuentra en MEESEN (1975), 101 y MEESEN (1984), 800.

⁵⁰ Cf. MANN (1985), *op. cit.* nota 6, 26 *et seq.*, con referencia al voto de Sir Fitzmaurice y MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 49 refiriéndose al caso Nottebohm (*supra* nota 45).

⁵¹ En este sentido EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS (1990), *Extraterritorial Criminal Jurisdiction*, Strasbourg: Council of Europe, 31.

⁵² TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 197.

con los hechos sea tal, que la asignación de la competencia se entienda como justa y razonable.⁵³ Lo relevante, por lo tanto, no es el carácter y alcance inherente a los actos del Estado a que se refiere la pretensión de extender su poder o lo que se atribuye a ellos por parte de sus autores, que son relevantes. Más bien lo que decide sobre la existencia de la competencia del Estado es el contacto legal entre estos actos y el conjunto de los hechos.⁵⁴ Sobre la base de esta especificación del problema, se puede fijar el alcance del margen de discrecionalidad de los Estados en la siguiente regla: un Estado tiene competencia en un asunto, cuando su contacto con un conjunto dado de hechos es tan estrecho, tan sustancial, tan directo e intenso, que su pretensión, respetando lo anterior, está en armonía con el Derecho internacional Público, incluyendo la práctica de los Estados, y los principios de no-intervención y de proporcionalidad.⁵⁵ La principal consecuencia de esta regla es que un interés meramente político, económico, o comercial no hace que éste, en sí mismo, constituya un vínculo auténtico con el Estado.⁵⁶

cc. Intereses estatales

Pese a este enfoque restrictivo, el diseño de la regla puede llevar a confusiones. Como ejemplo podemos tomar los razonamientos del profesor Christian Tomuschat en el Curso general sobre Derecho internacional Público de la Academia de Derecho Internacional de La Haya sobre el caso del “Helms-Burton Act”. El profesor cita este caso para demostrar que los Estados Unidos dan una interpretación extremadamente extensiva a los factores mencionados en el “restatement” que restringen la competencia extraterritorial.⁵⁷ Estos factores señalados por el profesor son aquellos bajo los cuales los Estados Unidos no podrán ejercer su poder sobre una persona o actividad que tenga conexiones con otro Estado cuando el ejercicio de tal

⁵³ MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 44.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 49, BROWNLIE (1998), *op. cit.* nota 4, 313. Sobre los últimos dos principios básicos del Derecho internacional Público *cf.* GREIG, Donald (1994), *Reciprocity, Proportionality, and the Law of Treaties*, en 34 Virginia Journal of International Law, 295 *et seq.* como también, en cuanto a la responsabilidad del Estado bajo el Derecho internacional Público, los comentarios al Art. 49 del Código-borrador sobre la responsabilidad del Estado en el tercer informe del relator especial de la International Law Commission [=I.L.C.], reproducido en el documento *Third Report on State responsibility*, en U.N. Documents [=Doc.] A/CN.4/507/Add.3, 18 July 2000, 11 *et seq.* Sobre el principio de no-intervención *cf.* TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 231 *et seq.*

⁵⁶ *Cf.* MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 49.

⁵⁷ TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 197 *et seq.* Sobre las reacciones en la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre este tipo de actos extraterritoriales *cf.* la Resolución adoptada contra los votos de Israel y los Estados Unidos con la abstención de todos los Estados miembros de la Unión Europea “Elimination of Coercive Economic Measures as a Means of Political and Economic Compulsion” en U.N. Doc. A/RES/53/10, 3 November 1998, parcialmente reproducido en RIGAUX (1999), *op. cit.* nota 6, 572 *et seq.*

competencia no es razonable.⁵⁸ Para fundamentar su tesis de que estos factores son demasiado ambiguos⁵⁹ para “domesticar” la expansiva práctica angloamericana,⁶⁰ el profesor cita dos factores.⁶¹ El primero, consiste en que “[...] la existencia de expectativas justificadas debe ser protegida o puede ser violada” y el segundo se refiere a “[...] la *importancia* [del ejercicio del poder soberano en un caso dado] para el sistema internacional político, el de Derecho o económico”.⁶²

Si bien es cierto que la interpretación del “test” sobre la competencia “razonable” y los factores que la conforman llevada a cabo por los tribunales estadounidenses ha sido expansiva, provocando así reacciones diplomáticas por parte de otros Estados,⁶³ los ejemplos dados por el profesor leídos bajo nuestro enfoque restrictivo pueden dotar de contornos legales más precisos a los factores mencionados que no los proporcionados en el juicio del profesor. En primer lugar, hay que señalar que la diferencia principal entre un test sobre la competencia “razonable” en la práctica estadounidense, y aquel de ponderar los hechos legalmente relevantes que aquí se propone, es que el primero requiere -entre otros- un equilibrio de los intereses políticos, económicos y comerciales del Estado y de los otros intereses involucrados, mientras que el último excluye tales consideraciones.⁶⁴ Por lo tanto, mientras que los ejemplos mencionados se refieren a “expectativas” o “importancias”, en la regla que aquí se propone los factores lo son en el Derecho, es decir jurídicos, y no políticos o económicos.⁶⁵ Se encuentran en los principios de Derecho internacional Público anteriormente mencionados, en los Tratados bilaterales y multilaterales y en el Derecho con-

⁵⁸ AMERICAN LAW INSTITUTE (1987), *op. cit.* nota 22, § 403 (1). Se trata de la concreción del “test” sobre la competencia “razonable” (“reasonableness”) de que habla el “restatement”, al cual el EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS (1990), *op. cit.* nota 51, 31 identifica “como una variante del principio de “oportunidad” o de “conveniencia”; sobre esta variante desde la perspectiva de uno de los dos principales “restaters” *cf.* HENKIN (1990), *op. cit.* nota 24, 293 *et seq.* y crítico MASSEY (1997), *op. cit.* nota 20, *passim*.

⁵⁹ Para ser exacto es todo el concepto el que es “ambiguo” — *cf.* RIGAUX (1999), *op. cit.* nota 6, 517 *et seq.*, 545.

⁶⁰ (...) según la cual los Estados Unidos pueden ejercer su poder estatal sobre conductas realizadas fuera de su territorio siempre que tengan efectos dentro de él — *cf. supra* nota 34.

⁶¹ Tomados del AMERICAN LAW INSTITUTE (1987), *op. cit.* nota 22, § 403 (2) (d) y (e).

⁶² TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 197.

⁶³ *Cf.* MASSEY (1997), *op. cit.* nota 20, 428 *et seq.* — sin hablar de las reacciones en el caso del “Helms-Burton Act”, sobre todo de la Unión Europea — referencias en RIGAUX, François (1999a), *Le Concept de Territorialité – un Fantasma en Quête de Réalité*, en Yakpo, Emile/Boumedra, Tahar, *Liberté amicum* Judge Mohammed Bedjaoui, The Hague: Kluwer Law International, 211 (214) y TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 200.

⁶⁴ MANN (1985), *op. cit.* nota 6, 28 *et seq.*

⁶⁵ (...) que sólo llevan a una “solution miracle” como lo ha manifestado el relator del “Institut de Droit Internationale” tras la primera revisión de los comentarios sobre la materia — RIGAUX (1999), *op. cit.* nota 6, 441.

suetudinario. Y sobre la base de los trabajos del sociólogo y jurista Niklas Luhmann (1927-1998) podemos concluir que es sólo en este sistema, es decir en el sistema del Derecho, que las expectativas pueden tener relevancia y importancia a fin de restringir legalmente el ejercicio del poder estatal fuera de los límites territoriales.⁶⁶

En este contexto hay que advertir a los no-iniciados con la teoría de sistemas de Luhmann que, si bien tomamos los trabajos de un sociólogo, sus razonamientos básicos, inclusive sobre el Derecho, no tienen como fundamento la “realidad” (social) sino que parten de la lógica del constructivismo operativo.⁶⁷ Por lo tanto, la base de nuestros razonamientos no tienen nada que ver con “Sociología del Derecho”⁶⁸ o el mal llamado “Derecho real”,⁶⁹ y mucho menos con una lógica “fuzzy”,⁷⁰ sino con lógica constructivista operativa.

Y sobre esta base se puede afirmar que ninguno de los factores que influyen en el marco del diseño del profesor Tomuschat que ilustra la práctica adoptada por los Estados Unidos tiene que ver con la función del concepto de jurisdicción contenido en la definición que se ha propuesto al principio de nuestra exposición. Sin embargo, hay que admitir que nuestra regla no resuelve definitivamente el problema de las competencias concurrentes entre los Estados porque no se fundamenta sobre una pre-

⁶⁶ LUHMANN, Niklas (1987), *Rechtssoziologie*, Opladen: Westdeutscher Verlag (3a ed.) [=] *id.* (1985), *A Sociological Theory of Law*, London et al.: Routledge & Kegan Paul, como principalmente *id.* (1993), *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 124 et seq., 407 et seq., 571 et seq.

⁶⁷ *Id.* (1990), *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 510 et seq., *passim*.

⁶⁸ A la cual TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 63 recurre en sus razonamientos sobre la llamada comunidad internacional: en caso contrario, ¿cuál sería la explicación al título dado por el profesor “Derecho internacional como cianotipo de la vida social” sino la del Derecho internacional Público como Derecho de la sociedad? Así, leemos los razonamientos del profesor alemán bajo este título como expresión de la necesidad de que el Derecho internacional Público entre en dialogo interdisciplinario y así implementar un Proyecto a largo plazo para desarrollar el corolario sociológico del concepto “comunidad internacional” que por cierto solo puede ser la “sociedad mundial” — *cf.* LUHMANN, Niklas (1971), *Die Weltgesellschaft*, en 57 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie [A.R.S.P.]*, 1 et seq como la crítica de *id.* (1987), *op. cit.* nota 66, 338 et seq; un análisis de los esfuerzos de Max Huber (1874-1960) y Georges Scelle (1878-1961) se encuentra en la tesis doctoral de DIGGELMANN, Oliver (2000), *Anfänge der Völkerrechtssoziologie – Die Völkerrechtskonzeptionen von Max Huber und Georges Scelle im Vergleich*, Zürich: Schulthess.

⁶⁹ Y en particular, tampoco con un “constructivismo interactivo” — *cf.* BRUNNEE, Jutta/TOOPE, Stephen (2000), *International Law and Constructivism – Elements of an Interactional Theory of International Law*, en 39 *Columbia Journal of Transnational Law*, 19 et seq.

⁷⁰ *Cf.* la teoría de opacidad de KOSKO, Bart (1993), *Fuzzy Thinking – the New Science of Fuzzy Logic*, New York: Hyperion y su recepción por PHILIPPS, Lothar (1993), *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Fuzzy Logic*, en Haft, Fritjof et al., *Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: Müller, 265 et seq. como también por PALIERO, Carlo (2000), *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit*, en Eser, Albin et al., *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende – Rückbesinnung und Ausblick*, München: Beck, 75 (90 et seq.).

misa de exclusividad. Es posible que los Estados ponderen los hechos legalmente relevantes de un caso concreto y sin embargo, aún y así, puede resultar una competencia concurrente.⁷¹ Nuestro enfoque, más bien, es un esfuerzo dirigido a de poner de relieve el actual desafortunado estado del Derecho internacional Público, donde la crítica del profesor sobre la “ambigüedad” de los “criterios de ponderación” en el “restatement” -sin que él tuviera otros distintos a los del Derecho internacional Público⁷²- nos sirve como caso ilustrativo para exhortar a la doctrina sobre su deber de encontrar una salida operativa a la imprecisión del término “jurisdicción del Estado”.

Una salida para esta situación la hemos esbozado con nuestra definición y con la regla restrictiva sobre el ejercicio del poder discrecional que lleva tanto a un cierre operativo del concepto de jurisdicción en particular, como del sistema de Derecho en general,⁷³ donde los problemas del ejercicio extraterritorial del poder estatal se resuelven exclusivamente bajo el código binario legal/ilegal.⁷⁴ En consecuencia, todos los factores identificados como “políticos”, es decir que no deciden un problema dado con el código legal/ilegal sino a través del código poder/impotencia,⁷⁵ no resuelven el problema en el marco de nuestro concepto, y por lo tanto no pueden legitimar cierto tipo de actos de un Estado que bajo el Derecho internacional Público implican la soberanía de otros. Pero esto no significa que no exista posibilidad de solución para el problema indicado de la competencia concurrente en un caso determinado. Por lo anteriormente dicho, obviamente no compartimos los razonamientos del movimiento académico que aparece a principios de los años cincuenta en plena guerra fría conocido como “escuela de New Haven”.⁷⁶ Este movimiento, muy influyente, diseña el marco del Derecho internacional Público sobre una filosofía -tanto universal como normativamente- deducible de la Justicia humana,⁷⁷ pa-

⁷¹ Este es el punto central del problema emprendido en los debates del Instituto de Derecho Internacional (principio III) — cf. RIGAUX (1999), *op. cit.* nota 6, 387 y los comentarios, *passim*.

⁷² Cf. TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 198 *et seq.*

⁷³ Cf. LUHMANN (1993), *op. cit.* nota 66, 38 *et seq.*

⁷⁴ *Ibid.*, 66 *et seq.*, 165 *et seq.*

⁷⁵ *Ibid.*, 407 *et seq.*, como, en particular sobre el sistema político, LUHMANN, Niklas (2000), *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 18 *et seq.*, 88 *et seq.* — o “económicos” con el código pagar/no-pagar — *id.* (1988), *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 224 *et seq.*

⁷⁶ Cf. fundamentalmente el trabajo de MCDUGAL, Myres (1954), *International Law, Power, and Policy – a Contemporary Conception*, en 82 (1953-I) R.d.C., Leyde: Sijthoff, 137 *et seq.* Sobre este movimiento cf. ESPÓSITO, Carlos (1999), *Soberanía, Derecho, Política en la Sociedad Internacional – Ensayo sobre la Autonomía Relativa del Derecho internacional*, en 34 Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, 1 (19 *et seq.*).

⁷⁷ Cf. LASWELL, Harold/MCDUGAL, Myres/REISMAN, Michael (1981), *Theories about International Law – Prologue to a Configurative Jurisprudence*, en McDougal, Myres/Reisman, Michael, *International Law and Essays – A Supplement to International Law in Contemporary Perspective*, New York: Foundation Press, 43 *et seq.* [=] *id.* (1968), en 8 Virginia Journal of International Law, 188 *et seq.*

ra legitimar a través de un “proceso de decisiones caracterizado tanto por *expectativas* [énfasis nuestro] de autoridad como por el control efectivo”,⁷⁸ de los intereses de los Estados Unidos en el ámbito internacional.⁷⁹

Contrariando este enfoque, lo que proponemos es legitimar la pretensión de un Estado a extender su poder estatal fuera de sus límites territoriales en un caso determinado, basándonos en la función básica del Derecho internacional Público, es decir: estabilizar contra-fácticamente expectativas normativas sobre la base de la mutualidad-reciprocidad⁸⁰ a través de los procedimientos establecidos en el Derecho para llegar a una decisión sobre la diferencia legal/ilegal.⁸¹ Esto, al contrario de lo que hace la esotérica legalista del movimiento “New Haven”, no tiene nada que ver con “expectativas de autoridad”, sino que a falta del sometimiento a un tercero que tiene la competencia de decidir sobre un problema determinado, con el principal factor en la comunicación legal entre los Estados,⁸² el principio de la mutualidad-reciprocidad. Al contrario de lo que normalmente se atribuye al término “relaciones internacionales”,⁸³ este enfoque no supone una mera distinción académico-metodológica,⁸⁴ sino una diferencia operativa que distingue entre la comunicación legal (y sus criterios de

⁷⁸ LASWELL, Harold/McDOUGAL, Myres/REISMAN, Michael (1981a), *The World Constitutive Process of Authoritative Decision*, en McDougal, Myres/Reisman, Michael (*supra* nota 77), 191 (192) [=] *id.* (1969), en Falk, Richard/Black, Cyril, *The Future of the International Legal Order*, Vol. 1 (Trends and Patterns), Princeton: Princeton Press, 74 (75).

⁷⁹ C.f. TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 54, en base en al trabajo de VOOS, Sandra (2000), *Die Schule von New Haven – Darstellung und Kritik einer amerikanischen Völkerrechtslehre*, Berlin: Duncker & Humblot, — opina sobre los razonamientos de los autores citados *supra* notas 77 y 78: “Siempre que reglas del Derecho internacional Público fueron destituidas por cualquiera de los tres autores en nombre de un valor superior, era, bastante milagrosamente, la posición de los Estados Unidos la que prevalecía”. En este contexto cabe señalar que el planteamiento de la “Escuela de New Haven” tiene sus raíces en la guerra fría y es compartido —entre otros— por “guerreros fríos” como Henry Kissinger — cf. PAECH, Norman/STUBY, Gerhard (2001), *Völkerrecht und Machtpolitik in den internationalen Beziehungen – ein Studienbuch*, Hamburg: VSA-Verlag, 318 *et seq.*

⁸⁰ En este sentido la descripción de IPSEN, Knut (1999), *Die Funktion des Völkerrechts*, en *id.* (*supra* nota 43), 45 sobre la función de la expectativa de mutualidad-reciprocidad bajo el título “política y efectividad del Derecho internacional Público” lo que puede llevar a confusiones.

⁸¹ Sobre la legitimación a través de procedimiento(s) que por cuestiones de espacio no podemos desarrollar aquí cf. LUHMANN, Niklas (1997), *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main: Suhrkamp (4a ed.), 9 *et seq.*, *passim*. En este contexto hay que diferenciar entre legitimación a través de procedimiento(s) y de “valores” como término correlativo al término de “democracia” en el sistema político — LUHMANN (2000), *op. cit.* nota 75, 358 *et seq.*

⁸² Sobre la facultad de comunicación colectiva de los Estados cf. *id.* (2000), 226 *et seq.*

⁸³ Cf. de forma general FREI, Daniel (1995), *International Relations*, en E.P.I.L., Vol. II, 1359 *et seq.*

⁸⁴ Cf. RATNER, Steven/SLAUGHTER, Anne-Marie (1999), *Appraising the Methods of International Law – a Prospectus for Readers*, en 93 A.J.I.L., 291 (298 *et seq.*). Pero hay otras como en el caso de BYERS, Michael (1999), *Custom, Power and the Power of Rules*, Cambridge: Cambridge University Press

decisión)⁸⁵ y la de tomar la diferencia de poder/impotencia como fundamento de su comunicación.⁸⁶ Esto tiene como consecuencia que un problema concreto de jurisdicción entre dos Estados será siempre relevante para el código legal/ilegal, mientras que la comunicación para su solución se basa en la mutualidad-reciprocidad.⁸⁷ Consecuentemente, solamente sobre el resultado de este proceso se pueden fundar expectativas relevantes en nuestro concepto de jurisdicción, pero no pueden ser basadas, de modo circular, sobre la comunicación política unilateral de un Estado en un caso particular,⁸⁸ aunque éste esté declarándola como comunicación legal.⁸⁹

c. *Ética en las relaciones internacionales*

Si bien no podemos avanzar más en este terreno por cuestiones de espacio, tenemos que señalar que solamente desde este enfoque se pueden abarcar problemas

y especialmente de KRATOCHWIL, Friedrich (2000), *How do Norms matter?*, en Byers, Michael, *The Role of Law in International Politics*, Oxford: Oxford University Press, 35 *et seq.* como también en la antología bajo la dirección de SIMPSON, Gerry (2001), *The Nature of International Law*, Aldershot: Ashgate.

⁸⁵ Cf. el listado de cuatro criterios en RIGAUX (1999), *op. cit.* nota 6, 440 *et seq.* y los comentarios, *passim*.

⁸⁶ Obviamente, no compartimos los razonamientos de SIMMA, Bruno/PAULUS, Andreas (1999), *The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts – A Positivist View*, en 93 A.J.I.L., 302 (305 *et seq.*) que critican “la teoría” de las relaciones internacionales por aunar (confundir) el análisis de normas con el estudio de la política. Por el contrario, tanto el enfoque de los autores citados *supra* nota 84 como el nuestro examinan expectativas normativas tanto en el proceso político como en el de Derecho (de la sociedad), y sólo con este enfoque se puede examinar a ambos como procesos (de comunicación) relativo-relacionales y relacional-relativos en los medios “poder” y “Derecho” en la diferencia poder/impotencia y legal/ilegal.

⁸⁷ Cf. exactamente en este sentido RIGAUX (1999), *op. cit.* nota 6, 441. Por eso el principio de la llamada cortesía internacional no es un principio “infra-jurídico” mientras se base en la mutualidad-reciprocidad — así LAUTERPACHT, Hersch (1947), *Allegiance, Diplomatic Protection, and Criminal Jurisdiction over Aliens*, en 9 Cambridge Law Journal, 330 (331); en contra: HENZELIN (2000), *op. cit.* nota 13, 232 *et seq.*

⁸⁸ Ampliamente sobre un “principio de universalidad unilateral” HENZELIN (2000), *op. cit.* nota 13, 63 *et seq.*, 123 *et seq.*

⁸⁹ *Ibid.*, 231 *et seq.*, 235. Así RIGAUX (1999a), *op. cit.* nota 63, 221 afirma para el caso de la aplicación de la regla *male captus bene detentus* en el caso del médico mexicano Humberto Alvarez-Machain (*supra* nota 30): “En verdad, el aforismo *male captus* no es nada más que el triunfo del poder sobre el derecho”. En este sentido muy revelador con un concepto weberiano y elitista de Pareto REISMAN, Michael (2000), *Unilateral Action and the World Constitutive Process – the Special Problem of Humanitarian Intervention*, en 11 European Journal of International Law [=E.J.I.L.], 3 (7), *passim*. Otra consecuencia de nuestro enfoque que admitimos, sería “revolucionaria” para el Derecho internacional Público, es que se acabaría con la inconsistencia de crear a la larga normas de derecho consuetudinario a través de actos unilaterales — cf. el ejemplo de la Declaración de Truman en BYERS (1999), *op. cit.* nota 84, 91 *et seq.* Para ilustrar esta inconsistencia citamos a DUPUY, Pierre-Marie (2000), *The Place and Role of Unilateralism in Contemporary International Law*, en 11 E.J.I.L., 19 (20) que subraya: “Sobre su naturaleza formal-legal no puede ponerse en duda”.

más allá de nuestro interés específico -en particular, el problema de la ética en las relaciones internacionales-, dejando de lado los problemas que van más allá de nuestra área de interés sobre los diferentes conceptos de legitimación.⁹⁰

De lo anterior resulta que no compartimos los razonamientos sobre “[...] ciertos principios universales y bien reconocidos, a saber: consideraciones elementales de la humanidad”⁹¹ y “[...] principios reconocidos por las naciones civilizadas que obligan a todos los Estados”⁹² como marco de decisión en el Derecho internacional Público -es decir, la idea derivada de estos razonamientos de la Corte de Justicia Internacional que diferencia entre lo bueno y lo malo para decidir una situación determinada en el Derecho. Y esto es así porque bajo nuestro concepto, la moral no se presenta como código de decisión dentro del sistema del Derecho moderno, y en particular en el Derecho internacional Público,⁹³ aunque hay que admitir que en el Derecho cristalizan expectativas sobre lo bueno y lo malo. Es exactamente en este punto donde compartimos los razonamientos del positivismo “moderno”.⁹⁴ Y puesto que en el positivismo “positivo” del profesor Tomuschat⁹⁵ se afirma que la propia Carta de las Naciones Unidas es como *ius positum* -en el cual estos “valores” se han cristalizado⁹⁶- el fundamento de cualquier construcción de expectativas normativas en el Derecho internacional Público, también ratificamos este positivismo.

Por lo tanto, no existe ninguna necesidad de basarse en la diferencia entre lo bueno y lo malo para decidir problemas en el Derecho. Consecuentemente, lo que no com-

⁹⁰ Los trabajos más interesantes sobre la función amplia del término, aunque no compartimos su base de argumental (cf. la referencia *supra* en la nota 81), se encuentran en FRANCK, Thomas (1988), *Legitimacy in the International System*, en 82 A.J.I.L., 705 *et seq.* como *id.* (1990), *The Power of Legitimacy Among Nations*, New York *et al.*: Oxford University Press.

⁹¹ I.C.J. REPORTS 1949, “Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)”, Merits, Judgment, 9 April 1949, 4 (22); I.C.J. REPORTS 1986, “Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)”, Merits, Judgment 27 June 1986, 14 (114).

⁹² I.C.J. REPORTS 1951, “Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”, Advisory Opinion, 28 May 1951, 15 (23). Otras referencias a la jurisprudencia de la Corte de tono moral se encuentran en KLABBERS, Jan (1999), *The Scope of International Law: erga omnes Obligations and the Turn to Morality*, en Tupamäki, Matti, *liber amicorum Bengt Broms, Celebrating his 70th Birthday 16 October 1999*, Helsinki: Finish Branch of the International Law Association, 149 (174).

⁹³ Pero cf. KLABBERS (1999), *op. cit.* nota 92, 177 *et seq.*

⁹⁴ SIMMA/PAULUS (1999), *op. cit.* nota 86, 303 *et seq.* Sobre el positivismo y el relacionado problema de los fundamentos del Derecho internacional Público cf. ampliamente AGO, Roberto (1957), *Science Juridique et Droit International*, en 90 (1956-II) R.d.C., Leyde: Sijthoff, 850 (873 *et seq.*), *passim* como también la breve introducción de ESPÓSITO (1999), *op. cit.* nota 76, 10 *et seq.* Una breve exposición de las críticas contemporáneas frente al positivismo en el Derecho internacional Público se encuentra en WEILER, Joseph/PAULUS, Andreas (1997), *The Structure of Change in International Law or is there a Hierarchy of Norms in International Law*, en 8 E.J.I.L., 545 (549 *et seq.*).

⁹⁵ TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 28 *et seq.*

⁹⁶ *Ibid.*, 355 *et seq.*

partimos son los razonamientos del positivismo “positivo” que bajo la influencia del auto-llamado movimiento académico “nuevo proceso legal internacional” y su objetivo de realizar “valores”⁹⁷ se convierte en un positivismo “bueno” al recurrir en situaciones de “extrema gravedad” a principios morales que “[...] puedan convertirse en Derecho positivo si este Derecho no dispone nada sobre los instrumentos necesarios para tratar con la situación dada”.⁹⁸ Un sistema de Derecho deja de ser un sistema coherente, y por consiguiente aceptable, para basarse en expectativas estables sobre ello cuando resuelve un problema dado mediante una otra modalidad que no sea aquella que él reclama como exclusiva para sus decisiones, es decir legal/ilegal- y no bueno/malo. Y es exactamente en este momento que el sistema empieza a cavar su propia tumba donde, por supuesto, los “valores” se entierran también más temprano que tarde.

En este contexto -a saber: consideraciones elementales de la humanidad- merece la pena señalar que no compartimos los razonamientos de Niklas Luhmann⁹⁹ sobre la función de la “colère public” reflejada primero por el sociólogo Emile Durkheim (1858-1917), que supone que las normas (en el sistema de Derecho) adquieren validez a través de la cólera publica¹⁰⁰ -o más modernamente: del “efecto CNN”. Más bien, las diversas expectativas inestables sobre la diferencia entre lo bueno y lo malo se encuentran inmersas en la comunicación política, es decir en la diferencia poder/impotencia en la cual -entre otros- las organizaciones no-gubernamentales tienen cada vez más relevancia debido a su función de alarmar a la atención pública.¹⁰¹ Dado que se trata de expectativas que en lo esencial se han abstraído en decisiones políticas bajo la presión de la cólera publica crecientemente iniciada por las organizaciones no-gubernamentales, estas expectativas solamente podrán estabilizarse cuando posteriormente los Estados las tomen como fundamento de su comunicación en la diferencia legal/ilegal.¹⁰²

⁹⁷ Cf. O'CONNELL, Mary (1999), *New International Legal Process*, en 93 A.J.I.L., 334 (349) y TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 28 nota 4.

⁹⁸ TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 356, refiriéndose a la cláusula Martens como ejemplo histórico y a los votos disidentes de los Jueces Shahabuddeen y Weeramantry en la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en I.C.J. REPORTS 1996, “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons”, Advisory Opinion, 8 July 1996, 226/375 (408) y 226/429 (493).

⁹⁹ LUHMANN (1993), *op. cit.* nota 66, 581, como más específicamente *id.* (1999), *Ethik in internationalen Beziehungen*, en 50 Soziale Welt, 247 (251).

¹⁰⁰ DURKHEIM, Emile (1973), *De la Division du Travail Social*, Paris: Presses Université de France (9a ed.), 35 *et seq.*

¹⁰¹ LUHMANN (2000), *op. cit.* nota 75, 315 *et seq.* como también ESPÓSITO (1999), *op. cit.* nota 76, 55. Para un breve análisis cf. ABBOTT, Kenneth (1999), *International Relations Theory, International Law, and the Regime governing Atrocities in Internal Conflicts*, en 93 A.J.I.L., 361 (372 *et seq.*).

¹⁰² Compartiendo este resultado, aún sin nuestro enfoque, SCHWARZENBERGER, Georg (1951), *International Law – as applied by International Courts and Tribunals*, London: Stevens, 52 y SIMMA-PAULUS (1999), *op. cit.* nota 86, 316, citando la Corte de Justicia Internacional en I.C.J. REPORTS 1966, “South West Africa, Second Phase (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)”, Judgment, 18 July 1966, 6 (34): “una expresión suficiente en forma legal”.

Sobre este fondo, nuestros razonamientos son completamente compatibles con el concepto de normas imperativas de Derecho internacional Público llamado “*ius cogens*”, adoptado en el Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁰³ -y *argumentum a maiore ad minus* con el de obligaciones *erga omnes*¹⁰⁴- porque este concepto se basa en una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto.¹⁰⁵ Dado que la Corte de Justicia Internacional jamás se ha pronunciado sobre el contenido del concepto “*ius cogens*”¹⁰⁶ -y tampoco sobre el de obligaciones *erga omnes*¹⁰⁷- todo lo demás es pura especulación y puede llevar a confusiones, es decir, puede servir tanto a un interés noble como a intereses que bajo la retórica de la “Justicia humana” se manifiestan como caballo de Troya de intereses que en el peor de los casos, los adeptos del discurso moral ciertamente identificarían como “malos”.

En realidad hay un montón de intereses, como hemos demostrado en el caso de la “escuela de New Haven”. El único interés que compartimos en este contexto es el del profesor Tomuschat, que es uno de los adeptos a la idea sobre el Derecho internacional Público como Constitución de la comunidad internacional,¹⁰⁸ a saber: que “[e]l reconocimiento de una categoría distinta de reglas proporciona la prueba más tangible de la existencia de una comunidad internacional fundamentada en premisas axiomáticas distintas a la soberanía del Estado”.¹⁰⁹ Estas premisas son completamente compatibles con nuestro enfoque, mientras tengan como fundamento el reconocimiento y la aceptación de una norma por los Estados en su conjunto como (mandato) imperativ(o) que no admite acuerdo en contrario, y como consecuencia,

¹⁰³ 1115 United Nations Treaty Series [= U.N.T.S.], No. I-18.232, 331 (344): “Es nulo todo Tratado que, en el momento de su celebración [se oponga a] una norma imperativa de Derecho internacional general. [A] los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho internacional general es *una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto* [énfasis nuestro] como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

¹⁰⁴ Sobre la relación de ambos conceptos cf. AGO, Roberto (1989), *Obligations erga omnes and the International Community*, en Weiler, Joseph, *International Crimes of State – a Critical Analysis of the ILC’s Draft Article 19 on State Responsibility*, Berlin *et al.*: de Gruyter, 237.

¹⁰⁵ (...) mismo que ésta esté obligándolos sin cualquier obligación convencional — I.C.J. REPORTS 1951, *op. cit.* nota 92, 23 *et seq.*

¹⁰⁶ TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 81 *et seq.*; referencias en HOOGH, André de (1996), *Obligations erga omnes and International Crimes – a Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, The Hague *et al.*: Kluwer Law International, 47 nota 213.

¹⁰⁷ TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 83.

¹⁰⁸ *Ibid.*, 72 *et seq.*, *passim*.

¹⁰⁹ TOMUSCHAT (1994), *op. cit.* nota 10, 307 como también 222 *et seq.* Para completar estos razonamientos cabe subrayar que la función del concepto de *ius cogens* es establecer una jerarquía de normas en el Derecho internacional Público.

“[...] sólo puede ser modificada por una norma ulterior del Derecho internacional general que tenga el mismo carácter”,¹¹⁰ es decir, que sea aceptada y reconocida por todos los Estados en su conjunto.¹¹¹

Esta discusión sobre el “*ius cogens*” nos sirve para entrar seguidamente en el análisis del segundo término del título de esta exposición, que todavía debe ser aclarado, relativo a la jurisdicción “universal” del Estado en materia penal.

B. La jurisdicción “universal” en materia penal

En el área de nuestro interés, el área “clásica” del Derecho Penal, desde hace mucho tiempo se ha desarrollado un conjunto de reglas de jurisdicción relativamente estables sobre la competencia entre los Estados en materia penal.¹¹² Como punto de partida citaremos nuevamente el caso “Lotus” del año 1927, en el que se observó: “[s]i es verdad que el principio de la territorialidad del Derecho Penal sirve de fundamento en todas las legislaciones, no es menos cierto que todas o casi todas estas legislaciones extienden su acción a delitos cometidos fuera de su territorio, y esto conforme a sistemas que cambian de Estado a Estado. La territorialidad del Derecho Penal no es, pues, un principio absoluto de Derecho internacional [Público] y de ningún modo coincide con la soberanía territorial”.¹¹³

I. Nexos no-“universales”

De esta manera, de acuerdo con nuestra regla relativa a la jurisdicción del Estado deben existir otros factores que provean al Estado de un contacto suficientemente relevante en términos legales con un hecho ilícito y, por consiguiente, de la competencia sobre hechos perpetrados fuera del territorio respectivo. Estas reglas se pueden categorizar bajo tres principios que determinan la competencia del Estado: El de nacionalidad, protección y personalidad pasiva.¹¹⁴

¹¹⁰ Así expresamente el Art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (*supra* nota 103).

¹¹¹ Es por eso que no compartimos los razonamientos de KLABBERS (1999), *op. cit.* nota 92, 177 *et seq.* que da a la moral una función en el Derecho internacional Público de forma que no haya una necesidad de consenso para un problema dado, es decir: que la norma sea aceptada y reconocida por los Estados en su conjunto.

¹¹² *Cf.* de forma general HARVARD RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW (1935), *op. cit.* nota 20, 443 *et seq.*

¹¹³ P.C.I.J. (1927), *op. cit.* nota 9, 20.

¹¹⁴ Ampliamente sobre estos principios MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 82 *et seq.*, BROWNLIE (1998), *op. cit.* nota 4, 303 *et seq.* y, desde la perspectiva de uno de los dos principales “restaters” HENKIN (1990), *op. cit.* nota 24, 281 *et seq.*

1. *Principio de nacionalidad*

Para complementar el principio de territorialidad¹¹⁵ ya desde hace siglos se impulsó el establecimiento del denominado principio de nacionalidad, también llamado principio de personalidad activa,¹¹⁶ el cual permite al Estado ejercer su jurisdicción sobre sus nacionales donde quiera que estos se encuentren, es decir, aun en el caso de que éstos hubieran perpetrado hechos ilícitos fuera de su territorio, incluso en el territorio de otro Estado.¹¹⁷ Si bien la aplicación de los principios de territorialidad y nacionalidad puede suscitar conflictos,¹¹⁸ su coexistencia operativa, es decir, a la hora de determinar la competencia para dictar sentencia,¹¹⁹ responde a la pretensión de evitar la impunidad de quienes, tras delinquir en el extranjero, intentan escapar del lugar de la comisión del delito, refugiándose en el Estado de su nacionalidad, al amparo de la norma de excepción que no permite la extradición de los propios ciudadanos nacionales.¹²⁰

2. *Principio de protección*

El segundo principio a mencionarse es el principio de protección, principio que cuenta de igual manera con una larga existencia,¹²¹ y que permite al Estado castigar los hechos perpetrados fuera de sus límites territoriales, con independencia de la nacionalidad de su autor, siempre que estos lesionen sus intereses o afecten a la seguridad del Estado o al ejercicio de las prerrogativas del poder público.¹²² Su coe-

¹¹⁵ RIGAUX (1999), *op. cit.* nota 6, 524 *et seq.*

¹¹⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich (1993), *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Granada: Comares (4a ed.), 151 *et seq.*

¹¹⁷ Las explicaciones sobre la implementación universal de este principio desde hace mucho tiempo han sido varias. Así, desde la perspectiva del “Harvard Research” en 1935, este principio es el resultado del principio que el tratamiento del Estado hacia sus nacionales normalmente no es una cuestión que incumbe a otros Estados o que sea de Derecho internacional Público — HARVARD RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW (1935), *op. cit.* nota 20, 519. Más allá de la concepción del Estado, el profesor Jescheck opina que este principio se basa en la vieja concepción jurídica de que el estatuto jurídico de la persona se determina por su pertenencia a una tribu y se conserva permanentemente (“*leges ossibus inhaerent*”) — JESCHECK (1993), *op. cit.* nota 116, 151.

¹¹⁸ Especialmente con relación al principio *ne bis in idem* — *cf.* MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 90 *et seq.*

¹¹⁹ *Cf. supra* nota 51.

¹²⁰ *Cf.* como exponente de esta excepción a la extradición el Art. 6 párr. 1 inc. a) Convenio Europeo de Extradición de París de 13 de diciembre de 1957 — European Treaty Series [=E.T.S.], No. 24 — que establece la facultad de toda parte contratante de denegar la extradición de sus nacionales.

¹²¹ DONNEDIEU DE VABRES, Henri (1928), *Les Principes Modernes du Droit Pénal International*, Paris: Sirey, 86.

¹²² *Cf.* el estudio detallado de CAMERON, Iain (1994), *The Protective Principle of International Criminal Jurisdiction*, Aldershot *et al.*: Dartmoth.

xistencia operativa con el principio de territorialidad responde a la necesidad de conceder competencia a un Estado en el caso de que vea amenazado intereses fundamentales, y que otro Estado, en cuyo territorio son perpetradas tales ofensas, no tome las medidas adecuadas.¹²³ Este tiene una explicación simple: El Estado A en realidad no puede esperar que el Estado B proteja sus intereses fundamentales o bien que los proteja en el grado que A considera necesario o desearía.¹²⁴

3. *Principio de personalidad pasiva*

Finalmente, el tercer principio faculta al Estado para perseguir los hechos perpetrados por no-nacionales fuera de su territorio cuando las víctimas de tales hechos sean sus ciudadanos nacionales. De la aplicación de este principio nació la controversia entre Francia y Turquía en el caso Lotus,¹²⁵ pero no resolvió la esencia del proceso toda vez que, según el parecer de la Corte Permanente de Justicia Internacional el fundamento de la competencia de Turquía sobre el caso estaba en el principio de territorialidad.¹²⁶ Así quedó sin resolverse el debate que el estudio del “Harvard Research in International Law” en 1935 describió de la siguiente manera: “La jurisdicción afirmada en el principio de la personalidad pasiva *sin calificaciones* [énfasis nuestro] se ha disputado más fuertemente que cualquier otro tipo de competencia”.¹²⁷ Esta controversia se encuentra hoy en el “restatement” que no reconoce este principio de forma general en crímenes ordinarios, sino más bien en casos específicos, tales como ataques organizados contra ciudadanos estadounidenses por causa de su nacionalidad, casos de terrorismo,¹²⁸ de combate a las drogas y de hechos per-

¹²³ HARVARD RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW (1935), *op. cit.* nota 20, 552.

¹²⁴ CAMERON (1994), *op. cit.* nota 122, 31 — lo que obviamente también contiene un gran potencial de conflictividad (*ibid.*, 14 *et seq.*).

¹²⁵ *Cf. supra* nota 36.

¹²⁶ P.C.I.J. (1927), *op. cit.* nota 9, 23 *et seq.*, 24 *et seq.* Este resultado es puesto en duda por muchos autores — *cf.* MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 93. El meollo de la controversia hoy se encuentra regulado en el Art. 11 de la Convención de Ginebra sobre el *alta mar* de 1958 — *cf.* 450 U.N.T.S., No. 6465, 82 (88) —, según el cual la competencia del Estado depende del pabellón del buque o de la nacionalidad de la persona a la cual se pretende perseguir sin que los razonamientos de 1927 por lo menos en 1964 hayan quedado obsoletos — equivocado: MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 93 — por qué hasta el día de hoy solamente 61 Estados han ratificado la Convención de Ginebra, sin la participación de Estados tan importantes en la materia como es el caso de Liberia — sin embargo *cf.* Art. 27 Convención sobre el Mar en 1833 U.N.T.S., No. I-31.363, 396 (407), la cual 131 Estados han ratificado sin la participación de Liberia.

¹²⁷ HARVARD RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW (1935), *op. cit.* nota 20, 579.

¹²⁸ AMERICAN LAW INSTITUTE (1987), *op. cit.* nota 22, § 402, comentario (g) y nota del relator (3) como también UNITED STATES CODE ANNOTATED [=U.S.C.A.] (2001), Title 18 (crimes and criminal procedure), § 1959 y la jurisprudencia en “Matter of Extradition of Demjanuk” (15 April 1985), en 612 FEDERAL SUPPLEMENT [=612 F.Supp.], 544 (558 *et seq.*); “U.S. v. Yunis” (29 January 1991), en 924 FEDERAL REPORTER, 2d series [=924 F.2d], 1086 (1091); “U.S. v. Vasquez-Velasco” (25 January

petrados en buques no-nacionales en alta mar.¹²⁹ Es más, un análisis de los Estados miembros de la Unión Europea, más allá del Common Law practicado en Gran Bretaña¹³⁰ e Irlanda, demuestra que a excepción de Alemania¹³¹ y Finlandia,¹³² que aplican un concepto amplio y de Francia,¹³³ Italia,¹³⁴ Bélgica,¹³⁵ Portugal¹³⁶ y Grecia¹³⁷ que

1994), en 15 F.3d, 833 (839 *et seq.*); “U.S. v. Rezaq” (6 February 1998), en 134 F.3d, 1121 (1122, 1133) “Rezaq v. U.S.” (5 October 1998) certiorari denied [=cert. denied], en 525 U.S. REPORTS [=525 U.S.], 834. Sobre la práctica de los Estados Unidos en los casos de terrorismo hasta 1990 *cf.* de forma general McCARTHY, John (1990), *The Passive Personality Principle and its Use in Combatting International Terrorism*, en 13 Fordham International Law Journal, 298 *et seq.* como también DRAKE, Mason (1993), *United States v. Yunis – the D.C. Circuit’s Dubious Approval of U.S. Long-arm Jurisdiction over Extraterritorial Crimes*, en 87 Northwestern University Law Review, 697 *et seq.*

¹²⁹ Así en un caso de 1984 que trataba de la muerte de agentes de la DEA en Colombia, el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Florida concluyó que la competencia de enjuiciar a colombianos que habían disparado a los agentes era apropiada, tanto al principio de protección, como también al principio de personalidad pasiva — “U.S. v. Benitez”, (17 September 1984) en 741 F.2d, 1312 (1317). Y en un caso de 1998 el Tribunal Federal de primera instancia de Louisiana decidió que la persecución en los Estados Unidos de un empleado de un crucero bajo pabellón de Liberia que abusó sexualmente de un menor de nacionalidad americana mientras la nave estaba en el *alta mar* era un ejercicio ajustado a la competencia de personalidad pasiva — “U.S. v. Roberts”, (6 April 1998)”, en 1 F.Supp.2d, 601 (607). Sobre la práctica en los Estados Unidos hasta 1993 *cf.* WATSON, Geoffrey (1993), *The Passive Personality Principle*, en 28 Texas International Law Journal, 1 (30 *et seq.*).

¹³⁰ Así expresamente para el caso de homicidio, el Lord Bingham en el Auto del 28 de octubre de 1998 de la Sala “Queens Bench Division” del Tribunal Superior de Justicia en el caso “in re Augusto Pinochet Ugarte”, reproducido en 38 International Legal Materials [=I.L.M.], 68 (77).

¹³¹ § 7 párr. 1 del Código Penal [=Strafgesetzbuch]; *cf.* el estudio crítico de HENRICH, Andreas (1994), *Das passive Personalitätsprinzip*, Freiburg im Breisgau: iuscrim, *passim*.

¹³² Capítulo 1, §§ 5, 11 inciso 1 del Código Penal [=Rikoslain].

¹³³ Art. 113-7 Código Penal [=Code Pénale], aún con referencia expresa al principio *ne bis in idem* en el Art. 113 Code Pénale; *cf.* DESPORTES, Frédéric/LE GUNEHÉC, Francis (2000), *Le Nouveau Droit Pénale*, Vol. 1 (Droit Pénale Général), Paris: Economica (7a ed.), 330 *et seq.*

¹³⁴ Restringido a “delitos políticos” Art. 8 Código Penal [=Codice Penale]; para un análisis *cf.* el comentario de MANZIONE, Domenico (1997), en Padovani, Tullio, Codice Penale, Milano: Giuffrè, 49 *et seq.*, como también la sentencia *in absentia* de la segunda Sala del Tribunal de jurados de Roma del 6 de diciembre de 2000 [=II Corte di assise di Roma (n. 3402/92 R.G.N.R. - 1402/93 R.G.G.I.P.)] sobre la muerte de ciudadanos italianos durante la dictadura militar en Argentina, reproducido en: <www.derechos.org/nizkor/italia/sent.html> (último acceso: 07.12.01).

¹³⁵ Art. 10 párr. 5 Código de Instrucción Criminal según el cual el Estado de Bélgica es competente cuando el hecho perpetrado tenga una pena mínima de cinco años.

¹³⁶ Art. 5 párr. 1 inc. c) y Art. 6 párr. 1 Código Penal Portugués, bajo la condición *ne bis in idem* y solamente cuando el autor se encontrara en el territorio del Estado de Portugal, el hecho constituyera un crimen que admita la extradición y ésta no pudiera ser concedida.

¹³⁷ Art. 7 párr. 1 Código Penal [=Poinikos Kodikas] con relación a crímenes y Art. 7 párr. 2 y Art. 6 párr. 3 Poinikos Kodikas con relación a faltas bajo la condición de una querrela penal y ambos según Art. 9 Poinikos Kodikas bajo la condición del *ne bis in idem* (párr. 1 inc. a), la no-prescripción en el lugar del hecho y que este hecho no haya sido indultado (párr. 1 inc. b).

siguen uno más restringido, los demás Estados miembros de la Unión Europea¹³⁸ no han incorporado el principio de personalidad pasiva a su legislación.

De las diferentes nociones del principio de personalidad pasiva, se desprende que éste continua siendo la fuente de controversias que en el mejor de los casos se encuentren resueltas en Tratados internacionales sobre materias específicas, como es el caso de la tortura¹³⁹ y, especialmente, de ciertos actos de terrorismo internacional,¹⁴⁰

¹³⁸ Austria: Cf. el listado en los Art. 64 y Art. 65 Código Penal [=Strafgesetzbuch] sin que se mencione el principio de personalidad pasiva.

España: Cf. el listado en el Art. 23 Ley Orgánica del Poder Judicial sin que se mencione el principio de personalidad pasiva.

Luxemburgo: Así expresamente el Art. 4 Código Penal [=Code pénal] sin más referencia.

Países Bajos: Cf. el listado en el Art. 4 Código Penal [=Wetboek van Strafrecht] sin que se mencione el principio de personalidad pasiva.

Dinamarca: Capítulo 2, § 8 No. 3 Código Penal [=Straffeloven], según el cual el Estado de Dinamarca solamente es competente cuando el hecho se haya perpetrado en un territorio que no pertenezca a ningún Estado.

Suecia: Capítulo 2, § 3 número 6, 8 del Código Criminal [=Brottsbalken], según el cual el Estado de Suecia solamente es competente cuando el hecho bajo pena de no menos de cuatro años se haya perpetrado en un territorio que no pertenezca a un Estado; cf. el comentario en HOLMQUIST, Lena *et al.* (2001: enero), *Brottsbalken – en Kommentar*, Stockholm: Norstedts Juridik, 2 kap, § 2, nota 32.

Noruega: Cf. el listado en el Capítulo 1, § 12 del Código Penal [=Almindelig borgerlig Straffeloven] y CAMERON (1994), *op. cit.* nota 122, 180 *et seq.*, como en particular el comentario en el *Norges Offentlige Utredninger* [=NOU] (1984), Oslo: Universitetsforlaget, 44 *et seq.*, excluyendo expresamente el “ukvalifiserte realprinsipp”.

¹³⁹ Hasta ahora 127 Estados Parte de la Convención contra la Tortura convinieron en el Art. 5 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes: “(1) Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos: [...] (c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado” — cf. 1465 U.N.T.S., No. I-24.841, 112 (114). El único Estado que redactó una declaración sobre esta norma fue Austria: “(1) Austria establecerá su jurisdicción de acuerdo con el Artículo 5 de la Convención independiente de las leyes que se aplican en el lugar donde el hecho fue perpetrado, pero con respecto al párr. 1 inc. c), sólo en caso de que no se pueda esperar la persecución por un Estado que tiene jurisdicción según el párr. 1 inc. a) o b)”.

¹⁴⁰ Hasta ahora 45 Estados Parte convinieron en el Art. 6 del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas: “(2) Un Estado Parte podrá también establecer su jurisdicción respecto a cualquiera de tales delitos cuando: (a) Sea cometido contra un nacional de ese Estado” — cf. U.N. Doc. A/RES/52/164, 9 January 1998, 5. Cf. también el Art. 5 párr. 1 inc. d) Convención Internacional contra la Toma de Rehenes con 102 Estados Parte, en 1316 U.N.T.S., No. I-21.931, 205 (207), como el Art. 3 párr. 1 inc. c) Convención para la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive Agentes Diplomáticos con 112 Estados Parte, en 1035 U.N.T.S., No. I-15.410, 167 (169) y el Art. 7 párr. 2 inc. a) Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, en U.N. Doc. A/RES/54/109, 25 February 2000, 5. Cf. también últimamente el Art. 9 párr. 2 inc. a) del Proyecto de un Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear, reproducido en el documento *Measures to Eliminate International Terrorism – Report of the Working Group*, en U.N. Doc. A/C.6/53/L.4, 22 October 1998,

así como de otros actos relacionados con el transporte aéreo¹⁴¹ y marítimo.¹⁴² Ahora bien la búsqueda de la regla que provee el Estado con la competencia de dictar una sentencia cambia cuando éste pretende extender su poder sobre hechos perpetrados por no-nacionales en contra de no-nacionales fuera de sus límites territoriales.¹⁴³

II. Principio de “universalidad”

Posiblemente una de las primeras referencias generales a la competencia para ampliar el ejercicio del poder soberano fuera de sus límites territoriales sobre hechos ilícitos se encuentra en el estudio del jurista holandés Hugo Grotius (1583-1645), quien ante el predominio del *ius naturale*¹⁴⁴ en la Edad Media formuló en el año 1625: Debe también reconocerse que los reyes, y cualquier otro con derechos similares a éstos, pueden exigir que un castigo sea impuesto no sólo por los males perpetrados contra ellos o contra sus asuntos, sino también en contra de todos los males que no se dirijan específicamente contra ellos, pero que violan de forma extrema a cualquier persona, al Derecho natural o al Derecho de las Naciones.¹⁴⁵

8 y el texto revisado del Art. 6 párr. 2 inc. b) y c) del Proyecto de una Convención General sobre el Terrorismo Internacional (sin que Estado alguno se hubiera opuesto hasta ahora a su redacción), reproducido en el documento *Measures to Eliminate International Terrorism – Report of the Working Group*, U.N. Doc. A/C.6/55/L.2, 19 October 2000, 6, 12. Un análisis crítico sobre los esfuerzos por llegar a un consenso entre los Estados sobre el fenómeno del terrorismo en el Derecho internacional Público se encuentra en DUGARD, John (1999), *Terrorism and International Law – Consensus at Last?* en Yakpo, Emile/Boumedra, Tahar, *Liber amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, The Hague: Kluwer Law International, 159 *et seq.*

¹⁴¹ 172 Estados Parte del Convenio sobre Infracciones y otros Actos cometidos a Bordo de Aeronaves reconocen expresamente en el Art. 4: “El Estado contratante que no sea el de la matrícula no podrá perturbar el vuelo de una aeronave a fin de ejercer su jurisdicción penal sobre una infracción cometida a bordo más que en los casos siguientes: [...] (b) la infracción ha sido cometida por o contra un nacional de tal Estado o una persona que tenga su residencia permanente en el mismo” — 704 U.N.T.S., No. I-10.106, 219 (222).

¹⁴² Cf. Art. 6 párr. 2 inc. b) Convenio para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de la Navegación Marítima con 57 Estados Parte, en 1678 U.N.T.S., No. I-29.004, 222 (226) y Art. 3 párr. 2 inc. b) Protocolo para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de Plataformas Fijas localizadas en la Plataforma Continental con 51 Estados Parte, en 1678 U.N.T.S., No. I-29.041, 304 (306).

¹⁴³ (...) y esta pretensión no se encuentra legitimada por el principio de protección.

¹⁴⁴ Sobre el iusnaturalismo en el Derecho internacional Público cf. AGO (1957), *op. cit.* nota 94, 861 *et seq.*, como también la breve introducción por ESPÓSITO (1999), *op. cit.* nota 76, 5 *et seq.*

¹⁴⁵ Texto original: *sciendum quoque est reges, et qui par regibus jus obtinent, jus habere poenas poscendi non tantum ob injurias in se aut subditos suos commissas, sed et ob eas quae ipsos peculiariter non tangunt, sed in quibusvis personis jus naturae aut gentium immaniter violant* — GROTIUS, Hugo (1625), *de iure belli ac pacis, libri tres – in quibus ius naturae et gentium, item iuris publici praecipua explicantur*, Leyde: Sijthoff (reimpresión de la primera edición comparativa de 1919 con las ediciones de 1632, 1642, 1646, bajo la dirección de P.C. Molhuysen), 394. Cf. sobre la evolución de esta idea el trabajo del Juez de la Corte de Justicia Internacional GUILLAUME, Gilbert (1992), *La Com-*

1. *Intereses idénticos de los Estados*

En sus orígenes, el ejercicio de esta competencia se fundamentó en normas consuetudinarias de Derecho internacional Público, que permitían la persecución de actos de piratería cometidos en alta mar, es decir, en espacios sustraídos al ejercicio de la soberanía de los Estados.¹⁴⁶ Así, la Corte Permanente de Justicia en el caso *Lotus* observó “a la vista de que es en el alta mar, [donde se cometió el hecho ilícito y que] sobre este espacio ninguna Nación posee el derecho, ni el deber de vigilancia, se niega [al pirata] la protección del pabellón [...], y se le trata como a un bandido, como a un enemigo de toda la humanidad -*hostis humani generis*- a quien cualquier Nación, en el interés de todos, puede capturar y castigar”.¹⁴⁷ Ahora bien, el declarar al pirata como “enemigo de toda la humanidad”, puede generar confusiones. Mientras que unos le dan, siguiendo la tradición medieval, una noción de moral, como en el caso *Eichmann*,¹⁴⁸ otros, basándose en la jurisprudencia del Juez angloamericano Joseph Story (1779–1845),¹⁴⁹ ven en el concepto del *hostis humani generis* un término funcional. Y es en el último sentido que la competencia del Estado no se debe a que el pirata violaba una norma moral sino a que “[...] se comporta de manera hostil atentando contra los asuntos y el patrimonio de [...] todas las naciones, sin que ninguna tenga derecho u obligación [...] alguna de ejercer su autoridad pública [sobre estos], [razón por la cual] el Derecho [trata este comportamiento] como un acto de piratería, y al [pirata] enfáticamente [como] *hostis humani generis*”.¹⁵⁰

Por lo tanto, del análisis semántico y funcional del *hostis humani generis* se desprende la conclusión de que la razón por la cual todos los Estados son competentes es la seguridad del alta mar y no la violación de una norma moral,¹⁵¹ hecho que se encuentra igualmente fundamentado en la jurisprudencia en el caso *Lotus*. Es decir, en principio, el ejercicio de la competencia está basado en el lugar de comi-

pétence Universelle – Formes Anciennes et Nouvelles, en *Gazette du Palais, Mélanges offerts à Georges Levasseur – Droit Pénale, Droit Européen*, Paris: Litec, 23 *et seq.*

¹⁴⁶ GUILLAUME (1992), *op. cit.* nota 145, 31. *Cf.* la exposición amplia sobre el tema de RANDALL (1988), *op. cit.* nota 1, 791 *et seq.* con referencias sobre el Derecho consuetudinario y Tratados internacionales. Muchas exposiciones también se refieren al caso del tráfico de esclavos — *cf.* RANDALL (1988), 798 *et seq.* —, pero esto está todavía hoy en disputa como por GUILLAUME (1992), *op. cit.* nota 145, 32.

¹⁴⁷ P.C.I.J. (1927), *op. cit.* nota 9, 70.

¹⁴⁸ La Corte Suprema de Israel concluyó en el caso “Attorney General of Israel v. Eichmann” que tales crímenes “[...] violaban los valores morales universales y los principios humanitarios que están en la base de las leyes penales adoptadas por las naciones civilizadas” — reproducido en *Eichmann Case*, 36 *International Law Reports* [=I.L.R.], 277 (291 *et seq.*).

¹⁴⁹ (...) que fue uno de los adeptos a la doctrina rígida de la territorialidad del siglo XIX — *cf. supra* nota 34 y MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 28 *et seq.*

¹⁵⁰ “The *Malek Adhel*” (1844), en 43 U.S., 210 (232)

¹⁵¹ En este sentido también RANDALL (1988), *op. cit.* nota 1, 794 *et seq.*

sión más que en la naturaleza o gravedad del hecho. Y es en este sentido que se trata de garantizar la protección de intereses que son comunes en tanto que su violación afecta y lesiona a todos y cada uno de los Estados, ya que los mismos representan -en las palabras de la profesora francesa Brigitte Stern- “una suma de los intereses idénticos y propios de los Estados”.¹⁵² Como consecuencia, a la larga se celebraron varias Conferencias de Estados, donde se reconoció ampliamente en Tratados internacionales la competencia de cada Estado para extender su poder fuera de sus límites territoriales: ciertos casos de terrorismo internacional,¹⁵³ casos relacionados con materia nuclear,¹⁵⁴ la toma de rehenes,¹⁵⁵ personas internacionalmente protegidas,¹⁵⁶ aviación¹⁵⁷ y transporte marítimo,¹⁵⁸ entre otros.¹⁵⁹

¹⁵² STERN, Brigitte (1999), *A propos de la Compétence Universelle ...*, en Yakpo, Emile/Boumedra, Tahar, *liber amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, The Hague: Kluwer Law International, 735 (736).

¹⁵³ Art. 6 del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas (*supra* nota 140): “4. Cada Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 2, en los casos en que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición a ninguno de los Estados Parte que hayan establecido su jurisdicción de conformidad con los párrafos 1 o 2”. *Cf.* también el texto revisado del Art. 6 párr. 3 y 4 del Proyecto de una Convención General sobre el Terrorismo Internacional (*supra* nota 140) sin que Estado alguno se hubiera opuesto hasta ahora a esta redacción.

¹⁵⁴ *Cf.* Art. 8 párr. 2 Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares con 69 Estados Parte, en 1456 U.N.T.S., No. I-24.631, 124 (128). *Cf.* también Art. 9 párr. 4 del Proyecto de un Convenio internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear (*supra* nota 140, 9).

¹⁵⁵ Art. 5 párr. 2 Convención Internacional contra la Toma de Rehenes (*supra* nota 140, 207 *et seq.*).

¹⁵⁶ Art. 3 párr. 2 Convención para la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive Agentes Diplomáticos (*supra* nota 140).

¹⁵⁷ *Cf.* Art. 4 párr. 2 y Art. 7 Convención de La Haya de 1970 sobre la Supresión del Secuestro Ilegal de Aeronaves, en 859/860 U.N.T.S., No. I-12.325, 105 (108 *et seq.*), con 174 Estados Parte (el último contiene la obligación expresa de perseguir si no se extradita al autor), como también en este sentido Art. 5 párr. 2 y Art. 7 Convención para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de la Aviación Civil, en 974 U.N.T.S., No. I-14.118, 178 (181 *et seq.*) con 175 Estados Parte y Art. III Protocolo para Supresión del Secuestro Ilegal de Aeronaves, en 1589 U.N.T.S., No. A-14.118, 474 (476), con 107 Estados Parte.

¹⁵⁸ Art. 6 párr. 4 Convenio para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de la Navegación Marítima (*supra* nota 140, 227). En el caso de plataformas sobre la plataforma continental *cf.* Art. 3 párr. 2 Protocolo para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de Plataformas Fijas Localizadas en la Plataforma Continental (*supra* nota 140, 306 *et seq.*).

¹⁵⁹ Otras materias son — entre otras — el tráfico ilícito de estupefacientes en la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, con 163 Estados Parte — *cf.* Art. 4 párr. 2 inc. b) en U.N. Doc. E/CONF.82/15, 19 december 1988, 7. *Cf.* también, aunque sea de 1997, la lista larga en BASSIUNI, Cherif (1997), *International Criminal Law Conventions and their Penal Provisions*, Irvington-on-Hudson: Transnational Publisher. Para el caso del fenómeno del “Crímen organizado” *cf.* últimamente el Art. 15 párr. 4 y 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en U.N. Doc. A/RES/55/25, 8 January 2001, 13, con 5 Estados Parte.

2. *Interés único de los Estados*

Ahora bien, paralelamente a la conclusión de estos Tratados, tras la conclusión de todos los horrores cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, el Derecho internacional Público experimenta un proceso de desarrollo respecto a un conjunto de hechos, en los cuales lo determinante no es “una suma de los intereses idénticos y propios de los Estados” sino más bien en una fórmula conjunta de las palabras de Brigitte Stern¹⁶⁰ y de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso “Barcelona Traction”¹⁶¹ “un interés legal único compartido por todos los Estados”. A este proceso obedecen tanto el esfuerzo por el momento fracasado en conceptualizar al crimen internacional frente a los delitos internacionales, así como de construir un sistema de responsabilidad penal internacional para el individuo, distinto al régimen de responsabilidad internacional de los Estados.¹⁶²

Este proceso se ve acompañado por una serie de Tratados internacionales, tal es el caso de la Convención contra el genocidio, que cuenta con 133 Estados Parte,¹⁶³ la Convención contra la tortura, que cuenta con 127 Estados Parte,¹⁶⁴ la Conven-

¹⁶⁰ Sin mencionar los términos “legal” y “Estado”, STERN, Brigitte (1997), *La Compétence Universelle en France – le Cas des Crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda*, en 40 German Yearbook of International Law [=G.Y.I.L.], 280 (281). Cf. también STERN, Brigitte (1998), *Better Interpretation and Enforcement of Universal Jurisdiction*, en 14 Nouvelles Études Pénales, 175 (177), STERN (1999), *op. cit.* nota 152, 736. Como punto de partida de esta diferencia la profesora toma la doctrina del patrimonio común de la humanidad que hoy se encuentra en el Art. 136 Convención sobre el Mar (*supra* nota 126). Una perspectiva general sobre el llamado patrimonio común de la humanidad se puede encontrar en KEMAL Baslar (1998), *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, The Hague: Martinus Nijhoff. Si bien compartimos el enfoque de la profesora, hay que subrayar que esto no quiere decir que el Art. 19 de la Convención sobre el Mar respecto a la jurisdicción sobre actos de piratería sea solamente declaratorio y en nada afecta a nuestra interpretación acerca de la función de la semántica *hostis humanis generis*.

¹⁶¹ I.C.J. REPORTS 1970, *op. cit.* nota 44, 32: “Hay una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado hacia la totalidad de la comunidad internacional, y las que deben prevenir frente a otros Estados [...]. Por su naturaleza, lo anterior concierne a todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos a que afecta, todos los Estados podrán tener interés en su persecución; son obligaciones erga omnes”.

¹⁶² Cf. todavía TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 289 *et seq.*; el concepto de “crímenes internacionales” fue abandonado en la segunda lectura del Proyecto de un Código sobre la Responsabilidad de los Estados — *cf.* ahora el texto bajo el título “Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos” en el Capítulo IV-E-1 del informe de la I.L.C. sobre su trigésimoquinto período de sesiones para el quincuagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas *Report of the International Law Commission, Fifty-third Session*, en U.N. Doc. A/56/10, 21 September 2001, 43 *et seq.* y los comentarios — entre otros — de los Estados Unidos en el informe bajo el título *State Responsibility – Comments and Observations received from Governments*, en U.N. Doc. A/CN.4/515, 19 March 2001, 16.

¹⁶³ Cf. la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en 78 U.N.T.S., No. 1021, 277 *et seq.*

¹⁶⁴ Cf. *supra* nota 139.

ción contra el apartheid con 101 Estados Parte,¹⁶⁵ y la Convención sobre los llamados crímenes de lesa humanidad, que se limita a declarar su imprescriptibilidad,¹⁶⁶ con 45 Estados Parte -al contrario de los últimos, los primeros dos cuentan con la participación *in toto*, tanto de los Estados miembros de la Unión Europea como de los Estados Unidos. En el caso del *ius in bello*, éste se encuentra principalmente en las cuatro Convenciones de Ginebra¹⁶⁷ con la participación de todos los 189 Estados miembros de las Naciones Unidas (desde el trigésimoquinto período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas) y sus dos Protocolos adicionales,¹⁶⁸ con 157 y 150 Estados Parte, sin la participación de los Estados Unidos. Todo este proceso culminó con las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre los Tribunales *ad hoc* para la Ex-Yugoslavia¹⁶⁹ y Ruanda¹⁷⁰ y, finalmente, con la suscripción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,¹⁷¹ que, sin haber entrado en vigencia, cuenta hasta la fecha con 47 Estados Parte, de los cuales 12 son miembros de la Unión Europea.

Puesto que de los Tratados mencionados nueve cuentan con la amplia participación de los Estados miembros de la Unión Europea, un análisis sobre su incorporación en la legislación interna y especialmente sobre la práctica de ejercer el poder de dictar sentencia sobre la materia de estos Tratados, suscita interrogantes muy complejos y de difícil respuesta. Cabe señalar que se trata tanto de problemas generales del Derecho Penal como de la materia especial del Derecho internacional Público llamado “Derecho Penal internacional” y del Derecho internacional Público

¹⁶⁵ Cf. la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, en 1015 U.N.T.S., No. I-14861, 243 *et seq.*

¹⁶⁶ Cf. la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en 754 U.N.T.S., No. I-10.823, 73 *et seq.*

¹⁶⁷ Cf. el Convenio de Ginebra para mejorar la Suerte de los Heridos y de los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña [=Convenio de Ginebra I], en 75 U.N.T.S., No. 970, 31 *et seq.*, el Convenio de Ginebra para mejorar la Suerte de Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar [=Convenio de Ginebra II], en 75 U.N.T.S., No. 971, 85 *et seq.*, el Convenio de Ginebra relativo al Trato de Prisioneros de Guerra [=Convenio de Ginebra III], en 75 U.N.T.S., No. 972, 135 *et seq.* y el Convenio de Ginebra relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra [=Convenio de Ginebra IV], en 75 U.N.T.S., No. 973, 287 *et seq.*

¹⁶⁸ Cf. Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), en 1125 U.N.T.S., No. I-17.512, 3 *et seq.* y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II), en 1125 U.N.T.S., No. I-17.513, 609 *et seq.*

¹⁶⁹ Cf. la Resolución 827 (1993) en U.N. Doc. S/RES/827, 25 May 1993, y en su redacción actual según Resolución 1329 (2000) en U.N. Doc. S/RES/1329, 5 December 2000.

¹⁷⁰ Cf. la Resolución 955 (1994) en U.N. Doc. S/RES/955, 8 November 1994, y en su redacción actual según Resolución 1329 (2000) (*supra* nota 169).

¹⁷¹ Cf. el Estatuto en U.N. Doc. A/CONF.183/9, 17 julio 1998. En la Unión Europea faltan las ratificaciones de Irlanda, Grecia y Portugal.

general, tales como son, entre otros, la coexistencia de normas convencionales y consuetudinarias sobre la materia y, asimismo, las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho internacional Público en los ordenamientos respectivos; y, en particular, problemas tales como los principios de legalidad penal y de irretroactividad, equivalencia y *ne bis in idem*, inmunidad *ratione materiae* y *personae*, limitaciones *ratione materiae* y *temporis* a cierto tipo de actos, la vinculación de la competencia universal a la presencia del autor en el territorio del Estado, la definición material de los llamados crímenes de lesa humanidad, etc. Cualquier pretensión sería de examinar con rigor todos y cada uno de los problemas que mencionamos o algunas de sus materializaciones prácticas más recientes, exigiría la elaboración de una investigación comparativa amplia, tal como se realizó hace poco en la Secretaría jurídica de amnistía internacional¹⁷² y en París en la Universidad de Sorbonne bajo la dirección del Juez Antonio Cassese,¹⁷³ con la colaboración de muchos profesionales de todo el mundo.¹⁷⁴

3. *ius cogens*

Dado que el estudio de los problemas mencionados excede sobremanera el objeto de la presente exposición, nos limitaremos a un problema general, que puede igualmente generar confusiones. Así, nos limitamos a hacer referencia a las interpretaciones erróneas del concepto de *ius cogens*, dejando al margen otros problemas relacionados como en particular el concepto erróneo de una obligación no-convencional del Estado no-territorial de ejercer su competencia de dictar sentencia.¹⁷⁵

Para empezar, cabe destacar que una norma que se constituye como norma imperativa de Derecho internacional Público ciertamente no implica su ejecución automática a través de un procedimiento penal por parte de los tribunales de cualquier

¹⁷² AMNESTY INTERNATIONAL (2001), *Universal Jurisdiction – The Duty of States to Enact and Enforce Legislation*, London: ai index IOR 53/002/2001- IOR 53/018/2001.

¹⁷³ La publicación bajo el título “Jurisdiction International Pénale” todavía está en fase de revisión y saldrá en el año 2002.

¹⁷⁴ Cf. para investigaciones recientes — entre otros — los trabajos de la profesora Stern (*supra* notas 152, 160) como también INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (2000), *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in respect of Gross Human Rights Offences*, en <www.ila-hq.org/pdf/HumanRig.pdf> (último acceso: 07.12.01) y de CASSESE, Antonio (2001), *International Law*, Oxford: Oxford University Press, 260 *et seq.* como también los trabajos publicados bajo la dirección de FISCHER, Horst *et al.* (2001), *International and National Prosecution of Crimes under International Law: Current Developments*, Berlin: Berlin Verlag Spitz.

¹⁷⁵ Una de las mejores exposiciones sobre este tema se encuentra en TOMUSCHAT, Christian (2001a), *The Duty to Prosecute International Crimes committed by Individuals*, en Cremer, Hans-Joachim *et al.*, *Tradition und Weltoffenheit des Rechts – Festschrift für Helmut Steinberger*, Heidelberg, 315 *et seq.* Cf. también STERN (1999), *op. cit.* nota 152, 737 *et seq.* Más bien se trata de una obligación de cooperación internacional como lo afirma CASSESE (2001), *op. cit.* nota 175, 264 *et seq.*

Estado.¹⁷⁶ Más bien, la búsqueda de la competencia de dictar sentencia sobre cierto tipo de hechos fuera de los límites territoriales debe fundamentarse tanto en los Tratados mencionados como -a falta de una disposición expresa- en la *ratio*, por la cual se produzca la clasificación de cierto tipo de acto como *ius cogens* en un caso determinado. Como es de conocimiento general, la Convención contra la tortura concreta expresamente en su Artículo 5 párrafo 2 que “[t]odo Estado Parte tomará [...] las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre [la tortura] en los casos en que el presunto delincuente se encuentre en el territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición”.¹⁷⁷ Si bien en el caso de crímenes de guerra también existe la posibilidad de encontrar una regla en los Convenios de Ginebra que confiera a todos los Estados Parte la competencia de dictar sentencia en caso de “violaciones graves” del Derecho Humanitario, parecida a la norma mencionada,¹⁷⁸ la situación cambia cuando nos referimos a la Convención contra el genocidio.

El Artículo VI de esta Convención solamente expresa que “[l]as personas acusadas de genocidio o de [...] cualquiera de los actos enumerados en el Artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio [...] fue cometido [dicho acto]”.¹⁷⁹ Como se ve, no hay referencia alguna a la competencia de otros Estados Parte. Simplemente se establece como un deber del Estado Parte el

¹⁷⁶ Demasiado general y por eso capaz de generar confusiones GOODWIN-GILL, Guy (1999), *Crime in International Law – Obligations erga omnes and the Duty to Prosecute*, en *id.*/Talmon, Stefan, *The Reality of International Law: Essays in Honour Ian Brownlie*, Oxford: Clarendon, 199 (220) citando el primer informe del relator especial de la I.L.C. *First Report on State Responsibility*, en U.N. Doc. A/CN.4/490/Add.2, 5 May 1998, 8 *et seq.*

¹⁷⁷ *Supra* nota 139.

¹⁷⁸ Así expresamente la Corte Suprema de Alemania en su sentencia aun no publicada del 21 de febrero 2001 en el caso Maksim Sokolovi_: 3 StR 372/00, 19 *et seq.* todavía no publicado, copia del original con el autor). *Cf.* también STERN (1997), *op. cit.* nota 160, 285 *et seq.*, *id.* (1999), *op. cit.* nota 152, 736 *et seq.* y BROWNLIE (1998), *op. cit.* nota 4, 308. *Cf.* el Artículo 49 del Convenio de Ginebra I: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las *infracciones graves* [énfasis nuestro] contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente. Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes. Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio. [...]”. Con las mismas palabras Art. 50 Convención de Ginebra II, Art. 129 Convención de Ginebra III, Art. 146 Convención de Ginebra IV y Art. 85 Protocolo I. Con referencia a los Protocolos I y II (*supra* nota 168) *cf.* el comentario pesimista de TOMUSCHAT (2001a), *op. cit.* nota 175, 315 (335), aunque el Protocolo II cuenta con 150 y el Protocolo I con 157 Estados Partes.

¹⁷⁹ *Supra* nota 163.

ejercicio de su jurisdicción sobre hechos constitutivos de genocidio perpetrados en su territorio.¹⁸⁰ Como consecuencia podría afirmarse que para el objeto y el fin de la Convención ésta no confiere a los demás Estados la competencia de dictar sentencia en los casos de genocidio, definidos en el Artículo II de la Convención, hecho que se deduce de los trabajos preparatorios de la Convención.¹⁸¹ Sin embargo, en el caso Eichmann la Corte Suprema de Israel no fundamentó su competencia en la Convención, sino sobre el Derecho consuetudinario de Derecho internacional Público y el principio de personalidad pasiva. Y es sobre la base del primer argumento que la Corte al referirse al Artículo VI de la Convención expresó: “Esta obligación, sin embargo, no tiene nada que ver con el poder universal de cada Estado de perseguir este tipo de crímenes [...], [lo] que se basa en el Derecho internacional consuetudinario. [...] Por lo tanto, [e]l Estado de Israel tiene la facultad [...] en calidad de guardián del Derecho internacional y agente para su implementación, para enjuiciar al apelante. Siendo éste el caso, ninguna importancia ata al hecho de que el Estado de Israel *no existía* [énfasis nuestro] cuando los crímenes fueron perpetrados”.¹⁸²

Aunque a 29 de mayo de 1962, fecha en que se dictó la sentencia, cabe dudar sobre la consideración de la base de competencia como Derecho consuetudinario,¹⁸³ lo esencial en estos razonamientos fue la conclusión alcanzada en cuanto a que es *opinio iuris* de todos los Estados, como corolario de un interés legal único compartido realmente por todos ellos, que en el caso de la prohibición del genocidio corresponde en principio a todos los Estados dictar sentencia. Y es en este contexto

¹⁸⁰ TOMUSCHAT (2001a), *op. cit.* nota 175, 331.

¹⁸¹ Reproducido en ROBINSON, Nehemiah (1960), *The Genocide Convention – a Commentary*, New York: Institute of Jewish Affairs-World Jewish Congress, 131 *et seq.* Cf. también GRAVEN, Jean (1951), *Le Crime contre l’Humanité*, en 76 (1950-I) R.d.C., Paris: Librairie du Recueil Sirey, 433 (517).

¹⁸² EICHMANN CASE (*supra* nota 148), 304.

¹⁸³ (...) si ésta se refiere a su concepto tradicional — *cf.* TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 324 *et seq.* Si recordamos que hasta esta fecha no hubo ninguna sentencia penal firme sobre caso de genocidio alguno, incluso en el Tribunal de Nuremberg y, en realidad, no la hubo hasta después que se terminó la guerra fría con una excepción, que es el juicio a Pol Pot *in absentia* después de la invasión de las tropas vietnamitas en Camboya: “acte d’accusation”, documentado en U.N. Doc. A/C.3/34/1, 30 July 1979 y el “jugement du tribunal”, documentado en U.N. Doc. A/34/491, Annex, 19 August 1979 y U.N. Doc. A/34/569, 12 October 1979. Sobre la idea de un derecho consuetudinario internacional “espontáneo” que se basa en el caso de la plataforma continental del Mar del Norte — I.C.J. REPORTS 1969, “North Sea continental shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)”, Judgment, 20 February 1969, 4 (23) — *cf.* CHENG, Bin (1965), *United Nations Resolutions on Outer Space – “Instant” International Customary Law?*, en 5 *Indiana Journal of International Law*, 23 *et seq.*, como también, últimamente con referencias en el área de nuestro interés TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 331 *et seq.*, pero también MORRIS, Madeline (2001), *High Crimes and Misconceptions – the ICC and Non-party States*, en 64 *Law and Contemporary Problems*, 13 (57 *et seq.*).

que la Corte se basó en lo que omitimos al citar sus razonamientos sobre la competencia: Que “[e]l Estado de Israel es competente [con base en] el principio de la jurisdicción universal [...] para enjuiciar” a Adolf Eichmann.¹⁸⁴

De esta manera, basándonos en nuestra regla sobre la jurisdicción, se llega a la conclusión de que cualquier Estado como corolario de un interés legal único compartido por todos los Estados es competente. Este interés legal único constituye *per se* un contacto suficientemente relevante en términos legales cuando se trata de dictar sentencia sobre actos de genocidio, independientemente de dónde, por quién y contra quién se hayan perpetrado, sin que el Derecho internacional Público requiera de la existencia de cualquiera de los nexos discutidos anteriormente.¹⁸⁵ Estos razonamientos fueron recientemente confirmados por la Sala II del Tribunal Constitucional Alemán, bajo la presidencia de la Jueza profesora Jutta Limbach.¹⁸⁶ De acuerdo a la interpretación del Tribunal Constitucional “[...] el crimen del genocidio es la violación más grave contra los *derechos humanos* [énfasis nuestro] y por lo tanto el supuesto por excelencia para la aplicación del principio de universalidad, que tiene la función de persecución general, es decir, *sin que haya lagunas en la persecución* [énfasis nuestro] de crímenes contra bienes jurídicos de la comunidad internacional en su conjunto, en todo el mundo”.¹⁸⁷

En este contexto merece la pena mencionar que no compartimos el concepto de un principio de universalidad “delegado”¹⁸⁸ o “absoluto”.¹⁸⁹ Primero, porque si un interés legal único de los Estados es afectado, no se trata de “delegar una competencia” si este interés constituye *per se* un contacto suficientemente relevante en términos legales cuando se trata de dictar sentencia sobre actos de genocidio. Y, segundo, porque todo principio de Derecho en el Derecho moderno no opera bajo fórmulas legitimadoras de carácter transcendental, y por lo tanto no puede existir la diferencia entre principios de Derecho absolutos y relativos.

Otro problema relacionado con conceptos erróneos de un principio de universalidad “condicionado”, “casi universal” o “alternativo” se refiere al principio *aut*

¹⁸⁴ *Supra* nota 182.

¹⁸⁵ Por eso la jurisprudencia de la Corte Suprema de Alemania sobre el “nexo legítimo” para la competencia de la República Federal de Alemania sobre casos de genocidio fuera de sus límites territoriales, que últimamente fue abandonada en el caso Maksim Sokolovi_ (*supra* nota 178) con respecto a crímenes de guerra, es completamente errónea y más un criterio de oportunidad que un criterio con fundamento en el Derecho internacional Público. Una crítica amplia sobre esta jurisprudencia se encuentra en AMBOS, Kai/WIRTH, Steffen (2001), *Genocide and War Crimes in the Former Yugoslavia before German Criminal Courts*, en Fischer (*supra* nota 174), 770 (778 *et seq.*).

¹⁸⁶ (...) al decidir a favor de la competencia de la República Federal de Alemania para dictar sentencia sobre hechos de genocidio cometidos en el territorio que a la fecha forma parte del Estado de Bosnia-Herzegovina.

¹⁸⁷ BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (2000), *op. cit.* nota 43, 81.

¹⁸⁸ HENZELIN (2000), *op. cit.* nota 13, 71 *et seq.*, 239 *et seq.*

¹⁸⁹ *Ibid.*, 81 *et seq.*, 381 *et seq.*

dedere aut iudicare (aut prosequi).¹⁹⁰ Fue la Sala II del Tribunal Constitucional Alemán la que al interpretar el Artículo 7 de la Convención contra el genocidio¹⁹¹ dictó que la “República Federal de Alemania estaría obligada a cumplir con una petición de extradición de Bosnia-Herzegovina”,¹⁹² dejando así claro que interpreta este Artículo en su conjunto con las demás disposiciones de la Convención de una manera tal que impone una obligación de extradición a los demás Estados Parte. El Artículo 7 fue introducido en el texto de la Convención a causa de la “exención de delitos políticos” (political offense exemption)¹⁹³ -la “caja negra” del Derecho de extradición- es decir, casos en los cuales un Estado que recibe una petición de extradición ni quiere extraditar ni revelar los fundamentos del rechazo.¹⁹⁴ Por eso la cláusula en el Artículo 7 de la Convención tiene la *función* de no dejar lugar a dudas con respecto a que, tratándose del crimen de genocidio, no cabe este tipo de argumentación.¹⁹⁵ Pero eso no quiere decir que los Estados Parte tengan una obligación de extraditar, sino que, recordando sus deberes según el Artículo 1 de la Convención conforme la interpretación del Tribunal (“sin que haya lagunas en la persecución”), tienen la obligación de extraditar cuando no juzgan (y/o persiguen) el crimen de genocidio. De la función de este principio -no hay lugar para la “exención de delitos políticos”- se deduce también que en el caso de la Convención contra el genocidio los razonamientos sobre una obligación del Estado no-territorial “alternativo”, “disyuntivo” o “coexistente” consistente en juzgar por un lado y extraditar por el otro¹⁹⁶ son equívocos, pues no se puede deducir del principio *aut dedere aut iudicare (aut prosequi)* una función que los Estados Parte no acordaron en el momento de la ratificación de la Convención.

Si bien no podemos avanzar más en este terreno por cuestiones de espacio, tenemos que señalar que el único problema de la competencia universal que encontramos en muchos conceptos erróneos sobre el principio de jurisdicción universal

¹⁹⁰ Cf. las referencias en HENZELIN (2000), *op. cit.* nota 13, 29 *et seq.*

¹⁹¹ Artículo VII:

“A [...] efectos de extradición, el genocidio y los otros actos enumerados en el artículo III no serán considerados como delitos políticos.

Las Partes contratantes se comprometen, en tal caso, a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados vigentes”.

¹⁹² BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (2000), *op. cit.* nota 43, 82.

¹⁹³ Cf. para más detalles GILBERT, Geoff (1991), *Aspects of Extradition Law*, Dordrecht: Nijhoff, 113 *et seq.* y PIOMBO, Horacio (1998), *Tratado de la Extradición*, Buenos Aires: Depalma, 374 *et seq.*

¹⁹⁴ BLAKESLEY, Christopher/LAGODNY, Otto (1991), *Finding Harmony amidst Disagreement over Extradition, Jurisdiction, the Role of Human Rights, and Issues of Extraterritoriality under International Criminal Law*, en 24 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1 (46).

¹⁹⁵ Cf. también el Artículo 1 a) del Protocolo Adicional a la Convención Europea en Materia de Extradición — E.T.S. No. 086 (15 octubre 1975).

¹⁹⁶ BASSIOUNI, Cherif (1999): *Crimes against Humanity*, Dordrecht: Kluwer Law International (2a ed.), 223.

es el de la competencia subsidiaria del Estado no-territorial, tal y como lo declaró la Sala Penal de la Audiencia Nacional de Madrid en el caso guatemalteco, en diciembre 2000;¹⁹⁷ y en el mismo sentido deben interpretarse los razonamientos de la Sala II del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Artículo 7 de la Convención contra el genocidio. Sin poder profundizar aquí este problema, una breve comparación de los razonamientos que han hecho diversos autores con relación a este problema¹⁹⁸ demuestra que de ningún modo se puede hablar de un principio general (de Derecho internacional Público) de subsidiariedad.¹⁹⁹ Ello se debe a que el interés en la persecución general del crimen de genocidio como corolario del interés único de los Estados en la prohibición del genocidio constituye *per se* un nexo con tales actos suficientemente relevante en términos legales para ejercer el poder estatal de dictar sentencia. Queda abierto el problema de si para alcanzar este interés se debe priorizar la competencia del Estado territorial en un caso determinado. Sin poder avanzar más en este terreno inseguro en el cual hasta ahora nadie ha entrado más profundamente, merece la pena recordar que bajo la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional la carga de la prueba de la supuesta violación de la soberanía de un Estado para dictar sentencia en actos de genocidio pesa sobre aquél que alega la violación,²⁰⁰ es decir, ¡el Estado que alega la violación de su soberanía tiene que probar que está persiguiendo estos actos!

III. “Derechos humanos”

Si de lo anteriormente descrito se deduce que existe la jurisdicción universal en los actos relativos a tortura, “violaciones graves” del Derecho Humanitario y el genocidio, cabe subrayar cuál es la función de la denominación “derechos humanos” dictada por el Tribunal Constitucional. En este contexto, también conviene hacer mención al Proyecto de Ley Introdutoria al Código Penal Internacional Alemán realizado por el Ministerio de Justicia, que afirma la competencia de dictar sentencia por parte de la República Federal de Alemania en el siguiente caso: “Quien en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil [...] persiguere un

¹⁹⁷ AUDIENCIA NACIONAL (2000), “Auto de la Sala de lo Penal del 13 de Diciembre de 2000”, reproducido en <www.derechos.org/nizkor/guatemala/doc/espana.html> (último acceso: 07.12.01); cf. la nota de investigación del autor “Justicia Universal y el Genocidio en Guatemala: Perspectivas Europeas” (pedidos de copia a J.Simon@iuscrim.mpg.de) como también el análisis de COTTIER, Michael (2001), *What Relationship between the Exercise of Universal and Territorial Jurisdiction? ...*, en Fischer (*supra* nota 174), 844 *et seq.*

¹⁹⁸ Cf. las referencias de HENZELIN (2000), *op. cit.* nota 13, 227 *et seq.*

¹⁹⁹ O peor todavía, que a juicio de la Audiencia Nacional forma parte del “jus cogens internacional” — AUDIENCIA NACIONAL (2000), *op. cit.* nota 197, “Razonamientos jurídicos”, párr. 2. Ahora bien, en el caso concreto de infracciones graves de los Convenios de Ginebra y de su Protocolo I cf. la segunda frase del Art. 88 párr. 2 Protocolo I (*supra* nota 168).

²⁰⁰ Cf. *supra* nota 8.

grupo o colectividad a través de una privación o restricción esencial de los *derechos humanos fundamentales* [énfasis nuestro] fundada en motivos políticos, de raza, nacionalidad, étnicos, culturales o religiosos, por razón de género u otros motivos prohibidos por los principios generales de Derecho internacional Público [...] será sancionado como mínimo con prisión de tres años”.²⁰¹

Fácilmente se concluye de los ejemplos anteriormente citados que el uso de la terminología “derechos humanos” puede llevar a conflictos entre los Estados sobre su relevancia para el código legal/ilegal. De este modo llegamos a la pregunta central de la competencia universal: ¿Cuál es el interés legal único compartido por todos los Estados con relación al concepto de “los derechos humanos” en las diversas construcciones del mundo y del hombre, cristalizados en expectativas legales que podemos identificar en un caso determinado que no sea ninguno de los anteriormente citados y que lleve a la conclusión de dictar sentencia? Ésta de por sí no es una tarea fácil, y se complica más aún si recordamos que desde hace tres o cuatro décadas se ha hecho mayor referencia en el Derecho a los “derechos humanos”.²⁰² A juicio del ex-Presidente de la Comisión Europea de Derechos Humanos, profesor Stefan Trechsel, este proceso se puede denominar una “inflación”, la cual creó un desequilibrio: Mientras que el Derecho internacional de los derechos humanos se ve convertido en un “gigante”, en la sanción por decepcionar expectativas normativas se ha quedado todavía como un enano.²⁰³

C. La universalidad del hombre como persona

Si bien es esta asimetría la que preocupa a los organismos no-gubernamentales, el reto fundamental que ellos en su conjunto asumen no es el mismo que el nuestro de identificar un interés legal único de los Estados. Más bien, principalmente en el transcurso de las últimas décadas, ellos han concretizado, afirmado y exigido lo que el Juez japonés de la Corte Internacional de Justicia, Kotaro Tanaka, en su voto sobre el caso de Sur Africa Oriental señaló en el año 1966: “El principio de la protección de los derechos humanos emana del concepto del hombre como persona y su relación con la sociedad, que no puede separarse de la naturaleza humana universal. La existencia de los derechos humanos no depende de la voluntad de un Esta-

²⁰¹ Art. 8 No. 10 del “Referentenentwurf” del 22 de Junio del 2001 — BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ [=BMJ] (2001), *Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches (VStGB-Einführungsgesetz — VStGBEG)*, Berlin: BMJ, 5 *et seq.*

²⁰² Cf. la publicación crítica del ex-Presidente de la Comisión Europea de Derechos Humanos TRECHSEL, Stefan (2000), *Inflation in the Field of Human Rights*, Nijmegen: Nijmegen University Press.

²⁰³ Cf. FLAUSS, Jean-François (2000), *Droits des Immunités et Protection Internationale des Droits de l’Homme*, en 10 *Revue Suisse de Droit Internationale e de Droit Européen*, 299 (306).

do; ni internamente de su ley o cualquier otra medida legislativa, ni internacionalmente de Tratados o de la costumbre, en los cuales la voluntad expresa o tácita de un Estado constituye el elemento esencial”.²⁰⁴

²⁰⁴ I.C.J. REPORTS 1966, *op. cit.* nota 102, 250 (297). Aunque hay que subrayar aquí que el concepto de persona desde la Antigüedad está en disputa. Por eso preferimos definirla en este contexto como espejo (=máscara) de expectativas sociales. Por lo tanto el término “naturaleza” en este contexto no es nada más que una referencia medieval inapropiada que equivale a lo que en la modernidad podemos describir como reflexión en la memoria de la sociedad sobre estas expectativas normativas cristalizada en el término “derechos humanos”.