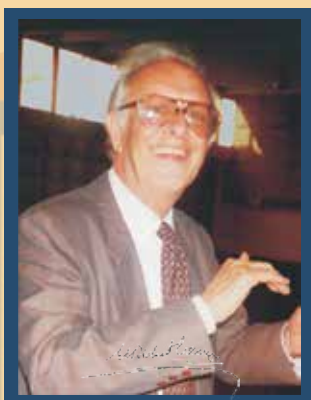




Universidad  
**Inca Garcilaso de la Vega**  
Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas



**JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO**  
**JOSÉ CARLOS REMOTTI CARBONELL**  
(COORDINADORES)



# **DERECHOS HUMANOS Y CONSTITUCIÓN EN IBEROAMÉRICA**

**LIBRO HOMENAJE A  
GERMÁN J. BIDART CAMPOS**

Prólogo a la 2<sup>da</sup>. edición de  
**LUIS CERVANTES LIÑÁN**



27



**ILUSTRE COLEGIO DE  
ABOGADOS DE LIMA**

**CUADERNOS DEL RECTORADO**

**DERECHOS HUMANOS  
Y  
CONSTITUCIÓN  
EN IBEROAMÉRICA**

(LIBRO-HOMENAJE A GERMÁN J. BIDART CAMPOS)

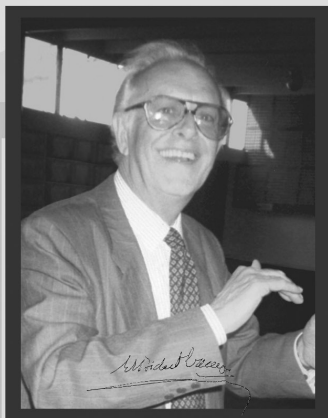
E D I T O R A J U R Í D I C A G R I J L E Y



Universidad  
**Inca Garcilaso de la Vega**  
Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas



**JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO**  
**JOSÉ CARLOS REMOTTI CARBONELL**  
(COORDINADORES)



# DERECHOS HUMANOS Y CONSTITUCIÓN EN IBEROAMÉRICA

LIBRO HOMENAJE A  
**GERMÁN J. BIDART CAMPOS**

Prólogo a la 2ª edición de  
**LUIS CERVANTES LIÑÁN**



27



ILUSTRE COLEGIO DE  
ABOGADOS DE LIMA

CUADERNOS DEL RECTORADO

Primera edición: Lima, abril de 2002.

Segunda edición: Lima, enero de 2016.

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.*

© 2016, *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica*  
(Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos)

© 2016, José F. Palomino Manchego  
José Carlos Remotti Carbonell (Coordinadores)

© 2016, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional  
Av. Jose Galvez Barrenechea 200  
Corpac • San Isidro

© 2016, Ilustre Colegio de Abogados de Lima  
Av. Santa Cruz 255 • Miraflores

© 2016, Editorial Iustitia S.A.C.  
Jr. Azángaro 1075 - 206 • Cercado de Lima  
Tlfs.: (51-1) 321-0258 - 427-1881  
mentejuridica@hotmail.com

© 2016, Universidad Inca Garcilaso de la Vega  
Av. Arequipa 1841 - Lince  
Teléf.: 471-1919  
Página Web: www.uigv.edu.pe

Composición e Impresión: **Talleres Gráficos Iustitia**  
Jr. Azángaro 1075 - 206 • Cercado de Lima  
Tlfs.: (51-1) 321-0258 - 427-1881  
mentejuridica@hotmail.com

**Hecho el Depósito Legal en la  
Biblioteca Nacional del Perú N° 2016-03339**

**ISBN: 978-612-46937-6-2**

Tiraje: 1,000 ejemplares



**GERMAN J. BIDART CAMPOS**

(1927-2004)



Tumba de Germán J. Bidart Campos, al lado de su madre, en el Cementerio Municipal de la ciudad de Luján. La fe religiosa del constitucionalista argentino se reafirma una vez más, ahora que está enterrado cerca de la Basílica donde se encuentra la Virgen de Luján, Patrona de la República Argentina.

## INDICE

Adhesiones .....	11
Prólogo a la 2ª. edición de Luis Cervantes Liñán .....	13
Presentación a la 1ª. edición de José F. Palomino Manchego y José Carlos Remotti Carbonell .....	17

### A) ESTUDIOS

#### **RAINER ARNOLD**

El Derecho Constitucional europeo a fines del siglo XX. Desarrollo y perspectivas .....	23
--	----

#### **NÉSTOR P. SAGÜES**

La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional .....	23
---	----

#### **HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ**

La formación del Derecho Procesal Organizacional. Presupuestos y circunstancias del nacimiento de una nueva ciencia .....	37
---	----

#### **JORGE REINALDO VANOSI**

Evaluación del amparo argentino hasta la reforma constitucional de 1994 .....	57
--	----

#### **PEDRO J. FRÍAS**

Los derechos humanos en el contexto cultural de Latinoamérica .....	65
--	----

#### **RICARDO HARO**

El rol institucional del Jefe de Gabinete de Ministros en el presidencialismo argentino.....	83
---	----

<b>DANIEL ZOVATTO G.</b>	
La práctica general de las instituciones de democracia directa en América Latina. Un balance comparado: 1978-2000 .....	101
<b>VÍCTOR BAZÁN</b>	
Nuevamente sobre las omisiones inconstitucionales .....	111
<b>BENJAMÍN MIGUEL HARB</b>	
La Constitución y la reforma del Código Penal en Bolivia.....	131
<b>JOSÉ AFONSO DA SILVA</b>	
Impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Constituição brasileira de 1988 .....	147
<b>LUIZ PINTO FERREIRA</b>	
A Jurisdição constitucional e o controle da constitucionalidade das leis.....	155
<b>SANDRA MORELLI RICO</b>	
Reconocimiento y efectividad de la Carta de Derechos contenida en la Constitución colombiana de 1991 .....	171
<b>JAIME VIDAL PERDOMO</b>	
El federalismo y la organización territorial en Colombia .....	195
<b>HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ</b>	
El derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno .....	215
<b>RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE</b>	
Los derechos prestacionales .....	223
<b>HERNÁN SALGADO PESANTES</b>	
Notas para la historia constitucional de los derechos humanos en el Ecuador .....	257
<b>FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO</b>	
El control de constitucionalidad en Cuba (1901-1952) .....	295



<b>JOAN OLIVER ARAUJO</b>	
El amparo constitucional en España .....	327
<b>TERESA FREIXES SANJUÁN</b>	
Constitución, Tratado de Amsterdam e igualdad entre hombres y mujeres .....	339
<b>JOSÉ CARLOS REMOTTI CARBONELL</b>	
La titularidad de los derechos fundamentales y las personas jurídicas de ámbito patrimonial. El especial caso del derecho al honor.....	371
<b>JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ</b>	
Acerca del plazo de interposición de la acción abstracta de inconstitucionalidad en Europa .....	391
<b>ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO</b>	
La universalidad de los derechos. En la ‘L’ conmemoración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas .....	409
<b>PABLO LUCAS VERDÚ</b>	
¿Crisis del concepto de Constitución? La Constitución española entre la norma y la realidad .....	427
<b>GIUSEPPE DE VERGOTTINI</b>	
El Derecho de la Constitución .....	449
<b>JORGE CARPIZO</b>	
México: ¿Sistema presidencial o parlamentario?.....	467
<b>HÉCTOR FIX-ZAMUDIO</b>	
La protección procesal de los derechos humanos en la reforma constitucional argentina de agosto de 1994.....	497
<b>JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO Y GERARDO ETO CRUZ</b>	
Principios, derechos y garantías: Problemas escogidos.....	537
<b>CÉSAR LANDA ARROYO</b>	
Balance de la reforma judicial del Perú a la luz de los derechos fundamentales .....	553

**HÉCTOR GROS ESPIELL**

Los derechos humanos en la Constitución uruguaya y su protección internacional .....	569
--	-----

**B) TESTIMONIOS**

**DOMINGO GARCÍA BELAUNDE**

Homenaje a Germán J. Bidart Campos.....	597
---	-----

**UBALDO CENTURIÓN MORÍNIGO**

Bidart Campos: Vocación y pensamiento de un constitucionalista .....	603
--	-----

**UBALDO CENTURIÓN MORÍNIGO**

Los 70 años de Bidart Campos .....	623
------------------------------------	-----

**ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

Breves notas sobre un gran jurista y mejor amigo .....	625
--	-----

**OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI**

Germán J. Bidart Campos: perfiles .....	631
---	-----

**EXEQUIEL KAY**

El camino de la sabiduría .....	637
---------------------------------	-----

**MARÍA CRISTINA SERRANO**

Germán J. Bidart Campos: maestro y amigo .....	641
--	-----

**OSCAR R. PUCCINELLI**

Germán José Bidart Campos y sus tres dimensiones .....	645
--	-----

**C) EPÍLOGO**

**DIEGO A. DOLABJIAN**

Sobre la fuerza normativa de la Constitución.....	655
---	-----

## ADHESIONES

El presente libro en honor a GERMÁN J. BIDART CAMPOS, fue pensado en torno a un tema muy concreto, como su título lo demuestra, y sobre todo con pocas colaboraciones, preferentemente de profesores extranjeros. Una vez más, obedeció este plan a criterios de carácter editorial y también financieros, ya que toda obra, como se sabe, tiene que poner límites a su inversión. Sin embargo, conforme pasaba el tiempo, diversos amigos de nuestro homenajeado, han querido hacerse presentes, en especial de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, lo cual, por razones de tiempo y programación, no es del todo posible incluirlos. Por eso, hemos optado por anotar los nombres de los profesores que, en forma expresa, hicieron llegar en su momento su adhesión, haciendo la salvedad que se ha limitado a quienes ejercen la docencia en la disciplina del Derecho Constitucional.

Abad Yupanqui, Samuel  
Alarcón Quintana, Luis  
Bernales Ballesteros, Enrique  
Blancas Bustamante, Carlos  
Blume Fortini, Ernesto  
Borea Odría, Alberto  
Cabala Pinazo, Remigio  
Carpio Marcos, Edgar  
Castañeda Otsu, Susana  
Chanamé Orbe, Raúl  
Chipoco Cáceda, Carla  
Danós Ordóñez, Jorge  
Del Solar Rojas, Francisco José (†)  
Durán Abarca, Washington  
Eguiguren Praeli, Francisco  
Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy  
Eto Cruz, Gerardo  
Fernández Fontenoy, Carlos  
Ferrero Costa, Raúl  
García-Sayán, Diego  
García Toma, Víctor  
González Ojeda, Magdiel

Gutiérrez Camacho, Walter  
Hakansson Nieto, Carlos  
Herrera Paulsen, Darío (†)  
Kresalja Roselló, Baldo  
Landa Arroyo, César  
Mesía Ramírez, Carlos  
Miró Quesada Rada, Francisco  
Moscoso Perea, Carlos  
Ochoa Cardich, César  
Olivari Ortega, Walter  
Orbegoso Venegas, Sigifredo  
Ortecho Villena, Víctor Julio  
Palomino Manchego, José F.  
Paniagua Corazao, Valentín (†)  
Pareja Paz-Soldán, José (†)  
Paz de la Barra, Vladimir  
Planas Silva, Pedro (†)  
Power Manchego-Muñoz, Jorge  
Quiroga León, Aníbal  
Quispe Correa, Alfredo (†)  
Remotti Carbonell, José Carlos  
Rodríguez Domínguez, Elvito

Rubio Correa, Marcial  
Sáenz Dávalos, Luis  
Soto Vallenas, Gastón  
Uchuya Carrasco, Humberto

Valdivia Cano, Ramiro de  
Valega García, César  
Velásquez Ramírez, Ricardo  
Vilcapoma Ignacio, Miguel Pedro

Los coordinadores.

## PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Es de observar, en primer lugar, que la personalidad de Germán José Bidart Campos (1927-2004) tiene presencia viva y notable en Iberoamérica. Desde los diversos países que conforman la región se ha celebrado el genio humanista y trabajo académico del jurista bonaerense, quien consagró su vida, en cuerpo y alma, al cultivo del Derecho Constitucional y de los derechos humanos de manera indismayable, reafirmando su fe inquebrantable en la Constitución como código de valores: justicia y libertad.

Con todas estas características en vida, el trabajo incansable del profesor Bidart Campos fue reconocido mediante diversas distinciones, grados de Doctor *Honoris Causa* por las universidades más prestigiosas, mención como profesor honorario, profesor visitante, entre otros palmares que recibió, casi sin buscarlo; todo ello, en merecimiento a su calidad profesional y amor acendrado a la investigación y enseñanza, sobre todo a su don de gente, de un amigo y maestro a la distancia, en el que se podía confiar abiertamente.

De este modo, habiendo transcurrido más de una década de su deceso, la imagen de Bidart Campos está lejos del olvido gracias a los continuos homenajes, concretados en seminarios, simposios, foros y publicaciones en diversos medios, realizados a nivel mundial; y gracias a esto, también, su legado crece, perennizándose y alentando nuevas vocaciones en la Ciencia del Derecho Constitucional. El grueso círculo de sus colegas, discípulos y amigos, y cuantos acudieron a él para recibir sus sabios consejos, ahora testimonian con su pluma el agradecimiento al maestro, al estudioso incansable del Derecho Constitucional, de dilatada y fecunda existencia: Germán José Bidart Campos.

Tengamos presente a este propósito que, dentro del cúmulo de homenajes permanentes, se encuentra la obra caudalosa y maciza intitulada: *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, impulsada por la Sección Peruana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, en conjunto con la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. La coordinación corrió a cargo de dos colegas destacadísimos en el Derecho Constitucional: José F. Palomino Manchego y José Carlos Remotti Carbonell.

Desde esta perspectiva, resulta propicio un homenaje —impregnado de viva simpatía— por parte de sendas instituciones, toda vez que Bidart Campos fue miembro fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, y mediante su infatigable labor académica estrechó sólidos lazos con sus colegas peruanos, quienes, organizados en la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, mantuvieron

permanente contacto con él, fomentando el intercambio de ideas y experiencias para enriquecer las ciencias jurídicas tanto en Argentina como en el Perú.

Por si ello fuese poco, transcurrido el tiempo, el Derecho Constitucional ha ido ampliando sus alcances originales, superando la concepción primigenia que lo catalogaba como el conjunto de normas encargadas de regular la actividad política. Con los años fue asumiendo diversos matices, y es que la labor del Estado se fue diversificando hasta llegar al paradigma actual, este es un ente que tiene como finalidad la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad.

Según lo anterior, en el ámbito de protección procesal, el Derecho Constitucional confluye con los derechos humanos, asumiendo a partir de sus instituciones, una sólida institución jurídica que tutela a la persona en todas las garantías que se sustenten en su dignidad, estableciendo criterios interpretativos hacia nuestra normativa interna que se complementan con la internacionalización de los derechos humanos, de acuerdo con lo señalado en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1993, lo cual desemboca hoy en día en lo que se conoce con el sugestivo nombre de Control de Convencionalidad.

En este sentido, representa un enorme reto para los sistemas jurídicos del mundo —en especial los de Iberoamérica— impulsar acciones a partir de su norma fundamental, en donde se recojan los principales ámbitos de protección de los instrumentos internacionales que tutelan los derechos humanos, propiciando de esta forma un avance jurídico hacia la protección, como sujeto de Derecho Internacional que hoy le merece, resaltándose también en este punto la protección a nivel mundial de sus derechos elementales.

Por tales motivos, en el presente libro colectivo encontraremos estudios muy bien dosificados que abordan la problemática de los derechos humanos desde la perspectiva de los desafíos y retos que se le presentan en este complejo siglo XXI, donde en las pocas décadas que han transcurrido se han advertido una serie de acontecimientos y eclosiones que conllevaron reconfigurar los mecanismos de protección de los individuos, para poder atender de mejor manera la protección de la vida, la libertad, la seguridad, entre otras categorías jurídicas que demandan.

A la vista de este cúmulo de reflexiones, y desde la orientación en clave metodológica, los estudios que integran la presente obra desarrollan las principales instituciones en materia de derechos humanos, y cómo dentro de las legislaciones de los diversos países, a través del Derecho Constitucional y sobre todo del Derecho Procesal Constitucional, se han ido estableciendo acciones para los ciudadanos en el marco de la exigencia de protección judicial de los derechos humanos, lo que conlleva una jurisdicción constitucional comprometida con las causas de los derechos fundamentales, propiciando una legislación progresiva y tutelar.

En definitiva, resulta indispensable la lectura de esta obra colectiva para recordar la egregia figura del profesor argentino Bidart Campos —hombre de inmensa

honestidad intelectual— y para conocer mejor la situación actual de la parte dogmática de la Constitución y los derechos humanos en la región andina, más aún porque en Iberoamérica existen temas pendientes por mejorar sobre la protección de los derechos de las personas, sustentadas en su dignidad, a fin de asegurar la paz, la seguridad jurídica y el desarrollo tan ansiados para nuestras futuras generaciones.

**Luis Cervantes Liñán**

*Rector de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.  
Palmas Magisteriales en el grado de Amauta otorgado por el  
Ministerio de Educación de Perú.*

Lima, 10 de diciembre de 2015.

Día de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.





# PRESENTACION A LA PRIMERA EDICIÓN

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO (\*)

JOSÉ CARLOS REMOTTI CARBONELL (\*\*)

## I. JUSTIFICACIÓN DEL HOMENAJE Y DEL TEMA ABORDADO

Con suma complacencia, a propósito de haber cumplido su setenta cumpleaños, ve la luz el presente libro en honor al profesor argentino Germán J. Bidart Campos (Buenos Aires, 9-XII-1927). Resulta pues grato dar cuenta del acariciado colectivo *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica. (Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos)* donde desfilan diversos autores, entre los que se cuentan colegas y amigos del homenajeado, cuyo espíritu laborioso y verdadera vocación científica por el Derecho Constitucional y otros dominios jurídicos, hay que decirlo, constituye una línea modélica para las futuras generaciones.

En consonancia con lo anterior<sup>(1)</sup>, este homenaje se monta merced a la iniciativa de sus colegas peruanos encaminados por Domingo García Belaunde –verdadero impulsor y artífice para que se vea culminada la obra– y avalado por un selecto comité científico internacional integrado por Pablo Lucas Verdú, Héctor Fix-Zamudio, Luiz Pinto Ferreira, Néstor P. Sagüés, Jorge R. Vanossi y Francisco Fernández Segado. Todo libro donde se rinde homenaje a un cultor del mundo jurídico, ora al maestro tan querido Germán J. Bidart Campos, es resultado del reconocimiento, respeto intelectual y de gratitud al homenajeado. Y qué mejor ahora con el tema de los derechos humanos, parcela que Bidart Campos ha cultivado con amoroso desvelo y dedicado valiosos aportes, producto de su sólida construcción doctrinal y espiritual. De ahí que el homenaje a Bidart Campos ha sido el pretexto para que los colaboradores nacionales

---

(\*) Magister y Doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana).

(\*\*) Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona (España). Director del Instituto Europeo de Derecho. Asociado ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

(1) Hemos tomado conocimiento que en Argentina se viene preparando un merecido homenaje a Germán J. Bidart Campos, siendo nuestro común colega Víctor Bazán el coordinador del libro en honor del constitucionalista del Plata.

y extranjeros dediquen un espacio al rubro de los derechos humanos. Mas también el aporte de cada uno de ellos servirá para consolidar tales derechos desde la óptica dogmática de las constituciones, incluyendo los instrumentos protectores internacionales, en Iberoamérica.

Así, en Argentina Bidart Campos tiene a sus espaldas una rica tradición en el campo de los derechos humanos, como lo demostró el extinto Carlos Sánchez Viamonte cuando escribía lo siguiente: “Cada día se hace más urgente la indispensable revisión de los derechos del hombre entre los cuales aparecen incluidos los relativos al patrimonio. Sólo se debe reconocer el carácter de derechos del hombre a los que, reunidos, forman el *minimun* jurídico de la libertad”<sup>(2)</sup>.

A propósito, se pregunta Bidart Campos: “¿Qué balance de los derechos humanos estamos en condiciones de hacer, cuando auscultamos de un lado las normas; por el otro, las realidades, y a unas y a otras las enjuicamos valorativamente? Los derechos humanos –en palabras de Bidart Campos– analizados desde Occidente y desde el Oriente arrojan resultados disparejos. Por más universales que se les repute y predique, por más consenso que se difunda en torno a ellos, los pluralismos culturales y los estilos de vida arriman dificultades. Tradiciones y creencias vierten diferencias que por ahora no se allanan”<sup>(3)</sup>.

## II. BIDART CAMPOS, CONSTITUCIONALISTA CONSUMADO

No pretendemos, por ahora, hacer una visión retrospectiva del *pathos* y *ethos* de Bidart Campos, sino tan sólo queremos significar que Bidart Campos, no es de los constitucionalistas que han cultivado la disciplina a mitad de camino, como las golondrinas que orientan tarde su vuelo. Todo lo contrario, desde su etapa de juventud ha puesto de relieve sus intereses hacia el Derecho Constitucional. Bien ha sentenciado Mario Justo López hace cuatro décadas aproximadamente: “Escribir llanamente, haciendo fácil la lectura y cumpliendo función docente a través del libro, es logro de pocos, conquista difícil que requiere, casi siempre, labor paciente y larga. Por eso, es raro privilegio conseguirlo, como lo obtiene Bidart Campos, en edad temprana”<sup>(4)</sup>. De ahí que enseña con inusitada autoridad, y no obstante esta notable labor, la Ciencia del Derecho Constitucional aún espera de él nuevos y más fructíferos aportes, sin

---

<sup>(2)</sup> Cfr. Carlos Sánchez Viamonte: *Democracia y socialismo*, 2ª edición, Editorial Claridad, S.A., Buenos Aires, 1947, pág. 55.

<sup>(3)</sup> Así lo sostiene Germán J. Bidart Campos en: “El panorama de los derechos humanos a fin de siglo”, en AA.VV. *La Ciencia del Derecho durante el siglo XX*, UNAM, México, D.F., 1998, págs. 108-109. Antecede Presentación de José Luis Soberanes Fernández. Nuestro autor sigue empeñado, a sus años cansados, por los derechos humanos. Buena prueba de ello constituye su ponencia presentada al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en México el mes de febrero de 2002, con el sugerente título: “Los derechos no enumerados en su relación con el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional”.

desconocer que su pluma ya ha generado una enorme bibliografía.

Convendrá, por tanto, decir que siguiendo a su maestro Werner Goldschmidt († 21-VII-1987), mentor del “Trialismo Jurídico”, Bidart Campos entiende que en el Derecho Constitucional tenemos el orden de las conductas, el orden de las normas y el orden de la justicia<sup>(5)</sup>. De ahí que la estructura trialista del mundo jurídico es dable trasladarla al orden político para ofrecerle una visión integral del Estado. Ese hecho complejo de la convivencia humana (hombre, sociedad, Estado) políticamente organizada –añade Bidart Campos– nos obliga a contemplar al ente político en su triple aspecto de la norma, el hecho y el valor<sup>(6)</sup>. Son muy notables también sus trabajos escritos con trazo tajante. Baste para demostrarlo dos ejemplos. El primero rotulado “La positivación de la axiología constitucional. (Para una teoría de la Constitución en el Estado Social y Democrático de Derecho)”<sup>(7)</sup>, el segundo intitulado “Reflexiones constitucionales sobre el acceso a la justicia, el proceso y la legitimación”<sup>(8)</sup>.

### III. REFLEXIÓN FINAL

De todo lo dicho anteriormente se desprende que nuestro homenajeado sigue en permanente actividad, y su prosa irreprochable construida a tenor de su faz cristiana e influjo de la teoría orteguiana<sup>(9)</sup>, sin desmerecer sus enfoques y aportes personales, servirán como ejemplo y estela a las nuevas hornadas al momento que empiecen a leer alguna obra suya<sup>(10)</sup>, de las tantas que ha escrito con verdadera superioridad abrumadora, constituyendo así cada una de ellas el signo distintivo de su personalidad académica, cuya expresión y *spiritus* rector se mantiene en su factura originaria.

<sup>(4)</sup> Vid. la recensión escrita por Mario Justo López al libro de Bidart Campos: *Derecho Político*, en Jurisprudencia Argentina, 1963-II, Buenos Aires, pág. 3.

<sup>(5)</sup> Cfr. Germán J. Bidart Campos: *Filosofía del Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1969, en especial, págs. 21 y 23 respectivamente.

<sup>(6)</sup> Cfr. Germán J. Bidart Campos: “La estructura tridimensional del Estado”, en Revista de Estudios Políticos, N° 149, Madrid, 1966, pág. 5.

<sup>(7)</sup> Publicado en Raúl Morodo y Pedro de Vega García (Coordinadores): *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, t. II, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000, págs. 703-734.

<sup>(8)</sup> Vid. el Prólogo escrito por Germán J. Bidart Campos con el título “Reflexiones constitucionales sobre el acceso a la justicia, el proceso, y la legitimación”, al libro de Osvaldo Alfredo Gozaíni: *La legitimación en el proceso civil*, Ediar, Buenos Aires, 1995, págs. 11-56.

<sup>(9)</sup> Vid. de Germán J. Bidart Campos (“constitucionalista de la convivencia y de la solidaridad”) su artículo: “La filosofía social y política de Ortega y Gasset. (Síntesis de persona, sociedad y Estado)”, en La Ley, t. 92, Buenos Aires, 1958, págs. 794-801.

<sup>(10)</sup> Para mayor detalle, vid. José F. Palomino Manchego: “Personalidad de Germán J. Bidart Campos y su significación en el Derecho Constitucional Latinoamericano” que forma parte del epílogo al libro de Bidart Campos intitulado *Lecciones elementales de Política. (Sociedad, Estado*

Su vida de enseñante, que se refleja en su infatigable espíritu joven, es por derecho propio, el mejor tesoro que lleva *in pectore* Bidart Campos, a saber, uno de los más importantes y trascendentes portavoces del Derecho Constitucional Latinoamericano, como lo demostró clausurando el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional<sup>(11)</sup> en la ciudad de México el día 15 de febrero de 2002.

A la vista de estas consideraciones, Bidart Campos, en estricta justicia, merece este sentido y sincero homenaje. Las páginas que a continuación vienen, pobladas de cariño y admiración, caen por su propio peso, reafirmando que la personalidad científica de Germán J. Bidart Campos da lustre al Derecho Constitucional Latinoamericano (*Aliquid lucis rei afferre*)<sup>(\*)</sup>.

Lima, febrero de 2002.  
Barcelona, abril de 2002.

P.D. Con nostalgia recibimos la noticia de la muerte de Germán J. Bidart Campos ocurrida el viernes 3 de setiembre de 2004, en la ciudad de Buenos Aires. Como era obvio, las condolencias y lamentos de dolor no se dejaron esperar en la comunidad constitucional iberoamericana. Sin duda alguna, sus enseñanzas señeras seguirán *in vivo*, producto del grueso grupo de discípulos que formó en Iberoamérica, tanto de manera presente, por ejemplo, en Argentina, como sus discípulos a la distancia. Siempre recordaremos, entre otros rasgos definitorios de su férrea personalidad, su indeclinable fe cristiana y humanismo. ¡Gracias por vuestro talante académico, sumo maestro del Derecho Constitucional!

Bayona (Francia), 14 de noviembre de 2015.

---

y *Derecho*), 1ª edición peruana, Universidad Peruana “Los Andes”-Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2002, págs. 457-470. Antecede Nota Liminar de Domingo García Belaunde. El ensayo de Palomino Manchego también se ha publicado con anterioridad en la Revista *Pacta Sunt Servanda*, Año I, N° 1, Lima, 2001, págs. 171-174.

<sup>(11)</sup> Al respecto, *vid.* Domingo García Belaunde (Coordinador): *Constitucionalismo y Derechos Humanos. (Ponencias peruanas al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, D.F., 12-15 de febrero de 2002)*, Asociación Peruana de Derecho Constitucional-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima, 2002, 226 págs.

<sup>(\*)</sup> Como la gran mayoría de obras dirigidas a rendir un merecido homenaje académico, la presente ha tenido que realizarse por etapas hasta conseguir finalmente en estos días la tan ansiada financiación que la hiciera ver la luz. Así, la recepción de los primeros trabajos que integran este libro homenaje se inició a finales de 1997, año de la celebración del 70 aniversario del Profesor Bidart Campos. Ello justifica que algunos trabajos aborden algunos puntos como novedosos o conflictivos, cuando ya no lo son, o en su caso ya han sido resueltos; o que analicen la legislación o jurisprudencia hasta determinada fecha; o que efectúen remisiones y citas bibliográficas hasta esa fecha. Tal es el caso de los trabajos presentados, entre otros, por los profesores R. Arnold, T. Freixes y J.C. Remotti.

## A) ESTUDIOS



# EL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO A FINES DEL SIGLO XX. DESARROLLO Y PERSPECTIVAS

**RAINER ARNOLD**  
**(Alemania)**

**SUMARIO:** I. La mitad del siglo XX como censura. II. Los avances en el Derecho Constitucional europeo en la segunda mitad del siglo XX. III. Características del desarrollo constitucional en el siglo XX. IV. Sumario y perspectivas.

## **I. LA MITAD DEL SIGLO XX COMO CENSURA**

1. La diversidad de las dos mitades del siglo XX viene marcada, en el ámbito político y jurídico, en particular jurídico-constitucional, por un conjunto de factores: las dos guerras mundiales hacen temblar a Europa y a todo el mundo; la Sociedad de las Naciones, primer gran intento de organizar la garantía internacional de la paz, y otra serie de iniciativas bi y multilaterales, en parte emprendidas ya en la última fase del siglo precedente, no logran sus propósitos en la medida adecuada: el proteccionismo económico, incapaz de fomentar el comercio internacional, conduce a una crisis económica de gran seriedad; en amplias partes de Europa, se instauran sistemas políticos dictatoriales despreciando la soberanía del pueblo y en particular el papel del individuo, su dignidad y su vida.

En esta primera mitad del siglo no pudo llegar a desarrollarse un Derecho Constitucional europeo. Faltó el factor decisivo de la apertura del ordenamiento estatal, todavía estrictamente cerrado y basado, en la mayoría de los Estados, en el dualismo de la esfera estatal, de un lado, e internacional, de otro, con preponderancia clara de la soberanía estatal. Es significativo el que en los años veinte; la teoría del dualismo fuera objeto de gran interés por la doctrina conduciendo a influyentes elaboraciones teóricas como la de Heinrich Triepel en Alemania y de Anzilotti en Italia. Además, es evidente que en la mencionada situación política no pudiera avanzarse hacia fenómenos que

van a verse muy favorecidos en la segunda mitad del siglo XX, fenómenos como la integración y, por eso, la europeización del Derecho, la fortificación del papel del individuo –la individualización– o el avance del Estado de Derecho. La manera de pensar todavía estaba dominada por los conceptos tradicionales del siglo XIX y fallaban, para evolucionar, durante los primeros decenios de este siglo, impulsos importante, externos e internos, procedentes en particular de factores políticos y sociales como el grado de internacionalización de la vida política, el grado de emancipación política del individuo, el reconocimiento de la Constitución como base obligatoria de todo el Derecho y límite de la acción política, la existencia de un Tribunal Constitucional, con amplias competencias en particular para controlar al legislador, la perspectiva tradicionalista de los jueces en general, etc.

2. La nueva orientación necesaria tras la catástrofe de la Segunda Guerra Mundial condujo en Alemania a la creación de una Constitución centrada en la consideración del individuo, en cuya cima se sitúa la dignidad del hombre y, derivada de ella, se introduce un catálogo extenso de derechos fundamentales como derechos subjetivos, vinculantes para todos los poderes públicos e inmediatamente aplicables. Se añadió en la Constitución alemana, como garantía eficaz de este “antropocentrismo” <sup>(1)</sup> el establecimiento de un Tribunal Constitucional con competencias de gran alcance. Además, este cambio se manifestó también en la reestructuración del sistema constitucional con el fin de evitar las deficiencias de la Constitución de Weimar que propiciaron el establecimiento de la dictadura nacional–socialista. Esta nueva orientación se manifiesta muy claramente en Alemania, Austria e Italia, países en los que con el fin de la Segunda Guerra Mundial terminan también los sistemas dictatoriales imperantes en ellos hasta ese mismo momento.

Otro factor político de suma importancia es la integración europea, en particular en el marco de las Comunidades Europeas como organizaciones supranacionales, y, en forma menos estricta, del Consejo de Europa. Este proceso se refuerza por la creciente internacionalización del cumplimiento de las nuevas tareas sociales (protección del medio ambiente, telecomunicación, biotecnología, etc.) y por la formación de un gran número de organizaciones internacionales ya sea para garantizar la paz, ya sea para llevar a cabo una cooperación en materias de interés universal, lo que condujo a una globalización creciente de la acción política, económica y social. Todo esto fortalece la idea de integración basándose en la apertura de los ordenamientos estatales y en la renuncia, por lo menos parcial, de la soberanía tradicional <sup>(2)</sup>. La internacionalización ha logrado, en Europa, la forma más avanzada: la supranacionalización. Este concepto, realizado en las Comunidades Europeas reconoce la existencia de un poder comunitario autónomo, con efecto directo en los Estados miembros y con primacía sobre el

---

(1) V. R. Arnold, *Profili di giurisdizione comparata. Il sistemi tedesco, austriaco e francese*, Trieste 1990, p. 1 y sgtes.

(2) V. *Decisiones del Tribunal constitucional federal alemán*, vol. 37, p. 280, vol. 73, p. 375.



ordenamiento interno, una estructura hasta este momento no existente en el ámbito internacional, marcada por sus elementos cuasi-estatales.

Se añade un tercer factor que reúne los aspectos de la fortificación del individuo y de la internacionalización: la idea de la protección del individuo mediante los derechos humanos y las garantías fundamentales deja de ser un objeto reservado a la esfera interna del Estado para llegar a convertirse en una materia de suma relevancia a nivel internacional. La influencia de la Declaración de las Naciones Unidas de 1948, aunque no sea vinculante, es enorme: los derechos del individuo comienzan a ser protegidos por la Comunidad de las Naciones, se convierten en materia de interés común lo que conduce a la creación de pactos internacionales, ahora vinculantes, a la creación de numerosos instrumentos específicos en este ámbito, al desarrollo de un Derecho Penal Internacional con la creación de un Tribunal específico en La Haya y, en el futuro, en Roma. Se crea también, efecto directo de dicha Declaración, en el marco del Consejo de Europa una Convención Europea de los Derechos Humanos y Garantías Fundamentales (CEDH) que no sólo goza de gran importancia en el desarrollo del Derecho Constitucional de los cuarenta Estados miembros que la constituyen, sino que también influye en gran medida en el Derecho Comunitario mismo, llegando a evolucionar hacia una verdadera Constitución europea en materia de derechos fundamentales. Se pueden constatar influencias recíprocas, verticales y horizontales, entre los niveles supranacional de las Comunidades, internacional del Consejo de Europa y nacional de los Estados mismos.

Deben mencionarse también en este contexto los acontecimientos de los años setenta, cuando terminan las dictaduras en España, Portugal y Grecia, y las postrimerías de los años ochenta cuando comenzaron revoluciones pacíficas en los Estados de Europa central y oriental. Tales acontecimientos determinaron un progreso en el desarrollo constitucional de estos países al adoptar constituciones muy avanzadas, favorables a los valores del individuo, a los valores y principios del Estado de Derecho y al control de los poderes públicos, en particular del legislador, mediante un Tribunal Constitucional<sup>(3)</sup>. Este proceso en el que se manifiesta la intención de estos países de recoger el nuevo “standard”, demuestra que se ha producido un cambio en el “pensamiento constitucional”. Además, estos acontecimientos refuerzan la nueva orientación y aumentan la posibilidad de desarrollos ulteriores.

## II. LOS AVANCES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO EN LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX

Los avances que se han producido en la segunda mitad del siglo XX en el Derecho Constitucional de los Estados europeos y en el ámbito de las Comunidades Euro-

---

(3) En Grecia no se estableció un Tribunal constitucional pero se atribuyó al juez en general la facultad de no aplicar las leyes inconstitucionales y se instauró un Tribunal especial (según el art. 100 de la Constitución que ejerce ciertas funciones propias de un Tribunal constitucional).

peas y del Consejo de Europa son de gran importancia. En estos dos últimos ámbitos se han desarrollado ordenamientos de carácter constitucional. El Derecho supranacional de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea contiene muchas reglas que establecen sus fundamentos institucionales (reglas sobre la composición y el funcionamiento de los órganos, los instrumentos de acción, la distribución de competencias, etc.) y proveen preceptos de importancia fundamental como derechos fundamentales o elementos de una “comunidad de Derecho”<sup>(4)</sup>, etc. Una parte de esas reglas están consagradas en el Tratado CCEF y, en lo que concierne a la Unión Europea, en el Tratado de Maastricht que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, y otra parte de ellas han sido desarrolladas por los jueces comunitarios. Con razón habla el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cada vez más, de la existencia de un Derecho Constitucional europeo, refiriéndose a los preceptos mencionados. Aunque no exista una Constitución europea formal, que debe ser creada en la UE, es legítimo hablar, en este contexto, de un Derecho Constitucional europeo.

La Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, iniciada por el Consejo de Europa al comienzo de los años cincuenta y completada por una serie de Protocolos adicionales, tiene también un carácter constitucional. En su función se trata de un conjunto de derechos fundamentales escritos como están también contenidos en la mayor parte de las constituciones nacionales. El hecho de que esos derechos se encuentren en un tratado internacional no impide su caracterización como constitucionales. Su influencia sobre los ordenamientos nacionales es tan intensa que constituyen, por lo menos a nivel interpretativo, una línea de orientación para la interpretación de los derechos fundamentales nacionales de los miembros de la Convención. Se trata de un “componente supranacional”<sup>(5)</sup> de los ordenamientos internos de esos Estados.

Los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea y del Consejo de Europa tienen constituciones con fuerza en cada uno de esos Estados. Sin embargo, se muestra una interdependencia importante entre ellos: los preceptos comunitarios producen un efecto directo en los ordenamientos de los Estados miembros, efecto que se lleva a cabo tanto a nivel de la legislación ordinaria, como a nivel constitucional. La primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho interno de los Estados miembros (según el Tribunal de Justicia de Luxemburgo también sobre la Constitución nacional) conlleva una adaptación de las constituciones de todos los Estados miembros a los preceptos comunitarios. Existe de esta manera un efecto *vertical* que es, al mismo tiempo, un efecto de armonización horizontal porque los ordenamientos de todos los Estados miembros, se ven afectados de igual manera. Un efecto tal de armonización se conecta también con regulaciones comunitarias referidas únicamente al nivel de la ley

---

(4) Noción análoga al término del Estado de derecho.

(5) No solamente los elementos de las CCEE y de la UE tienen un carácter supranacional sino también, en algunos aspectos, la CEDH. Por esa razón, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo así como el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, pueden ser calificados, en éste marco, de Tribunales constitucionales.

ordinaria. Las leyes ordinarias son la base del ordenamiento constitucional, que de un lado influye sobre ellas y, de otro, viene influido por las leyes mismas. Se lleva a cabo un proceso de influencia recíproca, con una preponderancia de la Constitución. Esta ostenta una función dirigente por el hecho de ser la norma suprema del ordenamiento y, al mismo tiempo, presenta también un aspecto receptivo, pasivo, que resulta de la influencia múltiple de la legislación ordinaria al concretizar los preceptos constitucionales, a menudo con un amplio margen de discrecionalidad, y que contribuye, por eso, a la formación del contenido del ordenamiento constitucional<sup>(6)</sup>.

Un efecto vertical se produce igualmente por la Convención Europea de Derechos Humanos. Los Estados miembros de la Convención están obligados a respetar esas garantías y a armonizar sus actividades con ella. Así mismo también tiene lugar una influencia sobre la interpretación y aplicación de las disposiciones constitucionales internas. En varios ordenamientos, como por ejemplo, el español en base al art. 10.2 CE, la Convención Europea sirve directamente como criterio de interpretación de los derechos fundamentales internos. En Austria, su influencia es todavía más intensa porque la Convención misma forma parte del ordenamiento constitucional interno, lo que garantiza la máxima influencia posible. En otros ordenamientos, como en el de los Países Bajos, tiene aún más importancia que la misma Constitución interna en el ámbito de la protección del individuo mediante los derechos fundamentales. El juez está obligado, por la Constitución, a controlar la conformidad de las leyes ordinarias con los instrumentos internacionales incluida la Convención Europea de Derechos Humanos, (sino no se le permite el inaplicar una ley por no estar conforme con la Constitución misma, no comprendo el sentido). Esta prohibición basada en el concepto antiguo francés de la soberanía del Parlamento<sup>(7)</sup> está establecida en el art. 120 de la Constitución. En otros ordenamientos de los Estados miembros la Convención Europea goza de un valor interpretativo indirecto al interpretar los jueces los derechos internos a la luz de la Convención si bien no existe una disposición constitucional expresa en la que se consagre una exigencia tal. Un ejemplo de ello es Alemania donde la Convención Europea tiene sólo el rango de ley ordinaria por el hecho de su transformación en ordenamiento interno, pero donde los jueces constitucionales se han referido a ella a la hora de concretar el texto indeterminado de alguna de las disposiciones de la Ley Fundamental. Así, por ejemplo, la amplia noción de Estado de Derecho (art. 20 LF) fue precisada por el Tribunal Constitucional Federal quién consideró como uno de los elementos del mismo la presunción de inocencia establecida en la Convención<sup>(8)</sup>.

---

(6) R. Arnold, "L'exposition des Constitutions européennes aux influences externes", en: *Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituicao de 1976*, Jorge Miranda ed., Coimbra, 1977, vol. II, pp. 673-694.

(7) Concepto influenciado por las ideas de la Revolución francesa, pero diferente al concepto anglosajón de una soberanía del parlamento muy estricto.

(8) R. Arnold, "Das Verfassungsprinzip gerichtlicher Kontrolle von Legislative und Exekutive -Gemeinsamkeiten und Unterschiede-", en: Peter-Cristian Müller Graff/Eibe Riedel (Hrsg.),

Hay también ordenamientos como el inglés que se ven poco influidos por esta. Gran Bretaña aunque está obligada por ella a nivel internacional aún no la ha introducido en su ordenamiento interno “la ley de introducción”, un *Bill of rights*, todavía no ha pasado por las dos cámaras del Parlamento. Sin embargo, los jueces ingleses no excluyen de manera absoluta una interpretación de los términos indeterminados del Derecho interno a la luz de la Convención, aunque siempre de manera subsidiaria<sup>(9)</sup>. De esta manera es como la Convención Europea de Derechos Humanos y libertades fundamentales se impone sobre las constituciones de los Estados signatarios de la Convención y armoniza los preceptos de la protección del individuo mediante derechos fundamentales. Este efecto vertical se transforma también en un efecto horizontal al realizarse en todos los Estados signatarios paralelamente.

Independientemente de dicha influencia vertical y horizontal de las normas de las Comunidades Europeas así como de la CEDH, se constata cómo los Tribunales constitucionales utilizan cada vez más un método comparativo en el que se incluyen los preceptos constitucionales de otros países, en particular de una región homogénea como la europea. Es legítimo, por tanto, hablar de que en Europa se está produciendo una convergencia creciente del Derecho Constitucional, en primer lugar por los efectos de las normas supranacionales y, en segundo, por la creciente disposición de los jueces nacionales a abandonar un método de interpretación estrictamente nacional refiriéndose cada vez más a los ordenamientos con los que están conectados en la integración europea. En suma, parece posible hablar, en este sentido, de un *Derecho Constitucional europeo*. Debe mencionarse que esta última noción engloba no sólo las normas de las Comunidades Europeas y de la Convención Europea sino que también comprende aquellos aspectos del Derecho Constitucional interno que se refieren a los ordenamientos constitucionales de otros países que sirven como criterios interpretativos influyendo, por eso, sobre el mismo ordenamiento interno. También cabe una segunda acepción del término Derecho Constitucional europeo cuando, analizando los ordenamientos constitucionales de los diversos países europeos, se pueden constatar desarrollos homogéneos, siendo posible extraer principios generales válidos para todos los países europeos o para la mayoría de ellos.

Al analizar la evolución del Derecho Constitucional en los países europeos han de distinguirse las disposiciones institucionales, en particular aquéllas sobre los órganos estatales de un lado y, los derechos fundamentales y los preceptos del Estado de Derecho, de otro. Ha tenido lugar un avance del individuo, un desarrollo del Estado

---

*Gemeinsames Verfassungsrecht in der Europäischen Union (Schriftenreihe des Arbeitskreises Europäische Integration e.V., vol. 43)*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998, p. 123 y sgtes.

<sup>(9)</sup> El texto claro y determinado de una ley no puede ser modificado por el juez inglés con respecto de la CEDH. Una vez la ley de introducción sea aprobada el juez inglés se referirá sin reticencia a la interpretación de disposiciones internas a la luz de la Convención y desarrollará, en base a concepciones ya existentes, una presunción en favor de la Convención, a no ser que el parlamento haya expresado, en el precepto al respecto, claramente su intención de negar la Convención.

moderno hacia el “antropocentrismo”, concepción que concibe al Estado como instrumento de promoción del individuo, éste es el centro de todo poder estatal. En este campo ha tenido lugar el cambio más significativo: la posición del individuo se ha fortalecido en gran medida y, en el ámbito del Estado de Derecho, existe un respeto mayor del Derecho, en particular del Derecho Constitucional, al tiempo que el poder político se ha visto cada vez más restringido por los límites del Derecho. En este contexto, debe subrayarse un elemento que cae dentro de la categoría de las reglas institucionales: la justicia constitucional. Su avance, que se verificó de hecho en la segunda mitad del siglo XX, es expresión institucional del Estado de Derecho. Nos encontramos ante un proceso paralelo: desarrollo de la posición del individuo y del papel del Derecho y el desarrollo de la justicia constitucional, en particular del control del legislador en base a la Constitución.

Las instituciones del Estado están muy ligadas a la propia tradición estatal y son reflejo de la situación política en el momento de la elaboración de la Constitución. Además, la estructura y las funciones de los órganos estatales se establecen en el texto constitucional de forma detallada y, en general no son modificables por la jurisprudencia. A diferencia de lo que ocurre con los derechos fundamentales y los elementos del Estado de Derecho, no se someten de igual manera a la concreción y elaboración por los tribunales. Sólo en el caso poco frecuente de la reforma constitucional, se puede llevar a cabo su modificación.

La estructuración del poder estatal en su dimensión territorial, es decir, la configuración del Estado como unitario, regionalista o federalista es una cuestión constitucional de gran dinámica. Aunque esta temática recaiga dentro del sistema instituciones del Estado como los preceptos sobre los órganos, se muestra en ella un fuerte desarrollo. La razón de este cambio impetuoso parece encontrarse en el contraste de intereses existente entre diversas partes de la población; en algunos casos, como en Bélgica, se trataría de contrastes étnicos; en otros, el impulso procede de la identificación de partes de la población con determinadas regiones, comunidades, etc.

### III. CARACTERÍSTICAS DEL DESARROLLO CONSTITUCIONAL EN EL SIGLO XX

1. El desarrollo más significativo se ha producido en la promoción del individuo. Tras la Segunda Guerra Mundial el papel del hombre se ha fortalecido. La protección y la promoción del individuo se han reconocido como valores fundamentales, en contraste a su desprecio durante la guerra y el totalitarismo. Es característico de la segunda mitad de este siglo el que las constituciones, en particular aquéllas que se crean como instrumentos de nueva orientación tras regímenes totalitarios, establezcan extensos catálogos de derechos, a menudo en la primera parte de la Constitución para subrayar su importancia. Fenómeno que queda demostrado en la segunda mitad de los años cuarenta en Alemania e Italia, en una segunda fase, en los años setenta, en España, Portugal y Grecia y, con particular claridad, en los años noventa, con la creación de nuevas constituciones en los países de Europa Central y del Este. En gran parte de ellas

se establece como garantía suprema la dignidad humana, garantía que antes normalmente no se mencionaba si bien existía implícitamente en todo ordenamiento constitucional con derechos fundamentales. A menudo se refiere la Constitución, también en sus artículos iniciales, al Estado de Derecho demostrando así una orientación a los valores supremos de la justicia, la libertad y autonomía del hombre. Parece que la Ley Fundamental alemana, que ya en el año 1949 introdujo estos preceptos, ha servido como ejemplo, influyendo en las constituciones posteriores de los años setenta y, parcialmente, de los años noventa.

El establecer por escrito los derechos fundamentales es una tendencia actual basada en el propósito de hacer clara y segura la garantía mediante derechos fundamentales, coincidente con otra tendencia dirigida a la formulación a nivel internacional de derechos humanos y garantías fundamentales, en una primera fase sólo en forma de declaración y más tarde realizada con fuerza obligatoria en el ámbito regional-europeo, seguida, con un cierto retraso, a nivel universal. Se verifica la afirmación de Rudolf von Ihering de que “la forma es la hermana gemela de la libertad”<sup>(10)</sup>. Aumenta la sensibilidad hacia el establecimiento expreso de estos derechos, en particular de aquellos centrados en el hombre mismo, de su dignidad y personalidad y también la disposición de los jueces de reconocerlos en su jurisprudencia en aquellos pocos ordenamientos que no gozan de una lista escrita de derechos. Un ejemplo de ello es el ordenamiento comunitario que no contiene derechos escritos probablemente por el hecho de que sus autores lo calificaron como ordenamiento técnico sin comprender suficientemente el alcance del ejercicio de poder a nivel comunitario que produce intervenciones en la libertad del individuo. Así, los jueces comunitarios derivan principios no escritos de las constituciones de los países miembros, método que viene legitimado por la existencia de una tradición constitucional común. Ahora bien, el reconocimiento por los jueces de una coherencia por lo que respecta a la protección del individuo en el ámbito de los países miembros y de la Comunidad solamente ha sido posible en una fase histórica que refleja la situación y mentalidad de la segunda mitad del siglo XX.

Es también en el ordenamiento francés, que tampoco ha establecido en la Constitución de 1958 derechos fundamentales escritos, donde los jueces constitucionales han dado el paso decisivo para transferir al sistema constitucional vigente la Declaración de Derechos Humanos de 1789, así como otras normas escritas como el Preámbulo de la Constitución de la IV República y de las Leyes republicanas, en particular de la III República, normas creadoras de derechos fundamentales. Así, los jueces se orientan por garantías escritas; pero históricas, y las integran en el ordenamiento vigente. Utilizan el método de conectar el ordenamiento vigente con instrumentos escritos anteriores<sup>(11)</sup>. En el fondo, se trata del mismo grado de voluntad y sensibilidad hacia la protección del individuo necesario para que el juez derive derechos no escritos del ordenamiento respectivo.

<sup>(10)</sup> Vom Geist des Römischen Rechts, 5a. ed., 1998, 11/2, p. 471.

<sup>(11)</sup> V. B. Genovis, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, 1988, notas marg., 314, 328 y sgtes.

La protección mediante derechos fundamentales escritos estaría incompleta si tanto la Constitución misma, como los preceptos en los que se consagran cada uno de los derechos, no tuvieran fuerza obligatoria, tratándose tan solo de un conjunto de normas programáticas, directrices políticas, indeterminadas, disponibles por el legislador en cuanto a su realización. A comienzos de este siglo no se reconocía generalmente la fuerza normativa y obligatoria de la Constitución. La ley, como expresión de la voluntad general del pueblo soberano, es la norma última del ordenamiento. En base a tal concepción los derechos no tienen un carácter protector suficiente, sino que se consideran como meras declaraciones, llamadas políticas, o como normas programáticas. La idea del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, expresada en el caso célebre de 1803, *Madison vs. Marbury*<sup>(12)</sup>, calificó la Constitución como *Supreme Law*, superior al legislador, influyó el pensamiento europeo, pero generalmente no correspondió a la realidad jurídica. En la primera mitad de este siglo, el legislador es considerado garante y protector de las libertades. Esta función se demuestra claramente en un sistema sin inserción de derechos fundamentales como en la Francia de la III República de 1875 hasta la Segunda Guerra Mundial. Durante este período el legislador crea importantes derechos fundamentales que se aplican frente al Poder Ejecutivo. Con el paso del tiempo, ya en la segunda mitad de esta fase, el juez (en Francia el juez administrativo, el Conseil d'Etat) comienza a desarrollar principios no escritos que tienen parcialmente la función de la protección de la libertad del individuo, siempre dirigidos contra el Ejecutivo. El legislador no se ve controlado por no existir un Poder Judicial facultado para hacerlo. En Francia, por seguir con este mismo ejemplo, únicamente tras la Segunda Guerra Mundial se instaura un *Comité Constitutionnel*, órgano más político que jurídico, que lleva a la creación del *Conseil Constitutionnel* de hoy, clara expresión del tiempo desarrollado, de la segunda mitad del siglo, con la competencia de controlar, preventivamente, al legislador, competencia excepcional antes.

Un tercer elemento es definidor de la primera mitad del siglo: los derechos fundamentales, en cuanto reconocidos ya como normas, son disponibles por el legislador. Su poder no tiene límites y por eso puede intervenir en la esfera de los derechos fundamentales sin tener que respetar un contenido esencial o el principio de proporcionalidad. Un ejemplo de ello es la Constitución de Weimar de 1919 que estableció los derechos fundamentales como normas, pero permitió al legislador el restringirlos sin límite<sup>(13)</sup>. El desarrollo es evidente; hoy se reconoce generalmente que la Constitución tiene carácter normativo, fuerza obligatoria frente a todos los poderes públicos, incluido el legislador y se limita la intervención de este último en las libertades. Estos límites fueron recogidos en la Constitución alemana de 1949, y posteriormente también en las constituciones española y portuguesa y se encuentran también en una serie de textos fundamentales de los años noventa. En los sistemas constitucionales sin limitación expresa de la intervención del legislador, los jueces han desarrollado mecanismos comparables de limitación.

(12) 5 US (1 Cranch), 137.

(13) V. G. Anschütz/R. Thoma, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, vol. 2, 1933, pp. 575/576.

Así, en el sistema francés el *Conseil Constitutionnel* prohíbe la “desnaturalización”<sup>(14)</sup> del derecho fundamental, mientras que otros sistemas acentúan más el principio de proporcionalidad etc. Sin embargo, aunque la tendencia a limitar el poder del legislador es evidente, no puede negarse que en estos sistemas sin límites expresos a la intervención legislativa existen incertidumbres al respecto. La Convención Europea de Derechos Humanos consagra un aspecto importante del principio de proporcionalidad al permitir una intervención del legislador en una libertad solamente si ello es necesario. Este principio del mínimo de intervención es adoptado frecuentemente por los jueces en aquellos sistemas donde los límites del legislador no se establecen expresamente. En ciertos sistemas, para saber hasta donde puede llegar el legislador, se utiliza el método de ponderación entre derechos fundamentales y bienes jurídicamente protegidos. Este método se lleva a cabo, en particular, mediante la evaluación del juez, quien ha de emitir un juicio que respete adecuadamente el valor del derecho fundamental.

Además, es importante añadir que la Constitución de hoy en día impide el abuso del Poder Legislativo frente a la libertad individual. El alcance de los derechos fundamentales se interpreta en el sentido de que su protección sea eficaz. El principio de “*effet útil*” se aplica en favor del individuo. Los límites del derecho fundamental son interpretados en sentido estricto. Corresponde a esta Constitución el que los jueces constitucionales deriven, incluso en sistemas con derechos escritos, derechos específicos, no directamente expresados, pero incluidos en derechos tradicionales. Para proteger al individuo de los peligros procedentes de nuevos avances en materias como la informática, la medicina, la biología o la tecnología en general etc., los jueces actuales no dudan en “descubrir” nuevos derechos o nuevos aspectos de derechos tradicionales mediante su interpretación.

En el ámbito de los derechos fundamentales se ha producido una valorización:<sup>(15)</sup> es decir, los poderes públicos, en particular el juez, reconocen la importancia concreta del valor protegido por los derechos fundamentales. Los derechos contenidos en la norma suprema del ordenamiento incorporan bienes jurídicos que la sociedad reconoce como valores supremos. Una de las consecuencias que resultan de este hecho es la protección constitucional misma de este derecho fundamental, por la introducción de límites a la intervención, la aplicación del principio de proporcionalidad, etc. Además, la valorización ha conducido al reconocimiento de un ordenamiento de valores completo (*unfassende Wertordnung*), reconocido expresamente por el Tribunal Constitucional alemán y, en cierta medida, español<sup>(16)</sup> que añade al carácter subjetivo de los derechos<sup>(17)</sup> un

(14) V. p. ej. *Conseil constitutionnel*, col. 1985, p. 49, 51, Dec. de 17 julio de 1985.

(15) R. Arnold, “Les développements des principes de base des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle allemande”, en: *Mélanges Jacques Robert*, Libertes, Montchrestien, Paris, 1998, p. 463 y sgtes.

(16) STC 85/1992, FJ; STC 25/1981, nota marg. 4; STC 53/1985, nota marg. 5.

(17) El carácter subjetivo de los derechos fundamentales es común en los sistemas, p.e. alemán, austriaco, italiano, así como de los países de Europa central y oriental. En Francia y en otros países particularmente influenciados por Francia, donde la protección del individuo es deber objetivo de los



elemento importante objetivo. Resulta de este elemento una imposición de los valores contenidos en los derechos fundamentales en todas las ramas del Derecho, también en el Derecho Civil. Por eso los jueces han reconocido, por ejemplo, en el ordenamiento alemán un efecto de los derechos fundamentales frente a las relaciones entre particulares (*mittelbare Drittwirkung*). Otra consecuencia es el reconocimiento del deber del legislador y de otras instituciones del Estado alemán de proteger activamente esos valores<sup>(18)</sup>. Esto significa que el legislador está obligado, en base a los derechos fundamentales, a adoptar leyes apropiadas para la protección de estos valores. Se habla de la protección del individuo mediante leyes con preceptos materiales (como la introducción de límites máximos para la polución del medio ambiente), procedimentales (por la introducción de procedimientos específicos capaces de evitar violaciones de los derechos) y de organización (preceptos que establecen una cierta organización), por ejemplo en una corporación de radiodifusión para garantizar el pluralismo y por eso la libertad de opinión. La competencia de un Tribunal Constitucional de instar al legislador para que garantice eficazmente dichos valores también se conoce en otros sistemas (en cierto sentido también en Francia e Italia) mientras que los sistemas donde se ha conservado más el antiguo concepto de la soberanía del Parlamento, son reticentes en este aspecto (por ejemplo, Austria o, en particular, Inglaterra donde el concepto más estricto de la soberanía del Parlamento aún existe). Dicha concepción de la obligación del legislador demuestra una posición favorable a la Constitución, a la posición del individuo y, crítica frente al legislador, esto es, una orientación claramente diferente de aquélla de la primera mitad del siglo XX.

Si hasta ahora hemos hablado de los derechos fundamentales –un campo en el que ha tenido lugar el desarrollo más intenso durante la segunda mitad del siglo XX–, también se debe subrayar la creciente importancia del Estado de Derecho. Durante el siglo XIX, y aún en la primera mitad del siglo XX, predominó el concepto de Estado de Derecho formal bajo el que se expresa, especialmente, la sujeción del Poder Ejecutivo al Parlamento: el Poder Legislativo como tal no estaba sujeto a la Constitución. Correspondió a esta fase inicial el que el Parlamento tuviera preferencia, sobre todo frente al Ejecutivo, a cuya cabeza se encontraba, por lo general, el rey. El sometimiento de la Administración a la ley excluyó la arbitrariedad de la acción ejecutiva y se hicieron depender los actos ejecutivos del consentimiento general de los representan-

---

podere estatales asegurada, frente al legislador, por el Conseil constitutionnel. Un tal recurso no puede ser planteado por el individuo, sino por los supremos órganos del Estado (Presidente de la república y los Presidentes de la Asamblea nacional y del Senado) y por 60 diputados o senadores. El control de la constitucionalidad del Ejecutivo viene efectuado por los Tribunales administrativos, en particular del Conseil d'Etat que es accesible por el individuo en caso de su "interés" (noción más amplia que la del derecho subjetivo del sistema alemán). El control, sin embargo, es concebido como "objetivo"; el recurso del individuo no es en el fondo medida de la protección individual en un sentido subjetivo sino iniciativa del control objetivo del poder ejecutivo. Sin embargo, se puede negar absolutamente la existencia de elementos subjetivos en el contencioso administrativo.

<sup>(18)</sup> K. Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 2a. ed., 1991, notas, marg. 396 y sgtes.

tes inmediatos del pueblo, es decir, de la ley. Ciertamente esto fue una conquista importante, así que a partir de la mitad del siglo XX, el concepto de Estado de Derecho *material*<sup>(19)</sup> se añadió al formal. Su rasgo característico no es sólo ya la sujeción del Ejecutivo a la ley sino la sujeción del legislador a la Constitución. En esta se consagran valores superiores dignos de protección también frente al legislador, como por ejemplo, la autonomía del ser humano, cuya libertad se expresa a través de derechos fundamentales, que el legislador ha de realizar y a los que se encuentra vinculado. Se puede constatar la unión entre el desarrollo del principio de Estado de Derecho y la protección de los derechos fundamentales.

El principio de Estado de Derecho alcanzó un relieve mayor gracias a la introducción del control de normas, es decir, a través del control del legislador por una jurisdicción constitucional. La soberanía parlamentaria viene sustituida por la constitucional, en aquellos sistemas estatales en los que se adopta un sistema de control de normas, el concepto de Estado de Derecho goza al mismo tiempo de un gran valor. Es muy significativa la evolución operada en Francia. Con la introducción de un control de ley preventivo a través del *Conseil Constitutionnel* (mediante la Constitución de la V República de 1958, como desarrollo del ya mencionado *Comité Constitutionnel* de la IV República) y, especialmente con la intensificación del control de normas (que se logró porque ya no sólo podían solicitar el control de normas los órganos estatales supremos, sino que también gozaban de esa posibilidad 60 miembros de la Asamblea Nacional y otro número igual de miembros del Senado) el concepto de Estado de Derecho experimentó un auge enorme.

El control de normas y con él el principio del Estado de Derecho ganó cada vez más en fuerza. Esto se manifiesta especialmente en las nuevas constituciones de Europa centro-oriental de los años noventa. Casi todas han elegido el “modelo austriaco” de un Tribunal Constitucional propio, al que se le atribuyen amplias competencias, siendo esencial dentro de ellas el control de normas, representando el rechazo más evidente del sistema totalitario precedente. Pero también en los últimos tiempos estamos asistiendo a un desarrollo posterior del control de normas, como lo demuestra el hecho de que se haya establecido en Luxemburgo una jurisdicción constitucional y que, por ejemplo en Finlandia, un país que hasta ahora había rechazado tajantemente el control de las leyes mediante la Constitución, se debata o discuta sobre la introducción del control de normas en el marco de programa de reforma “Finlandia 2000”<sup>(20)</sup>. Parece que existe una tendencia general en Europa, o bien a crear Tribunales constitucionales, o bien a aumentar la posibilidad de un control de normas dentro del llamado “modelo americano” (con atribución de este control a los tribunales ordinarios), existente en constituciones más antiguas. Ello demuestra cómo la sensibilidad hacia el concepto de Estado de Derecho ha aumentado significativamente.

<sup>(19)</sup> V. E. Schmitt-Aßmann, “Der Rechtsstaat”, en: Isensee/Kirchhofed., *Handbuch der deutschen Staatsrechts*, vol. I, 1987, § 24, p. 987 y sgtes.

<sup>(20)</sup> R. Arnold, *Das Verfassungsprinzip gerichtlicher Kontrolle von Legislativ und Exekutive - Gemeinsamkeiten und Unterschiede*, p. 140.

Pero ha sido también el Derecho extraestatal mismo el que ha superado, ha dejado ineficaces, concepciones constitucionales a menudo restrictivas. Como ejemplo, se puede citar el famoso caso *Factortame* <sup>(21)</sup> en Gran Bretaña, que pasa por ser la relativización más importante del estricto dogma, ya anticuado, de la soberanía del Parlamento. En este caso, el Tribunal de Justicia europeo –al que secundó la House of Lords– decidió que una ley parlamentaria inglesa contraria al Derecho Comunitario pudiera ser suspendida por el juez en su aplicación. Esto es algo claramente contrario al concepto de la *sovereignty of Parliament*.

Los preceptos constitucionales referidos a los órganos del Estado están muy marcados por la tradición de cada país y mucho menos sometidos a un desarrollo ulterior que la protección de los derechos fundamentales y el principio de Estado de Derecho. Por ello no existen aquí prácticamente cambios. Únicamente el auge de la jurisdicción constitucional ha propiciado una fuerte juridificación de los actos políticos del Estado. Así, el Tribunal Constitucional, al menos en aquellos sistemas en los que la jurisdicción constitucional ostenta una fuerte posición, interviene muy a menudo en el proceso político, frenándolo jurídicamente. A veces surge la crítica del “gobierno de los jueces”, dominio que se encuentra poco legitimado democráticamente y que se implanta sobre el Parlamento y los órganos políticos de un Estado. Sin embargo, se manifiesta una tendencia general en Europa según la cual la jurisdicción constitucional está aceptada y fuertemente anclada en la mentalidad política actual y de la población de cada uno de los distintos países. Sin duda alguna, esto se debe al hecho de que los diversos Tribunales constitucionales, a pesar de algunas intervenciones vehementes en el proceso político, se han controlado, moderado, en su actuación guardando de esta manera el equilibrio entre los poderes del Estado.

Ha tenido lugar, en una parte de los países, un cambio esencial en el sistema territorial. El tema solo se puede tratar brevemente en este contexto. Parece que se impone la tendencia hacia la emancipación de los miembros de un Estado. Estados puramente centralistas, que son escasos en Europa, están sufriendo un cambio. La reforma constitucional en Gran Bretaña, iniciada hace poco, es clara en este sentido. En muchos Estados, no en todos, se puede hablar de un avance del pensamiento federalista. La misma Francia se ha convertido en un Estado regional, aunque el papel que le corresponde a las regiones en relación al que gozan en otros Estados está aún poco desarrollado. Corrientes regionalistas más claras se manifiestan en España, donde de hecho la reforma del Senado, durante tanto tiempo discutida, es un aspecto de esta tendencia. También en Italia ha ganado peso la idea del federalismo, aunque la reforma constitucional correspondiente no se haya llegado a culminar. Si se observan los Estados federales (Alemania, Austria y Bélgica) se decantan en ellos ciertas tendencias centrípetas, lo que es por cierto característico del moderno Estado Social. En este sentido se ve la Unión Europea como amenaza potencial lo que ha llevado, en los tres Estados federales miembros, a la introducción de un sistema de participación de las unidades territoriales que

---

<sup>(21)</sup> TJCE asunto C-213/89, col. 1990, p. I-2433.

los componen en el proceso de toma de decisión de la Unión Europea misma. A nivel europeo se muestra por ello el rasgo característico, definidor, del Estado federal moderno: el federalismo ha dejado de ser un federalismo de competencias, ya que las unidades territoriales han perdido muchas de sus competencias, para pausar a convertirse en un “federalismo de participación”. Lo que significa que lo esencial en un Estado federal actual es que las diversas unidades territoriales que lo conforman participen en las decisiones ya no sólo de la Federación sino actualmente también de la Unión Europea.

Por otra parte, hay que mencionar, sin embargo, una serie de Estados en Europa tradicionalmente reservados ante la idea regionalista. Entre ellos se encuentran los Estados escandinavos, Grecia, Portugal (donde recientemente existen nuevos impulsos tendentes a una regionalización) y Holanda. Igualmente la idea federal ha decaído en los países de Europa centro-oriental. Así, la Constitución polaca de 1997 califica a Polonia expresamente como un Estado unitario o bien, el ejemplo de los Estados sucesores de la antigua Checoslovaquia, que han pasado de un Estado federal a uno unitario. Rusia es una excepción, ya que presenta un modelo de federalismo múltiple, no comparable con el de Europa occidental.

En conclusión, cabe señalar que en los Estados ya regionalizados, por regla general (a los que se les une Francia) la idea regional y federalista ha ganado en importancia; que los Estados realmente federales no pueden cerrarse completamente ante tendencias unitarias y que los escasos Estados poco o nada regionalizados prácticamente no han avanzado en esta dirección.

#### IV. SUMARIO Y PERSPECTIVAS

1. Las normas fundamentales del Derecho de las CCEE/UE y la CEDH gozan de carácter constitucional y se imponen ampliamente a los ordenamientos de los Estados miembros (efecto vertical): además se han desarrollado principios constitucionales comunes en cada uno de los países europeos que se influyen recíprocamente (efecto horizontal). Un “Derecho Constitucional europeo” existe ya paralelamente y se encuentra en constante desarrollo.
2. Desde la mitad del siglo XX han tenido lugar cambios importantes en el Derecho Constitucional: en primer lugar, los derechos fundamentales han logrado una eficacia no conocida hasta entonces: son derechos obligatorios frente a todos los poderes estatales, incluso frente al legislador, asegurados por la jurisdicción constitucional u ordinaria, con un “contenido esencial” intangible. El Estado de Derecho ha experimentado un gran avance así como, en muchos países, la idea federalista o regionalista.
3. Parece probable que se cree, a comienzos del siglo XXI, una Constitución europea en la que se establezcan las normas fundamentales para la UE (incluidas las CCEE) referentes a sus instituciones, y los principios rectores que serán válidos también para los países miembros. Se reforzará la tendencia de una fusión de los diversos niveles de Derecho Constitucional en Europa, base de una integración creciente que podría conducir a la creación de un Estado europeo.

# LA INTERPRETACION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS JURISDICCIONES NACIONAL E INTERNACIONAL

NÉSTOR P. SAGÜÉS  
(Argentina)

*A Germán J. Bidart Campos,  
con todo aprecio.*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Problemas comunes de interpretación. III. Pautas interpretativas específicas para los derechos humanos. IV. Divergencias interpretativas entre la jurisdicción internacional y la interna. V. Vías de armonización. Negación del problema. VI. Doctrina del seguimiento nacional. VII. Doctrina del “margen de apreciación nacional”. VIII. Problemas sociológicos de compatibilización. Los tribunales nacionales. IX. Los órganos supranacionales. X. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

El proceso de funcionamiento de las normas relativas a los derechos humanos se realiza tanto por tribunales nacionales como por organismos inter o supra nacionales. La interpretación de tales normas es una etapa decisiva en dicho mecanismo de funcionamiento, para su aplicación a casos concretos<sup>(1)</sup>. Aparte del doble orden de órganos jurisdiccionales a que hicimos referencia (los domésticos y los supra e internacionales), también hay un doble género de normas en materia de derechos humanos: las contenidas en instrumentos internacionales, y las exclusivas del Derecho nacional (por ejemplo, cláusulas constitucionales concernientes a derechos humanos).

---

(1) Sobre la interpretación como paso en el proceso del funcionamiento de la norma, *cfr.* Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 4ª ed. (Buenos Aires, 1973), ed. Depalma, pág. 251 y sgtes.

Todo esto plantea los siguientes interrogantes:

- a) ¿Tienen los derechos humanos técnicas o principios interpretativos diferentes a los vigentes en otras áreas del Derecho?
- b) ¿Debe el juez de la jurisdicción internacional interpretar los derechos humanos de modo distinto al de la jurisdicción estatal?
- c) ¿Existen dificultades, y en su caso, cómo resolverlas, para que el juez internacional y el juez nacional armonicen su trabajo interpretativo, en materia de derechos humanos?

## II. PROBLEMAS COMUNES DE INTERPRETACIÓN

En materia de interpretación de derechos humanos, el juez local y el juez internacional van a tropezar con una serie de métodos y de opciones que son comunes a la interpretación de cualquier área del Derecho.

- a) Por ejemplo, en ciertos casos deberá elegir entre una interpretación literal de la norma que enuncia el Derecho, o una interpretación voluntarista de ella (o sea, la que privilegia, por encima de la letra, la intención del autor de la norma, o según otras corrientes, la que cotiza más la “intención de la norma”, por sobre la voluntad de su legislador histórico)<sup>(2)</sup>; en otras situaciones tendrá que escoger entre una interpretación estática del precepto que enuncia el derecho humano (tal como lo diseñó su autor), o una interpretación dinámica, conforme a los requerimientos y creencias sociales del presente, aunque fuesen distintos a los del autor de la norma o a los de la sociedad de cuando ella se dictó<sup>(3)</sup>.

---

<sup>(2)</sup> No todos aceptan que haya una “voluntad de la norma”, distinta de la “voluntad del legislador”. Para los partidarios de la diferenciación, la “voluntad de la norma” procuraría una interpretación objetiva de ella, teniendo en cuenta, por ejemplo, las finalidades de su sanción. Con especial referencia a la interpretación constitucional, v. por ejemplo Aragón Reyes, Manuel: *Constitución y control del Poder*, (Buenos Aires, 1995), ed. Ciudad Argentina, pág. 124 y sgts.

La insuficiencia de una interpretación puramente literalista y el resultado absurdo que puede provocar, ha sido destacada por Héctor Gros Espiell, con referencia a la exégesis del art. 64 del Pacto de San José de Costa Rica, que motivó la opinión consultiva 1/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cfr. Gros Espiell, Héctor: *Estudios sobre derechos humanos II*, (Madrid, 1988), ed. Civitas/IIDH, págs. 240/1. El mismo autor analiza, en el caso referido, el empleo de la interpretación teleológica, en función de los objetivos y fines del Pacto, y el recurso a la voluntad de los autores del tratado, atendiendo los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración (*ob. cit.*, págs. 243/7), según las prescripciones de los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

<sup>(3)</sup> Sobre el activismo judicial, la doctrina de la “Constitución viviente” y las posturas mutativistas, incluyendo la tesis del uso alternativo del derecho, nos remitimos a nuestro estudio *La interpretación judicial de la Constitución* (Buenos Aires, 1998), ed. Depalma, pág. 85 y sgts., 103 y sgts.

- b) Ocasionalmente deberá preferir una interpretación legalista, que partiendo de un método ortodoxo efectiviza la regla jurídica sin verificar las consecuencias de esa interpretación, o en cambio, privilegiar una interpretación previsorora, que mide los resultados de la tarea interpretativa y desecha los que sean negativos, recomenzando la tarea exegética hasta encontrar un producto útil y equitativo<sup>(4)</sup>.
- c) De vez en cuando tendrá que decidir si sigue con una interpretación continuista de una norma sobre derechos humanos, acorde con los casos que decidió anteriormente, o si adopta una interpretación inédita del mismo precepto, vale decir, diferente a la sostenida hasta entonces, pero más provechosa para el caso actual a resolver<sup>(5)</sup>.
- d) Casi siempre, intentará realizar una interpretación orgánica, o sistemática, enlazando la norma relativa a un Derecho humano con las restantes contenidas en el mismo documento (la Constitución, o un tratado, por ejemplo), y con las otras fuentes jurídicas que están conectadas con el Derecho en juego<sup>(6)</sup>. Esta interpretación sugiere que no hay cláusulas solitarias en el mundo jurídico, que ellas deben interpretarse de modo armónico, que no cabe minificar ni magnificar el sentido de cada una de ellas, y que el producto interpretativo debe ser útil, procurando que las distintas normas se concilien y no que se destruyan.

### III. PAUTAS INTERPRETATIVAS ESPECÍFICAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS

Sin embargo, bueno es advertir que en materia de derechos humanos se pergeñan algunos principios o pautas distintivos. La mayoría de estas directrices son relativamente nuevas, y algunas de ellas no tienen una elaboración definitiva. Antes bien, son

---

(4) La doctrina de la interpretación previsorora aconseja desechar, entre las distintas posibilidades interpretativas de una norma, las que produzcan un resultado disvalioso. Ello puede llevar incluso a desechar la aplicación de una norma cuyas posibles interpretaciones conduzcan siempre a resultados negativos. Nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro: *La interpretación judicial de la Constitución*, pág. 114 y sgts.

Sobre la necesidad de que en la interpretación de una convención o tratado sobre derechos humanos se eviten, en lo posible, resultados inequitativos o injustos, v. el dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Cançado Trindade, A. A., *Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights*, en "Recueil des Cours de la Académie de Droit International" (La Haya, 1987), t. 202, pág. 100.

(5) Sobre el tema, *cf.* Carter, Lief H., *Derecho Constitucional contemporáneo* (Buenos Aires 1992), ed. Abeledo-Perrot, pág. 63 y sgts. En cuanto la "interpretación objetiva" del derecho (acorde con la "*communis opinio*", o sea, con la doctrina pacíficamente aceptada), y la condena de la interpretación subjetiva o disidente, v. Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, pág. 129 y sgts.

(6) Sobre la interpretación "contextual y sistemática" de las distintas normas del Pacto de San José de Costa Rica, v. Gros Espiell, Héctor, *Estudios sobre derechos humanos II*, pág. 242. En materia de interpretación orgánica o sistemática en el Derecho Constitucional, nos remitimos a nuestro *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario* (Buenos Aires, 1992), ed. Astrea, 3ª ed., t. 2, pág. 90 y sgts.

propuestas no concluidas ni cerradas, aunque en buena medida ya han sido recepcionadas por órganos de la jurisdicción internacional y por la cultura jurídica contemporánea. Reseñemos algunas de ellas:

A) Tal vez el más significativo sea el *principio pro homine*, que aconseja interpretar la regla concerniente a un Derecho humano del modo más favorable para la persona, es decir, para el destinatario de la protección<sup>(7)</sup>. Este principio tiene dos variantes.

a) La primera es actuar como “directriz de preferencia” (escoger, en lo posible, dentro de las posibilidades interpretativas de una norma, la versión más protectora de la persona). Este patrón interpretativo tiene algunas especificaciones. Así, el principio *pro libertatis*, que postula entender al precepto normativo en el sentido más propicio a la libertad en juego<sup>(8)</sup>, o el principio de protección a las víctimas<sup>(9)</sup>, con particular referencia a los casos de discriminación o de refugiados. Conviene aclarar que estas pautas no son absolutas, y que merecen importantes distinciones. Generalmente, los principios *pro homine* y *pro libertatis* se dirigen contra el Estado, y en favor de los particulares; pero su efectivización requiere que, como define la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no se produzca por aplicación de ellos “una alteración del sistema” de derechos humanos<sup>(10)</sup>. Dicho de otro modo, los derechos de la persona deben compaginarse con los requerimientos del bien común<sup>(11)</sup>.

Al mismo tiempo, los derechos de unas personas deben convivir con los derechos de las otras personas, y las libertades de unos con las de los otros. El conflicto entre el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, y el de una persona a obtener su identidad, muestra por ejemplo cómo la averiguación de una filiación puede demandar el sometimiento del presunto progenitor a un estudio genético, con la consiguiente retracción del primero de aquellos derechos<sup>(12)</sup>. En otras palabras, los principios interpretativos *pro homine*, *pro libertatis* y *pro víctima* no eximen al jurista de realizar una interpretación armonizante, o un balanceo de valores, en aras de compatibilizar y hacer convivir distintos derechos entre sí, o algunos derechos con las necesidades del bien común.

(7) Cfr. Piza Rocafort, Rodolfo E. y Trejos, Gerardo, *Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana* (San José, 1989), ed. Juricentro, pág. 67.

(8) *Ibidem*, pág. 67.

(9) Cfr. Cançado Trindade, Antonio, La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos, en Varios, *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos* (San José, 1993), pág. 266.

(10) Causa “Viviana Gallardo et alt.”: Piza Rocafort, Rodolfo y Trejos, Gerardo, *Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana*, pág. 113.

(11) Así, el Pacto de San José de Costa Rica contempla muchas veces restricciones a los derechos en razón de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, la salud y la moral públicas (v. gr., arts. 13 inc. 2-b, 15, 16 inc. 2, etc.)

(12) En contra, pero reconociendo estar en una tesis minoritaria, Bidart Campos, Germán J., *La interpretación del sistema de derechos humanos* (Buenos Aires, 1994), ed. Ediar, pág. 250.



b) Digamos asimismo que el principio *pro homine* no es solamente una “directriz de preferencia de interpretaciones” entre las varias exégesis posibles que pueden desprenderse de un mismo precepto normativo, sino también, y esto puede ser fundamental, una “directriz de preferencia de normas”. Esto quiere significar que ante un caso a debatir, el juez (sea de la jurisdicción nacional, sea de la jurisdicción supranacional), tendrá que aplicar la norma más favorable a la persona, con independencia de su nivel jurídico.

Ello puede implicar un serio golpe a la alegoría kelseniana de la pirámide jurídica. Supóngase, v. gr., que una Constitución confiera un derecho humano en un sentido determinado, y que una ley del mismo Estado amplíe ese derecho. Pues bien: el principio *pro homine* hará prevalecer, en tal caso, el derecho de la ley.

Conviene ejemplificar más lo expuesto. En un proceso tramitado ante, v. gr., la Corte Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de un Estado, ese Tribunal deberá resolver la litis efectivizando la regla constitucional, la norma legal, o el artículo de un tratado que beneficie a la persona, según cuál resulte más provechosa para el individuo. En su consecuencia, el tratado internacional que confiere un derecho no impide que el interesado pueda gozar de un derecho mejor sobre el mismo tema, emergente, v. gr., de una ley o de un decreto local. Esto hace a lo que Bidart Campos llama “el Derecho internacional de los derechos humanos como Derecho mínimo”<sup>(13)</sup>. Claro está que si el tratado concede a ese particular un derecho más intenso que el contemplado por la Constitución o una ley nacional, prevalece el derecho del tratado.

B) Otro postulado paralelo al anterior es el llamado por Nikken principio de interpretación expansiva o progresiva, conforme al que, entre las varias exégesis posibles de una norma, debe preferirse la que restrinja en menor escala al derecho en juego. Además, cada Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para asegurar un “estándar mínimo” de vigencia de los derechos humanos, instrumentando las medidas legales y operacionales para ello (“hasta el máximo de los recursos de que disponga”, indica el art. 2-1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de tal modo que, por ejemplo, no podrá alegar su propia mora para eximirse de garantizarlos<sup>(14)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos* (México, 1989), UNAM, pág. 441. Es usual que las declaraciones internacionales de derechos (al estilo, v. gr., del art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica), indiquen que ellas no limitan el goce de ese derecho o de otro conferido por otra ley o convención.

<sup>(14)</sup> V. Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo* (Madrid 1988), ed. Civitas/IIDH, págs. 116, 127. Esta tesis ha sido sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, v. gr. en la Opinión Consultiva 5/85, con cita de fallos del Tribunal Europeo. Cfr: igualmente Albanese, Susana, “Indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos”, en Bidart Campos (Coordinador), *Economía, Constitución, y derechos sociales* (Buenos Aires 1997), ed. Ediar, págs. 27/8.

C) El principio de interacción<sup>(15)</sup>, denominado por otros de retroalimentación<sup>(16)</sup>, enseña que el juez (nacional o supranacional) debe desde luego aplicar en sus sentencias al derecho internacional y supranacional tuitivo de los derechos humanos, pero sugiere igualmente al juez de la jurisdicción internacional tener en cuenta, y en su caso efectivizar en sus sentencias, las reglas del derecho nacional que puedan aplicarse al caso, complementarias o mejoradoras de las internacionales.

El estado actual de esta doctrina ha llevado a sostener por un sector de la doctrina la tesis llamada del estándar máximo, según la cual, en el ámbito de un organismo de integración regional, los ciudadanos de cualquier Estado de la comunidad pueden gozar de las garantías de que disponen los nacionales del Estado más protector de esa comunidad, en cuanto a derecho determinado<sup>(17)</sup>. La postura, desde luego harto sugestiva, no parece sin embargo del todo convincente, ya que el cupo máximo de derechos de una persona dependería así de la voluntad de un solo Estado (el más generoso). Bien podría ocurrir, en este punto, que esa cuota de derechos, explicable en una nación en virtud de su idiosincrasia o desarrollo cultural y económico, bien podría ser la no adecuada (no razonable, no conveniente en términos de bien común), en otros Estados de la misma agrupación regional.

D) El principio que llamamos de promoción, alerta que el juez-intérprete de los derechos humanos debe adoptar, en cuanto a ellos, una posición de tutela y protección. Ello exige por parte del juez del caso una necesaria actitud de sensibilidad<sup>(18)</sup>, lo que importa una modificación en las notas tradicionales de la interpretación judicial (por ejemplo) de la Constitución. Mientras que respecto a esta última lo apetecible parece ser una interpretación imparcial<sup>(19)</sup>, en materia de derechos humanos la interpretación jurisdiccional tiene que resultar comprometida con la vigencia y promoción de los mismos. De algún modo ello implica para el juez abandonar una posición de neutralidad, y asumir otra de protagonismo.

E) El principio de universalidad en materia de interpretación y aplicación de los derechos humanos (así lo presenta, v. gr., Patrice Meyer-Bisch)<sup>(20)</sup>, parte del postulado

---

(15) V. Piza Rocafort, Rodolfo y Trejos, Gerardo, *Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana*, págs. 67, 109 y sgts.

(16) Bidart Campos, Germán J., *La interpretación del sistema de derechos humanos*, pág. 83.

(17) Morange, Jean, *Las libertades públicas* (México, 1981), ed. Fondo de Cultura Económica, pág. 145, cit. por Piza Rocafort, Rodolfo E. y Trejos, Gerardo, *Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana*, pág. 114.

(18) Espinal Irias, Rigoberto, “Los jueces y su responsabilidad para la vigencia de un Estado de Derecho”, en Varios, *El juez y la defensa de la democracia*, págs. 41 a 43.

(19) Nos hemos referido al tema de la interpretación judicial de la Constitución como interpretación imparcial, en contraposición a la interpretación “interesada” de abogados o políticos (en pro de sus clientes o grupos) en nuestro libro *La interpretación judicial de la Constitución*, pág. 3 y sgts.

(20) Cfr. Meyer Bisch, Patrice, “Le corps des droits de l’homme. L’indivisibilité comme principe d’interprétation et de mise” en *Oeuvre des droits de l’homme* (Friburgo, 1992), ed.

de la dignidad de la persona humana y sostiene que todas ellas, en cualquier lugar, deben gozar de un estándar mínimo de tales derechos. La Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), concluye así que “La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa”.

Del principio de universalidad se desprende, en un primer tramo, que a nadie se le podría negar en algún Estado un derecho humano fundamental, ya que su disfrute “es patrimonio innato de todos los derechos humanos”. Ello importa, como agregó tal Conferencia, la importancia de garantizar “la universalidad, objetividad y no selectividad del examen de las cuestiones de derechos humanos”. En segundo término, podría concluirse que todos los derechos humanos deberían gozarse en todas las partes del globo del mismo modo. Sin embargo, esta tesis está corregida por la doctrina del “margen de apreciación nacional”, al que haremos referencia después (v. parágrafo 7).

F) El principio de indivisibilidad de los derechos humanos postula que tales derechos son interdependientes, que forman un todo indisoluble y que el goce de unos no es compatible con la negación o la violación de otros<sup>(21)</sup>. Implica una confirmación, pero muy reforzada, de la pauta genérica de la interpretación orgánica o sistemática, que ya hemos comentado (supra, parágrafo 2).

La tesis es correcta, en el sentido que el intérprete de los derechos humanos no puede ignorar o destruir unos derechos so pretexto de afianzar a los restantes. Sin embargo, algunas veces ese principio ha llevado a afirmaciones como que todos los derechos humanos están en pie de igualdad, y que a todos ellos debe dárseles el mismo peso (así, la “Declaración y Programa de acción de Viena” de 1993), doctrina por cierto inaceptable, ya que una cosa es afirmar que todos los derechos humanos forman un “bloque”, y otra es afirmar que todos los derechos humanos tienen la misma jerarquía y son iguales, cosa que obviamente no es cierta. El derecho a la vida, por ejemplo, es superior al derecho a emplearse libremente. Por lo demás, siempre existen libertades o derechos preferidos, como bien lo destaca la doctrina estadounidense, valorados por la comunidad como más importantes o trascendentes<sup>(22)</sup>.

---

Universitaires, pág. 401, cit. por Villán Durán Carlos, “Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la Declaración de Viena”, en Varios, *Estudios básicos de derechos humanos II*, pág. 335.

(21) Cfr. *ob. cit.* en nota anterior y Albanese, Susana, “Indivisibilidad e interdependencia de los derechos”, págs. 1, 17 y 19. Inicialmente la doctrina de la indivisibilidad de los derechos tuvo otra razón: alertar —especialmente por las naciones del tercer mundo— que el goce de los derechos económicos sociales tenía igual valor que el ejercicio de otros derechos, y que los pueblos de esas naciones tenían también un relevante derecho a su desarrollo económico. Cfr. Arteaga Acosta, Horacio, “Los derechos humanos hoy: concepciones en conflicto”, en Comisión Andina de Juristas, Boletín (Lima 1995), N° 45, pág. 9 y sgts.

(22) Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, pág. 389. Sobre la doctrina de los derechos o libertades preferidos (en particular, libertad de expresión, igualdad, tutela de las minorías, nos remitimos a nuestros *Elementos de Derecho Constitucional* (Buenos Aires, 1997), 2ª ed., ed. Astrea, t. 2, pág. 707.

Esto obliga a menudo a realizar un test o *balanceo de valores*, donde al operador del sistema de derechos humanos le toca hacer convivir a los distintos derechos en juego, y en ciertos casos de confrontación entre ellos (v. gr., honor y libertad de expresión, o derecho a la vida e intimidad de la mujer, en los supuestos de aborto), determinar cuándo, de qué modo, en qué medida y con cuáles secuelas debe uno de ellos prevalecer sobre el restante <sup>(23)</sup>.

#### IV. DIVERGENCIAS INTERPRETATIVAS ENTRE LA JURISDICCION INTERNACIONAL Y LA INTERNA

A pesar de lo señalado, y aún cuando tribunales supranacionales y nacionales compartan las mismas directrices exegéticas, es innegable que pueden existir interpretaciones distintas entre aquellos órganos, sobre la extensión y la intensidad de los derechos humanos. Una cuestión preliminar es preguntarse si los órganos de la jurisdicción supranacional deben interpretar los derechos humanos del mismo modo que los tribunales nacionales, y viceversa; o si es aconsejable que las dos jurisdicciones adopten criterios interpretativos diferentes.

En favor de una técnica distintiva, puede pensarse que los derechos humanos de fuente internacional deben interpretarse por el órgano jurisdiccional internacional según se interpreta un tratado o convención internacional. Para esto que rigen, principalmente, los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que establecen dos categorías de métodos: en primer lugar, y siempre actuando de buena fe, el texto del documento, “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objetivo y fin”. En segundo orden, para confirmar el resultado de la primera operación interpretativa o para disipar textos ambiguos u oscuros, o para apartarse de resultados interpretativos manifiestamente absurdos o irrazonables, los “medios complementarios”, como los trabajos preparatorios del tratado.

En principio, entonces, y como observara la Corte Interamericana de Derechos Humanos <sup>(24)</sup>, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados auspicia una interpretación inicialmente objetiva, que principia por una interpretación gramaticalista, prosigue con otra orgánica o sistemática, continúa por otra teleológica (de fines), y recién después ingresa en el área de la interpretación voluntarista (de la intención de las partes), en función, v. gr., de los documentos preparatorios del tratado.

Sin embargo, la doctrina ha subrayado que un tratado internacional sobre derechos humanos no debe ser interpretado del mismo modo que un tratado común entre

---

<sup>(23)</sup> Sobre balanceo de valores, *cfr.* Tribe Lawrence H., *American Constitutional Law* (Mineola, Nueva York, 1978), The Foundation Press, págs. 582/3; Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, págs. 151/3.

<sup>(24)</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva 3/83, en Ventura, Manuel E. y Zovatto, Daniel, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, pág. 277.

Estados. Al respecto, se destaca que un convenio sobre derechos humanos no es un instrumento en favor mutuo de los Estados contratantes, sino de las personas. Consecuentemente, no cabe entenderlo en sentido restrictivo para las obligaciones de los Estados, ni juzgarlo a la luz de la soberanía de éstos, ni de acuerdo a las intenciones particulares de los mismos al suscribirlo o ratificarlo, sino que debe privilegiarse una interpretación objetiva en favor de los derechos, superando los intereses individuales de las naciones. Eso lleva, también, a patrocinar una exégesis dinámica y evolutiva de los derechos contenidos en tales documentos, que aconseja desplegarlos y desarrollarlos cada día, ampliándolos en razón de los nuevos contextos de vida, por lo que los tratados o convenciones del caso pasan a ser “instrumentos vivos” en favor de las personas<sup>(25)</sup>.

La misma doctrina alerta que si un mismo derecho es atendido por varios convenios internacionales, de haber un conflicto exegético cabe utilizar en el caso concreto al “test de primacía”, en favor de la norma más favorable a la víctima. Es decir, que el operador del sistema jurídico deberá en tal disyuntiva realizar una opción de preferencia por la norma internacional más provechosa para la persona<sup>(26)</sup>.

En el ámbito del derecho interno de un Estado, y en particular de su Derecho Constitucional, las reglas de interpretación de los derechos humanos de fuente local (v. gr., constitucional) pueden no coincidir exactamente con las anteriores. Aunque en general hay consenso en que en la interpretación constitucional debe partirse del texto de la norma, las divergencias aparecen de inmediato entre quienes postulan la superioridad de una interpretación voluntarista (de la intención del autor de la norma constitucional), o teleológica (de los fines u objetivos), sobre la letra del precepto constitucional. El problema se ahonda ante la lucha entre las posturas “preservacionistas”, apegadas a una interpretación estática o conservadora de las reglas constitucionales, y quienes promueven una interpretación evolutiva, o decididamente mutativa, del documento en cuestión, muchas veces francamente “despegada” de la voluntad del constituyente histórico<sup>(27)</sup>. El peso de estas corrientes, y el resultado de su confrontación, varía de país en país. Finalmente, es innegable que en muchos Estados sus jueces nacionales tendrán la tendencia de priorizar la interpretación de un derecho según lo diga su Constitución, por sobre lo que señale un instrumento internacional.

Sobre el punto, parece a todas luces conveniente auspiciar en materia de derechos humanos una interpretación en lo posible coincidente (en orden a su eficacia), entre los

---

<sup>(25)</sup> Cfr. Cançado Trindade, A. A., *Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights*, en “Recueil des Cours de l’Académie de Droit International” (La Haya, 1987), t. 202, pág. 91 y sgts.

<sup>(26)</sup> Ibidem, pág. 403.

<sup>(27)</sup> Sobre la interpretación del art. 64 del Pacto de San José de Costa Rica, a tenor de los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, v. Gros Espiell, Héctor, *Estudios sobre derechos humanos II*, pág. 239 y sgts. En cuanto a las pautas de interpretación constitucional, y las controversias sobre la materia, nos remitimos a nuestro trabajo *La interpretación judicial de la Constitución*, pág. 34 y sgts.

órganos de la jurisdicción interna y la internacional. Las divergencias exegéticas, por cierto, a más de provocar confusión y malentendidos sobre la extensión y profundidad de tales derechos, pueden a menudo perjudicar seriamente su operatividad en casos concretos. En otros supuestos, y cuando hay una escalera procesal internacional que permite neutralizar por la jurisdicción supranacional la interpretación desviada que pueda haber realizado una autoridad nacional, de todos modos tal corrección lleva tiempo y esfuerzos que no siempre pueden afrontarse.

## V. VÍAS DE ARMONIZACIÓN. NEGACIÓN DEL PROBLEMA

La meta de lograr una interpretación y aplicación uniformes por la jurisdicción supranacional y la local de los derechos humanos aludidos en un documento internacional no es, sin embargo, una tarea simple. Es muy probable que distintas comunidades y distintos tribunales nacionales interpreten a su modo las cláusulas de un convenio internacional enunciativas de derechos humanos, dando lugar a exégesis disímiles.

Una pseudoruta de solución de tal conflicto consiste en negarlo, y sostener que una cosa es la interpretación de un derecho humano enunciado en un tratado y repetido en el ordenamiento interno de un Estado (v. gr., en su Constitución), realizada por los tribunales domésticos, y otra la interpretación que de ese derecho haga un órgano de la jurisdicción supranacional. En la primera hipótesis, se trataría de un “derecho local”, interpretado por los tribunales locales. En la segunda, de un “derecho supranacional”, juzgado por los tribunales supranacionales<sup>(28)</sup>. A esta postura la podríamos llamar la “teoría de los dos derechos”.

La tesis es seria e ingeniosa, pero formalista, y en definitiva no concluyente. Desde luego, no es viable en los casos en que ciertos Estados “constitucionalizan” derechos de fuente internacional (como lo ha hecho Argentina, después de la reforma de 1994, a tenor de su art. 75 inc. 22). En tal caso, el derecho de fuente transnacional también vale como Derecho Constitucional local, y tanto los tribunales domésticos, como los propios de la jurisdicción supranacional, están interpretando al mismo derecho.

Pero además, si un país adopta un tratado internacional en materia de derechos humanos según su procedimiento interno (v. gr., por medio de ley, y posterior ratificación ejecutiva), y aunque en esa nación el tratado solamente posea el valor de una ley, está de todas maneras incorporando esos derechos humanos de origen transnacional a su ordenamiento interno, motivo por el cual, de haber un conflicto interpretativo, tanto el tribunal doméstico como el supranacional que después analice la eventual violación al derecho enunciado en el tratado, están conociendo y decidiendo también sobre el mismo derecho.

Se podrá decir, sin embargo, que cuando un tribunal nacional juzga sobre un derecho humano cualquiera, lo está haciendo a la luz del derecho local, y en particular

<sup>(28)</sup> Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada* (Buenos Aires 1997), ed. Ediar, t. III, pág. 557.

a la luz de su Constitución. En cambio, un organismo jurisdiccional supranacional va a estudiar a ese derecho fundamentalmente a través del Convenio o Pacto internacional del que emerge, y no del derecho interno.

Pero estas afirmaciones son decididamente relativas. Si un tribunal argentino, v. gr., analiza un derecho humano cualquiera (piénsese, v. gr., en la libertad de expresión), tendrá que juzgarlo a la luz del derecho argentino (y especialmente, según la Constitución), pero también deberá meritarse íntegramente al Pacto de San José de Costa Rica (derecho vigente en la República)<sup>(29)</sup>. En otros términos, no podrá prescindir de ese derecho internacional en la interpretación del referido derecho.

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si finalmente llega a decidir en el asunto, deberá evaluarlo y resolverlo principalmente según el referido Pacto, pero no podrá ignorar de plano al contexto normativo doméstico, en razón del ya mencionado principio de la interacción, y de la doctrina del margen de apreciación nacional, a la que después nos referiremos (v. infra, parágrafo 7). Por ejemplo, si se trata de un caso sanciones aplicadas a un medio de difusión que presuntamente ha violado la intimidad de una persona, la Corte Interamericana, además de examinar el asunto conforme a las reglas de la Convención americana sobre derechos humanos, bien puede verse obligada a estudiar si la condena ha sido legítima con relación al orden público o la salud o la moral públicas del Estado en cuestión (art. 13 inc. 2 del Pacto de San José de Costa Rica), circunstancias que exigen a la referida Corte manejar, asimismo, al derecho local (y en ciertos casos, hasta a los hechos y valoraciones locales).

## VI. DOCTRINA DEL SEGUIMIENTO NACIONAL

Una de las vías prácticas para resolver la cuestión de interpretaciones disímiles de los mismos derechos humanos por parte de la jurisdicción supranacional y la nacional, estriba en que los tribunales locales se sometan a los criterios interpretativos vertidos por los órganos jurisdiccionales supranacionales en tales temas.

La doctrina ha sido expuesta, por ejemplo, por la Corte Suprema de Justicia de Argentina en “Ekmekdjian c. Sofóvich”<sup>(30)</sup>, y en “Giroldi”<sup>(31)</sup>, al puntualizar que la interpretación que haga de los derechos humanos la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “debe servir de guía” a los tribunales argentinos. En “Bramajo”<sup>(32)</sup> extendió esa directriz a la interpretación que realice la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, postura por cierto encomiable desde el punto de vista de la adaptación de

---

<sup>(29)</sup> Y así lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por ejemplo en el caso “Servini de Cubría”, desmenuzando –con acierto o no, es otra cosa– el análisis del art. 13 del Pacto de San José: *cf.* Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 315: 1943.

<sup>(30)</sup> Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 1992-C-543.

<sup>(31)</sup> Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 1995-D-461.

<sup>(32)</sup> Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 1996-E-409.

los tribunales argentinos a organismos supranacionales, pero discutible en virtud de que la referida Comisión no es un Tribunal, ni sus decisiones obligan a la Corte Interamericana, que bien puede diferir de las conclusiones de la Comisión.

Los fundamentos de esta postura (creada mediante una interesante y novedosa construcción jurisprudencial) parten, indirectamente, del reconocimiento de una posible mayor calidad, jerarquía e imparcialidad de los criterios de la jurisdicción supranacional sobre la nacional, en cuanto la interpretación de los derechos humanos, y tal vez –también– de motivos de economía procesal, ya que puede conjeturarse que si un tribunal nacional se aparta del entendimiento dado en un caso anterior por la Corte Interamericana a un derecho enunciado en el Pacto de San José de Costa Rica, el afectado podría provocar, subiendo la escalera procesal del caso, la invalidez del fallo local.

Otra vía de seguimiento –por voluntad del constituyente– es la postulada por el art. 10, párrafo 2º, de la Constitución española (inspirado probablemente en el art. 16, párrafo 2º, de la portuguesa de 1976), en el sentido que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Esta cláusula es provechosa, aunque no figura en muchas constituciones<sup>(33)</sup>. En principio, ella postula el seguimiento interpretativo del tribunal nacional al tratado, antes que al derecho local, y no, necesariamente, el seguimiento de dicho tribunal doméstico al órgano jurisdiccional supranacional creado por el tratado. Sin embargo, si el tratado declara que dicho órgano supranacional es simultáneamente el intérprete final del tratado sobre derechos humanos, el tribunal local deberá obedecer –como regla– los criterios interpretativos del órgano supranacional.

## VII. DOCTRINA DEL “MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL”

Al revés, otra vía de compatibilización consiste en que los órganos de la jurisdicción internacional, cuando interpretan un derecho humano declarado en un tratado o convenio, no lo hagan con criterios puramente generales o abstractos, sino teniendo en cuenta las particularidades (normativas y fácticas) del país donde se presenta el problema, y respetando asimismo la interpretación que de esos derechos hagan los tribunales locales<sup>(34)</sup>.

(33) V. sobre el tema Dulitzky, Ariel, “Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano”, en Varios, *Estudios especializados de derechos humanos*, (San José, 1996), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, t. I, pág. 141, con mención de las constituciones de Colombia (de 1991) y del Perú (de 1993).

(34) Por ejemplo, la “Declaración y programa de acción de Viena”, producto de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, después de sentar el principio de universalidad, añadió que “Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean



En Europa, la doctrina del “margen de apreciación nacional” tuvo fundamentalmente un origen jurisprudencial, en concreto a través de la Comisión Europea de Derechos del Hombre<sup>(35)</sup>. La legitimación de tal teoría parte de la afirmación de que no constituye un privilegio para los Estados, sino una consecuencia de la democracia y del pluralismo, ya que es bueno comprender las realidades jurídicas, económicas y sociales de cada país, y la apreciación que de ellas hagan los tribunales nacionales, que son los más próximos y autorizados (en principio) para evaluar, en cada terreno concreto, los problemas de aplicación de los derechos humanos provenientes de una fuente jurídica internacional<sup>(36)</sup>.

Conforme al Tribunal de Estrasburgo, el “margen de apreciación nacional” varía según las circunstancias, las materias y el contexto<sup>(37)</sup>. Los factores de hecho, así como la naturaleza del derecho garantizado por una convención o tratado (hay, por ejemplo, derechos más preferidos, o “rígidos”)<sup>(38)</sup>, son elementos que amplían o reducen la

---

cuales fuesen sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

En el sistema interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho en la opinión consultiva 4/84, con referencia al cumplimiento del principio de igualdad en la regulación de las condiciones para adquirir la ciudadanía en un país, que “el Estado que la concede (es) el llamado a apreciar en qué medida existen y cómo deben apreciarse las condiciones que garanticen que el aspirante a obtenerla esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente. En tal sentido, no puede ponerse en duda la potestad soberana de Costa Rica para resolver sobre los criterios que han de orientar el discernimiento o no de la nacionalidad a los extranjeros que aspiran a obtenerla, ni para establecer ciertas diferencias razonables con base en circunstancias de hecho que, por razones objetivas, aproximen a unos aspirantes más que otros al sistema de valores e intereses de la sociedad costarricense”. En concreto, señaló también la Corte en un párrafo anterior, “se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso” (el subrayado es nuestro. Cfr. Ventura, Manuel E. y Zovatto, Daniel, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, págs. 306/7).

<sup>(35)</sup> Cfr. Ganshof van der Meersch, Walter J., Le caractère “autonome” des termes et la “marge d’appréciation” des gouvernements dans l’interprétation de la Convention européenne des Droits de l’Homme”, en Varios, *Protection des droits de l’homme: la dimension européenne* (Berlín, 1988), ed. Franz Matscher-Herbert Petzold, pág. 207; Yourow Howard, Charles, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence* (La Haya, Boston y Londres, 1996), ed. Kluwer Law International, pág. 196, quien destaca que la doctrina del margen nacional no surge necesariamente de textos normativos.

<sup>(36)</sup> Cfr. Pettiti, Louis; Edmond, Decaux, Emmanuel e Imbert Pierre Hensi, *La convention européenne des droits de l’homme* (París, 1995), ed. Economica, pág. 51; Kastanas, Elías, *Unité et diversité: Notions autonomes et marge d’appréciation des états dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l’homme* (Bruselas, 1996), ed. Etablissements Emile Bruyant, págs. 439/40.

<sup>(37)</sup> V. Ganshof van der Meersch, Walter J., *Le caractère “autonome”...*, págs. 219/10; Kastanas Elías, *Unité et diversité...*, pág. 440.

<sup>(38)</sup> V. Yourow Howard Charles, *The Margin of Appreciation Doctrine...*, pág. 188 y sgts., con referencia a derechos “preferidos”, “especialmente protegidos” y derechos “prioritarios”.

apertura o estrechez del “margen de apreciación nacional”. Otro ingrediente significativo para graduarlo es la existencia, o no, de un “denominador común”, o de “estándares comunes” en los sistemas jurídicos de los países comprendidos por el tratado o convención que enuncia derechos humanos de fuente internacional<sup>(39)</sup>. Si hay un entendimiento compartido sobre la naturaleza, detalles y dimensiones de un derecho por parte de tales sistemas jurídicos nacionales, resulta obvio que un Estado específico dispone de menor “margen de apreciación” para interpretar, moldear o adaptar a dicho derecho.

Como técnica de interpretación<sup>(40)</sup>, la doctrina del margen de apreciación nacional opera fundamentalmente para limitar derechos (v. gr., restricciones por razones de utilidad pública, moral pública, interés público), e incluso para suspender derechos (así, los casos de conmoción interior, de peligro público, seguridad nacional, etc.)<sup>(41)</sup> También puede funcionar como mecanismo de implementación de derechos, como por ejemplo para instrumentar los preceptos genéricos de un tratado relativos a crear, por los Estados nacionales, procedimientos judiciales expeditivos para la garantía de los derechos de fondo<sup>(42)</sup>. Pero también puede actuar como modo de entendimiento de derechos, vale decir, como dispositivo para entenderlos, aplicarlos, y correlacionar un derecho con otro.

Desde luego, la amplitud de dicho “margen de apreciación” como el acierto de su ejercicio por las autoridades o tribunales de un país, puede y debe estar sometido al control de la autoridad supranacional (cuando ella exista). Esto es una suerte de necesidad jurídica<sup>(43)</sup>, ya que de no haberla, un país podría eximirse del respeto u observancia del derecho, alegando impunemente su “margen de apreciación nacional”.

La aplicación irrestricta de la doctrina del margen de apreciación nacional podría provocar que un mismo derecho humano no tenga la misma profundidad o extensión en todos los lugares, sino distintas modalidades e intensidades, circunstancia que afectaría la universalidad de ese derecho y autorizaría interpretaciones desigualitarias del mismo.

Aunque eso sea en buena medida cierto, también lo es que un derecho no puede juzgarse en abstracto, omitiendo los marcos culturales y económicos que lo circundan. Existen condicionamientos materiales y sociales cuyo desconocimiento quitaría realidad o vigencia, y hasta razonabilidad, a un régimen de derechos humanos. También hay serios conflictos de legitimidad entre lo que una sociedad nacional considera como justo o injusto, y lo que otros Estados, o un organismo de la jurisdicción supranacional, pueden pensar sobre el mismo punto.

(39) V. Yourow Howard Charles, *The Margin of Appreciation Doctrine...*, pág. 193; Ganshof van der Meersch, Walter J., *Le caractere “autonome”...*, pág. 214.

(40) Sobre la doctrina del margen nacional de apreciación como técnica de interpretación, v. Yourow Howard, Charles, *The Margin of Appreciation Doctrine...*, pág. 196.

(41) Ganshof van der Meersch, Walter J., *Le caractère “autonome”...*, págs. 209, 211.

(42) Yourow Howard Charles, *The Margin of Appreciation Doctrine...*, págs. 176/7.

(43) Pettiti, Louis Edmond; Decaux, Emmanuel e Imbert, Pierre Henri, *La convention européenne...*, pág. 51; Ganshof van der Meersch, Walter J., *Le caractère “autonome”...*, pág. 220.

La doctrina del margen nacional postula la adaptación de una normatividad general sobre derechos humanos, al ambiente adonde ella debe aplicarse. Pero tal armonización tiene, desde luego, sus topes. Si en un Estado se padecen cegueras axiológicas colectivas decididamente intolerables a la luz del desarrollo actual de la conciencia ética global (piénsese, v. gr., en casos de semiesclavitud todavía imperantes en ciertas regiones de la Tierra, o en la infracondición femenina que algunos países —especialmente musulmanes— practican en materia de vestimenta, negación de educación y de acceso a ciertos empleos, movilidad física o derechos sobre los hijos), mal podría argumentarse la doctrina del “margen nacional” para consentir tales violaciones<sup>(44)</sup>.

En resumen, hay un “margen nacional” aceptable y uno inaceptable, siendo el juez de esa admisibilidad el órgano de la jurisdicción supranacional encargado de velar por la aplicación del derecho humano que el país del caso se obligó a respetar, y que aceptó aquella jurisdicción.

### VIII. PROBLEMAS SOCIOLOGICOS DE COMPATIBILIZACIÓN. LOS TRIBUNALES NACIONALES

Al margen de lo señalado, y si se acepta que el mundo jurídico no solamente se compone de normas, sino también de realidades y de valores<sup>(45)</sup>, el jurista debe tener muy en cuenta que la armonización interpretativa entre los tribunales locales y los supranacionales sobre los derechos humanos que ambos deben aplicar, es un hueso duro de roer.

En el ámbito de los tribunales nacionales, pueden anticiparse tres tipos clave de dificultades: *desinformación, rechazo y desnaturalización*.

a) *Desinformación*. Hay a menudo un problema gnoseológico, vale decir de conocimiento, tanto respecto de los derechos humanos de fuente internacional, como de los criterios interpretativos adoptados por los órganos de la jurisdicción supranacional.

En Latinoamérica, por ejemplo, la mayoría de los actuales jueces no ha recibido *formación ni información* universitaria adecuada y suficiente acerca del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario, del derecho comunitario ni de los procesos de regionalización. Incluso en países que han conferido rango constitucional a ciertos convenios sobre derechos humanos, tal desinformación es aguda, y naturalmente preocupante, ya que muchos tribunales locales pueden sentenciar ignorando u omitiendo la aplicación de reglas internacionales con idéntico valor que la Constitución local. Y a ello se agrega que las sentencias, opiniones consultivas o dictámenes de los órganos de la jurisdicción supranacional tampoco cuentan, en los países involucrados por tales pronunciamientos, con una difusión conveniente y actualizada.

<sup>(44)</sup> Sobre las degeneraciones de ciertos “particularismos” incompatibles con el principio de universalidad, *cf.*: el excelente estudio de Carlos Villán Durán, *Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la Declaración de Viena*, pág. 339 y sgts.

<sup>(45)</sup> V. por ejemplo, Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, pág. 8 y sgts.

b) *Rechazo*. A la información deficiente se suma, de vez en cuando, casos de negación —consciente o subconsciente— del Derecho Internacional sobre derechos humanos, y de los veredictos de los órganos de la jurisdicción supranacional.

Los motivos de esa exclusión son varios. Por un lado, un fácil hedonismo lleva a muchos jueces locales, por inercia, a seguir decidiendo los casos conforme a las reglas nacionales preexistentes, sin tomarse el trabajo de asimilar todo el aparato normativo nuevo, de fuente internacional. Este último, a su turno, comparte responsabilidades: con frecuencia es muy extenso y farragoso, con normas poco sintéticas, textos demasiado vagos, ocasionalmente redundantes, y proclamaciones muy genéricas que dificultan su aprehensión. Aunque hay excepciones (varias cláusulas del Pacto de San José de Costa Rica merecen felizmente situarse entre ellas), sus reglas adoptan a menudo un aire entre solemne y programático, poco operativo o autoaplicativo, y se redactan, además, con un estilo diplomático que difiere en mucho de las normas nacionales comunes, generalmente más simples y precisas. En definitiva, muchos preceptos sobre derechos humanos de origen internacional parecen normas que dicen mucho y nada a la vez, dirigidas a reglar elegante y cautamente relaciones jurídicas de Estado a Estado, y no a disciplinar el comportamiento real, cotidiano y efectivo de seres concretos.

El desaire local hacia el Derecho Internacional de los derechos humanos y las interpretaciones que de él hacen los órganos de la jurisdicción supranacional tiene en otros casos razones más profundas, vale decir culturales. Aludimos a los conflictos de legitimidad intrínseca que algunos de los derechos de raíz internacional pueden provocar en el ámbito local.

Determinadas naciones, por ejemplo, pueden considerar que ciertos derechos enunciados en un convenio internacional no son “buenos” para el ámbito local<sup>(46)</sup>, o que ciertas interpretaciones que de ellos hagan los órganos de la jurisdicción supranacional, no resultan axiológicamente aceptables en esa comunidad local. Un ejemplo de ello puede ser el tema de la censura judicial previa, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han entendido, por lo común, como casi radicalmente incompatible con el Pacto de San José de Costa Rica, en tanto que varios tribunales nacionales han implementado dicha censura en aras de tutelar, por ejemplo, la intimidad o el honor de las personas<sup>(47)</sup>. En tales situaciones, es

---

<sup>(46)</sup> Resulta llamativo, por ejemplo, que algunos países, al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, hicieran reserva a “todas las disposiciones de la Convención que son incompatibles con la ley islámica o Sharia y los reglamentos locales vigentes”, o el caso de Jibuti, que aceptó adherirse a la misma Convención “salvo que no se considerará obligado por ninguna disposición ni artículo que sea incompatible con su religión o sus valores tradicionales”. V. Cerna, Christina M., “La universalidad de los derechos humanos y la diversidad cultural: la realización de los derechos humanos en diferentes contextos socio-culturales”, en Varios, *Estudios básicos de derechos humanos II*, (San José, 1995), Instituto Interamericano de Derechos humanos, pág. 389.

<sup>(47)</sup> Es paradigmático ese enfrentamiento entre los criterios de la Corte Suprema de Chile y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto al caso “Luksic Craig”, también llamado

probable que los tribunales locales se sometan a regañadientes –ya que no los cabe otro remedio– a lo que resuelva el tribunal supranacional en un caso concreto, pero que más tarde, en otros procesos similares, rehúsen adoptar una política judicial de seguimiento a los criterios interpretativos sentados por el referido órgano supranacional.

A lo expuesto cabe añadir el ingrediente narcisista que (al menos ocasionalmente) puede anidar en algunos tribunales locales –especialmente en los supremos–, suficiente para provocar una crisis de obediencia a los criterios interpretativos que fije un órgano de la jurisdicción supranacional<sup>(48)</sup>.

En efecto, no siempre es fácil de digerir, para juristas nacidos y criados bajo el techo ideológico de la doctrina de la soberanía nacional, que ahora el tema de los derechos humanos es también materia del bien común internacional, que para tales derechos existe una jurisdicción supranacional por encima de la doméstica, y que, en definitiva, las “cortes supremas” de los Estados locales han dejado de ser, en sentido estricto, y en esos temas, “supremas”, ya que sus decisiones pueden ser invalidadas por esa jurisdicción supranacional. Aparte de que muchos jueces de viejo cuño (y también abogados, cuando no estudiantes) pueden reputar criticable y hasta ilegítimo –por “antipatriota”– el nuevo estado de cosas, es comprensible (aunque no aceptable) que ellos intenten todavía visualizar los derechos humanos solamente a la luz de la Constitución nacional, y de acuerdo a las pautas que marquen los tribunales nacionales y su emblemática “Corte Suprema” local, al par que consideren a los órganos de la jurisdicción supranacional como una suerte de tribunales “extranjeros” cuyas doctrinas apenas tendrían, para los jueces locales, un mero valor informativo, a lo más a título de derecho comparado.

c) Desnaturalización. Otro riesgo que corre el Derecho Internacional de los derechos humanos cuando es operado por los tribunales de un Estado, consiste en su desfiguración.

Esa alteración puede explicarse también por varias causas. Una de ellas es la incompreensión del texto internacional por los jueces domésticos, no siempre dispuestos a ahondar en esas fuentes supra o internacionales, a realizar una interpretación orgánica o sistemática de esos documentos, o a impregnarse de la filosofía y del techo ideológico que los anima. No puede ignorarse, en este punto, que juristas moldeados bajo ideas como la autosuficiencia del Estado, un dualismo intransigente en cuanto las relaciones entre el Derecho Internacional y el local, una versión santificada e intole-

---

“Martorell”. Cfr: Dulitzky, Ariel, “La censura previa en la Convención Americana de Derechos Humanos”, en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 1996-D-1687.

<sup>(48)</sup> De someterse una Corte Suprema nacional a los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bien pueden alguno de sus miembros sentirse “devaluados” a la condición de, por ejemplo, jueces de una cámara o corte de apelaciones. Es necesario, desde luego, un gesto de madurez y grandeza (que no siempre se encuentra), para admitir el nuevo estado de cosas y reconocer la primacía de la jurisdicción supranacional.

rante a la vez de la idea de soberanía nacional y del techo ideológico tradicional de la Constitución lugareña (que ubicaba a ésta en la cúspide del ordenamiento jurídico), no siempre estarán bien animados para recepcionar los nuevos vientos que animan a una concepción internacionalista, y en el fondo monista, de los derechos humanos de origen extra o supra nacional.

Pueden suscitarse así fenómenos de domesticación, o de aclimatación de los derechos humanos de origen internacional, a las pautas ideológicas y al medio jurídico local, con lo cual es posible que aquéllos terminen, en buena proporción, anestesiados o diluidos. Más todavía: no cabe excluir supuestos de devaluación de aquellos derechos, y hasta de su alteración, a través de una interpretación localista desfiguradora del documento internacional donde son enunciados<sup>(49)</sup>. Tal mutación, provocada algunas veces por vicios metodológicos del intérprete y en otras por intereses políticos locales, o por ambos factores, importa un serio obstáculo a la vigencia del derecho humano en cuestión, y solamente puede ser corregida —años después, si ocurre la enmienda— por el órgano de la jurisdicción supranacional que tenga competencias para revisar la decisión del tribunal local.

## IX. LOS ÓRGANOS SUPRANACIONALES

A su vez, los tribunales internacionales pueden padecer de distintos defectos, como practicar un autismo jurídico que los lleve a interpretar los derechos humanos emergentes de un instrumento internacional solamente “desde” tal documento, desconociendo las realidades y el contexto normativo del Estado donde se debate una posible infracción a aquellos derechos.

También aquí pueden repetirse actitudes hedonistas y narcisistas de pésimos resultados, como creer que por tratarse de un ente jurisdiccional supremo, cuyos veredictos son irrecurribles, es posible resolver ligera, mayestática y soberanamente los casos, sin medir las consecuencias previsibles del pronunciamiento, la factibilidad de su ejecución, o el impacto probable en situaciones futuras dentro y fuera del país involucrado por la sentencia.

Tampoco cabe descartar que, sobre todo por razones ideológicas, un tribunal internacional pervierta al texto que debe interpretar, minificando al derecho en juego, hipertrofiándolo o falseándolo. Nadie tiene aquí el dogma de la infalibilidad, ni es posible asegurar tampoco la eterna fidelidad del operador del tratado al espíritu de éste.

Cabe tomar conciencia, eso sí, que el éxito de un tribunal supranacional y su aptitud de convicción y de seguimiento de sus sentencias por los órganos jurisdiccionales locales dependerá —*ab initio*— de la ejemplaridad de ellas. A mayor legitimidad de tales fallos, mayor posibilidad de acompañamiento.

---

(49) Por ejemplo, en algunos votos de la Corte Suprema de Justicia argentina se consideró que la censura judicial no era censura en sentido estricto, o que la tutela del honor, sentada por el Pacto, justificaba la censura previa negada por el art. 13 del mismo. *Cfr.* el caso “Servini de Cubría”, en ob. y pág. cit. en nota 29.

## X. CONCLUSIONES

1. La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción interna y en la internacional es un tema que suscita distintas reflexiones y problemas.
2. En ambas jurisdicciones, el intérprete se encontrará con las dificultades comunes de toda tarea interpretativa: por ejemplo, optar entre una exégesis literal-gramatical y otra voluntarista (según la intención de su autor, o de acuerdo a la “voluntad de la ley”); entre una interpretación estática o una dinámica-evolutiva; aceptar o no la doctrina de la interpretación previsor, y elegir entre una exégesis coherente u otra pragmática, no siempre adherida a los precedentes judiciales.
3. En materia de derechos humanos, existen principios interpretativos específicos, como: *a)* el argumento *pro homine* (y sus variables del argumento *pro libertatis* y *pro víctima*), también llamado del “mejor derecho”, que opera como mecanismo de selección de normas (locales o internacionales) y de selección de interpretaciones posibles, en favor de la persona; *b)* el argumento de la interpretación expansiva, que aconseja entender a los derechos, en lo posible, en sentido amplio y no restrictivo; *c)* el argumento de la interacción, según el cual el tribunal internacional no debe ignorar, al interpretar los derechos de esa fuente, a los derechos provenientes del orden nacional; *d)* el argumento de la promoción, que sugiere que el juez apoye y auspicie la vigencia de los derechos humanos, y deje de ser neutral ante su violación; *e)* el argumento de la universalidad, que procura la observancia de un mínimo común, en todo el globo, de ciertos derechos humanos fundamentales; y *f)* el argumento de la indivisibilidad, conforme al que no es correcto ignorar, en la defensa o interpretación de un derecho humano básico, a los restantes.
4. Un tratado sobre derechos humanos es, en principio, una convención internacional interpretable según las reglas de los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que patrocinan una exégesis objetiva, que parte de la regla de la buena fe, de la interpretación según el texto del precepto en cuestión y de los demás de la Convención, y prosigue atendiendo el objeto y los fines de ella. De modo complementario, para resolver ambigüedades o puntos oscuros, recurre a los trabajos preparatorios del instrumento internacional.

Sin embargo, un tratado o convención sobre derechos humanos tiene pautas interpretativas propias. No se trata de un instrumento en favor de los Estados, sino de las personas. Por ende, sus cláusulas no deben entenderse a la luz de la soberanía nacional, ni de los intereses y propósitos individuales de los Estados que lo suscribieron, sino en pro de las víctimas. De haber una tutela distinta en dos o más convenciones internacionales aplicables a un caso, habrá de estarse a la más provechosa para la persona.

En el ámbito nacional, es posible que un país siga de hecho reglas interpretativas no iguales a las anteriores, en particular en cuanto la interpretación de su derecho interno, comenzando por su Constitución.

5. Es imprescindible trabajar con ahínco para lograr la armonización entre las interpretaciones que sobre un mismo derecho humano puedan realizar los tribunales internacionales y los estatales.

Como recetas inmediatas figuran las doctrinas del seguimiento nacional (conforme a ella, los criterios interpretativos del tribunal supranacional deben servir de guía a los tribunales domésticos), y del margen de apreciación nacional (es bueno que el tribunal supranacional contemple especificaciones particulares del mismo derecho humano, según sea el país bajo estudio).

6. La armonización entre las interpretaciones de los derechos humanos que practiquen los órganos de la jurisdicción supranacional y de la estatal no siempre será fácil.

Por parte de los tribunales locales, es posible que sociológicamente se planteen situaciones de desinformación normativa, de negación o rechazo del derecho humano de fuente internacional (motivadas algunas veces por conflictos de legitimidad sobre la aceptación misma del derecho en juego, y además, por actitudes hedonistas o de narcisismo jurídico nacional), e incluso de desnaturalización del derecho humano (por vía de su devaluación o su entendimiento según –solamente– las pautas domésticas de interpretación).

Los órganos de la jurisdicción internacional pueden incurrir asimismo en defectos y vicios semejantes, bien que al revés. No están exentos de caer en un autismo jurídico ignorante de las realidades y del derecho local, o de, alguna vez, alterar los derechos humanos emergentes de un tratado mediante una interpretación imprudente o ideológicamente desvirtuadora de los mismos.

Como alternativa de solución parece conveniente que los tribunales locales asimilen de una vez por todas y cabalmente al derecho internacional de los derechos humanos, y presten leal acatamiento a la doctrina que emerja de los veredictos de los tribunales internacionales. A éstos, a su turno, les toca operar atendiendo también al contexto normativo y a las realidades y condicionamientos locales, al par que brindar respuestas jurídicas prudentes y fieles al instrumento internacional que deben interpretar. En la medida en que estos dictámenes posean legitimidad de contenido y sensatez en la decisión, aumentará su fuerza de seguimiento.

Lo dicho debe complementarse con un mecanismo recursivo ágil que permita remediar, en la jurisdicción inter o supranacional, las interpretaciones arbitrarias de los derechos humanos de fuente internacional que ocurran en la esfera de los Estados. En tal caso, el órgano supranacional puede operar como una especie de tribunal de casación en materia de aquellos derechos.

7. En definitiva, la interpretación de los derechos humanos de fuente internacional practicada por órganos judiciales nacionales e internacionales exige asumir: *a)* que hay problemas interpretativos generales necesariamente polémicos y sobre los cuales no hay doctrina uniforme; *b)* que existen ya plasmadas algunas reglas interpretativas específicas en materia de derechos humanos; y *c)* que es necesario repensar seriamente las bases y el sistema de compatibilización de la interpretación de los derechos que realicen los órganos de ambas jurisdicciones.



# LA FORMACIÓN DEL DERECHO PROCESAL ORGANIZACIONAL. PRESUPUESTOS Y CIRCUNSTANCIAS DEL NACIMIENTO DE UNA NUEVA CIENCIA

HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ  
(Argentina)

*En homenaje al maestro argentino  
Germán J. Bidart Campos.*

A la historia de la ciencia le ocurre algo parecido a lo que le ocurre a la historia de la política: nace y se desarrolla por impulso de situaciones de necesidad, mucho más que como consecuencia de la voluntad y creatividad de los investigadores. Ambas son hijas de las circunstancias, nos diría el maestro Ortega y Gasset. Y son las circunstancias las que determinan el reconocimiento de la necesidad de otorgarle autonomía a un campo científico, como respuesta del intelecto para superar un determinado estado de necesidad.

El alcance de la presente investigación estuvo determinado en sus comienzos por la necesidad de producir un diagnóstico sobre la situación de crisis en que se encuentra el servicio de Justicia en la Argentina. El estudio empezó como una investigación a ser aplicada en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, con especial referencia al fuero civil y comercial; sin embargo, la equivalencia del fenómeno a nivel nacional fue determinando la conveniencia de extender las conclusiones del mismo a todo el país, siempre con referencia al referido fuero.

Sin embargo, el hilo de las investigaciones nos ha ido llevando, cada vez con mayor firmeza, a una conclusión que se impone por su propio peso argumental: resulta imperioso sistematizar el saber organizacional que gobierna el proceso judicial, no por el mero prurito de realizar una especulación teórica, sino para ponernos en condiciones de superar la situación de crisis y el severo reproche que la sociedad le hace al mal funcionamiento del sistema judicial. Pero como toda sistematización pretende autonomía, aun en el marco del saber global, la referida conclusión ha ido llevando a otra no

menos madura ni, por cierto, menos clara y evidente: el saber organizacional aplicado al proceso judicial determina la existencia de un nuevo campo autonómico en las ciencias sociales: el Derecho Procesal Organizacional.

Para nosotros no resultó sorprendente el descubrimiento. Ha sido el resultado natural de aplicar pensamiento sistémico a la política y al Derecho. Es otra etapa más en el camino de nuestras investigaciones en el campo de las ciencias sociales. Primero dirigidas a aplicar el saber sistémico y cibernético a la política (*Cibernética y Política*, 1985). Luego bajar la línea de la investigación al campo del Derecho (*¿Es eficiente la funcionamiento del Derecho?*, Editorial Ciudad Argentina, 1998). Ahora el saber organizacional radica su aplicación al proceso jurídico y la consecuencia es clara: se hace necesario autonomizar dicho campo del saber científico, para que pueda operar con plena fuerza en el objetivo prioritario que lo determina: sacarlo del colapso al sistema de Justicia, hacerlo eficiente y creíble a los ojos de la sociedad.

Debemos tener presente que “mientras los médicos, los químicos y los ingenieros han sabido inventar nuevas técnicas y hacerse con nuevos medios para el progreso de sus disciplinas al servicio de la humanidad, los jueces y los abogados seguimos manipulando con armatostes medievales que sólo tienen el don de la espectacularidad (en tanto erudición) pero no de la eficacia. Asistir a un proceso es tener a veces la impresión de estar concurriendo a una de esas justas literarias del lirismo provenzal, y es sentir la angustia de ver lo poco que cuenta en todo ello el justiciable” (Luis Muñoz Sabaté, *Técnica Probatoria*, 3a. edición, 1993, Ed. Formularios, Barcelona, pág. 16), y tampoco las necesidades sociales en su conjunto.

Es generalizada la opinión entre los investigadores especializados que se han ocupado en nuestro país sobre la situación de colapso y crisis en que se encuentra el funcionamiento del servicio de Justicia. Por todos recordaremos las autorizadas opiniones de dos personas que han estudiado con gran idoneidad el tema. Uno como investigador, el Doctor Rafael A. Bielsa, el otro, además de investigador como ex magistrado judicial, integrante primero de la Suprema Corte de Justicia en la Provincia de Buenos Aires y luego de la Corte Suprema nacional, el Doctor Mariano Cavagna Martínez. Sus posiciones serán consideradas más adelante.

Como bien ha señalado Enrique Iglesias (Presidente del B.I.D.) las mayores demandas que se escuchan en los países de América Latina están relacionadas con la construcción de economías basadas en un mercado eficiente, con una inversión privada activa, lo cual supone el cambio de la legislación y nuevas instituciones que permitan entender, administrar y prestar servicios de justicia necesarios para abordar los nuevos desafíos de sus economías (de su discurso la Conferencia sobre Justicia y Desarrollo organizada por el B.I.D. realizada en Montevideo, en 1995; ver el libro *Economía política de la reforma judicial* que recopila todas las ponencias, bajo la dirección Edmundo Jarquin y Fernando Carrillo, pág. 4). Y esas nuevas instituciones de las que habla Iglesias no pueden sino estar referidas a un nuevo modelo de Justicia

desburocratizada, a partir de reformas organizacionales que dejen de lado prejuicios formalistas que no se apoyan en ningún fundamento empírico serio de imprescindibilidad. Señala el Presidente del B.I.D. que “La justicia es parte integrante del desarrollo social, que a su vez pide la administración eficaz de la justicia. Cuando se considera en términos amplios, el desarrollo está vinculado a la defensa de los derechos humanos, a la dignidad del género humano y a la necesidad de apreciar la realidad societal institucional sobre al cual se base el crecimiento económico y social que llamamos desarrollo” (citado por Paúl S. Vaky en su trabajo del libro del B.I.D., citado, pág. 442).

También resulta muy importante tener en cuenta la observación de Fernando Carrillo (Asesor Principal del B.I.D.) en el sentido de que si bien es cierto que en América Latina los controles de inflación, la estabilización macroeconómica y el fomento de la apertura del comercio han producido resultados, también es claro que las reformas institucionales no se han generado en forma espontánea como muchos lo proclamaron en el momento del paroxismo neoliberal. Es bueno tenerlo en cuenta, señala Carrillo, porque allí el papel del Estado ocupa un papel estelar, en términos de redimensionamiento de su redefinición, de la necesidad de recuperación de su capacidad institucional, así como también de la necesidad (por parte del Estado) de su reivindicación y rehabilitación (palabras de Fernando Carrillo que pueden leerse en libro del B.I.D., citado, pág. 451).

Solamente de ese modo será posible arribar al objetivo tan frecuentemente predicado por el Presidente del Fondo Monetario Internacional, Michel Camdessus, objetivo que no debe ser otro que los países de América Latina logren profundizar la reforma del Estado, a fin de introducir en las respectivas políticas nacionales el elemento de justicia distributiva que hoy, por lo general, se carece, así como promover el cambio cultural implícito y necesario para esta transformación (citado por el Ministro de Justicia de Colombia, en el libro *La economía política de la reforma judicial*, citado, pág. 16).

Es que sin reforma judicial la rebaja de los costos de transacción y la protección de la propiedad en el país se torna ilusoria. El cambio permanente de las normas que regulan la actividad empresarial es tan grande que, aparte de la incertidumbre que instala, obliga a los empresarios a que se tengan que ocupar más en adecuarse permanentemente a dichos cambios, así como a luchar en la ciénaga de la burocracia judicial, que de lograr la calidad total de sus productos para poder insertarlos con provecho en los mercados.

Pero además de estos males estrictamente económicos, la ineficiencia judicial genera males de tipo institucionales. Nadie en la sociedad puede tener un buen concepto de la Justicia cuando ella es insuficiente y corrupta. Lo triste, en ese sentido, en nuestro país es que la Argentina se encuentra en el piso de la confianza ciudadana en relación con la Justicia. Una encuesta levantada recientemente por la Consultora Graciela

Romer y Asociados marca que de 805 ciudadanos consultados, en Capital y Gran Buenos Aires, solamente un 6% manifestó confianza en la Justicia (Noticia del Diario “La Razón” del 2 de junio de 1997). Si confrontamos esta encuesta con una investigación realizada por C. Lemoine en 1994, en el Japón el 68% confía en la Justicia, en Alemania el 67%, en Inglaterra el 66%, en Uruguay el 53%, en Estados Unidos el 51%, en Colombia el 26%, en Perú el 21%, cerrando la nómina Guatemala con un 15% de credibilidad (Fuente PNUD, 1994, Informe sobre desarrollo humano.) Más triste no puede ser la situación argentina.

Nos ha manifestado E.R. Graña, quien ha revisado el presente estudio que, no cree que el Poder Judicial sea corrupto. Que en él —con seguridad— hay corrupción, como en la mayor parte de las organizaciones humanas, pero que no se puede afirmar que tal vicio se manifieste allí con mayor intensidad que en otras partes. Lo que parece decisivo, afirma Graña, sea cual fuera la verdad de los hechos, es que así lo ve la sociedad. Este comentario, con el cual coincidimos, lo introducimos porque nos gustaría que cualquier integrante de la Justicia, al sentirse aludido, no deje de tener en cuenta las consideraciones que siguen a continuación.

Edgardo Buscaglia, de la Georgetown University afirma que los resultados de los estudios con cuestionarios sobre las empresas en toda América Latina indican que el sistema judicial está considerado como una de las diez limitaciones más significativas para el desarrollo del sector privado. Destaca que en la Argentina el tiempo promedio para la disposición de las causas en jurisdicción civil alcanza a más de tres años, según investigación realizada en 1993.

Según Graña, un trámite contencioso promedio en ese fuero debe estimarse, prudencialmente, como mínimo, que dura dos años. Afirma que probablemente la verificación en otros fueros con similar procedimiento no arroje resultados diferentes. Este tiempo de duración es más amplio que el verificado por otras fuentes de encuestamiento que se tienen en cuenta en el presente estudio, lo cual marca lo relativo que son dichas investigaciones. Sin embargo resulta harto significativo para esta investigación que Buscaglia haya verificado que en nuestro país aproximadamente el 70% del tiempo de trabajo de los jueces se emplea en tareas no relacionadas con su cargo: es decir no en tareas jurisdiccionales sino administrativas, tales como firmar cheques o solicitar material de oficina. Marca Buscaglia, que dicha actividad no es realizada con desagrado por los magistrados, quizás, afirma, porque ello “les produce el falso sentimiento de autonomía presupuestaria y de capacidad planificadora” (cita al respecto un trabajo de Jesse Cassaus de 1994, no publicado: *Court Administration in Latin America*). No comparte Graña estas apreciaciones. El considera que es cierto que los integrantes del Poder Judicial pierden mucho tiempo en tareas estrictamente jurisdiccionales, pero que ocuparse de ellas suscita, más bien, la sensación contraria.

Rafael Bielsa es terminante cuando nos dice “no existen políticas de distribución de recursos (en relación con la Justicia bonaerense), el criterio de independencia de los

magistrados se privilegia al de la racionalidad en la asignación de los recursos humanos y materiales; no se ha definido ni incorporado decididamente la función de organización y métodos de diseño estructural; la carencia de elementos suele resolverse por relaciones informales; no se promueve ni existe en la cultura organizacional una tendencia al tratamiento de cuestiones comunes entre distintas dependencias...”. (Ver su libro *Transformación del Derecho en Justicia.*, Ed. La Ley, 1993, pág. 84).

A su turno, Cavagna Martínez hace patente que (en la Justicia de la Provincia donde él integró su más alto órgano jurisdiccional) “los edificios no poseen adecuados dispositivos, señales, personal de información que oriente acerca de las dependencias allí alojadas; el mobiliario no contempla necesidades de archivo de expedientes, fichas y libros; sobrevuela la difusa sensación de que no existen los recursos, y esta es la razón de por qué ni siquiera se intenta solicitarlos (ver su trabajo en el libro colectivo sobre *Reforma Constitucional* editado por la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, 1990, pág. 293.)

El 11 de noviembre de 1990 el diario “El Clarín” publicó un informe especial titulado “La justicia en crisis”. El balance fue lapidario: “la justicia argentina es lenta, cara e insegura. Estos son algunos de los males que aquejan su funcionamiento. Un juicio cualquiera no dura menos de un año. Si el proceso es largo, el cliente tiene que pagarle más al abogado. Muchas veces un fallo depende del juez que le toque en suerte. Para una gran mayoría, la justicia sigue siendo una estructura complicada cuyos mecanismos se desconocen. La justicia vive una domesticada zozobra”. El periódico había confrontado opiniones de Genaro Carrió, Augusto Belluscio, Miguel Jantus, Ana Isabel Piaggi, Miguel Grispo, Alberto Blinder, Mario Oderigo, Fernando Lemme y Néstor Fiori. Esta es la idea generalizada que está instalada en la opinión pública, y que justifica por sí sola su develamiento, para intentar su modificación, a partir de una investigación, no de opinión, sino de carácter científico.

En el “estudio de opinión acerca de la Justicia en la Argentina”, la encuestadora Gallup nos informa, en 1994, que el 84% de los consultados considera que la Justicia favorece a los ricos y a los poderosos; el 88% entiende que el acceso a la Justicia no es igual para todos; en tanto que el 54% desaprueba el desempeño de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país. Por estar politizada en su integración actual, ha sido la conclusión de Adrián Ventura en una nota en “La Nación” publicada el 15 de diciembre de 1996. Considera Graña que si bien esta publicitada politización puede usarse para argumentar contra el sentido de fallos judiciales puntuales, seguramente no explica en absoluto la ineficacia de la organización como tal, que es lo que para él resulta más grave. Para nosotros ambas cosas son graves: la politización y la desorganización burocrática del sistema.

Otros datos de la encuesta Gallup demuestran que quienes emiten opinión emplean lo que se llama información de segunda mano, ya que solamente un pequeño porcentaje declara poseerla directamente. Ciertos consultados, por ejemplo, descono-

cen las funciones de determinados órganos de los que antes opinaron mal. Esto no quiere decir, desde luego, que siempre se equivoquen. Entiende Graña que en la actualidad hay determinadas noticias que se “venden” mejor que otras. Basta para ello ver los espacios estables en los noticiosos de televisión de casos judiciales y la vasta ignorancia de los trámites y de la organización judicial que demuestran dichos columnistas.

También el referido matutino nos informa, más recientemente, que la Consultora Guzmán, Heredia y Asociados, consultadas 1400 personas en la Ciudad de Buenos y en el gran Buenos Aires, tuvo como respuesta que sólo el 10% de los consultados manifestó tener mucha o bastante confianza en la Justicia, en tanto que el 16,16% expresó que tenía poca confianza en los jueces y 73% dijo que tenía poca o ninguna confianza en dicho poder del Estado. En términos comparativos con la confiabilidad que le ofrece la Policía a la sociedad, dicha consulta dio como respuesta un resultado equivalente. Que la sociedad considere del mismo modo al brazo armado del sistema que a los operadores racionales, es muy grave, pues lo tradicional es que se parta de la base que el nivel cultural de estos últimos debe generar más credibilidad (ver nota en “La Nación” del 15 de junio de 1997, pág. 10).

En dicha encuesta llevada adelante por Gallup un 49 % calificó como mal o muy mala la *performance* de la Justicia, en tanto que el 40% la calificó como regular. Solamente el 9% la evaluó como buena, en tanto que el 2% no se expresó. Resulta claro que la sociedad la tiene clara, aunque estuviera equivocada. Graña tiene en este punto una opinión contraria: considera que es posible que dicha posición no esté errada, pero está seguro que la sociedad “no tiene clara” su opinión al respecto. Lo menos que podemos decir es que la gente tiene mala imagen de la Justicia, aunque en la mayoría de los casos no sabe como ella actúa. Desde ya que se lleva por la opinión de los formadores de opinión, más que de sus propias experiencias. De todos modos el presente estudio no desmiente las conclusiones de la opinión pública, sino que la trata de esclarecer, amen de intentar encontrarle solución al problema.

Continuando con la encuesta Gallup interesa destacar que los parámetros utilizados para evaluar el desempeño de la Justicia fueron: lentitud y burocracia (35% la calificó de tal manera), injusta, parcial y privilegiadora de los ricos (18%), es corrupta e impune (18%), es ineficiente (10%), es dependiente y politizada (9%), es débil con los delincuentes (7%), la legislación está desactualizada (5%), le faltan recursos e infraestructura a la Justicia (2%). Como podemos apreciar más de un 80% no calificó mal a la Justicia, no obstante que casi la mitad de los consultados la tiene descalificada en forma general y abstracta. Ello demuestra que cuando se trata de individualizar los males, la gente no sabe que decir. Graña agrega a lo expuesto que también es frecuente que quienes forman la opinión pública no conocen a fondo el tema. La politización o la corrupción, ni aun en la opinión común, explican la calificación general.

Es decir que pocos la tienen clara. Una manera de relativizar la importancia de las encuestas de opinión. No existe una adecuada información pública. Seguramente el

principal responsable es el propio Poder Judicial, pero también la generalidad de los medios, en quienes el público más confía (*cf.* con estas apreciaciones E. R. Graña).

Desde otra perspectiva del estudio que estamos considerando, interesa destacar que para el 84% de la población consultada, la justicia argentina favorece a los ricos y a los poderosos, en tanto que solamente un 10% cree que es igualitaria. Lo que debiera tener en claro la gente es que la igualdad ante la ley solamente está exigida por la Constitución en igualdad de condiciones. Es decir que la Constitución no obliga al sistema de Justicia a igualar a los desiguales, sino a tratarlos como iguales en la medida que ellos lo son en la realidad. Un pobre no tiene derecho, a recibir prestaciones compensatorias de su situación de falta de recursos por vía de acciones judiciales. Solamente hay derecho a prestaciones necesarias en caso de estado de necesidad de bienes prioritarios, como la vida o la salud, siempre que el Estado cuente con recursos, pues no se puede exigir el cumplimiento de prestaciones de imposible realización. Manifiesta Graña que solamente en el derecho del trabajo la duda favorece a la parte que, en principio, es menos poderosa.

De todos modos pensamos que la encuesta refleja otra clase de creencia, de mucho costo para la calidad de la valoración social de nuestra sociedad: la gente cree que los ricos responsables no son condenados, en tanto si cree que los pobres responsables, y aun los que tienen poca responsabilidad, sí merecen condenas. Sería importante una investigación sociológica cuidadosa sobre los diversos matices de este tipo de problemática social, a los efectos de no improvisar conclusiones infundamentadas.

Para ir concluyendo con el análisis de la encuesta Gallup, interesa saber que para el 65% de los consultados la justicia argentina es excesivamente lenta. Todas las investigaciones técnicas llevadas a cabo por especialistas, como veremos más adelante, corroboran la apreciación espontánea de la gente. En tanto que el 57% de quienes fueron entrevistados consideran que nuestra Justicia es corrupta. Al revés del punto anterior, las investigaciones de nuestros especialistas no han podido corroborar semejante conclusión. Lo cual no implica ni negarla ni afirmarla. Se advierte fácilmente que el tema no ha sido materia de investigación detallada. Seguramente no será fácil llevarla a cabo con suficiente idoneidad.

En consonancia con la encuesta Gallup, las conclusiones a que había llegado dos años antes la Fundación Idea no son muy diferentes Pero interesa considerar la encuesta que en tal ocasión se realizara por la sencillez de su formulación. Preguntados los interrogados sobre diversos atributos del servicio de Justicia, estas fueron sus respuestas:

Rapidez	Malo	90,10%
Eficiencia	Regular/Malo	90,00%
Confiabledad	Regular	72,73%
Independencia	Regular	54,50%
Justa	Regular	72/73%

De dicha encuesta se manifestó que en las audiencias regularmente no estaban ni el Juez, ni el Secretario ni el Fiscal: el 54%; que las transcripciones de las audiencias no son fieles: el 54,55%, que el personal que asiste a las audiencias no está debidamente capacitado: el 63,64%. (Consultar *Administración del Juzgado*, Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 1994.)

Debemos tener en cuenta que estamos sometidos los hombres de nuestro tiempo a una velocidad de cambio científico y tecnológico, así como de costumbres sociales, que no tiene parangón histórico. Los cambios, además, se encuentran encadenados, de forma tal que aquella transformación que pueda producirse en un área importante del saber o del quehacer social, producen reacciones en cadena, en “tiempo real”, en múltiples puntos del sistema mundial. “Solo puede hablarse de cambios ultraacelerados, donde el presente casi se funde con el futuro, porque las distancias son acortadas por una tasa de cambio inédita (Bernardo Kliksberg: *El rediseño del Estado*, F.C.E., pág. 20). ¿Cómo piensa afrontar el servicio de Justicia semejante realidad? Pareciera que de ninguna forma, sobre todo en nuestro atribulado país.

El mundo se ha convertido en un astro errante, a partir de su velocidad de cambio. Se ha incrementado la complejidad de los entornos sociales y del ser social mismo. La complejidad existente hace difícil escrutar el porvenir inmediato. Entonces todo es impredecible. La falta de certidumbre gobierna al sistema social, quizás más que al propio cosmos. La inestabilidad es la situación normal, donde privan “las estructuras disipativas de final abierto” (Ilya Prigogine: *Tan sólo una ilusión ¿Una exploración del caos al orden?*, Turquets, Barcelona, 1988). Y lo cierto es que esta tremenda afirmación del Nóbel de Química, es perfectamente aplicable al sistema social. Razón de más para afrontar la organización de un sistema de Justicia a partir del análisis de resultados, aunque ellos sean inciertos, que de dogmas normativos ciertos aplicados a un mundo que no resulta conocido.

A esta difícil tarea Germán J. Bidart Campos aporta toda su extensa y valiosa obra de publicista, pero, particularmente, sus profundos estudios sobre Sociología Jurídica volcados en el quinto tomo de su *Tratado Elemental de Derecho Constitucional* (Ediar 1993), y particularmente su profunda indagación filosófica sobre *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa* (Ediar, 1995) estrella polar que guía siempre nuestros esfuerzos para el apostolado del ilustre maestro argentino se haga realidad.



# EVALUACIÓN DEL AMPARO ARGENTINO HASTA LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

JORGE REINALDO VANOSSI  
(Argentina)

**SUMARIO:** I. Breves antecedentes. II. Alusión a algunos Proyectos y Congresos Académicos. Apéndice.

## I. BREVES ANTECEDENTES

La acción de amparo ha tenido en nuestro país, durante los últimos 40 años una importante evolución, primero, y una grave involución, después. No me detendré en analizar los antecedentes de esta acción en el Derecho comparado, que se remontan al Derecho romano, y pasan por el Derecho inglés y norteamericano (ver: Alsina, Hugo: *Tratado teórico práctico del Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1961, segunda edición, tomo IV, página 353 y siguientes).

En nuestra América Latina, el amparo tiene conocidos lauros, particularmente en México y Brasil. En México, el juicio de amparo fue instituido por el Acta de Reformas a la Constitución, el 18 de mayo de 1847, y reglamentado por la ley de amparo. En su artículo 107, la Constitución mexicana vigente se refiere al amparo con perfiles amplísimos, pues lo admite, incluso, contra sentencias judiciales y contra leyes. El ejemplo de la Constitución mexicana fue seguido por otros países hermanos, como las Constituciones de El Salvador, de 1886; de Nicaragua, de 1893; de Honduras y Guatemala, en 1894. Más recientemente, la Constitución de Costa Rica de 1919 estableció que “para mantener o restablecer el goce de otros derechos consagrados en esta Constitución, a toda persona le asiste, además, el recurso de amparo, del que conocerán los tribunales que fija la ley”.

En Brasil tuvo también una importante tradición desde la Constitución de 1890, que, al conocer el habeas corpus, le daba una enorme amplitud, pues no solo podía utilizarse contra las restricciones a la libertad corporal, sino que se concedía también

“siempre que el individuo sufra o se halle en inminente peligro de sufrir violencia o coacción, por ilegalidad o abuso de poder” (artículo 72, inciso 22). Posteriormente, la Constitución de 1946 en su artículo 141 trata el “mandado de segurança” de esta forma: “La Constitución asegura a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad de los derechos concernientes a la vida, la libertad, la seguridad y la propiedad, en los términos siguientes: ... 24) Para proteger derecho cierto y firme no amparado por hábeas corpus, se concederá mandato de seguridad, sea cual fuere la autoridad responsable de la ilegalidad o abuso del poder”.

La ley 1533, del año 1951, tiene una redacción semejante en la citada Constitución. En 1948, también reconoció el amparo la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de las Naciones Unidas, y la Declaración Americana de los Derechos del Hombre de la Organización de Estados Americanos.

Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José de Costa Rica, recientemente incorporada a nuestro Derecho positivo consagra también el Derecho de todas las personas a la protección judicial, por medio de un recurso sencillo y rápido, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o esa Convención (artículo 25).

El Derecho público provincial de nuestro país también puede exhibir valiosos antecedentes. La Constitución de Santa Fe de 1921, que en tantos aspectos significó un hito en el constitucionalismo provincial, consagró la acción de amparo contra actos inconstitucionales.

Posteriormente, la Constitución de Entre Ríos de 1933 consagra el amparo, de los derechos que nacen de la ley o de la ordenanza, mientras que la de Santiago del Estero de 1939, también la incorporó para proteger los derechos individuales establecidos en la Constitución Nacional o provincial.

Las recientemente reformadas Constituciones provinciales, también se han ocupado de esta acción. A manera de ejemplo, citaré la Constitución de San Juan de 1986, en sus artículos 40 y 41.

En el ámbito federal, durante muchos años se debatió a nivel jurisprudencial en torno a la procedencia o no de la acción de amparo.

Durante muchos años, nuestra Corte Suprema no aceptó esta acción, sosteniendo que los jueces no podían arbitrar vías procesales no rehiladas en las leyes. Fueron famosos el caso “Bertotto” (diario “Democracia”), en que se negó la extensión del habeas corpus a la protección de otros derechos distintos de la libertad física; el caso “Malvar”; el caso “San Miguel” (diario “La República”), en que se mantuvo la tesis restrictiva, pese a contar con la norma de la Constitución de 1949 que jerarquizaba y extendía los efectos del habeas corpus.

En la Convención Nacional Constituyente de 1957 se presentaron once proyectos para incorporar el amparo a nuestra Ley Fundamental, y la comisión redactora, tanto en el despacho de la mayoría como en el de minoría, aconsejó el agregado de un artículo nuevo a continuación del artículo 18, por el que también se lo incorpora.

Y ese mismo año 1957, tuvo entrada definitiva en nuestro Derecho federal la acción de amparo, por vía pretoriana, al dictar nuestra Corte Suprema sentencia en el antológico caso “Siri, Angel”, y pasar, al año siguiente, a reconocerle aun mayor extensión en el también trascendente caso “Kot, Samuel”. Ambos fallos se inscriben entre los de la mayor significación de toda la historia de nuestra Corte.

En el primero, la Corte afirmó la plena operatividad del capítulo inicial de la Constitución, que formuló la Corte con la sola cita doctrinaria de un autor argentino: Joaquín V. González. En el segundo, la Corte avanzó aún más, al considerar que el amparo era procedente no sólo contra acciones ilegítimas provenientes de la administración pública, sino también de actos de los particulares. Más aún: reconoció la existencia de los grupos de interés, más allá de toda discusión doctrinaria, reconociéndoles carta de ciudadanía en el problema protagonice de la protección de los derechos.

El maestro Bielsa definía al amparo como el que “se promueve para defender derechos reconocidos expresa e implícitamente en la Constitución” (“Jurisprudencia Argentina”, febrero 2 de 1964).

El concepto es correcto, porque el amparo es la respuesta política que ha dado el Derecho Judicial a la necesidad de que los derechos que figuran expresa o implícitamente consagrados en la Constitución sean tales en la medida que cuentan con la acción pertinente para su efectividad. Esto importa tanto como decir que el amparo es la clave destinada a conferir u otorgar operatividad constitucional a todo el capítulo de los derechos establecidos en nuestra Ley Suprema (Vanossi: *Teoría constitucional*, tomo II, páginas 281/282).

En definitiva, el amparo apunta a lograr la plena operatividad de todos los derechos individuales consagrados en la Constitución. Señalábamos anteriormente que la Corte, en el antológico caso “Siri”, cita a Joaquín V. González, por cuanto fue el autor que, a fines del siglo pasado, tenía bien en claro el problema de la superación de la doctrina europea de los derechos públicos subjetivos, y señalaba la procedencia de esa protección *erga omnes*, que recién se estaba insinuando en algunos países. En verdad, González ha sido entre nosotros el precursor de la operatividad plena del capítulo inicial de la Constitución.

Se puede advertir la verdadera dimensión del tema, si medimos el tránsito que va desde el siglo XIX en que fueron originalmente sancionadas la mayor parte de las Constituciones del continente americano, hasta nuestros días, en las puertas del siglo XXI, pues mientras la tónica del siglo pasado fue declarar derechos y sancionar constituciones, la tónica finisecular actual, consiste fundamentalmente en “efectivizar” derechos, o sea, en realizar y concretar proyectos y programas constitucionales.

Como ya señalamos, el amparo fue en nuestro país creación pretoriana, cuyo sentido fundamental y básico fue la finalidad de operativizar las cláusulas de la libertad, contenidas en el capítulo dogmático o parte perceptiva, es decir, la parte inicial de la Constitución. En definitiva, el amparo surgió pese a la reticencia del legislador, como una acción de Derecho público, emergente en forma directa del texto de la Constitución Nacional. Y esto ocurrió después de un siglo de sancionarse el texto constitucional.

En tiempos recientes, la Corte ha avanzado aun más en este tema de la plena operatividad de los derechos consagrados en la Constitución, al decir, en el caso Pérez de Smith, que un derecho que no se realiza no es un derecho.

En otros términos, la filosofía del amparo está en el principio de la necesidad de asegurar la efectividad del derecho, pues declamaciones sobran, pero efectividades faltan. Y según Ihering –a quien la Corte glosa en el último fallo citado– un Derecho que no se realice no es en definitiva un derecho, es una declamación. Y yo agregó, por mi parte, que es un catálogo de ilusiones.

En otra oportunidad he señalado la relación de paralelismo que existe entre los problemas que suscita el principio de la supremacía constitucional y la consagración, en las constituciones sancionadas a partir del siglo XVIII, de los derechos de la persona humana. Ese paralelismo consiste fundamentalmente en que la supremacía es un principio, pero no alcanza eficacia si no tiene control. Y los derechos son una declaración que no tiene eficacia si no existen garantías. Por lo tanto, los problemas de la técnica constitucional del control, tienen su equivalencia e importancia semejante en los problemas de la técnica constitucional del garantismo.

También he escrito reiteradamente, que en el Estado contemporáneo hay algunas reglas de oro que presiden la estructura constitucional, y la primera de ellas es que, a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un vigoramiento de los controles, es decir, a todo aumento de la esfera de las potestades, debe darse correlativamente un potenciamiento de los controles” (ver Vanossi: “Acción de Amparo y Acción de Inconstitucionalidad en el Derecho Público Federal Argentino”, *El Derecho*, tomo 99, página 794).

Y así es como el amparo nace de la necesidad de que exista una vía sumaria y expeditiva que, al tutelar derechos de rango constitucional, funciona a la vez como una protección de la superlegalidad. En definitiva, la valoración del amparo nos conduce a situarlo como un medio fundamental para la protección de la supremacía constitucional.

El amparo integra, con el recurso extraordinario, la acción de inconstitucionalidad, el hábeas corpus, el recurso contra sentencias arbitrarias, y el recurso por gravedad institucional, el cuadro instrumental de los medios creados para ejercer en su plenitud el control de constitucionalidad.

El recurso extraordinario, en los casos en que se plantea la inconstitucionalidad como defensa o excepción, regulado ya en el siglo pasado, en los primeros años después de la sanción de la Constitución, en el ya legendario artículo 14 de, la ley 48.

La acción de inconstitucionalidad prevista en casi todas las provincias, pero no en el orden federal nacional argentino, pero que en la opinión de algunos autores a la que suscribo existe pretorianamente, embrionariamente.

La acción del habeas corpus para el caso concreto y determinado de la libertad física o deambulatoria.

El recurso contra sentencias arbitrarias, que también es creación pretoriana de la Corte, que permite invalidar o nulificar las sentencias inconstitucionales, toda vez que la arbitrariedad es vicio de inconstitucionalidad en todos aquellos casos en que la Corte considera que tal vicio o lesión al derecho constitucionalmente protegido no está en la norma ni en un hecho, sino que radian en la sentencia misma de un juez inferior. En esos casos, sustrayendo a la sentencia de jurisdicción local, la Corte Suprema la lleva a la jurisdicción federal, para nulificarla.

Finalmente, el recurso por gravedad institucional, una suerte de *writ of certiorari*, como en el de la Corte norteamericana, que opera en aquellos casos en que no estando reunidos los recaudos formales que permiten llegar a la Corte, sin embargo ésta abre su vía y permite la llegada del caso ante ella misma, por que considera que si fuera necesario esperar a la reunión de los recaudos; formales, cuando llegue a intervenir ya sería tarde, se habría consumado una frustración de los derechos constitucionales en juego. Por lo tanto, la Corte decide sacrificar lo formal en aras de lo sustancial. Para ello se basa, según los casos, sea en un principio que es el de la verdad jurídica objetiva, que le permite dar primacía a la verdad sustancial frente a los ápicos procesales' o a los meros recaudos procesales; o bien, se basa en la existencia de lo que llama cuestión federal bastante, o interés institucional suficiente. Esto es también de creación pretoriana y sin que ninguna ley lo haya establecido.

Cada uno de esos engranajes opera en un sector o aspecto determinado del control. Y la acción de amparo está destinada en ese esquema a la descalificación de actos o hechos inconstitucionales, de la misma manera que el recurso por arbitrariedad tiene por fin la descalificación de sentencias arbitrarias, y el recurso extraordinario del artículo 14 de la ley 48 cumple la función de fulminar la aplicación de normas inconstitucionales.

El objetivo del amparo, como acción protectora de los derechos subjetivos es concretar la concepción de la libertad como un "*prius*", es decir, como un dato *a priori*, en el cual la libertad sea entendida como un presupuesto de la autoridad y no inversamente.

Además, persigue entender a todas las normas constitucionales como normas de competencia, lo cual es fundamental en la teoría constitucional para poder sacar en definitiva algunas conclusiones sobre la función y la aplicabilidad de las normas constitucionales (Vanossi: "Acción de amparo y acción de inconstitucionalidad en el Derecho Público Federal Argentino", *El Derecho*, tomo 99, página 795).

El amparo juega no sólo para la protección de los derechos públicos subjetivos (utilizo aquí la terminología de Jellinek, Orlando y otros autores europeos), sino también para la protección de los derechos privados subjetivos, cuando los remedios procesales ordinarios no sean suficientes. Esto significa que, en nuestro lenguaje jurídico, “Derecho subjetivo” es equivalente a derechos humanos, porque todos éstos están protegidos por el amparo, según la Corte, y este tribunal inició su doctrina utilizando esa expresión “derechos humanos”. Esa es la terminología que utiliza la Corte en sus últimos años: en vez de derecho subjetivo, protección de los derechos humanos.

En la Argentina, el amparo ha sido el instrumento, el medio o el remedio conducente para dar a los derechos de la Constitución Nacional el nivel de eficacia jurídica que en el sentido o acepción más estrictamente kelseniana permite hablar de derechos subjetivos, es decir, de situaciones jurídicas impulsoras y motorizadoras del órgano jurisdiccional sancionatorio de la violación de esos derechos.

Debe recordarse que la Constitución de 1853 extendió los beneficios del goce de los derechos humanos a los argentinos y a los extranjeros, a todos los habitantes que quisieran morar en este suelo.

Consecuentemente, el amparo debe ser entendido en nuestro medio en el marco de los derechos subjetivos, que son para nosotros aquellos que tienen acción, o sea, los que están munidos de la acción protectora. Derechos subjetivos, por lo tanto, son los derechos garantizados jurisdiccionalmente. En definitiva, pues, tanto el juez amparista (es decir el órgano) como el procedimiento de amparo (la regulación procesal y la acción de amparo, que es una acción de Derecho público que nace o que brota directamente de la Constitución) se explican y se seguirán justificando por las infinitas modalidades de violación que pueden sufrir los derechos humanos. En tanto y en cuanto subsistan las violaciones a los derechos humanos, deberá subsistir y vigorizarse el amparo.

En síntesis: el amparo a los derechos se deriva de la propia supremacía de la Constitución en que están enunciados esos derechos, por lo que se traduce, en su aplicación, en una de las facetas del control de constitucionalidad. Tomado desde este punto de vista, el amparo es en muchos regímenes políticos, un aspecto parcial o sectorial del sistema general de control de la supremacía, que viene a completar el cuadro de remedios o instrumentos tendientes a asegurar la plena vigencia de las cláusulas constitucionales, frente a todo intento de violación o apartamiento. Para utilizar la terminología de James Goldschmidt, aceptada por Carlos Sánchez Viamonte, el ordenamiento constitucional se caracteriza por su generalidad y por su inquebrantabilidad: para asegurar esto último es que el propio ordenamiento prevé diversos mecanismos conducentes a descalificar o fulminar aquellos actos o normas que puedan producir una lesión constitucional (Vanosí: *Teoría constitucional*, tomo II, pág. 273).

## II. ALUSIÓN A ALGUNOS PROYECTOS Y CONGRESOS ACADÉMICOS

Los primeros proyectos para establecer una ley de amparo en nuestro Derecho federal datan de más de 60 años. Sin embargo, recién en 1966, se dictó en ese ámbito una

norma reglamentaria del amparo, aunque, como ya lo señaláramos anteriormente, en 1957 apareció como creación pretoriana de la Corte. Es decir, que desde 1957 hasta 1966 existió por su aceptación por la Corte, pero careciéndose de una ley reglamentaria.

Bidart Campos observa que, de alguna manera, la falta de reglamentación hizo al amparo más elástico y flexible, aunque más inseguro (Bidart Campos: *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, comentario del suscrito en “Jurisprudencia Argentina”, 24-XI-1969).

Lo cierto es que, el decreto ley 16.986, emanado del gobierno de facto en el año 1966 –norma que al día de hoy se encuentra vigente– lamentablemente no significó un avance en la materia, sino, por el contrario, un retroceso.

A manera de ejemplo: esta norma retrotrajo el amparo a la situación existente antes del caso “Kot” de 1958, por cuanto admite que se interponga sólo centrar actos de la administración, y no contra los actos producidos por los particulares. Si bien con posterioridad se trató de paliar este déficit al sancionar el actual Código Procesal Civil y Comercial (decreto ley 17.454), en su artículo 321, que permite utilizar esta acción contra actos de particulares, la aplicación de dicho código se limita a los fueros civil y comercial, por lo que resulta una laguna de reglamentación en los casos de amparos contra actos particulares que deban ser incoados en los demás fueros de los tribunales nacionales.

El mencionado decreto ley 16.986 inmediatamente de ser sancionado recibió la crítica de la doctrina especializada (ver, entre otros, artículos de Alberto F. Robredo y de Bartolomé A. Fiorini, en “La Ley”, 3 y 21 de noviembre, respectivamente, de 1966).

Más recientemente, Genaro Carrió, en su trabajo “La acción de amparo y otros remedios extraordinarios”, *El Derecho*, Legislación Argentina, 1982, 1048 a 1052) lamenta que la citada involución haya frustrado “las expectativas que hace 23 años hizo nacer la consagración judicial de la acción de amparo en el área de la protección de las libertades públicas”. Y concluye: “No sería leal a mis convicciones sin destacar tan desconsoladora experiencia.

Numerosos congresos y encuentros de Derecho Constitucional y de Derecho procesal han propuesto que se dicte una nueva ley en la materia. Por sólo citar el caso más reciente, en las “I Jornadas de Derecho Procesal Constitucional”, realizadas en esta ciudad de Buenos Aires y organizadas por la Universidad Católica de Rosario, las opiniones fueron unánimes en el sentido de que resulta imperioso que se dicte una nueva norma que reemplace a la vigente.

El suscrito tiene dicho que el engendro legislativo que ha reglamentado y restringido el amparo, lo excluye de aquellos casos en que la acción de amparo pueda afectar la regularidad de un servicio público. A tal efecto preguntamos: ¿Qué es servicio público? Porque si los administrativistas están en la revisión misma del concepto de servicio público y, luego de la distinción de servicio público en propio e impropio, hoy en día todavía no están muy de acuerdo en cuál es el término donde concluye el

servicio público, esto puede significar que para un juez complaciente hacia el Poder Ejecutivo, todo sea servicio público e, inversamente, para un juez sistemáticamente adverso al poder político, nada sea servicio público. Y así, en un caso para nada procede al amparo y, por el otro caso para todo procede el amparo, que así se transforma en un sanalotodo.

También se excluye en la norma vigente (y éste ha sido uno de los puntos más polémicos) la vía de amparo cuando para ello debe llegar a declarar la inconstitucionalidad de una norma.

Pese a las críticas y a que han transcurrido más de 30 años desde la vigencia del decreto ley 16.986, ninguno de los proyectos posteriores de ley de amparo ha logrado concretarse, por lo que la norma aludida sigue aún vigente.

El proyecto que ahora presento a consideración de esta Honorable Cámara, trata de restituirle al amparo los caracteres que significaron que fuera un verdadero orgullo de la doctrina constitucional argentina, es decir, antes del decreto ley 16.986/66; adicionándole los aportes que ha efectuado en los últimos años la doctrina en el Derecho argentino y comparado.

Entre las principales restricciones que tiene la norma vigente y que este proyecto trata de corregir, podemos mencionar: la ley vigente no admite la acción si los actos restrictivos provienen de particulares, no permite analizar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma, menos aún que el juez analice, de oficio, dicha inconstitucionalidad; exige que previamente se agote la vía administrativa; tampoco permite su procedencia cuando el acto restrictivo proviene del Poder Judicial, sea cual fuere el acto cuestionado.

Tales restricciones han motivado que con mucha frecuencia las acciones de amparo que se promueven ante nuestros tribunales sean rechazadas, y que la solución rápida, inmediata, que debe proporcionar el amparo, no se concrete y devenga totalmente tardía.

Este proyecto, por el contrario, declara procedente el amparo cuando las restricciones provienen de actos de los particulares; permite que el juez analice, aun de oficio, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas, para asegurar la efectiva supremacía de la Constitución; no exige que se agote previamente la vía administrativa; no admite el amparo contra los actos del Poder Judicial solo cuando se trata de actos jurisdiccionales; disminuye las causales de improcedencia de la acción; establece la obligación del juez de subsanar los defectos formales; en caso de estado de sitio, el juez podrá analizar el estado de las condiciones que le dieron origen y su correlación con la medida cuestionada; el proyecto otorga también al juez mayores facultades para asegurar el inmediato y efectivo cumplimiento de sus disposiciones. Me referiré brevemente a algunas de estas características.

La omisión de la norma vigente de regular el amparo contra los inconvenientes provenientes de los particulares, en parte ha sido suplida, porque desde un primer



momento muchos magistrados sostuvieron que la no regulación del amparo en los términos del caso “Kot” no significaba excluirlo o derogarlo, sino simplemente que ese tipo de amparo continua tramitándose a tenor de la creación pretoriana del caso citado. Pero ello no quita que la ley sea defectuosa, y que con frecuencia los jueces rechacen la acción por no estar prevista esta situación en la norma vigente.

El proyecto procura, así, restituir los derechos y garantías al rango que tiene en nuestro sistema institucional. La ley dejará así, bien en claro, que el amparo hace oponible *erga omnes* los derechos y las garantías, es decir, tanto frente al Estado como ante los demás particulares. Y que inconstitucionalidad como vicio no es privativa de las leyes o de las normas y actos estatales, sino de toda actividad que no se ajusta a la Constitución, incluso en la actividad privada. La ley pondrá, así, de relieve, la superioridad de nuestro *bill of rights* sobre el de la Constitución norteamericana; y que como dijera la Corte en el caso ‘Kot’: no interesa de dónde viene el ataque, sino adonde se dirige; siendo constitucional el derecho subjetivo, su agresión es lesiva, de la Constitución emane del Estado o de otros individuos.

En cuanto al acto lesivo que hace procedente el amparo el proyecto admite mayor amplitud: es procedente, así, contra todo acto positivo o negativo, quo lesione en forma actual o de futuridad inminente, es decir, ante la amenaza inmediata, debiendo existir la misma al tiempo de promover la demanda, y subsistir al tiempo de dictarse la sentencia.

Uno de los aspectos más polémicos de la actual normativa sobre amparo es la procedencia de esta vía para llegar a declarar la inconstitucionalidad de una norma. La Corte Suprema, a partir del caso “Aserradero Clipper” (“Fallos”, 219-221) resolvió que el amparo no podía prosperar o proceder como medio para la impugnación de normas jurídicas, sino únicamente para la remoción de actos o hechos. De esta forma, la Corte estaba interpretando que el amparo no podía tener los efectos de una acción declarativa de inconstitucionalidad. La Corte invocó también la impropiedad del trámite del amparo, que por ser excepcional y sumárisimo, tiene limitaciones que descartan la posibilidad de ventilar en él cuestiones de constitucionalidad (caso “Traverso”, “Fallos”, 249-159). Más tarde, el vigente decreto ley 16.986/66 continuó por este sendero, exceptuando de la vía del amparo los casos en que se debata la constitucionalidad (artículo 2º, inciso d).

La Corte mantuvo este criterio hasta el caso “Outón” (“Fallos”, 267-215), luego en el caso “Mate Larangeira Mendos” (“Fallos” 269-393). En estos casos que ya habían sido precedidos por la disidencia de Boffi Boggero en el caso “Leguiza” (“Fallos” 204-37) la Corte sostuvo que “cuando las disposiciones de una ley, decreto u ordenanza resulten claramente violatorios de alguno de los derechos humanos, la existencia de reglamentación no puede constituir obstáculo para que se restablezca de inmediato a la persona en el goce de la garantía fundamental vulnerada, porque de otro modo bastaría que la autoridad recurriera al procedimiento de preceder su acto u omisión arbitrarios de una norma previa, por más inconstitucional que ésta fuese, para frustrar la posibili-

dad de obtener en sede judicial una inmediata restitución en el ejercicio del derecho esencial conculcado”.

Esta doctrina de la Corte, que importaba toda una apertura, fue dejada posteriormente sin efecto en el caso “Editorial Popular Americana” (o caso “Diario El Mundo”), en el que la Corte volvió a la doctrina de que el amparo no permitiría el debate amplio y explícito de la cuestión constitucional.

Por nuestra parte, hace ya muchos años que sostuvimos la tesis de que por la vía del amparo se puede analizar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas. En el “VII Congreso Nacional de Derecho Procesal”, reunido en Mendoza en octubre de 1972, habíamos contribuido a fundar esta conclusión: “La sumariedad del amparo no obsta para que el órgano jurisdiccional resuelva sobre la inconstitucionalidad de la norma en que el acto o hecho lesivo se basare, pues dicha declaración no depende de las argumentaciones de las partes. ... Además, en algunos casos, dicha declaración es el único medio para remover el obstáculo lesivo”.

No está de más recordar, en este orden de ideas, que eso fue lo que resolvió la Corte Suprema norteamericana en el año 1803, en el caso “Marbury vs. Madison”, declarando la inconstitucionalidad de la *Judiciary Act* a través de un *writ of mandamus* (un recurso de amparo en el Derecho anglosajón), y sin que nadie pidiera esa declaración.

Y aquí llegamos a otro aspecto que nos parece fundamental en el proyecto: la posibilidad de que los jueces puedan declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas, es decir, sin que las partes la hubieran articulado.

El suscrito ya planteó el tema en numerosas oportunidades, y presentó también, en diciembre de 1985, un proyecto ante esta Honorable Cámara, de modificaciones al artículo 3° de la ley 27, en el que señaló la necesidad de que los jueces deben sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al resolver las causas, de toda disposición que esté en oposición con ella. “Este control de constitucionalidad – propusimos– debe ejercerse aun sin petición de parte interesada”, aunque corriendo traslado para abrir debate sobre la cuestión (y salvar así el principio de igualdad de partes en el proceso).

Otro aspecto cuestionable de la norma vigente, es el artículo 2° inciso a), que establece que el amparo no es procedente cuando existan recursos o remedios administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate. La aplicación de esta norma ha llevado a que el amparo resulte frecuentemente desestimado, pues si se toma la restricción legal en toda su amplitud, nos encontramos con que casi siempre queda alguna vía administrativa por intentar, por lo que, estrictamente aplicada, resulta casi imposible promover un amparo.

Agotar la vía administrativa suele significar el transcurso de mucho tiempo, y cuando finalmente se resuelve, el derecho del administrado se ha tornado ilusorio, por cuanto, aunque se le otorgue la razón, deviene totalmente tardío. Por tal motivo, la

traba mencionada no se encuentra en el proyecto que propiciamos. También introducimos una modificación al impedimento para que prospere la acción de amparo cuando se intenta contra actos emanados “de un órgano del Poder Judicial”.

Entendemos que aquí hay que distinguir entre el intento de revisar por la vía del amparo decisiones judiciales con calidad de cosa juzgada, en cuyos casos no procede –pues si así fuera, cada vez que un juez resuelve una causa su acción se vería inmediatamente trabada por un amparo presentado ante otro juez, produciendo un escándalo jurídico mayúsculo– y aquellos otros actos que procedan de órganos del Poder Judicial que no son jurisdiccionales.

Porque no debe olvidarse que los Jueces no sólo producen actos jurisdiccionales caso en el que, en el proyecto presentado, no prospera el amparo, sino también actos de otras clases: administrativos, por ejemplo. Y no se advierte por qué motivo en el caso de un abuso cometido por un órgano judicial contra un empleado, o contra un contratista, la acción de amparo debe ser improcedente. Por ese motivo, el proyecto sólo excluye del amparo a los actos jurisdiccionales de los jueces, pero no los demás actos.

También se faculta en este proyecto a los jueces a que analicen las cuestiones relacionadas con el estado de sitio, en cuanto al mantenimiento de las condiciones que le dieron origen, y su correlación con la medida cuestionada. Hemos evitado aquí emplear el término “legitimidad” del artículo 4º inciso 1, de la ley 23.098, por cuanto ha dado lugar a interpretaciones disímiles.

El legislador, o través de la exposición del autor del proyecto, aclaró cual fue el sentido que se dio al término; y la Corte Suprema, en el caso “Granada”, de diciembre de 1985, interpretó que en cuanto a la legitimidad de la declaración del estado de sitio, no cabe entender que haya sido intención del legislador apartarse de la reiterada jurisprudencia del tribunal, según la cual la decisión de implantar el estado de sitio no resulta revisada por los jueces.

Sin embargo, habiendo este inciso dado lugar a distintas interpretaciones, en cuanto a su significado no lo hemos incluido en el proyecto, utilizando una redacción distinta.

Otro aspecto importante que debe prever la ley es el que se refiere a las medidas de no innovar, en forma de mandamiento o prohibición, destinada a ordenar una abstención. El decreto ley 16.988 no regula expresamente la cuestión, aunque sí reconoce su procedencia, ya que al normar los casos de apelación (artículo 15) incluye las resoluciones que disponen medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado. En el proyecto propuesto, se regula expresamente esta cuestión de capital importancia para el amparo.

Otro principio esencial que debe presidir el amparo es la bilateralidad, a cuyo efecto se establece el principio de identificación del autor del acto lesivo, que debe ser citado a juicio, y sin que sufra mengua otro requisito básico de esta acción: la celeridad, para lo que se establece la audiencia donde se reúnen las partes, exponen sus razones, se producen las pruebas y los alegatos.

El desarrollo que nuestro país ha alcanzado en el Derecho Constitucional y en el Derecho Procesal, como la protección de los derechos humanos en su integridad que ha sido una de los mayores preocupaciones de ésta etapa de retorno a la democracia, exigen que se reforme la ley de amparo vigente, otorgándole una mayor amplitud y efectividad. Tal es el propósito del proyecto que pongo a consideración de esta Honorable Cámara, y que vale como homenaje al diputado de la Nación (M. C.) doctor Adolfo Rouzaut, profesor emérito de la Universidad Nacional de Rosario, quien con su tesis precursora –hace medio siglo– abriera el rumbo para la consagración del amparo en nuestro medio.

## APÉNDICE

### Régimen legal de la Acción de Amparo

### PROYECTO DE LEY

*El Senado y Cámara de Diputados, etc.*

#### I. Ambito de aplicación

Artículo 1°.- *Legitimación activa.* La acción de amparo podrá ser interpuesta por toda persona interesada, por sí o por apoderado; por el ministerio público, por los partidos políticos con personería reconocida; y por las asociaciones que, sin revestir el carácter de personas jurídicas, justifiquen, mediante la exhibición de sus estatutos, que no contrarían una finalidad de bien público.

Artículo 2°.- *Sujeto pasivo. Derechos protegidos.* La acción de amparo podrá deducirse contra todo acto u omisión de órganos o agentes del Estado federal o sus entes autárquicos, o de particulares que, ya sea en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los intereses, derechos, libertades o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, con excepción de los protegidos por el habeas corpus.

Artículo 3°.- *Inconstitucionalidad.* Al dictar sentencia en la acción de amparo los jueces podrán declarar de oficio en el caso concreto la inconstitucionalidad de los actos u omisiones que lesionen los intereses, derechos, libertades o garantías protegidos en esta ley.

Las sentencias que dicten los tribunales superiores sobre la acción se considerarán definitivas a los efectos del recurso extraordinario ante la Corte Suprema, de acuerdo con el artículo 14 de la ley 48.

Artículo 4°.- *Plazo.* La acción de amparo deberá ser interpuesta dentro de los sesenta días hábiles a partir de la fecha en que el afectado tuvo conocimiento fehaciente del acto u omisión que se considera violatorio del interés, derecho, libertad o garantía constitucional invocado.

Artículo 5°.- *Improcedencia.* La acción de amparo no será admisible:

- a) Cuando se trate de un acto jurisdiccional emanado de un órgano del Poder Judicial de la Nación o de las provincias;

b) Cuando pudieran utilizarse los procedimientos ordinarios sin daño grave o irreparable.

Artículo 6º.- *Rechazo “in limine”*: Si la acción interpuesta fuera notoriamente improcedente de acuerdo con lo establecido en esta ley, el juez interviniente así lo declarará sin más sustanciación, ordenando el archivo de las actuaciones.

Esta resolución deberá ser notificada personalmente o por cédula, y será apelable de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de esta ley.

No se plantearán cuestiones de competencia por razón de la materia. Si el juez se considera notoriamente incompetente, así lo declarará.

En ambos casos, el juez de inmediato elevará las actuaciones a la Cámara de Apelaciones, que decidirá dentro de las 24 horas. Si la Cámara confirmare la incompetencia, remitirá los autos inmediatamente al juez que considera competente.

Cuando el juez de primera instancia tenga su sede en distinta localidad que la cámara de apelaciones, sólo remitirá testimonio completo de las actuaciones por el medio más rápido posible. Si la cámara revoca la resolución, notificará al accionante por telegrama la decisión, debiendo, el juez continuar el procedimiento de inmediato.

Artículo 7º.- *Defectos formales*. El juez podrá rechazar la acción por defectos formales, debiendo proveer de inmediato las medidas necesarias para subsanarlos, sin perjuicio de las sanciones que pudieran corresponder.

A tal efecto, podrá intimar al accionante para que en el término perentorio de 2 días aclare los términos de su demanda y funde el derecho invocado.

## II. Procedimiento

Artículo 8º.- *Competencia*. Será competente para conocer de la acción de amparo el juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que el acto se exteriorice o pudiera tener efecto.

Cuando un mismo acto u omisión afectare el derecho de varias personas, entenderá en todas estas acciones el juez, que hubiere prevenido, disponiéndose la acumulación de autos, en su caso.

Artículo 9º.- *Turno*. A los efectos de la presente ley, el turno lo determinará la fecha de la interposición de la demanda.

En la Capital Federal registrarán turnos de 24 horas corridas, según el orden que determine la excelentísima cámara de apelaciones en lo civil.

En el territorio nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y en las provincias, regirá el turno que establezca la respectiva cámara de apelaciones, sin obligación de permanencia del juez y funcionarios auxiliares en la sede del tribunal, pero deberá expresarse en lugar visible para el público que concurra, el lugar donde puede reclamarse la intervención del juez de turno a fin de recibir la demanda.

En cada jurisdicción los turnos se publicarán en los periódicos, así como también se colocarán avisadores en lugar visible para el público en los edificios judiciales y de la administración pública.

Las respectivas cámaras de apelaciones reglamentarán las disposiciones aplicables para los funcionarios y empleados que deban intervenir o auxiliar en los amparos que se promuevan.

Artículo 10°.- *Demanda, Requisitos.* La acción de amparo deberá presentarse por escrito, y contendrá:

- a) El nombre, apellido, nacionalidad y domicilio real y constituido del accionante;
- b) La justificación de la personería invocada, conforme a las leyes que rigen la materia. Podrá acreditarse la personería mediante poder general o especial, carta poder con firma autenticada, estatuto o contrato social con certificación de autenticidad;
- c) La denominación de quien hubiere sido autor o hubiere ordenado la restricción. Si se ignora dicha circunstancia el juez librará la orden a los superiores jerárquicos de la dependencia que la demanda indique;

Si la restricción hubiere provenido de particulares, el juez o tribunal arbitrará los medios necesarios para establecer la relación procesal;

- d) La relación circunstanciada de los hechos, actos u omisiones que han producido, o están en vías de producir, la lesión que determine el amparo;
- e) La petición que se formula, en términos claros y precisos.

Artículo 11°.- *Ofrecimiento de prueba.* Con el escrito de la demanda, el accionante acompañará la prueba instrumental de que disponga, o la individualizará si no la tuviese en su poder, con indicación del lugar donde se encuentre. Indicará, asimismo, los demás medios de prueba de que pretenda valerse.

El número de testigos no excederá de cinco por cada parte, siendo carga de éstas hacerlos comparecer y a su costa a la audiencia, sin perjuicio de requerir el uso de la fuerza pública en caso de necesidad.

La prueba de absolución de posiciones sólo se admitirá cuando la acción se promueva contra particulares, en cuyo caso deberá acompañarse el pliego con el escrito de demanda.

Artículo 12°.- *Traslado y contestación.* Cuando el juez considere que la acción es formalmente procedente, dará traslado de la misma al demandado y lo intimará que la conteste en el plazo máximo de cinco días, que el juez o tribunal regulará con arreglo a la distancia.

La notificación se hará con entrega de copias, y el accionado juntamente con la contestación de la demanda, deberá ofrecer toda la prueba de que intente valerse, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.

Simultáneamente, el juez convocará a las partes y al ministerio público a una audiencia del plazo preteritorio de cinco días a partir de la fecha de la presentación de la demanda.

Artículo 13°.- *Audiencia pública.* Las partes deberán concurrir personalmente, junto con sus letrados, a la audiencia a la que se refiere el tercer párrafo del artículo anterior.

Si el accionante no concurren personalmente, se lo tendrá por desistido, ordenándose el archivo de las actuaciones, con imposición de costas. Si fuese el accionado el que no concurren, se recibirá la prueba del actor si la hubiese, y pasarán los autos para dictar sentencia.

Si la acción se dirigiera contra un órgano de la administración pública, ésta estará representada por un funcionario de la repartición debidamente autorizado, con derecho a asistencia letrada.

Si ambas partes concurren, el juez escuchará sus explicaciones. De inmediato, se recibirán las pruebas y se producirán los alegatos.

El juez presidirá la audiencia bajo la pena de nulidad, e interrogará a los testigos y a las partes, sin perjuicio de que aquéllos sean a su vez repreguntados por los abogados. Gozará de los más amplios poderes de policía y de dirección de la audiencia. En cualquier momento podrá ordenar pruebas no ofrecidas por las partes y diligencias para mejor proveer.

Si alguna prueba no pudiera producirse en esa audiencia, el juez ordenará las medidas necesarias para que se continúe la audiencia en un plazo que no exceda las 24 horas.

Artículo 14°.- *Medidas de no innovar.* En cualquier estado de la instancia el juez podrá ordenar, a pedido de parte o de oficio, medidas de no innovar, las que se cumplimentarán en forma inmediata, sin perjuicio de su ulterior notificación. El juez podrá exigir la contracautela pertinente para responder por los daños que tales medidas pudieran ocasionar. La solicitud deberá resolverse el mismo día de su presentación.

Cuando la suspensión acordada por la medida de no innovar afecte un servicio público o a la administración, podrá el juez dejarla sin efecto, declarando a cargo de la autoridad demandada o personalmente por los que la desempeñan, la responsabilidad por los perjuicios que se deriven de su ejecución.

Artículo 15°.- *Sentencia.* Concluida la audiencia, el juez dictará sentencia dentro del plazo de 48 horas de la misma. La sentencia deberá contener:

- a) Lugar, día y hora de su emisión;
- b) Mención de las partes, y de la acción u omisión denunciados como lesivos;
- c) Fundamentos de la decisión;
- d) La parte resolutive, que determinará claramente el acogimiento o el rechazo de la demanda;

- e) Las costas y las sanciones que pudieran corresponder;
- f) La firma del juez.

En caso que el juez considere la posibilidad de que se haya cometido un delito de acción pública, mandará sacar los testimonios correspondientes, y los remitirá al ministerio público.

Artículo 16°.- Si la sentencia hace lugar a la acción de amparo, deberá además contener:

- a) La mención concreta de la autoridad o el particular contra cuyo acto u omisión se concede el amparo;
- b) La determinación precisa de los actos a cumplirse, con las respectivas especificaciones necesarias para su debida ejecución;
- c) El plazo dentro del que deberá cumplirse lo resuelto, que en ningún caso podrá exceder de 24 horas.

Artículo 17°.- *Recursos*. En el proceso de amparo sólo es apelable la sentencia definitiva, la que rechaza la acción por manifiestamente improcedente, y la que ordena o rechaza medidas de no innovar.

El recurso deberá ser deducido y fundado en el plazo preteritorio de tres días. Se sustanciará con un traslado por el mismo plazo preteritorio a la parte contraria.

La interposición del recurso no suspende las medidas de amparo decretadas. Dichas medidas serán tomadas de inmediato en el término del artículo 16, inciso c). Tampoco suspende las medidas de no innovar decretadas.

Artículo 18°.- *Queja*. Contra la decisión que rechaza el recurso procede la queja ante la Cámara de Apelaciones, la que deberá interponerse dentro, de las 21 horas. En el mismo término deberá la Cámara resolver sobre su concesión o denegación.

Artículo 19°.- *Procedimiento de apelación*. Vencido el término del artículo 17, el juez elevará de inmediato los autos a la Cámara, emplazando a las partes para que dentro de las 24 horas comparezcan ante la misma.

Si la Cámara tuviera su sede en otra localidad, el emplazamiento se hará por el término que considere conveniente de acuerdo con la distancia.

En el término del emplazamiento, las partes podrán mejorar los fundamentos del recurso o de la decisión.

La Cámara resolverá el recurso en acuerdo fundado dentro del término de 7 días de recibidos los autos.

Artículo 20°.- *Costas*. Las costas del proceso se impondrán a quien resulte vencido. Si la autoridad pública fuere la vencida, serán responsables solidariamente la misma y el agente que realizó los actos u omisiones que motivaron la condena.



No habrá condenación en costas si antes de vencer el término para contestar la demanda cesaran los hechos, actos u omisiones que motivaron la acción de amparo.

Artículo 21°.- *Sellados*. Las actuaciones del proceso de amparo están exentas del pago previo de sellado y de cualquier otro impuesto, sin perjuicio de la reposición, que se efectuará cuando haya condena por costas.

### III. Disposiciones complementarias

Artículo 22°.- *Cuestiones previas. Recusaciones*. En el proceso de amparo no podrán articularse cuestiones previas, reconvencciones ni incidentes. No procede la recusación sin causa, debiendo el juez excusarse cuando se encuentre legalmente impedido para conocer.

Artículo 23°.- *Ley supletoria*. Las reglas procesales establecidas en la ley 23.098 y en el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación serán de aplicación subsidiaria en la tramitación de la acción de amparo.

Artículo 24°.- *Intervención del ministerio público*. Presentada la acción de amparo se notificará al ministerio público, el que tendrá las mismas facultades que las partes en cuanto a petionar y participar en los actos procesales posteriores, sin que sea necesario citarlo o notificarlo de los mismos.

Podrá presentar las instancias que creyera convenientes, y recurrir las mismas decisiones que las partes.

Artículo 25°.- *Estado de sitio*. Cuando la acción, omisión o restricción cuestionadas sean consecuencia de la aplicación del estado de sitio, el juez podrá analizar, en el caso concreto:

- a) El mantenimiento de las condiciones que dieron origen a la declaración del estado de sitio;
- b) La correlación entre la medida cuestionada y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio.

Artículo 26°.- *Cumplimiento de lo ordenado*. Los mandatos judiciales expedidos en el procedimiento del amparo serán cumplidos por los funcionarios y empleados públicos requeridos al efecto del modo y en el plazo, que aquéllos establezcan.

Cuando un órgano o agente de la administración pública o un particular requerido al efecto, demoren maliciosamente, niegue, o de alguna forma obstaculice la sustanciación de la acción, el juez ordenará pasar las actuaciones a la justicia competente, a los fines del Código Penal.

Las autoridades nacionales de la administración pública y de los organismos de seguridad tomarán los recaudos necesarios para el efectivo cumplimiento de la presente ley, y pondrán a disposición del juez interviniente los medios a su alcance para la realización de su cometido.

Artículo 27°.- *Allanamientos*. Durante la sustanciación del procedimiento, o para hacer cumplir sus resoluciones, el juez interviniente podrá ordenar allanamientos y solicitar el auxilio de la fuerza pública.

Artículo 28°.- *Subsistencia de acciones*. La sentencia de amparo hace cosa juzgada sobre su objeto, pero deja subsistentes las acciones ordinarias que pudieran corresponder a cualquiera de las partes para la defensa de sus derechos.

Artículo 29°.- *Términos perentorios*. Durante la sustanciación del proceso de amparo y su ejecución, todos los días y horas son hábiles. Todos los términos son de carácter perentorio. Las partes tendrán la carga de comparecer diariamente a secretaría a notificarse por nota de las resoluciones.

La notificación de la demanda, la audiencia pública y la sentencia que acoja o desestime la acción, se hará personalmente o en los domicilios denunciados o constituidos, por el medio más rápido.

Artículo 30°.- *Sanciones*. Cuando la denuncia fuere maliciosa se impondrá al accionante una multa de cien a cinco mil australes, que serán actualizados semestralmente por la Corte Suprema. Los jueces y funcionarios intervinientes que incurran injustificadamente en incumplimiento de los plazos de esta ley serán sancionados con la multa establecida en el párrafo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 45 de la Constitución Nacional.

Artículo 31°.- *Registro*. La Corte Suprema de la Nación llevará, por intermedio de la Secretaría de Superintendencia, un registro donde se anotarán las sanciones aplicadas como consecuencia del artículo anterior, una vez que estén firmes.

Artículo 32°.- *Ámbito de aplicación*. Esta ley será de aplicación en el ámbito de la Capital Federal y en el territorio nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

Asimismo, será aplicada por los jueces federales de primera instancia de las provincias, en los casos en que el acto impugnado provenga de una autoridad nacional.

Artículo 33°.- *Derogación*. Queda derogado el decreto ley 16.986 y los artículos 321 y 498 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación.

Artículo 34°.- *Vigencia*. Esta ley regirá desde su publicación en el Boletín Oficial.

Artículo 35°.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

# LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO CULTURAL DE LATINOAMÉRICA (\*)

**PEDRO J. FRÍAS (†)**  
**(Argentina)**

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Las tradiciones políticas ibero-americanas. 2.1. La construcción política de Bolívar. 2.2. El presidencialismo barroco. 2.3. Recapitulación: valores, consenso y gobernabilidad. 2.4. Lo ibérico y lo anglosajón. III. Transiciones políticas. 3.1. El sistema político. 3.2. Ahora, la consolidación. IV. El Estado de derecho, novedad del siglo XX. 4.1. El tiempo de los derechos. 4.2. Orden en los derechos. 4.3. Asignaturas pendientes: los derechos económicos y sociales. 4.4. Las interrogaciones pendientes. V. Epílogo.

## I. INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos se desarrollan siempre en una cultura política. Para comprenderla han de examinar su sustento jurídico y desde luego su conciencia moral. La reconstrucción que intento privilegiará algunos aspectos y sin ser conjetural, es opinable. Pero la creo significativa para conocer su historia e indagar su porvenir.

He sido siempre un “optimista sin ilusiones” (Pascal). Por eso trataré los derechos desde la óptica de la Ciencia Política y Constitucional, pero en el contexto sociológico ineludible. Examinaré las tradiciones políticas, las transiciones cumplidas y concluiré con diez tesis abiertas al futuro.

---

(\*) Este artículo interrelaciona fragmentariamente reflexiones publicadas en diversos tiempos y medios.

## II. LAS TRADICIONES POLÍTICAS IBEROAMERICANAS

El cientista político argentino Mario Justo López advertía que la democracia pluralista supone diálogo y oposición, así como la democracia requiere consenso. Sin consenso fundamental, el diálogo resulta imposible, sin pluralismo resulta innecesario.

Las dos tradiciones políticas del siglo XVIII que han reptado hasta ahora, son el despotismo ilustrado y la democracia “jesuítica” de Francisco Suárez.

El despotismo ilustrado se apoyó en la incipiente cultura política de los pueblos iberoamericanos y en la praxis monárquica de los Borbones. Las enseñanzas del Obispo de Córdoba San Alberto justificaban este poder que no era responsable ante los gobernados aunque actuaba a favor de ellos. “Por el pueblo, para el pueblo, sin el pueblo” era su síntesis.

La democracia jesuítica de Francisco Suárez, el *Doctor Eximius* de Granada, enseñaba otro principio de legitimidad: “Dios crea la autoridad, la deposita en el pueblo, que la delega en los gobernantes”.

Si en algunas áreas prevalecía el germen democrático del suarismo, en casi todas era el despotismo ilustrado el que daba su tono a la “praxis”. Fue la tradición política que prevaleció cuando se trataba del ejercicio del poder, por el conjunto de hábitos interrelacionados que formaban parte de ella. Cuando las nuevas ideas insinuaron lo que con el tiempo sería un poder limitado en el Estado de Derecho, quisimos arrancarnos la careta. Pero la máscara estaba pegada a la cara.

Hay tres clases de problemas de comportamiento político que no hemos resuelto todavía. Procuraré resumirlos ahora.

1. El poder no es una cualidad sino una relación: A tiene poder sobre B si influye sobre él.

Bajo la monarquía, esta relación se fundaba en la *convicción* de que el monarca recibió de Dios la facultad de “gobernar los pueblos con equidad, justicia y tranquilidad”.

Al secularizarse la relación, deja al poder vacilante entre el consenso y la coacción, y por esto el discurso liberal busca persuadir:

- a) Convertir la autoridad que exige sumisión en una relación que exige asentimiento;
  - b) Hacer perceptible el servicio del cargo por los gobernantes a una comunidad descreída de sus gobiernos;
  - c) Asociar al ciudadano a la empresa política.
2. La decisión exige un previo momento unificante (la comunicación entre gobernantes y gobernados, incluso a través de élites incipientes), y éste se obtiene por articulación social o por dominación política.

- a) La primera es democrática aún antes de la democracia;
- b) La segunda es la autoritaria o carismática.

Autoritaria: el poder se hunde verticalmente en la sociedad (este poder que es relación influyente).

Carismática: o la sociedad se eleva hasta el carisma

3. También había que ejercer el poder por autoridad propia (y no vicaria), localizada en el espacio americano. Y empezar a controlar ese poder incluso “sobre el vértice”, es decir el de las autoridades mayores, lo que solo puede hacerse dentro de los gobiernos mismos.

En resumen: con la independencia, era necesario:

- a) Estrenar la lealtad del ciudadano en vez de la fidelidad del vasallo;
- b) Había que basar el poder en una articulación de la comunidad, y no ya en la dominación de un soberano que busca consenso pero no depende de él;
- c) Había que ensayar el control del poder desde dentro de los gobiernos mismos para evitar su desviación;
- d) Había que reconciliar las nuevas dimensiones de la libertad con la igualdad por hacer, pero sobre todo había que lograr la convivencia de las libertades civiles y políticas con la nueva autoridad.
- e) El problema era pues instalar un poder digno de la libertad. Instalar una autoridad era crear, casi de la nada, una correa de transmisión entre la sociedad incipiente de notables y los órganos de poder. Instalar órganos de poder era imaginar un régimen que vacilaba entre la monarquía –paradigma de la época– o las nuevas repúblicas de Estados Unidos y Francia. Optar por la república era inevitable casi –dada la incertidumbre de legitimar una dinastía– pero suponía la movilización permanente y la fragmentación de sus intereses.

El conflicto de la libertad con la autoridad no era entonces, más que un conflicto de la realidad consigo misma; la sociedad tenía que hacer crecer sus interacciones y ordenarlas republicanamente –no de cualquier modo– en el mando y la obediencia: un mando fundado en la articulación política y una obediencia prestada a la ley.

## 2.1. La construcción política de Bolívar

Paso a un segundo momento de nuestra cultura política. El Libertador Simón Bolívar nos ofrece un ejemplo de cómo la Independencia trató de despegarse la máscara, dejar la tradición autoritaria y encolumnarse con la incipiente democracia.

Bolívar era hombre de la Ilustración, maestro de la palabra, formado en Europa, pero no sólo “reflejo”, sino “reflexión”. Fue elocuente para describir el vasallaje americano.

Para esta interrogación hecha al pasado, Bolívar ofreció sus proyectos constitucionales. Si en vez de responder a las necesidades de su tiempo respondiera a las del nuestro, quizás sus propuestas asumirían otras formas. Lo importante es confrontar su instinto de moderado con el régimen político que podía adoptar la América Española. Cuando ahora proponemos competición política y participación política, Bolívar coincidiría: sí, pero... Sí, pero en una sociedad consolidada. Y así como nuestro Alberdi quería “La república posible antes de la venidera...”, Bolívar pensaba en la república imperfecta pero perfectible. La transición política latinoamericana planteaba a los Libertadores dos preguntas: ¿por qué? y ¿para qué?

Hombres menos responsables que Bolívar y San Martín podrían haberse conformado con contestar a la primera: ¿por qué? Pues bien, muy simple: independizarse porque se ha agotado la sustancia moral del vínculo de dominación.

Pero y la segunda: El ¿para qué? obsesionaba a los dos: reenviaba a otro interrogante: ¿qué serán nuestros pueblos? La libertad es el camino del ser. Pero el ser..., la viabilidad... Bolívar no era ingenuo. Es preferible traducir su escepticismo sobre la capacidad política de proyectar en común y sobre la calidad ética del ejercicio político como una reflexión crítica del hombre de la Ilustración en matriz americana. Lo he dicho ya, pero hay que insistir. Insistir en que sus propuestas políticas son para la instalación no de un régimen definitivo sino de una transición.

Esos órganos eran la cámara popular, el senado hereditario y la presidencia electiva y vitalicia: un órgano democrático y dos aristocráticos. Y todavía el areópago, el Poder Moral.

En su discurso de Angostura en 1819, Bolívar sintetiza muy concretamente: “El sistema de Gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política”.

Las propuestas han sido objeto de innumerables comentarios. Desde los entusiastas como el olvidado del maestro Bielsa (“La concepción política de Bolívar” en *Estudios de Derecho Público*, t. III. Arayú, Buenos Aires, 1952, pág. 591), a los aprobatorios de Salvador de Madariaga (*Bolívar*, Editorial Sudamericana, Bs.As., t. II, pág. 21). Y como es Madariaga el más crítico, es el mejor para la glosa, porque pone de relieve sin adulación el pensamiento de la transición.

Si “fue Sucre el sufrido artífice del nacimiento de Bolivia”, fue el libertador el que le dio su Constitución política. Enrique M. Barba ha evocado la visita de Bolívar al Alto Perú, que fue como una exaltación de su gloria (“Bolívar y el Alto Perú”, “La Nación”, 7/8/83). Yo lo veo sobre la cima del cerro de Potosí con su estado mayor, agitando –como él dijo– “el estandarte de la libertad, desde las playas ardientes del Orinoco, para fijarlo aquí, en el pico de esta montaña, cuyo seno es el asombro y la envidia del universo”.

Si el símbolo satisfacía a la gloria, exaltaba el carisma, representaba la fundación de un Estado, como un dato plástico para la posteridad, el haber aceptado dar la Cons-

titución a Bolivia –la única petición cumplida entre todas las que se le hicieron– habla bien a las claras del empeño constituyente de Bolívar. Y no digo constituyente en el sentido de quien redacta la ley fundamental, sino de quien pone lo fundamental de las leyes. Es posible que como hombre de la Ilustración creyera en la capacidad social conformadora de la ley, pero su sentido de las realidades estaba por encima del prejuicio formal. Él quería encarnar su proyecto de sociedad para que la autoridad sostuviera la libertad y la libertad convergiera hacia la autoridad.

“Creaba un Poder Ejecutivo en el que un presidente sería vitalicio con derecho para elegir a un vicepresidente que administraría el Estado y le sucedería en el mando. Ponía el acento, y no era éste un recurso de circunstancias, en principio de libertad e igualdad; sin ella perecen todas las libertades, todos los derechos”. En verdad, Bolívar era consecuente con la legislación que él mismo había dictado al hacer al indio ciudadano de la república, con igual derecho y responsabilidad que los blancos y mestizos. Decretó la cesación del poder de los caciques ricos y poderosos que explotaban a sus hermanos” (Barba, cit.)

Podríamos remitir toda la obra constitucional de Bolívar a un pensamiento estampado en la Carta de Jamaica en 1815: “No siéndonos posible lograr entre las repúblicas y monarquías lo más perfecto y acabado, evitemos caer en anarquías demagógicas o en tiranías monócratas”.

Para ello desechaba los copiadore serviles, pero proponía modelos. Desechaba también las especulaciones sin correspondencia con la realidad. En el manifiesto de Cartagena de 1812 había dicho: “Los códigos que consultaban nuestros magistrados no eran los que podían enseñarles la ciencia práctica del gobierno, sino los que han formado ciertos visionarios, que, imaginándose repúblicas aéreas, han procurado alcanzar la perfección política, presuponiendo la perfectibilidad del linaje humano. Por manera que tuvimos filósofos por jefes, filantropía por legislación, dialéctica por táctica, y sofistas por soldados. Con semejante subversión de principios y de cosas, el orden social se resintió..., y desde luego corrió el Estado a pasos agigantados a una disolución universal, que bien pronto se vio realizada”.

Hay que señalar por lealtad que este reproche alcanza al propio Bolívar cuando propone su cuarto poder o Poder Moral. “El Poder Moral de la República reside en un cuerpo compuesto de un presidente y cuarenta miembros, que bajo la denominación de Areópago, ejerce una autoridad plena e independiente sobre las costumbres públicas y sobre la primera educación”. La instrucción y la ética social son las áreas de esta corporación de raíz grecorromana, que se llama moral porque hace a la interioridad del hombre. Lo que recogió la Constitución boliviana fue considerado antes impracticable por el Congreso de Angostura.

El juicio de Angostura era benévolo. Más que impracticable era riesgoso dos juntas: un riesgo para la república atribuir un control regulador más que moderador sobre la opinión moral. Pero aun esto que digo debe relativizarse: quizás los “pruden-

tes” del Areópago no hubieran exagerado su ministerio; quizás la opinión moral quedaba sin el Areópago en medios de comunicación no mejor inspirados. Pero lo que quiero decir en definitiva, es que Bolívar se definía por sus propias palabras de reproche como “un visionario... de la perfección política”.

Para ubicarnos en el siglo XIX, hay que recordar que era frecuente la preceptiva moral en las constituciones. El último ejemplo que he encontrado entre los muy numerosos, es el art. 92 del proyecto de Constitución de fray Mamerto Esquiú, cuando dice: “La mediocridad de fortunas y la falta de industrias propiamente dichas en la provincia, y no el esplendor y lujo de otros Estados, son la verdadera base de leyes justas y equitativas”.

## 2.2. El presidencialismo barroco

Otro caso de aplicación, que esta vez secunda a la tradición del “despotismo ilustrado”, es el barroco presidencialista iberoamericano. El barroco iberoamericano se proyecta sobre nuestro presidencialismo, como una disipación casi siempre vistosa, con su exceso de energía, con su carga instintiva más que ejercicio de razón. La vinculación entre presidencia y barroco la intentó un ilustre constitucionalista colombiano, Carlos Retrepo Piedrahita. Siendo Embajador en Italia, hubo de improvisar sobre las instituciones políticas, justamente cuanto el Instituto Italo Latinoamericano exhibía el barroco de nuestra tierra. Tomado de sorpresa, Carlos no vaciló: encontró en el presidencialismo latinoamericano una versión del barroco, desenvuelto, quizás arrogante, artificioso.

Nuestro amigo Restrepo adujo pruebas, he aquí algunas. En la novelística más reciente merecen mención las obras *El Otoño del Patriarca*, de Gabriel García Márquez, *El Señor Presidente* de Miguel Angel Asturias, *El recurso del método* de Alejandro Carpentier, *Yo, el Supremo* de Roa Bastos y *Oficio de difuntos* de Uslar Pietri. En otras dos obras ya clásicas de sociología política, *Los caudillos bárbaros* de Alcides Arguedas, y *La América bárbara* de Rodríguez Mendoza, se diseñan las semblanzas y las andanzas caudillescas de Juan Manuel de Rosas, del Dr. Francia, de García Moreno, de Morales, de Melgarejo y otros de tal especie. En la pintura moderna, el colombiano Fernando Botero en su famoso óleo, hoy en el Museo de arte moderno de New York, “La Familia presidencial” nos muestra en los trazos espectacularmente ampulosos de la técnica de este incisivo pintor, no solamente el aire hierocrático sino también la opulencia hastiante de lo que ha sido el caudillismo presidencial latinoamericano. Verdad es, por otra parte, que con el paso del tiempo, con los progresos de la cultura general, en algunos de nuestros países ha ido mutando la escenografía tradicional y se advierten tendencias hacia un estilo de ejercicio del poder con signos más prometedores de despersonalización y “desacralización”.

Precisamente, “desacralización” es una palabra clave en la transformación de este presidencialismo barroco. Es la usada generalmente en México. Si hablamos de estilos



arquitectónicos, podría imaginarse que la presidencia del Estado constitucional se adscribe al dórico, en que un estilo nítido sin “estados de alma” cumple su servicio austeramente. Pero la personalidad puede agregar el capitel corintio por su elegancia.

### 2.3. Recapitulación: valores, consenso y gobernabilidad

Hablé de una empresa política inacabada. ¿Y ahora? La década de los años 80 de este siglo fue perdida para el desarrollo económico, pero no para el desarrollo político. El despotismo ilustrado –más bien no tan ... ilustrado– bajo las formas burocrático-autoritarias perdió consenso social por sus efectos de demostración negativa. La democracia incipiente –por la índole de sus liderazgos y por su falta de voluntad de negociación– va transcurriendo hacia la democracia inevitable. ¿Inevitable? Sí, inevitable con la relatividad de una vida social en transformación, porque la sociedad vuelve a ser abierta, porque privilegia la negociación, porque acepta el pluralismo, porque se descentraliza, porque emprende una relectura del Estado social de derecho, para conjugar la libertad con la igualdad.

Si volvemos atrás a indagar la cultura política que se expresa prioritariamente en cada uno de esos momentos latinoamericanos, observamos que traducen la necesidad del consenso, de los valores y de la gobernabilidad del sistema político. La enseñanza de las universidades jesuíticas sobre la democracia, privilegia el *consenso*. En la delegación que hace el pueblo se articulan las prioridades para las políticas públicas, a veces expresadas en un programa, pero muchas más encarnadas en liderazgos efímeros o consistentes.

En el Areópago de Bolívar toman altura los valores. La democracia se formaliza si no hunde sus raíces en el *ethos*, es decir los valores vividos en la vida emotiva de la gente. Lo que viene a decir Bolívar es que la sociedad no es adulta y que es bueno ayudarla a madurar. “Moral y luces... nuestras primeras necesidades”: así había repetido la Ilustración y así dejó escrito Bolívar. En ese espíritu, San Martín redactaba los consejos para la educación de su hija y Bolívar las instrucciones para la formación de su sobrino. Y en el mismo espíritu de una responsabilidad educativa del que engendra, sugería Bolívar las instituciones fundamentales. Pero más allá del reproche que el mismo Bolívar se inculpa cuando se define como “un visionario de la perfección política”, y que nosotros podemos oponer a su Areópago, hay que rescatar los valores necesarios a la experiencia de la democracia pluralista.

En tercer lugar, en el despotismo ilustrado y en la presidencia barroca, ¿hay algo para rescatar? Sí y sólo la gobernabilidad del sistema político, comprometido por las demandas de la sociedad y por la participación si es desordenada. He tratado este tema más extensamente y soy cauto para no ser mal interpretado. La sensibilidad de la izquierda descubre en la gobernabilidad de la democracia un punto débil para ella y para la derecha. Porque, en efecto, en el primer extremo, el “estado de asamblea” lleva al caos y las restricciones indebidas a la participación, conducen al poder hegemónico.

Ni el despotismo ilustrado ni la presidencia barroca son buenas muestras de gobernabilidad, porque son experiencias de poder personal, pero nos indican un problema. Creo que recién cuando en la democracia pluralista se cultiven conjuntamente los valores, el consenso y la gobernabilidad, América Latina habrá logrado su cultura política. Pero hay que estar prevenidos. Como en el canto de Guillén “el agua corre al mar y el río queda”.

## 2.4. Lo ibérico y lo anglosajón

Para profundizar en nuestra identidad, abordo una cuestión muy opinable. ¿Se caracteriza nuestra cultura iberoamericana por una inmovilidad que la distancia de la dinámica anglosajona? La polémica no es de ahora pero sigue pendiente. El historiador chileno Claudio Véliz acaba de renovarla, con la fábula del zorro y del erizo. El erizo somos nosotros, el zorro los anglosajones. En definitiva, nosotros venimos de la Contrarreforma y los americanos de la revolución industrial. La que ha triunfado es la revolución industrial.

Lo que caracteriza al erizo es la resistencia al cambio, el énfasis en el orden y la unidad, el centralismo, la simetría, la organicidad, la tradición y el barroco. Lo que caracteriza al zorro es la movilidad, el cambio, la descentralización, la asimetría, la diversidad, lo inorgánico y lo gótico. Para el erizo existe una sola verdad fija y eterna, para el zorro existen muchas verdades cambiantes. Erizos y zorros, por lo tanto, “representan constituyentes esenciales definitivos de las tradiciones culturales dominantes en el Nuevo Mundo”.

De acuerdo con Véliz, todos los aspectos de la conquista y la colonización de América Latina por los españoles y portugueses llevan el sello del erizo: la construcción de un sistema centralizado de control político, el monopolio comercial, la imposición de la lengua española y la religión católica. La unidad de propósito debía manifestarse en todo: un solo Dios, un solo monarca, una sola economía, un solo ancestro. Todo lo que fuera “diversidad, heterogeneidad, adulteración y discontinuidad, en cualquier forma, era considerado enemigo de la unidad sin faltas, exigida por este elevado propósito”. España jugó un papel central en la contrarreforma y la renovación tridentina de la iglesia católica. La creación de la Compañía de Jesús, la ascendencia definitiva del tomismo como la “filosofía perenne”, la organización y liderato del Concilio de Trento, la introducción de la Inquisición, del arte barroco y el rechazo a la idea luterana de la salvación por la sola fe son todos aspectos en que el protagonismo y la participación de los españoles fue crucial.

Los anglosajones viven mejor en la incertidumbre, en el cambio, en la adaptación. La diferencia podría ilustrarse con los códigos de nuestra tradición jurídica y el “*Common Law*” anglosajón. En el debate está presente la dialéctica entre catolicismo y protestantismo. Max Weber dijo que el capitalismo era hijo del protestantismo. Yo creo más bien, después de haber vivido en Bélgica, que es fruto del frío. Sin

ahorro, sin capitalización, nadie puede sobrevivir. Pero es cierto que el protestantismo privilegia el éxito.

Lo que me permito señalar es que nuestra cultura tradicional puede ser preciosa en la hora de la globalización. No para la globalización misma, que se hará bajo el signo del zorro, de la movilidad, pero sí para lo que he explicado muchas veces: tendremos que ser provincianos y cosmopolitas a la vez. Provincianos para arraigar en un medio; cosmopolitas para el intercambio de paradigmas y bienes. Estaremos pisando en diagonal, con las piernas abiertas: una en nuestro campanario, otra en cualquier parte que nos requiera. No se trata pues de repudiar nuestra identidad. Se nos preparó para contemplar la realidad; ahora se nos pide transformarla; se nos preparó para los cambios de tiempo; ahora hay que prepararse para los cambios de clima.

Cada día tiene su afán...

### III. TRANSICIONES POLÍTICAS

Si no hubieran pasado ya muchos años, la página introductoria de nuestro análisis hubiera podido resumir los prólogos que Manuel Fraga Iribarne puso a los estudios constitucionales de nuestro subcontinente.

Eran una lectura penetrante de sociología y política, ennoblecida por un compromiso que su vida ha mantenido con Iberoamérica. Una introducción más reciente de Juan Maestro Alfonso<sup>(1)</sup>, privilegia algunos rasgos en la descripción. Los 21 países (con Puerto Rico) acogemos diferencias étnicas: 32 millones de indios, 14 de negros, 15 de mulatos y 42 de mestizos. Sin hacinamiento, salvo en las ciudades de urbanización salvaje, la población es cuatro veces mayor que la de 1920. A pesar de esfuerzos deliberados por asumir pautas de comportamiento de sociedades más avanzadas, el crecimiento económico es insuficiente, y la sanidad no impide la muerte por males curables.

¿Y el sistema político? Casi siempre está a prueba. La Constitución es un ideal a veces irrealizable: un *blue sky laws*; un supremo reglamento del Estado y el ciudadano, pero también signo de soberanía y mimetismo formal hacia lo moderno. Más de 200 constituciones, con un promedio de 10 por país: Haití con 23, Venezuela con 22, Bolivia con 19... La Argentina es una excepción. En la visión de Maestre Alfonso, Iberoamérica vacila entre la revolución (México, Bolivia, Cuba) y la seguridad nacional. Pocas páginas explican mejor lo que es una transición que las de Carlos Floria<sup>(2)</sup>, que me permito transcribir.

<sup>(1)</sup> *Constituciones y leyes políticas de América latina, Filipinas y Guinea Ecuatorial* v. I, Comisión V Centenario.

<sup>(2)</sup> “La turbulenta transición de la Argentina secreta”, en *Boletín Informativo Techint*, N° 262, marzo-abril de 1990.

“Instalarse en una sutura es tener probabilidades de penetrar algún secreto de creación” (Jean Guilton, 1985). Es necesario, parece, asomarse al trabajo de los geólogos cuando observan con cuidado infinito dos capas yuxtapuestas. Eso da sentido a la frase de Guilton. Las transiciones, las suturas, los pasajes en que una cosa deja de ser como era para ser distinta, los períodos de metamorfosis, son desconcertantes y sustantivos.

“Tomar en serio la transición política, entenderla no sólo como una empresa mayor difícil pero interesante para la sociedad y los hombres concretos que la hacen, sino como la sutura deliberada que permite descubrir algún secreto esencial de un hombre o de una sociedad en un tramo de su biografía –personal o nacional– es una proposición para tiempos de crisis pero sobre todo para tiempos de génesis”.

“El pensamiento político argentino (la idea puede extenderse a casi toda América latina y otras zonas del mundo en vista de la crisis del imperio soviético) está necesitado tanto de la perspectiva que Rustov llama genética, como de la funcional. No es que el punto de vista desde el cual se estudian los funcionamientos de los regímenes y sistemas políticos sean desdeñables –se advertirá que dicho punto de vista es fundamental– sino que la actitud y la actividad intelectual son distintas cuando se piensa desde un régimen que funciona, y se trabaja para mejorarlo, y cuando se reflexiona a propósito de la génesis de un régimen político que normalmente no significa un retorno a una suerte de edad de oro que se dejó atrás”.

“Parece obvio que la transición evoca el cambio de régimen y no sólo de gobierno, y que su ocurrencia supone una empresa política compleja y necesitada de inteligencia, convicciones, astucia, ejemplaridad y ...suerte. Y en ese sentido no sugiere sólo una cierta estrategia por parte de los principales actores políticos sino la solución completa o suficiente de dilemas que en cada sociedad nacional se presentan con sus diferencias según cuestiones persistentes, estilos y tradiciones”.

“Sea por medio de la reforma o de la ruptura, de la continuidad relativa o de la discontinuidad –y aún de la continuidad en la discontinuidad–, la transición como forma de cambio político tiene un punto de partida y una zona de llegada, y es esta zona de llegada donde se afirma el proceso de consolidación.

Hay que agregar que en sentido propio, la transición política se ajusta a estas conclusiones de Artemio Luis Melo<sup>(3)</sup>.

1. La transición política es un proceso de transformación profunda cuyo resultado expresa un camino del mismo orden, es decir político.
2. El cambio emergente de la transición política se registra a nivel de régimen político y no de sistema ni de Estado.

---

<sup>(3)</sup> *La transición política argentina 1982-1983*, Universidad Nacional de Córdoba.

3. La determinación del nivel de cambio operado por el proceso de transición, que es de régimen político, implica transformaciones en las reglas y procedimientos formalizados o no y en las estructuras de autoridad.
4. El cambio que implica el proceso de transición es de signo positivo cuando lleva la impronta del desarrollo político.
5. La transición es un fenómeno de la realidad política que se da en las dimensiones de espacio (transición histórica definida) y de tiempo (no existe transición *sine die*, indefinida o permanente). Su no distensión no oscurece el análisis teórico al subsumir otros estados del régimen político en el *continuum* del más amplio proceso de cambio político.
6. Es útil y necesaria la distinción analítica de los procesos de transición, instauración y consolidación política.
7. Las modalidades del proceso de transición política definen sus condiciones de historicidad y singularidad sin desmedro de la posibilidad de generalización teórica.

### 3.1. El sistema político

Cuando uno habla de sistema político alude al conjunto de las fuerzas significativas en el gobierno del país. Es hora, pues, de preguntarse por el sistema político iberoamericano. Me interrogo e interrogo a todos:

- ¿Es flexible a las mutaciones socioeconómicas? Entonces debe dar prioridad a la reestructuración del Estado.
- ¿Tiene capacidad para la solución de conflictos? Entonces debe ganar consenso para realimentar su fuerza disuasiva y su habilidad en la negociación.
- ¿Se encapsula sin reconocer los protagonismos emergentes, se oligarquiza? Entonces debe incorporar los liderazgos compatibles mínimamente con la cultura política que interpreta.
- ¿Reserva legitimidad suficiente para mantener a los descontentos en la legalidad? Entonces debe renovar las coaliciones sociales que dan sustento al poder.
- ¿Asegura el desarrollo con justicia? Entonces no hay que ser primero ricos para después ser justos, sino propagar el sistema de prosperidad.
- ¿Afirma la autonomía del gobierno sobre presiones sectoriales en la interdependencia inevitable? Entonces no favorecerá a una sociedad corporativa y se rehusará a ser él mismo una corporación.

Las respuestas de Iberoamérica a estas interrogaciones mías, inspiradas por Manfred Mols, se están formulando. Sin hacerse ilusiones sobre la política doméstica, siempre contingente, muchos miran hacia afuera, hacia el pueblo continente que somos, donde los particularismos existen.

### 3.2. Ahora, la consolidación

No pretendo hacer teoría sobre la consolidación, pero me aventuro a sugerir algunas reglas. Hélas aquí:

La consolidación es cuestión de sumas: los comportamientos de la transición deben asociarse a otras conductas de persistencia; es cuestión de espacios: ciertas realidades deben cederlos a otras más eficaces. En consecuencia:

- Las emociones deben ceder más espacio a la reflexión.
- La movilización que ocupa la calle, más espacio a las instituciones que operan el armisticio social.
- La política agonal que suma votos, más espacio a la política arquitectónica que construye.
- Las tendencias concentracionarias que marginan, más espacio a la descentralización participativa.
- El carisma, más espacio a los mediadores habituales del quehacer político.
- Los que pueden, más espacio a los que saben.
- Las suturas de la transición, más espacio a las estrategias de la persistencia. ¿Que quiero decir?
- El Estado debe dejar más espacio a la sociedad.
- El gobierno gerente del bien común, más espacio al gobierno garante de las reglas de juego del orden social espontáneo.
- El pluralismo de todos aparte, más espacio al planeamiento social de las prioridades.

La consolidación democrática debe ser seguida de la persistencia del sistema político. Y la persistencia del sistema político de cada país latinoamericano debe abrirse a la nación única con la que soñaron nuestros libertadores.

## IV. EL ESTADO DE DERECHO, NOVEDAD DEL SIGLO XX

Caídas las utopías revolucionarias, el Estado de derecho del siglo XIX sigue siendo la novedad del siglo XX. La economía planificada centralizadamente no ha producido crecimiento. El socialismo real no ha conjugado la libertad con la igualdad. El Estado de clases se ha demostrado hostil para todos, excepto para la “nomenclatura”.

El Estado de derecho se formó como réplica al capricho del soberano. Es la limitación del poder por el derecho, con garantías fundamentales de las libertades públicas, protección del orden democrático, ordenamiento jurídico, control de la constitucionalidad de las leyes. El Estado de derecho implica reglas constitucionales que se imponen a todos (Oliver Duhamel). En un primer nivel resalta el Estado de

policía, pero no entendido como despotismo, sino como relación del Poder Ejecutivo, legalmente centrado en el derecho administrativo como derecho de personas desiguales, porque primero es necesario obedecer y recién después impugnar. El segundo nivel es el Estado legal, con soberanía de la ley y ya no de la regulación ejecutiva. Advierte la institución representativa, con el parlamentarismo grandilocuente entre las dos guerras.

La precariedad de esta construcción encontró remedio en el Estado constitucional, o constitucional pluralista, como lo definió Raymond Aron. Tenemos entonces la pirámide de normas que Kelsen construyó con tanta sutileza como fragilidad. ¿Por qué? Porque el Estado de derecho supone un juego político bajo reglas que lo mantienen en el dominio pacífico del arbitraje, del autocontrol; el vencedor no debe ir demasiado lejos. Emeri<sup>(4)</sup>, a quien sigo en apretada síntesis, vuelve a Aron o a Robert Dahl: la democracia pluralista, una lucha limitada. Tiene que mediar entonces consenso sobre esta limitación y esta condición necesaria vincula el tema con los procesos de comunicación social. El vínculo es jurídico y el meollo opinión.

El vínculo es jurídico –digo– y de naturaleza constitucional y por eso, por arriba de los actores cotidianos de la competición política, dada la rigidez constitucional. En tiempos de integración hay que tener en cuenta que por sobre el bloque constitucional nacional irá emergiendo el supranacional. Hay pues ya un Estado de derecho europeo que se impone a los Estados-miembros. Los garantes del Estado de derecho son los jueces: o el control de constitucionalidad de los americanos y de algunas Cortes latinoamericanas o el control concentrado en las Cortes Constitucionales. No faltan los “estados de alma” críticos para esta intervención de los jueces, pero felizmente para el Estado de derecho entre nosotros no es así. Podrá haber momentos de desconfianza en la institución judicial, pero nadie propone alternativas para su misión de contralor.

#### 4.1. El tiempo de los derechos

Las degradaciones que el hombre ha sufrido en pleno siglo XX han provocado una reacción afortunada a partir de las experiencias totalitarias, las guerras subversivas y las represiones dictatoriales; las disciplinas del espíritu han consagrado los derechos humanos; más aún: se han universalizado e internacionalizado.

Que ha sido así es evidente a nuestra conciencia; menos claro puede ser el proceso histórico: primero, los derechos fundamentales del hombre de las revoluciones liberales; luego los derechos sociales nacidos de la depresión junto con el constitucionalismo social; por fin los de tercera generación, adscriptos a la sociedad postindustrial.

---

(4) Claude Emeri, “L’Etat de droit: état de la recherche et problèmes actuels”, comunicación al XV Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Ciencia Política, Buenos Aires, 1991

Los primeros –como el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad– se suponen anteriores al Estado, son operativos reconocen sujetos pasivos constitucionalmente obligados; son derechos públicos subjetivos. Los segundos –derecho a la salud, a la vivienda, a la sindicación– no suelen ser directamente operativos, porque requieren alguna intermediación estatal; los terceros –derecho a la paz, al ambiente sano, al desarrollo– no sólo no son operativos, sino que son derechos por analogía, pues son expectativas humanistas confirmadas a veces por compromisos constitucionales.

No siempre los derechos son predicados para todos, crece el reconocimiento del derecho a la diferencia –minorías étnicas, lingüísticas, sexuales– y aún otras diferencias más sutiles que Guy Sorman ha descrito pintorescamente en el marco de algunas universidades americanas.

Los debates no son tan simples ni de fácil pronóstico. Por ejemplo, ¿tienen algún fundamento los derechos humanos? Aquí se entrecruzan las convicciones: muchos acudirán a la entraña misma del ser humano para recordar que fue creado “a imagen y semejanza de Dios”. Pero los positivistas no concuerdan, como es sabido: un distinguido filósofo analítico ha escrito que ese fundamento es imposible porque Dios no tiene derechos humanos... En *El tiempo de los derechos*, Norberto Bobbio<sup>(5)</sup> dice que nacen de la experiencia histórica. Pero este debate –por importante que sea– pertenece a la Filosofía Política, no al Derecho Constitucional, que ya bastante tiene que poner orden.

## 4.2. Orden en los derechos

El primer atributo de ese orden lo expresa de este modo Bidart Campos<sup>(6)</sup>: Un derecho subjetivo debe estar formulado así: 1) en favor de quien se reconoce, es decir quién es el sujeto activo titular; 2) contra quién resulta oponible, o sea el sujeto pasivo; 3) cuál es la obligación que grava al sujeto pasivo; de omitir, de dar o de hacer; 4) cuál es la vía de ejecución del derecho.

El segundo atributo de ese orden es una asignatura pendiente: suponer que hay titulares de derechos que no reconocen un sujeto pasivo, un deudor.

El tercer atributo es la universalización que acompaña como su sombra a la tendencia de universalización del modelo de Estado constitucional democrático.

El cuarto atributo es la internacionalización, formalizada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el Pacto de San José de Costa Rica, y cuya experiencia es ilustrada en libros diversos, como los de Héctor Gross Espiell, canciller del Uruguay y Hortensia Gutiérrez Posse.

(5) Editorial Sistema, Madrid, 1991.

(6) Entre otras obras de Bidart Campos: *Constitución y derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 61.



Si quisiéramos sintetizar –no sin riesgo– la fase actual de este tiempo de derechos diríamos que universalizados e internacionalizados, algunos derechos se corresponden con obligaciones constitucionales y otros son expectativas humanas pendientes de políticas postuladas para el Estado y la comunidad internacional. Como escribe Juan Fernando Segovia, se trata del derecho a tener derecho <sup>(7)</sup>.

### 4.3. Asignaturas pendientes: los derechos económicos y sociales

La economía social de mercado ha precedido en los hechos a las constituciones. Se ha impuesto el efecto de lo público que ha caracterizado al período 1930-1989 con el fracaso del socialismo real. O hay economía social de mercado o hay socialismo de mercado según el modelo escandinavo.

La clase política ha dejado la marca de sus vacilaciones en las leyes fundamentales más recientes. Dudo de adscribir las nuevas constituciones de Brasil y Colombia a la economía social de mercado, pero los hechos van titubeantes en esa dirección. No es que la función social tenga tanto relieve como la propiedad privada, sino que es la opacidad de la iniciativa privada la que despierta mis dudas. La mayoría de las reformas de doce constituciones provinciales argentinas hacen economía social de mercado sin decirlo, como aquel personaje de Moliere hablaba en prosa sin saberlo.

En la transición entre el ciclo de lo público y el ciclo actual de lo privado, los conceptos de subsidiariedad del Estado y de economía de mercado han sido ocultados. Es un pudor inevitable pero mal entendido. Algunos no lo han tenido. Cuando Michel Rocard asumió la jefatura del gobierno francés, dijo: “Je suis un gauchiste de marché libre”. Y cuando Felipe González debió girar recordó a Weber: “hay que pasar de la ética de los principios a la ética de las responsabilidades”. Y cuando el Presidente argentino Menem transformó las líneas del justicialismo optó por la economía de mercado. “Marx ha muerto, la revolución ha muerto y la socialdemocracia no se siente demasiado bien”. Esta descripción es provisoria y resulta más útil plantearse las cuestiones disputadas.

### 4.4. Las interrogaciones pendientes

Hay pues un ordenamiento económico–social. ¿Pero todas las prescripciones son normas jurídicas vinculantes? El debate puede sintetizarse así. Para algunos no son todas normas jurídicas, porque no son una orden, mandato o prohibición o no delimitan derechos y deberes entre sujetos. Para otros son mandatos imperativos, con proposiciones finalistas o de resultados para los poderes públicos, imponiéndoles un estándar de actuación cuya determinación no está siempre en la norma, sino que se atribuye a los órganos habilitados.

---

<sup>(7)</sup> “Aproximación al estudio de los derechos constitucionales”, en *Derecho Público Provincial I*, Depalma, Mendoza, 1990, p. 329.

Y sin resolver el debate, se insinúa otro: ¿son programáticas o directamente operativas? ¿Son completas o incompletas? Según la Constitución de Salta son directamente operativas; según la de Córdoba, lo son si no requieren legislación complementaria; otras han preferido una redacción de finalidad programática. Me parece atinado lo que dice la Constitución española de los “principios rectores” de la economía: “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, pero bien entendido que “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

¿Y si el poder público no desarrolla las normas para que los titulares de derechos puedan ejercerlos? La inconstitucionalidad por omisión podría autorizar a los tribunales a integrar el orden normativo o a fijar indemnización si no es posible. ¿Pero es oportuno acosar a un sector público ya exhausto por sus promesas incumplidas?

¿Y hay un modelo? Uno está pensando en la economía social de mercado. ¿O las constituciones son neutras? Si hay interrelación entre los protagonistas y los factores de producción, hay sistema. Y si hay sistema, el modelo está cerca. Hablará más bien de la economía libre como paradigma de explicación de las relaciones. Aún en los “paraísos artificiales” que inventa la Constitución de Brasil, tan voluntarista, tan ingenua, quizás tan utópica.

No quisiera que estos debates de derecho indujeran al pesimismo. Si se plantean es porque las aspiraciones humanas buscan la eficacia de las normas. Pero cuando el grado de desarrollo o la mala asignación del gasto público o la falta de solidaridad no permite satisfacerlas, los derechos económico-sociales son seguridades que, paradójicamente, aumentan la incertidumbre.

Por último, los delitos contra la humanidad discuten su jurisdicción territorial. ¿Sólo en el país en que se cometieron? Mientras el funcionamiento de una Corte Internacional está pendiente, la “Jurisdicción transnacional” prosigue desarrollándose al ritmo impuesto por demandas que, en su origen se plantean en tribunales nacionales (Natalio Botana).

La reforma constitucional argentina de 1994 enumeró Tratados de derechos humanos ratificados por la República en el art. 75, inc. 22 con “jerarquía constitucional y no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”. Las interpretaciones diversas coincidirían en que tienen la misma validez de la Constitución. Estos Tratados no vinculan sólo a los Estados sino a las personas que están bajo la jurisdicción de cada Estado parte. No sólo el Estado sino la persona es sujeto de derecho (Jorge Aja Espil).

## V. EPÍLOGO

Los hechos históricos de este fin de siglo no han modificado el constitucionalismo occidental, pero lo han universalizado con las sabidas excepciones. Pero la globalización

tendrá influencia. En diez tesis me atrevo a sintetizar las pulsiones del constitucionalismo finisecular, en cuyo seno se desarrollan los derechos.

1. Si la sociedad está en cambio, también cambiará el Derecho Constitucional, pero las transferencias no son automáticas. El derecho –todo derecho– puede acelerar, retrasar o despreocuparse de los cambios sociales.
2. El Estado de Derecho, la novedad del siglo pasado, es también la novedad del siglo XX, una vez caídas las utopías revolucionarias. Porque las sociedades prefieren un juego político que el Estado de Derecho mantiene en el dominio pacífico del arbitraje, del autocontrol, de la lucha limitada. Y debe agregarse que el Estado de Derecho ha reabsorbido las convulsiones siempre posibles de la democracia mayoritaria de Rousseau. Se prefiere el consenso, pero si es necesario acudir a la mayoría, se piden excusas y se invoca a la democracia y a la Constitución.
3. Vivimos en el tiempo de los derechos: los fundamentales del hombre de las revoluciones liberales; los sociales a partir del 30; los de tercera generación, por fin, que nos prometen paz, desarrollo y ambiente sano. Sintetizando no sin riesgo, la fase actual de este tiempo de derechos, diríamos que universalizados o internacionalizados, algunos derechos se corresponden con obligaciones constitucionales y otros son expectativas humanas, pendientes de políticas postuladas para el Estado y la comunidad internacional.
4. Los derechos económico-sociales son asignaturas pendientes, no en cuanto sean catálogos de ilusiones, sino por el debate no concluido sobre su naturaleza de normas y su operatividad. Aunque deban inspirar toda gestión pública, parece preferible que no puedan ser invocados ante la jurisdicción sino cuando hayan sido desarrollados legislativamente.
5. Los valores que nutren la educación y la cultura nacen de una confluencia muy sometida a los “estados de alma” de la sociedad, en que se entrecruzan creencias y secularización, ciencia y conciencia crítica, derechos de los padres y Estado docente. Interpretando la cultura de la posmodernidad, el Tribunal Constitucional de España dijo que hay que “relativizar las creencias”. Por mi parte, creo que no hay que relativizarlas sino ponerlas en diálogo. El futuro se juega entre estas dos actitudes.
6. El régimen político vacila entre el presidencialismo y el parlamentarismo. Mientras en la Argentina se postula un sistema presidencial moderado, como sería la introducción de un ministro coordinador nombrado por el Presidente pero posible de destitución por los diputados, en Italia el Partido Socialista pugna por la república presidencial de los franceses. En México el Ejecutivo ha sido “desacralizado”. En todo caso, el cesarismo barroco suscita resistencia.
7. Es recurrente la atención que se presta en todas partes al sistema electoral, y no siempre por descontentos de coyuntura; las correcciones de cosmética al Poder

Legislativo; cierta insatisfacción sobre el Poder Judicial, sobre sus sistemas de designación, su independencia y su eficacia. Pero habría que reconocer que todo sistema electoral tiene efectos no deseados; que el Parlamento es una asamblea y las asambleas no tienen concentración de decisión del Ejecutivo y que, finalmente, las sociedades han transferido demasiados conflictos al Poder Judicial.

8. El control se va insinuando como función y como poder dentro del Estado mismo. El proceso gubernamental se proyecta como asesoramiento, decisión, ejecución y control más responsabilidad. Pero el control se instala con más fragilidad que la ejecución.
9. A fines de este siglo, el Estado se manifiesta demasiado pequeño para ciertas responsabilidades y demasiado grande para otras. En el primer caso, crece la integración regional y continental, que requiere transferencias de decisiones a órganos supranacionales. En el segundo caso, la descentralización es una palabra clave, para bajar las obras y servicios hacia las bases sociales. Crece la autonomía del municipio, los espacios homogéneos se organizan en regiones y el federalismo proporciona sus formas para cada situación, en la plenitud o en la adversidad de cada Estado.
10. La herejía del siglo XX fue el totalitarismo. ¿Y el siglo XXI? No desearía anticiparme. Si el pluralismo degrada en relativismo y el *ethos*, o sea los valores vividos en la vida emotiva de la gente, lo construyen la televisión y las tecnoestructuras, podemos temer un agotamiento de la democracia, o al menos una formalización.

# EL ROL INSTITUCIONAL DEL JEFE DE GABINETE DE MINISTROS EN EL PRESIDENCIALISMO ARGENTINO

RICARDO HARO  
(Argentina)

**SUMARIO:** I. Aproximación al presidencialismo en la historia institucional argentina. II. La reforma constitucional en el ámbito del Poder Ejecutivo. III. El Jefe de Gabinete de Ministros. IV. A guisa de colofón.

## I. APROXIMACIÓN AL PRESIDENCIALISMO EN LA HISTORIA INSTITUCIONAL ARGENTINA

Desde los orígenes de nuestros antecedentes institucionales, ya sea en la época colonial como en la de la independencia y posterior organización nacional, el *órgano ejecutivo* ha poseído una *acentuada envergadura con cierto predominio* sobre el rol gubernamental de los órganos legislativo y judicial.

Junto a estas particularidades de nuestra historia institucional, debemos recordar el fortalecimiento del Ejecutivo tan connatural a diversos sistemas políticos en el siglo XX que finaliza, fortalecimiento que no parece que vaya a detenerse ni atenuarse en el futuro, y que ha producido un desplazamiento de funciones estatales de tal entidad, que de modo indubitable podemos afirmar, que los “Ejecutivos” se han transformado en el eje del poder, en el motor impulsor en los procesos políticos del Estado, a diferencia de los siglos XVIII y XIX en los que dicha misión recaía sobre los “Legislativos”.

Este arduo tema ha sido analizado con suma agudeza por César Enrique Romero –destacado constitucionalista y catedrático de nuestra Universidad Nacional de Córdoba fallecido en 1976– en un conocido y lúcido trabajo que intituló *El Poder Ejecutivo en la realidad política contemporánea* y en el que señala las principales circunstancias históricas que han coadyuvado a este fenómeno institucional, al que llamó *la elefantiasis* de los Ejecutivos, y entre las que destaca: *a)* Frecuencia de los Estados de emergencia; *b)* Facultades militares; *c)* Conducción de las relaciones internacionales; *d)* Procesos de crecimiento y cambios económicos; *e)* Dirección burocrática; *f)* Dele-

gación de facultades legislativas; g) Crisis de los parlamentos y los partidos políticos; h) Decadencia del federalismo; i) Liderazgo y jefatura del Estado; j) Progreso técnico y científico; k) Masificación e industrialización de la sociedad actual; etc.

Los antecedentes históricos de la historia patria, en nuestro caso, llevó a Juan Bautista Alberdi a definir al “Ejecutivo argentino” como un “*Ejecutivo fuerte*”, afirmando la necesidad de un “presidente constitucional” que pueda asumir las facultades de un rey, en el instante que la anarquía le desobedece como “presidente republicano...”. “En vez de dar el despotismo a un hombre, es mejor darlo a la ley. Ya es una mejora el que la severidad sea ejercida por la Constitución y no por la voluntad de un hombre...”. “Dadle al Poder Ejecutivo todo el poder que sea necesario, pero dádsele a través de la Constitución” (*Bases*, cap. XXV).

Por otra parte, este fortalecimiento originario, se vio acrecentado por un *largo proceso de concentración de poderes*, en el que fueron perdiendo entidad, por una parte, el Congreso de la Nación, en la relación horizontal y funcional de las competencias del Gobierno Federal, y por otra parte, las Provincias, en la relación vertical y territorial de los poderes de los Gobiernos Provinciales con el Gobierno Federal. Ambos procesos de centralización o concentración de poderes, nosotros lo hemos caracterizado y denominado, respectivamente, como la “*Ejecutivización*” o “*Concentración*” de competencias del Gobierno Nacional en el Poder Ejecutivo, y la “*Desfederalización*” o “*Centralización*” de atribuciones de los Estado Provinciales Federados, que progresivamente fueron absorbidas por el Gobierno Federal.

De allí que en nuestro diseño constitucional del Poder, el Presidente se constituya en el detentador más sobresaliente del poder político, “esta libre energía que gracias a su superioridad, asume la empresa del gobierno de un grupo humano, por la creación continua del orden y del derecho” al decir de Maurice Hauriou, produciendo un notable deterioro en el principio del equilibrio de los poderes del Estado, que llevó a muchos ha reflexionar sobre la existencia en nuestra realidad política, de un sistema “*hiperpresidencialista*” o de un “*cesarismo cuasi-democrático*”.

## II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL ÁMBITO DEL PODER EJECUTIVO

Ante esta circunstancia incontestable de concentración en el órgano ejecutivo, que afecta gravemente la división y el equilibrio de las funciones del Poder estatal, los dos partidos mayoritarios, el Justicialista y el Radical, firmaron los Pactos de Olivos y de la Rosada, que se plasmaron en la Ley Declarativa de la Reforma N° 24.309, sancionada por el Congreso de la Nación el 29 de diciembre de 1993, y de la cual surge expresamente que uno de los objetivos fundamentales que perseguía la misma, era la *atenuación del sistema presidencialista* (Punto A del Núcleo de Coincidencias Básicas).

Para el cumplimiento de tan loable objetivo se sancionaron diversas disposiciones en la reforma constitucional, en las que el pensamiento del constituyente de 1994, pretendió –creemos infructuosamente– amortiguar la expresada concentración ejecu-

tiva. En tal sentido es dable poner de resalto las limitaciones y controles impuestos en la constitucionalización de los llamados *decretos de necesidad y urgencia*, de la *delegación de facultades legislativas* y de la *promulgación parcial de leyes*.

De otro lado, las restricciones prescritas para la *designación de magistrados inferiores* y el otorgamiento prioritario al Congreso de la facultad para declarar la *intervención federal*. Para afianzar el control, cabe señalar la creación de la *Auditoría General de la Nación* y de la *Defensoría del Pueblo*, la independencia del *Ministerio Público*. Finalmente, y en la institución que aquí nos preocupa, debe destacarse la creación de una nueva institución dentro del ámbito Presidencial, como lo ha sido la *Jefatura de Gabinete de Ministros*.

Desde ya podemos adelantar que gran parte de la opinión de los doctrinarios constitucionalistas, hemos coincidido que con dichas reformas y otras como v.g. la posibilidad de la *reelección* a pesar de la *reducción del mandato*, lamentablemente en las circunstancias políticas actuales, no sólo no se cumplió el objetivo propuesto, sino que por el contrario, paradójicamente se acentuó, *se acrecentó aún más el fortalecimiento de la figura Presidencial*.

Vamos ahora a realizar algunas reflexiones sobre la “normatividad” y la “normalidad” de la institución de la Jefatura de Gabinete, que no deja de manifestar un cierto intento de introducir un tenue ingrediente más propio de los sistemas parlamentaristas, intento que desde el retorno al régimen constitucional en 1983, con el Presidente Alfonsín y el advenimiento del Partido Radical al gobierno, emergió con coincidencias y disidencias, en los estudios y análisis de políticos y constitucionalistas.

### III. EL JEFE DE GABINETE DE MINISTROS

#### 1. El pensamiento constituyente

Frente a definitorias disposiciones que indudablemente acrecientan el predominio del P.E., por el art. 100 se ha creado el cargo de *Jefe de Gabinete de Ministros*, como una institución destinada a coadyuvar al objetivo señalado de “la atenuación de la figura del Presidente”. Aquí es trascendental detenernos un poco en el análisis de este tópico.

Para ello, debemos señalar que el *miembro informante convencional radical Enrique Paixao*, sostuvo que en este punto, “consiste precisamente en incorporar al Poder Ejecutivo una figura que, desagregando las tradicionales facultades que hoy están estructuradas en cabeza del Presidente de la Nación, dé al órgano ejecutivo del gobierno nacional mayor dinamismo, mayor elasticidad para enfrentar los problemas de crisis y la garantía de que el pluralismo ha de ser el modo permanente en el ejercicio del poder por parte del Poder Ejecutivo Nacional...”. “Las cuatro jefaturas que nuestra Constitución pone en cabeza del presidente de la Nación –la del Estado, la de la administración, la de gobierno y la militar– son desagregadas en esta reforma constitucional...”. “La creación

de la figura de un ministro como jefe de gabinete es el procedimiento elegido para desagregar la jefatura administrativa... que quizás no es la más importante por su gravitación política, pero sí por el peso de su labor en la vida cotidiana”.

Decía más adelante el citado convencional: “Estamos proponiendo una figura que, dentro del régimen presidencialista, va a significar una atenuación de las facultades del presidente” (págs. 2212/13 Diario de Sesiones). “En otras palabras, la incorporación del jefe de gabinete de ministros, a la vez que limitación del poder presidencial, debe ser considerada como un instrumento de la eficacia de la función pública” (Enrique Paixao en “La Reforma de la Constitución explicada por Miembros de la Comisión de Redacción”, págs. 309/11, Rubinzal-Culzoni).

En similar sentido se expresa el *convencional justicialista Alberto García Lema*, al diferenciar los conceptos de “*atenuación del presidencialismo*” en el que se acentúa el propósito de “un nuevo equilibrio en el funcionamiento de los poderes del Estado”, del de “*flexibilización del presidencialismo*” que centra el análisis en el problema de la “governabilidad”. Las reformas tendieron, por una parte, a la búsqueda de una mayor eficacia en dicho accionar y, por otra parte, a la aplicación extensiva de la teoría del control. Lo primero se lograba diferenciando “la conducción política y estratégica del Estado” de “la gestión corriente de los negocios públicos”. Lo segundo, “acrecentando los controles intraórganos e interórganos” sobre el Ejecutivo (Revista El Derecho-Derecho Constitucional, del 15 de diciembre de 1998, págs. 1/5).

## 2. Las funciones constitucionales del Jefe de Gabinete

Al Jefe de Gabinete de Ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, se le atribuyen importantes *funciones* entre las que merecen reseñarse la de:

1. *Ejercer la administración general del país* (inc. 1º) pero el art. 99 inc. 1º establece que el Presidente es el “*responsable político de la administración*”, con lo cual se establece una diferencia entre “titularidad” y “ejercicio” del manejo de la administración;
2. Expedir los actos y reglamentos necesarios para ejercer las atribuciones de este artículo y aquéllas que le delegue el Presidente;
3. *Efectuar nombramientos de los empleados de la administración, excepto los que correspondan al Presidente;*
4. *Ejercer las funciones y atribuciones que le delegue el Presidente de la Nación, y en acuerdo de gabinete resolver sobre las materias que le indique el P.E. o por su propia decisión en el ámbito de su competencia;*
5. *Coordinar, preparar y convocar las reuniones de gabinete, presidiéndolas en caso de ausencia del Presidente;*
6. *Enviar al Congreso los proyectos de ley de Ministerio y de Presupuesto, previa aprobación del P.E.;*



7. *Hacer recaudar las rentas y ejecutar la ley de Presupuesto, pero el inc. 10 del art. 99 le otorga al Presidente la supervisión sobre el ejercicio de estas atribuciones;*
8. *Refrendar los decretos reglamentarios de leyes, los que dispongan las sesiones de prórroga o convoquen las extraordinarias del Congreso, y los mensajes presidenciales de iniciativa legislativa;*
9. *Concurrir a las sesiones de las Cámaras para participar en debates, sin voto;*
10. *Presentar junto a los restantes ministros, una memoria anual de los departamentos a su cargo*
11. *Producir los informes y explicaciones verbales y escritas que cualquiera de las Cámaras solicite al PE;*
12. *y 13. Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas, y conjuntamente con los demás ministros, los decretos de necesidad y urgencia, y los que promulgan parcialmente leyes, debiendo someterlos personalmente dentro de los diez días a consideración de la Comisión Bicameral Permanente.*

### **3. Opiniones favorables a la Jefatura de Gabinete**

Como hemos visto en el informe del convencional Paixao, este instituto constitucional surgió con fundamentos en el logro de mayor eficiencia y una mayor elasticidad para enfrentar los problemas de crisis, y por otro lado, de una atenuación y una limitación al poder presidencial <sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Junto al pensamiento de los convencionales constituyentes que apoyaron la institución, en la doctrina han existido pronunciamientos igualmente favorables, que son citados por Alberto García Lema en el trabajo citado y del cual los tomo para esta transcripción:

Roberto Dromi y Eduardo Menem, en “La Constitución Reformada”, Editorial Ciudad Argentina, Bs. Aires 1994, págs. 352/53, sostienen que “La Constitución de la realidad ha incorporado con acierto, la figura del jefe de gabinete de ministros, como modo de atenuar el presidencialismo. Repetimos, el jefe de gabinete es al presidencialismo, lo que el primer ministro es al sistema parlamentarista” y estos autores citan a Ricardo Gil Lavedra, en el artículo “Jefe de gabinete y control del Ejecutivo”, en diario Clarín del 29-3-1994: “El Poder Ejecutivo se profesionaliza al distinguir entre un presidente responsable político máximo del gobierno y un jefe de la administración pública, coordinador de todas las actividades del Poder Ejecutivo, responsable ante el Congreso”.

Humberto Quiroga Lavié, que fue convencional constituyente, en la “Constitución de la Nación Argentina Comentada”, Edit. Zavalía, año 1997, págs. 580, 634 y 635 manifiesta que la figura del jefe de gabinete contribuye a la atenuación de los poderes presidenciales, a partir de la descentralización de competencias ejecutivas, tomando en consideración la dimensión que la institución adquiriría en épocas de crisis institucionales.

Juan Carlos Cassagne, en “Estudios sobre la reforma constitucional”, Depalma, Buenos Aires, págs. 251 y 252, “habla de la atenuación en una “mínima proporción” del sistema presidencialista de gobierno”.

#### 4. Opiniones críticas

Pero lamentablemente, estos loables objetivos, se tornan de muy difícil alcance y realización, a poco que se repare que no obstante que el diseño básico de la Jefatura de Gabinete aparece como congruente con tales logros, basta saber nada más y nada menos, que según lo prescripto por el art. 99 inc. 7, *el Presidente por sí solo nombra y remueve al Jefe de Gabinete de Ministros*, para que el panorama institucional se vuelva hartamente incierto.

Con esta última atribución del Presidente, se desmorona la institución del Jefe de Gabinete como “órgano de limitación de las atribuciones presidenciales”, pues como bien se sabe, un principio básico en la doctrina del control y de la limitación, es aquél que afirma que para una verdadera supervisión, no puede existir ningún “órgano de control” que no sea independiente del “órgano controlado”, circunstancia que no se configura cuando como en el caso *sub-examine, el Jefe de Gabinete depende en su designación y en su desempeño, del Presidente de la Nación al que se pretende atenuar o limitar*. Esto es de trascendental importancia.

A la luz del texto de las prescripciones introducidas en la reforma constitucional, resulta para nosotros evidente, que desde el punto de vista normológico: a) No existe una *descentralización* del poder presidencial en otro órgano diferente y autónomo. b) Lo que sí existe es un cambio en la conformación interna del accionar del P.E., consistente en una *desconcentración* de funciones, de tipo “gerencial” en cabeza del Jefe de Gabinete, que más que limitar al Presidente, lo constituye en un colaborador que le alivia y agiliza el trámite de muchas tareas que la CN confiere al “hombre de confianza” del Presidente. Así las cosas, no aparece arbitrario decir que la reforma de 1994, creó un “*Presidencialismo Gerencial*”.

---

Germán J. Bidart Campos, en “Tratado Elemental de Derecho Constitucional”, Tomo IV “La Reforma Constitucional de 1994”, Ediar, Buenos Aires, 1995, especialmente págs. 415 y 426: “En lo que llamaríamos la «letra» de las normas constitucionales nuevas, el sistema presidencialista ha cambiado algo. Esto nadie lo duda, o muy pocos. La duda radica en otro campo: ¿se ha atenuado el presidencialismo en comparación con el diseñado en la constitución histórica o, a la inversa, se ha reforzado?”. Luego de señalar las dos posturas que se abren a partir de la reforma del 94 –manifiesta Gracia Lema– y de realizar un análisis acerca de las atribuciones presidenciales y del jefe de gabinete concluye expresando que: “El equilibrio que a la concentración del poder presidencial se ha querido imponer... está condicionado a múltiples variables, entre las que –ejemplificativamente– colacionamos por ahora el estilo personal de cada presidente y de su jefe de gabinete, y la composición partidaria pluralista que cada cámara ofrezca en relación con el partido al que pertenezca el presidente de la república, sin perder de vista la dependencia que exhiba –o no– el jefe de gabinete respecto de aquél”.

Juan F. Armagnague, que fuera convencional constituyente, en “Constitución de la Nación Argentina, Comentada, Anotada, Concordada”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 1999, en págs. 372/73, expresa que entiende “que el jefe de gabinete no ha sido interpretado en su real significación y la trascendencia que la institución va a desarrollar en el proceso democrático”.

Es preciso poner de resalto, para no caer en engaños, que *el Presidente sigue ejerciendo la plenitud de su poder* en cuanta ocasión lo requieran las circunstancias, pues continúa ejerciendo plenamente las *Jefaturas de Estado, de Gobierno, de las Fuerzas Armadas y es responsable político de la Administración General del País*, cuyo ejercicio la CN lo ha puesto en cabeza del Jefe de Gabinete<sup>(2)</sup>.

---

(2) Como lo decíamos *supra* varios constitucionalistas, se han pronunciado con diversos argumentos críticamente sobre la institución del Jefe de Gabinete, pudiendo convocar, entre otros, a los siguientes:

Jorge Reinaldo Vanossi, en su trabajo *¿Régimen Mixto o Sistema Híbrido? El Nuevo Presidencialismo Argentino* en el colectivo “Comentarios a la Reforma Constitucional” de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, año 1995, págs. 339/48, afirma: “Es claro que por este reparto de competencias, que el Jefe de Gabinete desconcentrará funciones al Presidente, pero no descentralizará el poder. La clave de la cuestión está en la descentralización. Y por lo tanto la figura del Jefe de Gabinete no sirve para lo que realmente importaba, que era aumentar el control (o aumentar el vigor de un control desfalleciente) y procurar una mayor descentralización política”.

Néstor P. Sagiés en *Elementos de Derecho Constitucional*, Edit. Astrea, 1997, T. I, págs. 472/73, destaca que “el jefe de gabinete de ministros, parece copiado del sistema peruano de “presidente del consejo de ministros” (actualmente C. 1993, art. 123), configurándose como un “mini *premier*”, cuya estatura política tiende, en nuestra experiencia local, a ser baja. De hecho no ha implicado ninguna reducción sustancial a los poderes presidenciales”.

Dardo Pérez Guilhou, en el colectivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional “La Reforma Constitucional Argentina”, año 1994, pág. 77, afirma que se aprecia lo irrelevante de la presencia de la figura del Jefe de Gabinete y que el poder presidencial, saldrá fortalecido.

Alberto Natale, convencional constituyente, en su libro “Comentarios sobre la Constitución – La Reforma de 1994”, Depalma 1995, en págs. 134/5 nos dice: “La figura del jefe de gabinete de ministros aparece como una creación novedosa de la reforma. Se la explicó como un factor de atenuación del poder presidencial. Sin embargo, apenas se analiza su emplazamiento dentro del esquema constitucional, se advierte que será una figura contingente, con rango y funciones parecidas a las que hoy desempeña la Secretaría General. Designado y removido por el presidente, y con cometidos que estarán siempre supeditados a la voluntad del titular del Poder Ejecutivo”.

José Manuel Benvenuti, en el citado libro colectivo “Comentarios a la Reforma Constitucional” de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, señala en pág. 352, que el reparto de competencias entre el Presidente y el Jefe de Gabinete, en los hechos, es más fingido que real, pudiendo el primero remover al segundo a voluntad y por sí sólo, Hay sí un traslado de atribuciones administrativas a favor del Jefe de Gabinete.

Helio Juan Zarini, en “Derecho Constitucional”, págs. 798/99.

Daniel Sabsay y José M. Onaindía, en “La Constitución de los Argentinos”, Edit. Errepar, año 1994, págs. 334/35.

Daniel Gómez Sanchís, en el colectivo “Derecho Constitucional de la Reforma de 1994”, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos de Mendoza, 1995, Distribuidor Edic. Depalma, en págs. 143/194.

## 5. Dimensiones positivas de la Jefatura de Gabinete

Dentro de este panorama no muy auspicioso, lo que sí resulta positivo no sólo en la norma sino también en la breve realidad de su funcionamiento, es que el Jefe de Gabinete tiene la oportunidad de cumplir el trascendental rol *de ser el vínculo de unión del PE con las Cámaras de Congreso* y aparece –por la atribuciones y las obligaciones que la CN le concede– como el instrumento más importante en el indispensable diálogo, permanente y abierto, entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

Realmente puede constituirse en un interlocutor válido ante las Cámaras del Congreso, ante las comisiones, ante los bloques. Porque no parece dudoso que el Jefe de Gabinete, no sólo podrá desempeñar una actitud mediadora ante los conflictos e impulsadora ante los proyectos demorados o cuestionados, sino que además, podrá realizarla con una mayor autoridad institucional que un ministro y sin los apasionamientos ni parcialismos propios de quienes sienten como propios e intocables los proyectos emanados de sus respectivos departamentos de Estado.

Por ello y en el trabajo citado, García Lema con razón señala que en cuanto a sus *funciones de nexo entre el Ejecutivo y el Congreso*, el jefe de gabinete ha venido cumpliendo con sus obligaciones de concurrir mensualmente y en forma alternativa a cada Cámara, para informar sobre la marcha del gobierno, contestando además las preguntas que le formulan los legisladores, de acuerdo al modo reglado por los reglamentos del Senado y de la Cámara de Diputados.

En su informe en la Convención, el convencional Paixao destacaba que “En un segundo tramo de su actuación, esa figura está colocada en un lugar que la transforma en el punto de contacto permanente entre el órgano ejecutivo y el Congreso de la Nación, y en ella se asienta la totalidad de las relaciones entre ambos, tanto de ida como de vuelta, tanto en las iniciativas legislativas del Poder Ejecutivo, cuanto en el procedimiento de concurrencia al Congreso...”, de allí “la posibilidad de que el Congreso remueva al jefe de gabinete, quien tendrá responsabilidad política ante el Poder Legislativo” (Diario de Sesiones, pág. 2212).

## 6. Algunos presupuestos para tener en cuenta

- a) Todo dependerá en gran medida, de una *difícil dialéctica del equilibrio* en el ejercicio real de las funciones asignadas al Presidente y al Jefe de Gabinete, de modo tal *que aquél realmente se desprenda de poder y el último lo ejerza autónomamente pero dentro del enfoque político del P.E.* que, insisto, sigue siendo el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno y el titular y responsable político de la Administración (art. 99 inc. 1).
- b) No debemos ser meramente formalistas y creer que la sola normatividad constitucional, ha de asegurar el efectivo funcionamiento de esta “cohabitación” de poder. Con un sano realismo, debemos ser conscientes que esa “cohabitación” dependerá fundamentalmente, no tanto de una configuración normativa clara y con-

tundente, sino por el contrario, de la existencia de *factores y comportamientos “psico-sociales y políticos”*. Exigirá una gran confianza y lealtad, entre un Presidente respetuoso de las competencias del Jefe de Gabinete, y a su vez, la suficiente personalidad en éste que sin llegar a desdibujar la figura del Presidente, tampoco se convierta en un obsecuente de la exclusiva voluntad presidencial. No será fácil lograrlo en esta *“cohabitación desigual del poder”*.

- c) Tan ello es así, que la breve historia hasta nuestros días, ha demostrado con evidencia que las personalidades y las cualidades y limitaciones de cada hombre, se han reflejado en las experiencias muy diferentes entre los dos Jefes de gabinete que han existido hasta el momento y que, a través de sus particularidades humanas y políticas, han reflejado dos manifestaciones disímiles: una, de gran envergadura y proyección; la otra, desdibujada dentro del gabinete y ante la personalidad del Presidente.
- d) Además, este sistema peligra en la medida que el *Presidente, tenga en alguna de las Cámaras la mayoría absoluta* de sus miembros, para impedir la censura de un hombre que necesita. En caso contrario, pueden plantearse conflictos serios entre censuras y nombramientos nuevamente censurados, no existiendo en nuestro sistema el último recurso de los regímenes parlamentarios de la disolución de las Cámaras por el Jefe de Estado.

Para algunos, nos encontraríamos ante una situación de los llamados “bloqueos institucionales”. Para otros, estas serían las circunstancias más adecuadas para el logro del objetivo de la atenuación del poder presidencial, pues exigiría de su titular, una actitud de apertura al pluralismo de un jefe de gabinete que no perteneciese al partido oficialista. Y eso importa y significa mucho.

#### IV. A GUIA DE COLOFÓN

El robustecimiento del presidencialismo por las otras vertientes señaladas, no parece que vaya a poder ser enervado por las buenas intenciones de la creación de la figura del *Jefe de Gabinete* de Ministros, dada su dependencia del Presidente en una “relación jerárquica”, que en el fondo conserva la característica de Ejecutivo fuerte, salvo, claro está, que la presencia de mayorías parlamentarias opositoras, posibiliten el control de censura y remoción del Jefe de Gabinete por las Cámaras.

Coincidimos con Pedro J. Frías cuando expresa que “los constitucionalistas estábamos de acuerdo, porque preferíamos no pasar al régimen semiparlamentario que en su momento patrocinó el Presidente Alfonsín. Tenemos que sacar el mejor partido del Jefe de gabinete, como mediador entre el Congreso, los ministros y el Presidente. Sacar el mejor partido, no es otra cosa que atenuar el poder presidencial sin volverlo impotente. La opinión deberá exigir que no sea un incondicional ni un rebelde. Que tenga personalidad propia y a pesar de ella sea leal” (“Los valores sociales en la Constitución reformada” en La Ley, Sec. Doctrina, 1994-E-853).

Córdoba, julio de 1999.



# LA PRÁCTICA GENERAL DE LAS INSTITUCIONES DE DEMOCRACIA DIRECTA EN AMÉRICA LATINA. UN BALANCE COMPARADO: 1978-2000

DANIEL ZOVATTO G.  
(Argentina)

*A Germán J. Bidart Campos,  
con gratitud.*

**SUMARIO:** I. Introducción y precisión conceptual. II. Importancia del tema y estado del debate. III. Principales modalidades en América Latina. IV. Evolución y análisis de la experiencia latinoamericana de las dos últimas décadas en el uso de mecanismos de democracia directa. V. Balance.

## I. INTRODUCCIÓN Y PRECISIÓN CONCEPTUAL

La transición a la democracia en América Latina muestra a lo largo de estos veinte años dos etapas principales. Una, durante los años 1980, década perdida en lo económico pero de gran expectativa en materia democrática. La otra, a lo largo de los años 90, caracterizada por la crisis de representación del sistema partidario y el descontento creciente con la política; situaciones que trataron de ser superadas en numerosos países de la Región mediante una doble vía: reformas constitucionales por un lado e incorporación de mecanismos de democracia directa por el otro.

Hasta qué punto estas instituciones de democracia directa han llegado para quedarse y cuáles han sido sus efectos principales en relación con los problemas respecto de los cuales tratan de dar respuesta son los propósitos centrales de este trabajo, el cual abordamos en clave comparada, cubriendo en nuestro análisis desde la perspectiva espacial, a los 18 países de América Latina, y desde la temporal, el periodo que va desde 1978 (fecha de arranque de la Tercera Ola en nuestra Región) hasta fines de 2000.

Pero antes de adentrarnos al estudio propiamente dicho de nuestra materia cabe precisar que por *instituciones de democracia directa* entendemos *las diversas formas de participación política mediante el ejercicio del voto directo y universal. Su objetivo principal es involucrar al conjunto de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones y no el de elegir a los miembros de los órganos democráticos–representativos (Legislativo o Ejecutivo).*

## II. IMPORTANCIA DEL TEMA Y ESTADO DEL DEBATE

¿Puede lo poco posible ser deseable? Una primer respuesta diría que esta pregunta es irrelevante, ya que si la democracia directa no es posible no tiene sentido preguntarse si es deseable o no. La historia indica que la experiencia de la democracia griega, más precisamente la ateniense, así como algunas de las comunas urbanas medievales fue corta y que los grados de democracia “pura” que alcanzaron son bastante discutibles.

Las experiencias de Liechtenstein, de Italia, de algunos Estados miembros de los Estados Unidos de Norteamérica, pero, sobre todo de Suiza –el ejemplo más citado y estudiado–, evidencian la importancia que estos mecanismos desempeñan en el proceso de formación de la voluntad política. Las citadas experiencias, si bien interesantes desde el punto de vista comparado, no permiten, sin embargo, entender el funcionamiento de estas instituciones en nuestra región.

Más allá de estas consideraciones, lo cierto es que, en tiempos como los actuales en que los parlamentos y los partidos no gozan de confianza ante la opinión pública, los mecanismos de participación ciudadana son vistos por ciertos sectores como una opción válida para mejorar la representación, incrementar la participación y mantener la estabilidad de los sistemas políticos. Se ha instalado así, en la agenda latinoamericana, un debate en torno a los potenciales beneficios y riesgos de estas instituciones.

En efecto, para un sector, existe una contraposición peligrosa entre la democracia representativa y la democracia directa, así como el riesgo de un posible uso demagógico de estas instituciones. Para otro, en cambio, esta supuesta contradicción es cosa del pasado, ya que como la experiencia comparada lo demostraría, las instituciones de democracia directa más que una alternativa *per se*, deben ser vistas como complemento de los procesos de decisión democrático–representativos.

## III. PRINCIPALES MODALIDADES EN AMÉRICA LATINA

A nivel comparado latinoamericano, existe una variedad de instituciones de democracia directa, sumado a una pluralidad conceptual y terminológica confusa. En efecto, dado que la mayoría de las constituciones latinoamericanas denominan estos mecanismos con términos diferentes: iniciativa legislativa popular, plebiscito, referéndum, consulta popular, revocatoria de mandato, cabildo abierto, para citar tan sólo algunas de las expresiones más usuales, la búsqueda de un acuerdo terminológico y conceptual que vaya más allá del ámbito nacional resulta casi imposible.



En nuestro caso, hemos clasificado los mecanismos de democracia directa en tres grupos: *consulta popular* (plebiscito/referéndum) por lejos el mecanismo más usado; la *iniciativa legislativa popular* y la *revocatoria de mandato*. Conscientes de que toda clasificación presume grados diversos de subjetividad y arbitrariedad, el propósito que nos anima es presentar un tema muy complejo de las manera más clara posible.

Un criterio combinado de clasificación distingue entre mecanismos de democracia directa personales o sustantivos (por su ámbito de aplicación), y “desde abajo” o popular, o “desde arriba” o institucional (por su origen).

La *consulta popular*, *plebiscito* o *referéndum*, son términos que se utilizan indistintamente en los diferentes países de América Latina para hacer referencia al más común y al más utilizado de los mecanismos de democracia directa. Si bien algunos distinguen entre plebiscito (consulta directa al pueblo sobre materias políticas de gran importancia) y referéndum (consulta popular que versa sobre la aprobación de textos legales o constitucionales) en este trabajo empleamos el término *consulta popular* para referirnos indistintamente a estos mecanismos.

Por su naturaleza, la consulta popular puede ser *obligatoria* o *facultativa*. A su vez, la *obligatoria* puede ser dividida en: *a*) obligatoria automática, cuando se está frente a un caso previsto específicamente en la Constitución, y *b*) obligatoria acotada a determinados procedimientos, que sólo son iniciados cuando surge una situación predefinida (por ejemplo, un conflicto entre el Ejecutivo y el Congreso no solucionable en el marco del sistema representativo).

Ejemplos de consulta obligatoria automática los encontramos en países como El Salvador, Panamá y Guatemala entre otros, donde determinadas decisiones que afectan a la soberanía nacional están sujetas a la decisión de los ciudadanos. En el primero, la posibilidad de conformar una república unida de los países del istmo centroamericano. En el segundo, el destino del Canal de Panamá. En el tercero, las regulaciones del conflicto fronterizo entre este país y Belice.

Por su parte, Perú y Chile cuentan con consultas obligatorias de carácter acotado. Así por ejemplo, en el Perú, se requiere, para aquellas reformas constitucionales que teniendo mayoría absoluta no llegan a obtener el respaldo de los 2/3 de los integrantes del Congreso. En Chile se consultan las reformas constitucionales sólo si hay divergencia entre el Ejecutivo y el Parlamento.

A su vez, las *consultas facultativas* pueden ser divididas en dos grupos: *a*) cuando la iniciativa proviene “desde arriba” (es decir cuando son los órganos estatales los que tienen de manera exclusiva el derecho de poner en marcha el mecanismo), y *b*) cuando la iniciativa proviene “desde abajo”, es decir de la propia ciudadanía. En los casos de iniciativas “desde arriba” éstas pueden provenir del Ejecutivo, del Congreso o de ambos de manera coordinada. En los casos de iniciativas “desde abajo”, es importante precisar cuál es la barrera a sortear (porcentaje o número requerido de firmas de ciudadanos) para poner en marcha el mecanismo.

Consultas populares facultativas están previstas en un total de nueve países de la región. En Argentina, Brasil, Nicaragua y Paraguay iniciativa reside principal o exclusivamente en el Congreso. En Guatemala ambos (Ejecutivo y Congreso) están facultados para dar inicio a una consulta popular. En Colombia es el Congreso el único que puede iniciar un referéndum dirigido a convocar una asamblea constituyente. En los países restantes, las consultas populares constituyen recursos de acción del Ejecutivo.

Por su carácter, los resultados de las consultas populares pueden ser *vinculantes o no*, y en caso de ser vinculantes con o sin exigencia de un determinado quórum. En el constitucionalismo comparado latinoamericano observamos que los procedimientos obligatorios y vinculantes se establecen para todas las consultas que suponen ratificar reformas constitucionales. Cabe advertir empero, que salvo Uruguay (que establece un quórum de 35%), los otros países de la región no asocian la validez de una consulta con un determinado quórum de la votación.

En Colombia, Ecuador, Uruguay y Venezuela las consultas contra leyes tienen carácter vinculante. En Nicaragua también lo tienen las consultas propuestas por el 60% de los integrantes del Parlamento. En Argentina y Paraguay, el Congreso puede determinar que una consulta sea vinculante o no. En Argentina, los resultados de las consultas populares convocadas únicamente por el Presidente no son vinculantes; tampoco lo son los resultados de las consultas iniciadas por el Congreso sin una convocatoria por ley. En Colombia, cuestiones propuestas por el Presidente con el acuerdo del Parlamento sí tienen carácter vinculante.

Un aspecto a destacar es que en un buen número de países, el campo material de aplicación de las consultas populares está restringido mediante la exclusión de determinadas materias, como en Paraguay y Perú, o basándose en disposiciones positivas más o menos precisas, como en Ecuador, Guatemala y Colombia. Por el contrario, en unos pocos países, entre ellos Argentina, Brasil y Nicaragua, no existen límites expresos al posible campo de aplicación de una consulta popular.

Por último cabe señalar, que sólo Colombia y Uruguay cuentan con la institución del referéndum sancionador o abrogativo, el cual otorga a los ciudadanos la posibilidad de revocar leyes surgidas del sistema representativo. Sin embargo, en ambos países, determinadas materias, particularmente la política fiscal, quedan excluidas de su campo de aplicación.

El segundo mecanismo de democracia directa es la *iniciativa popular*, entendiendo por tal *el derecho de la ciudadanía a proponer proyectos de ley y reformas legales o constitucionales, totales o parciales*. Si bien casi la mitad de los países de América Latina regulan estos mecanismos en sus diferentes modalidades, cabe señalar que, con la excepción del Uruguay y Colombia, su uso ha sido muy limitado.

Por regla general, se trata de iniciativas legislativas populares *ad parlamentum*, ya que los proyectos de ley o reforma constitucional presentados son estudiados por el parlamento y la decisión al respecto la toma éste sin consultar con el electorado.

Hay en cambio, unos pocos países que cuentan con una auténtica actividad legislativa de origen popular. Así, en Uruguay las iniciativas de reforma constitucional que provienen de la ciudadanía y que cuentan al menos con el apoyo del 10% de los electores hábiles, deben ser sometidas directamente a consulta popular. En Colombia, por su parte, en los casos en que un proyecto de ley de iniciativa popular haya sido rechazado en el parlamento, el mismo debe ser sometido a “referéndum aprobatorio” si así lo solicita el 10% de los electores inscritos en el censo electoral.

Finalmente, la *revocatoria de mandato* consiste en la *facultad de dejar sin efecto el mandato del titular de un cargo de elección popular*. Por lo general en América Latina, esta posibilidad queda limitada al ámbito subnacional salvo para los casos de Colombia, Panamá y Venezuela que lo contemplan a nivel nacional. En el caso de este último país, está establecido para todos los cargos de elección popular, incluido el del Presidente de la República. Empero, a la fecha, este mecanismo no ha sido empleado a nivel nacional en ningún país de la región. Cabe anotar que por el contrario este mecanismo está regulado en varios países en el ámbito subnacional y ha sido utilizado en algunas oportunidades en Argentina, Ecuador, Perú, Bolivia y Colombia entre otros.

El siguiente cuadro sistematiza de manera resumida, en tres categorías de países, la situación actual en materia de regulación y uso de los mecanismos de democracia directa. El primer grupo de países (10) son aquellos en los cuales existe al menos uno de los mecanismos y éste o estos han sido utilizados. El segundo grupo de países (3), lo constituyen aquellos países que pese a tener regulado alguno de los mecanismos, no lo han utilizado. Finalmente, el tercer grupo (5) reúne a los países que no prevén ninguno de estos mecanismos a nivel nacional.

**Cuadro Nº 1  
MECANISMOS DE  
DEMOCRACIA DIRECTA EN AMÉRICA LATINA  
-A NIVEL NACIONAL-**

PAÍS	INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR	CONSULTA POPULAR (Plebiscito/Referéndum)	REVOCATORIA DE MANDATO
Argentina	Sí, iniciativa de leyes No se ha utilizado	Sí	No a nivel nacional Sí a nivel provincial
Brasil	Sí, iniciativa de leyes No se ha utilizado	Sí, para temas específicos sin legislar	No
Chile	No	Sí, sólo para reforma constitucional cuando hay desacuerdo entre Ejecutivo y Congreso	No

PAÍS	INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR	CONSULTA POPULAR (Plebiscito/Referéndum)	REVOCATORIA DE MANDATO
Ecuador	Sí, iniciativa de leyes y constitucional No se ha utilizado	Sí	No a nivel nacional Sí para alcaldes, prefectos, diputados provinciales y gobernadores
Guatemala	Sí No se ha utilizado	Sí	No
Panamá	No	Sí	<b>Sí</b> No se ha utilizado
Perú	Sí, iniciativa de leyes Sin legislar No se ha utilizado	Sí	Sí, aplicado sólo para alcaldes y regidores
Uruguay	Sí, iniciativa constitucional y legislativa	Sí	No
Venezuela	Sí, iniciativa constitucional y legislativa No se ha utilizado	Sí	Sí para todos los cargos No se ha utilizado
Colombia	Sí	Sí No se ha utilizado	Sí A nivel subnacional
El Salvador	Sí	Sí No se ha utilizado	No
Nicaragua	Sí No se ha utilizado	Sí No se ha utilizado	No
Paraguay	Sí No se ha utilizado	Sí No se ha utilizado	No
Bolivia	No	No	No
Costa Rica	No	No	No
Honduras	No	No	No
México	No	No	No
República Dominicana	No	No	No

Como ya señalamos en la introducción, a inicios de los 90 cobró fuerza en América Latina, la tendencia de expandir los mecanismos de democracia directa, en busca de mayores niveles de participación ciudadana, para corregir la crisis de representación y tratar de combatir la corrupción enquistada en sectores importantes de la clase política. No se trató, empero, de una demanda popular como lo demuestra el hecho de que ni los acuerdos o “pactos” de transición democrática de los países de América del Sur ni los “acuerdos de paz” que pusieron fin a los conflictos armados centroamericanos contemplaron estas instituciones.

Por el contrario, el origen de la incorporación de las instituciones de democracia directa en las constituciones reformadas a los largo de los años 90 tuvo dos causas principales. Una, la crisis de los sistemas de partidos produjo un vacío creciente en el ámbito de la representación política el cual fue llenado por líderes neopopulistas que llegaron al poder criticando la democracia representativa y prometiendo solucionar los grandes problemas nacionales mediante el uso de la democracia participativa y de la relación directa con el pueblo (Fujimori en Perú, Bucaram en Ecuador y Chávez en Venezuela, entre otros). La otra se dio en países en medio de una extrema crisis institucional en los cuales la elite dominante incorporó los mecanismos de democracia directa como una válvula de escape para evitar un colapso del sistema democrático (Paraguay y Colombia, entre otros).

Resultado de este proceso, a fines del año 2000, trece países de América Latina regulan a nivel nacional diferentes mecanismos de democracia directa en sus respectivas constituciones. Cabe advertir que la casi totalidad de las constituciones reformadas en Latinoamérica durante la década del noventa (Argentina, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela) incorporaron a su articulado estos mecanismos y procedimientos.

El caso de Uruguay es atípico ya que estos mecanismos datan de 1919. Sin embargo, a la fecha, sólo unos pocos países han hecho uso frecuente de los mismos, entre ellos Uruguay, en primer lugar y, Ecuador en segundo.

Por su parte, cuatro países de la región (Bolivia, República Dominicana, Honduras y México) no contemplan en sus textos constitucionales estos mecanismos, mientras que un quinto país, Costa Rica, lo regula constitucionalmente pero sólo en el ámbito sub-nacional<sup>(1)</sup>. Actualmente la Asamblea Legislativa estudia de nuevo la instauración del referéndum a escala nacional. Finalmente, tenemos los casos de El Salvador, Nicaragua y Paraguay que sí los incluyen aunque nunca los han empleado hasta el presente. Colombia, pese al amplio menú de mecanismos de democracia directa regulados en su Constitución de 1991, sólo ha hecho uso de este mecanismo en el ámbito nacional en una oportunidad, además de la experiencia de la consulta informal de 1990 que dio origen a la Constitución de 1991.

---

(1) Actualmente tanto en Bolivia como en Costa Rica se están discutiendo reformas constitucionales que contemplan la adopción de mecanismos de democracia directa.

En suma, mientras en América del Sur (excluyendo a Guyana, Suriname y la Guyana Francesa) la totalidad de los países regulan estos mecanismos en sus cartas constitucionales salvo uno, Bolivia, en América Central, el caribe hispano y México estas instituciones no están tan generalizadas como lo demuestra el hecho de que ni Honduras, República Dominicana, Costa Rica y México las contemplan actualmente.

#### IV. EVOLUCIÓN Y ANÁLISIS DE LA EXPERIENCIA LATINOAMERICANA DE LAS DOS ÚLTIMAS DÉCADAS EN EL USO DE LOS MECANISMOS DE DEMOCRACIA DIRECTA

El cuadro N° 2, presenta una visión sistematizada de la aplicación de los mecanismos de democracia directa en los países de la región, durante el período 1978-2000.

**Cuadro N° 2**  
**MECANISMOS DE DEMOCRACIA DIRECTA**  
**UTILIZADOS ENTRE 1978 Y 2000<sup>(2)</sup>**

PAÍS	FECHA	MECANISMO	TEMA	RESULTADO	EFECTO
Argentina	Nov. 84	Consulta	Laudo Beagle	Aprobado	Legitimador, no vinculante. Apoyo a la gestión del Presidente Alfonsín iniciador de la propuesta
Brasil	Abr. 93	Plebiscito	Monarquía o república	República	Legitimador del régimen vigente, vinculante
Brasil	Abr. 93	Plebiscito	Parlamentarismo o Presidencialismo	Presidencialismo	Legitimador del régimen vigente y del sistema presidencialista
Colombia	Mar. 90	Consulta "informal"	Posibilidad de reformar la Constitución por medios extraparlamentarios. Consulta promovida por estudiantes ["7ta. Papeleta"]	"Aprobatoria"	Con base en esta consulta informal se realizó la convocatoria y la elección de una Asamblea Constituyente en diciembre de 1990
Colombia	Oct. 97	Consulta	Apoyo a la pacificación	Aprobado	Irrelevante. Intento de legitimación del proceso de paz por parte de la presidencia

(2) En esta tabla se muestran todos los casos en que se utilizaron mecanismos de democracia directa en América Latina entre 1978 y 2000. Sin embargo debe tomarse nota que en 5 casos los mecanismos fueron empleados por gobiernos autoritarios antes de que la transición a la democracia tuviera lugar: Chile (1980, 88, 89), Panamá (1983) y Uruguay (1980).

PAÍS	FECHA	MECANISMO	TEMA	RESULTADO	EFEECTO
Chile	Sep. 80	Plebiscito	Nueva Constitución fundante del nuevo régimen	Aprobada	Nueva Constitución y nuevo sistema electoral
Chile	Octubre 1988	Plebiscito	De acuerdo a Constitución de 1980 prolongación o no del mandato del Presidente Gral. A. Pinochet	Rechazado	Rechazo de la propuesta militar por vía de la consulta popular, prevista ya en 1980. Permitió, a continuación, acelerar la apertura democrática
Chile	Junio 1989	Plebiscito	Reforma Constitucional	Aprobada	Confirmatorio de las negociaciones de transición a la democracia
Ecuador	Ene. 78	Plebiscito	Constitución	Aprobado	Legitimación de transición
Ecuador	Jun. 86	Consulta	Candidaturas independientes de los partidos	Rechazado	No Vinculante. Irrelevante
Ecuador	Ago. 94	Consulta- encuesta de 7 preguntas <sup>(3)</sup>	Lo más relevantes de las preguntas apuntaban a dar legitimidad al presidente	Aprobadas la mayoría excepto el manejo del presupuesto por el parlamento	No vinculante. Mero ejercicio de apoyo al presidente del momento Sixto Durán, iniciador del proceso. Puntos no implementados

<sup>(3)</sup> Utilizamos el término “consulta-encuesta” debido a que el formato de la boleta para la consulta fue similar al cuestionario de una encuesta de opinión pública.

PAÍS	FECHA	MECANISMO	TEMA	RESULTADO	EFECTO
Ecuador	May. 97	Consulta- encuesta de 11 preguntas	Puntos principales: Apoyar destitución de Bucaram y la presidencia de Alarcón	Aprobado	Legitimación de la caída del anterior presidente y confirmación de su sustituto. Como resultado de la consulta se convocó a una Constituyente que aprobó una nueva Constitución donde se recogen una parte de las medidas sometidas a consulta
Guatemala	Ene. 94	Referéndum	Reforma constitucional	Aprobada	Aprobación de reformas constitucionales resultado de los ajustes de la institucionalidad tras el fracasado autogolpe del presidente Jorge Serrano
Guatemala	May. 99	Referéndum	Reformas constitucionales para implementar acuerdos de paz	Rechazado	Se tradujo en plebiscito en contra del gobierno y no sobre el tema constitucional en debate
Panamá	Abril 83	Referéndum	Reforma constitucional	Aprobada	Fortalecimiento del régimen autoritario de Noriega
Panamá	Nov. 92	Referéndum	Reforma constitucional de 58 puntos	Rechazado	Intento de legitimar las reformas introducidas por el régimen democrático
Panamá	Ago. 98	Plebiscito	Reforma constitucional. Reelección inmediata del presidente y otros puntos	Rechazado	Se votó contra la gestión del presidente Pérez Balladares
Perú	Oct. 93	Plebiscito	Nueva Constitución	Aprobado	Legitimación del nuevo régimen del presidente Fujimori
Uruguay	Nov. 89 Nov. 94 Dic. 1996	Plebiscitos	Reformas constitucionales Nov. 1989 y 1994 Normas para proteger a jubilados y pensionistas. Dic. 1996. Cambio del sistema electoral	Aprobadas 1989, 1994 y 1996	Aprobación de acuerdos previos de la clase política sobre forma de gobierno y de iniciativas populares de grupos de retirados y pensionados (1989-94)



PAÍS	FECHA	MECANISMO	TEMA	RESULTADO	EFECTO
Uruguay	Nov.80 Ago.94 Nov.94 Oct. 99	Plebiscitos	Reformas constitucionales 1980. Nueva Constitución (origen gobierno militar). 1994 Ago. Reforma constitucional separando elecciones municipales y nacionales. 1994 Nov. 27% del presupuesto para la enseñanza. Oct. 1999. Dos reformas. (I) Prohibición de candidatearse a miembros de empresas estatales y (II) porcentaje fijo del presupuesto para el Poder Judicial	Rechazadas 1980; Agosto 1994; Nov. 1994 Oct. 1999 (I) Oct 1999 (II)	Sólo en 1994 se rechazó un acuerdo previo de la mayoría de la clase política. En los otros casos, una es una iniciativa legislativa minoritaria, otra de un grupo de interés y la tercera, la propuesta militar de 1980
Uruguay	Abr. 89	Referéndum	Ley de amnistía general a militares y policías	Aprobada	Dar respaldo popular a una decisión muy polémica
Uruguay	1992	Referéndum	Privatización parcial de empresa telefónica estatal	Rechazada	Refrendar el "estatismo" del electorado
Venezuela	Abr. 1999	Referéndum	Acuerdo con la resolución del Ejecutivo para elegir una Constituyente y sobre su integración (2 consultas en el mismo día)	Aprobadas	Procesos que formaron parte, junto a elecciones de presidente, diputados y gobernadores de la iniciativa del Presidente Chávez para replantear la fórmula política y social del país
Venezuela	Dic. 99	Plebiscito	Reforma constitucional	Aprobada	

Como podemos ver, entre 1978 y el año 2000, se realizaron un total de treinta consultas populares en 10 países de la región. De este, 5 de ellas tuvieron lugar durante la vigencia de gobiernos autoritarios, mientras que las restantes 25 corresponden a gobiernos democráticos en los respectivos países.

Cinco de estas consultas, la de Panamá en 1983, la de Uruguay en 1980 y las de Chile en 1980, 1988 y 1989 se llevaron a cabo durante la vigencia de regímenes autoritarios. El plebiscito uruguayo de 1980, fue desfavorable para los militares, abriendo así, el camino a cuatro años de negociación que desembocaron en la restauración de la democracia. En cambio, en Chile, el régimen del General Pinochet venció en 1980 e impuso su Constitución. Pero en la consulta de 1988, cuyo objetivo era asegurar la continuidad de Pinochet en el ejercicio de la presidencia, el resultado le fue adverso. La tercera consulta (1989), si bien se realizó también durante el régimen pinochetista, tuvo por objetivo perfeccionar un acuerdo de salida motivado por la derrota sufrida por el régimen militar un año antes.

La finalización de los conflictos armados en Centroamérica durante los años noventa registra un sólo caso de consulta popular asociado a los procesos de paz, el de Guatemala de 1999, que fue ampliamente rechazado por la ciudadanía. Ni en Nicaragua ni en El Salvador, se utilizaron estos mecanismos.

Las consultas realizadas en Argentina en 1984, en Colombia en 1990 (seguida de una convocatoria a una Asamblea Constituyente que la tornó muy relevante) y en 1997, y las que se llevaron a cabo en Ecuador, en junio de 1986 y las “consultas-encuestas”, no tuvieron carácter vinculante, aunque la última, de 1997, dio lugar a una Asamblea Constituyente que incorporó buena parte de lo que había sido sometido a consulta y aprobado por la ciudadanía. Las restantes sí lo tuvieron. De éstas, dieciséis fueron para aprobar o rechazar reformas constitucionales<sup>(4)</sup> (seis de ellas en Uruguay –tres aprobadas y tres rechazadas–; dos en Chile aprobadas; tres en Panamá –dos de ellas rechazadas–; dos en Guatemala –una aprobada y otra no–; y una cada una aprobadas en Ecuador, Perú y Venezuela). Dos de las consultas fueron referéndum derogatorios de leyes (las dos en Uruguay). Una consulta (la de Colombia de 1990) legitimó e integró el mismo día una Asamblea Constituyente. Lo mismo ocurrió en Venezuela en abril de 1999.

Por su parte, los autogolpes de Fujimori en Perú (consumado) y de Serrano Elías en Guatemala (fallido) condujeron a las consultas llevadas a cabo en ambos países en 1993, las cuales trajeron como consecuencia una nueva Constitución en Perú y reformas a la Constitución guatemalteca. Los profundos cambios que llevaron al colapso del sistema político partidario vigente en Venezuela desde el pacto de Punto Fijo de 1961, condujeron a dos consultas populares en 1999, y a la adopción de una nueva Constitución ese mismo año.

---

<sup>(4)</sup> No tomamos en cuenta los plebiscitos brasileños de 1993 que estaban previstos en la reforma constitucional de 1988. Tampoco la consulta chilena de 1988 prevista en la Carta de 1980.

De la totalidad de las consultas a la ciudadanía realizadas en América Latina durante el período 1978-2000, la gran mayoría de éstas tuvo su origen en iniciativas “desde arriba”. El Poder Ejecutivo promovió las consultas de Argentina en 1984, de Colombia en 1997, y las cuatro llamadas consultas-encuestas de Ecuador. En total seis casos.

En cuanto a las aprobaciones de reformas constitucionales cabe señalar que si bien éstas son formalmente promovidas por los órganos legislativos y/o constituyentes, en seis casos, el proceso fue iniciado por el Ejecutivo: Guatemala en 1994; Panamá en 1998; Perú en 1993; Venezuela en 1999/2000; y Chile y Uruguay, ambas en 1980, durante los regímenes militares.

En síntesis, el Ejecutivo inició 13 de las 30 consultas realizadas. Otras diez fueron la consecuencia de acuerdos de la clase política plasmados en constituciones aprobadas o rechazadas, o resultado de previsiones constitucionales previamente acordadas, como las ya citadas consultas brasileñas de 1993 y la chilena de 1988. En total, 23 de las 30 consultas se llevaron a cabo con base en iniciativas “desde arriba”.

Los restantes siete casos se trataron de iniciativas “desde abajo”. Seis de ellas en Uruguay: dos reformas constitucionales aprobadas (en 1989 y 1994), dos rechazadas (en 1994 y 1999) y dos referéndum contra leyes. La séptima, como ya se señaló, tuvo lugar en Colombia en 1990, fue de carácter informal y dio origen a la nueva Constitución de 1991.

## V. BALANCE

### 5.1. Uso y frecuencia de la utilización de estos mecanismos

El análisis de la experiencia latinoamericana de las últimas dos décadas evidencia, pese a la percepción que existe en contrario, que el uso de los mecanismos de democracia directa, a escala nacional, ha sido modesto. En efecto, estas instituciones han sido utilizadas en 10 de los 13 países que regulan estos institutos (todos en democracia a excepción de Chile), pero de manera frecuente sólo en dos de ellos (Uruguay y Ecuador) y en Venezuela desde la llegada al poder del presidente Chávez.

Sin embargo, una mirada retrospectiva desde el inicio de la transición a la democracia (fines de los años 70) evidencia una tendencia creciente al empleo de las instituciones de democracia directa. En efecto, mientras durante la década de los años 80 se realizaron ocho consultas populares, durante la década de los 90 el número saltó a veinte, en su mayoría para legitimar o rechazar reformas constitucionales.

A escala nacional, no es posible establecer una regla general que explique porqué algunos países han empleado más que otros estos mecanismos. Pareciera que la respuesta pasa por el contexto partidario y por la cultura política dominante de cada país. Así, por ejemplo, en Uruguay estos mecanismos preexistieron al proceso de restauración democrática. Después del retorno a la democracia en este país, sólo se registró como novedad el uso, hasta entonces desconocido, del mecanismo de derogación de

leyes por medio de un referéndum. En Ecuador, diversos presidentes en situación de asedio constante o de dudosa legitimidad, ante un sistema político partidario muy débil y fragmentado, recurrieron inútilmente a la opinión ciudadana para tratar de zanjar sus respectivas crisis políticas.

En los países de la región como Brasil, Argentina y México, estos mecanismos prácticamente no han sido utilizados (Argentina y Brasil) o no empleados del todo (México) al no tenerlos regulados en su ordenamiento constitucional. Argentina, como vimos, registra a escala nacional únicamente un ejercicio ritual a través de una consulta no vinculante sobre el tema del laudo limítrofe sobre el canal de Beagle. Por su parte, la consulta obligatoria llevada a cabo en Brasil en 1993, respecto a la posibilidad de implantar el parlamentarismo y la monarquía arrojó resultados adversos para ambas propuestas.

## **5.2. Origen de la utilización de los mecanismos de democracia directa en América Latina**

Como ya se indicó, 23 de las 30 consultas populares tuvieron origen “desde arriba” y sólo 7 fueron iniciadas “desde abajo”, de las cuales 6 se llevaron a cabo en un solo país: Uruguay. Esta tendencia obedece al hecho de que si bien algunos Estados prevén la intervención de la ciudadanía para iniciar una consulta popular, por lo general, en la mayoría de los países, esta potestad se reserva al Ejecutivo o al Congreso.

Por su parte, varios presidentes latinoamericanos han utilizado estos mecanismos de democracia directa con suerte diversa durante el período 1978-2000. En Panamá, el ex presidente Pérez Balladares fracasó en su intento de modificar la Constitución para autorizar la reelección. En Ecuador, el presidente Sixto Durán logró respuestas favorables en una primera consulta-encuesta pero negativas en la segunda, lo que debilitó su gestión de gobierno. La clase política uruguaya registra una derrota en 1994 al no lograr imponer una reforma constitucional que separaba las listas de votación municipal de las nacionales; reforma que había sido aprobada por 2/3 de los integrantes del parlamento. Posteriormente, esa misma norma se incluyó en la reforma aprobada en 1996. Por su parte, el ex presidente Fujimori de Perú y el presidente Chávez de Venezuela, utilizaron estos mecanismos de manera exitosa para consolidar sus respectivos proyectos políticos, si bien el primero, debió renunciar a su tercer mandato como presidente debido al fraude cometido durante la elección del año 2000 y la consiguiente crisis política desatada.

## **5.3. El papel jugado por la sociedad civil**

Los ordenamientos constitucionales de varios de los países de la región prevén la iniciativa de la ciudadanía para reformar la Constitución, lo que en principio supone una mayor capacidad de decisión de parte de esta. Sin embargo, debe tenerse presente, que a la fecha únicamente Uruguay ha utilizado este mecanismo. La iniciativa de la sociedad civil a través de movimientos *ad hoc*, se dio sólo en los casos de las reformas

constitucionales planteadas en Uruguay, en 1989, 1994 y 1999 para defender al sector de jubilados y pensionistas, a sectores ligados a la enseñanza y al poder judicial, habiendo triunfado únicamente las propuestas que presentaron los jubilados en 1989 y 1994.

También fueron de iniciativa popular los referéndums derogatorios planteados en el Uruguay. El de 1989, referido a los abusos de los derechos humanos, fue promovido por una coalición de partidos de izquierda y un movimiento *ad hoc* de la sociedad civil; fracasó. El de 1992, que rechazaba la posibilidad de privatizar parcialmente la empresa telefónica, fue promovido también por fuerzas partidarias de izquierda en conjunto con el sindicato de trabajadores de esa empresa; se aprobó. Como puede verse, la participación de las organizaciones de la sociedad civil ha sido limitada en Uruguay dado que en los dos casos se registró la alianza de esos movimientos sociales *ad hoc* con fuerzas partidarias. En Colombia, el “*movimiento estudiantil de la 7ª papeleta*” promovió los cambios que llevaron a la reforma constitucional de 1991. En el resto de los casos registrados en la región, la iniciativa correspondió principalmente al Presidente, o al Parlamento, por lo general de acuerdo con las normas constitucionales que obligan a la consulta ciudadana.

Varios países prevén asimismo, la iniciativa legislativa de parte de la ciudadanía exigiendo para ello un determinado porcentaje de electores que varía según el caso. Algunos países (entre ellos Brasil y Venezuela) también establecen en su Constitución que si el parlamento rechaza un proyecto presentado por iniciativa popular, un determinado porcentaje de los ciudadanos puede pedir que se someta a referéndum para su aprobación directa. Paraguay, Perú y Uruguay también prevén constitucionalmente este mecanismo, pero al igual que en los países arriba citados, aún no se sancionaron las leyes necesarias para su puesta en marcha.

En cuanto a los efectos que estos mecanismos han tenido, puede afirmarse, que en general el uso de los mismos en el ámbito nacional no ha dado mayor protagonismo real a la sociedad civil. Por su parte, el fortalecimiento de los niveles de control ciudadano sobre el gobierno o respecto de los otros órganos del sistema representativo sólo ha operado en forma limitada. Únicamente en Uruguay, los mecanismos de referéndum contra leyes pueden citarse como ejemplo, si bien el resultado obtenido todavía es objeto de debate<sup>(5)</sup>.

En suma, la sociedad civil ha desempeñado hasta la fecha, y sólo en unos pocos casos, más un papel de control y freno que de creación e innovación, salvo la consulta

---

<sup>(5)</sup> En el caso de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, que constituyó una suerte de amnistía general, sin derecho a investigación, de posibles abusos cometidos por militares y policías durante el período dictatorial, se aceptó el resultado jurídico, pero la disputa por la memoria y la historia, así como por reparaciones continúa. En el caso de la Ley que permitía privatizaciones parciales en 1992 y que fue rechazada por la ciudadanía, el tema sigue en debate, especialmente en el área de la telefonía y posteriormente formas de transmisión de datos y telefonía celular fueron otorgadas por concesión a operadores privados.

informal colombiana de 1990. Como algunos expertos han señalado, este fenómeno no debe sorprender, dado que en la actualidad predominan las formas débiles y reactivas, hasta cierto punto “elitistas”, de participación popular, fundamentalmente a través de organizaciones no gubernamentales con limitada capacidad de acción a nivel masivo.

Por otro lado, y pese a estar previstos constitucionalmente la puesta en marcha de estos mecanismos la iniciativa de la sociedad civil no es fácil. Se requiere una conjunción de voluntades alrededor de un tema relevante y movilizador y la conformación de un movimiento social que lo impulse. Formalmente y hasta el presente, salvo en el caso de Uruguay, donde hubo dos intentos de derogación de leyes, uno fracasado y el otro aprobado como hemos visto, y el de Colombia para la presentación de la Ley Antisecuestro, aprobada posteriormente, no existen otros ejemplos. Pero incluso en el Uruguay, desde 1992 a la fecha, y pese al intento de realizar nuevos plebiscitos derogatorios en dos oportunidades, no se llegó a contar con la adhesión del 25% de los ciudadanos del padrón electoral para llegar a la consulta obligatoria.

#### 5.4. El comportamiento de la ciudadanía

El comportamiento ha sido diverso. No hay una tendencia regional uniforme. La constatación es que en muchos casos la ciudadanía no se pronuncia a favor o en contra del tema puesto a su consideración, sino que expresa su frustración frente a los deseos o percepciones acerca de lo que ha hecho o no el gobierno de turno. Por ello, las consultas populares en ciertos países, a diferencia de las elecciones, han servido para dar expresión al “desencanto” general que existe con la política y con la clase dirigente. En este sentido debe interpretarse el claro rechazo de los ciudadanos uruguayos a la “minireforma” constitucional de 1994 que contaba con el pleno apoyo de todas las fracciones parlamentarias, y que poco tuvo que ver con el contenido concreto de las cuestiones sometidas a votación.

También en más de una caso, aunque el tema parezca relevante, la ciudadanía suele rechazar el planteo, atendiendo a la coyuntura político partidaria del momento. Un buen ejemplo en este sentido lo dio Guatemala en 1999, ya que las reformas que debían confirmar los Acuerdos de Paz que pusieron fin a la guerra civil de 36 años, no interesaron a la ciudadanía, la cual mayoritariamente no participó en el proceso, y quienes sí lo hicieron votaron en un alto porcentaje en contra de su aprobación, como forma de demostrar su descontento con el gobierno de turno.

En los casos en que le correspondió a la ciudadanía resolver cuestiones de relevancia, como en Brasil para optar entre el presidencialismo o el parlamentarismo y entre república o monarquía, la misma mantuvo el *status quo* (a favor del presidencialismo y de la república). El único país donde se usó el mecanismo de derogación de leyes, Uruguay, muestra dos procesos con resultados diferentes: uno que mantuvo la ley (sobre el tema de Derechos Humanos), otro contrario a la misma (rechazo a la privatización).

Debido a este fenómeno, la clase política y los titulares del Poder Ejecutivo se han vuelto en la mayoría de los países más cautos a la hora de usar estos mecanismos, apelando a los mismos cuando están seguros de un resultado favorable o aplicándolos cuando son de convocatoria obligatoria, como es el caso de las reformas constitucionales.

En lo que refiere al nivel de participación electoral durante estas consultas populares, podemos observar que, en general, el porcentaje de votantes ha sido bastante bajo. Son especialmente notorios, por su reducida participación, los casos de Guatemala y de Colombia, lo cual coincide con el alto abstencionismo que caracteriza el comportamiento electoral de estos dos países. Hay casos en que las consultas, traducidas a porcentaje sobre el padrón electoral, resultaron aprobadas o rechazadas por menos del 50% de los ciudadanos inscriptos. Sin embargo, en la mayoría de las situaciones en que ello ocurrió, los resultados no fueron contestados, ni su legalidad o legitimidad cuestionada por quienes resultaron derrotados.

## **5.5. Consecuencias sobre el sistema político**

### *5.5.1. En general*

El uso de los mecanismos de participación ciudadana no puede decirse que mejore o empeore el funcionamiento de un sistema político determinado. La mayoría de las democracias europeas recurren muy ocasionalmente a la consulta popular a escala nacional, mientras que los Estados Unidos sólo lo contemplan en el ámbito estatal. Un estudio comparado del uso de estos mecanismos en los diversos Estados de EE.UU. evidencia que su empleo suele ser más frecuente en aquellos Estados que cuentan con fuertes grupos de interés, gobiernos divididos, legislaturas profesionales y en los cuales los requisitos para someter temas a consulta popular directa son bajos.

Por su parte, la experiencia a la fecha en América Latina, tampoco pareciera indicar que los mecanismos de democracia directa hayan tenido el impacto deseado en cuanto a mejorar la representación o la participación. Tampoco pareciera que hayan coadyuvado a disminuir el “desencanto” con la política y los partidos, actuando más bien como canales de expresión de este “desencanto” fuera de las elecciones regulares.

### *5.5.2. En materia de estabilidad política*

No puede afirmarse tampoco que los mecanismos de democracia directa, tal y como han sido utilizados hasta ahora, hayan mejorado o complicado sustancialmente la estabilidad política. Como todo mecanismo de ingeniería electoral estos deben ser parte de una arquitectura mayor y es en ese marco en que debe analizarse su funcionamiento. En general, estos mecanismos no se han utilizado para resolver controversias entre el Parlamento y el Ejecutivo, salvo indirectamente en Ecuador, donde los presidentes Sixto Durán y Fabián Alarcón, respectivamente, recurrieron infructuosamente a los mismos para tratar de mejorar los niveles de legitimidad de sus debilitadas gestiones.

En algunos países o momentos determinados, el uso indebido de estos mecanismos puede incluso considerarse negativo para la estabilidad política. Ecuador de nuevo es un buen ejemplo de ello. Las consultas-encuestas, no vinculantes, sin instrumentación posterior, llevaron a acentuar la ingobernabilidad del país. Si bien no puede atribuirse responsabilidad directa a estos mecanismos en la pérdida de estabilidad política que llevó a la caída de dos presidentes constitucionales en este país, tampoco puede decirse que estos mecanismos hayan contribuido positivamente en pro de la estabilidad.

### 5.5.3. *En materia de reforma política*

En cuanto a la reforma política, los mecanismos de democracia directa parecieran favorecer soluciones conservadoras, siendo el ejemplo más claro de ello el rechazo al cambio de régimen de gobierno y político en Brasil en 1993.

En otros casos los resultados son contradictorios. La separación de elecciones municipales de las nacionales rechazada por la ciudadanía uruguaya en 1994 se aprobó en 1996. En julio de 1986 la ciudadanía ecuatoriana rechazó la posibilidad de aceptar candidaturas independientes de los partidos pero luego las aceptó en 1994.

### 5.5.4. *En relación con las reformas económicas*

La complejidad de los temas económico-financieros determina un alto grado de dificultad para intentar resolver los mismos vía la participación ciudadana mediante el uso de mecanismos de democracia directa. Por ello, las legislaciones de la mayoría de los países han excluido expresamente estas materias como objeto de eventuales consultas populares.

Empero, en algunos países, entre ellos Uruguay y Ecuador, y sustancialmente a iniciativa de la sociedad civil y por lo general con la adhesión de partidos políticos de centro-izquierda, se intentó usar estos mecanismos para imponer límites a las reformas económicas. El caso paradigmático es la derogación de la ley que permitía la privatización parcial de la empresa telefónica uruguaya en 1992. Sin embargo, el mismo esquema no siguió adelante en los años posteriores, cuando se intentó plebiscitar en contra una ley marco sobre la distribución de electricidad y gas. Tampoco prosperó un intento de comenzar a cuestionar el sistema privado de retiros y pensiones.

Por su parte, en Ecuador, el intento de grupos de la sociedad civil de convocar una consulta popular contra el plan económico del Gobierno del Presidente Gustavo Noboa y la dolarización fracasó al no haberse reunido, según la autoridad electoral, el número suficiente de firmas para ello.

## 5.6. Consideraciones finales

Un balance preliminar evidencia que, pese a la generalizada incorporación de los mecanismos de democracia directa en los textos constitucionales de numerosos países



latinoamericanos, la mayoría de los sistemas políticos de la Región sigue teniendo un bajo componente de democracia directa a nivel nacional.

En cuanto a los resultados de la aplicación de estos mecanismos cabe destacar, que mientras en los países avanzados han tenido, más bien, efectos conservadores, en nuestra región estas instituciones han tenido un resultado mixto, oscilando entre intentos de manipulación neo-populistas por una parte, con posiciones conservadoras o tradicionalistas por la otra.

Pero más allá de la valoración que pueda hacerse en relación con el empleo de los instrumentos de democracia directa, hay que aceptar que estos han llegado para quedarse. De ahí que el tema central pase por *¿cómo utilizarlos adecuadamente y, más importante aún, cuándo y para qué temas?*

En efecto, en sociedades como las latinoamericanas, donde la pobreza crece y donde la equidad esta retrocediendo, los mecanismos de participación ciudadana, si son bien utilizados, pueden ayudar a contrarrestar la tendencia a la deslegitimación del sistema político. En este marco, las instituciones de democracia directa devienen en gran medida, más que en una forma complementaria de ejercer el gobierno, en un ejercicio de expresión ciudadana que canaliza frustraciones populares. Precisamente por ello es importante, de cara al actual contexto económico, social y político regional, evitar el peligro de una posible manipulación demagógica de estos mecanismos, estableciendo límites claros a los temas que pueden ser sometidos a consulta popular.

En suma, la experiencia de estas dos décadas en el uso de los mecanismos de democracia directa aconseja una utilización prudente y no desvirtuada de los mismos, particularmente en el ámbito nacional. Por ello, e independientemente del valor agregado que pueda derivarse de su utilización, en especial a escala local (el cual creemos es el espacio idóneo para su ejercicio), la coyuntura latinoamericana demanda prestar atención urgente y prioritaria al mejoramiento de la eficacia de los mecanismos y órganos centrales de la democracia representativa, en particular, al fortalecimiento de los partidos políticos y los parlamentos.



# NUEVAMENTE SOBRE LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES (\*)

VÍCTOR BAZÁN  
(Argentina)

**SUMARIO:** I. Hablar de Germán J. Bidart Campos. II. Continuando con las omisiones... III. Epílogo.

## I. HABLAR DE GERMÁN J. BIDART CAMPOS

*Hablar de Germán J. Bidart Campos* es hacerlo del Maestro, del amigo, de un ser humano extraordinario a quien mucho debemos; afectos que necesariamente se terminarán imponiendo a todo intento de objetividad que pugne por aflorar en estas breves palabras. Es que, como Germán siempre dice –recordando a Pascal– *el corazón tiene razones que la razón no entiende*.

*Hablar de Germán J. Bidart Campos* es pensar en quien por méritos y logros legítimos integra el reducido grupo de académicos que está en la cima de los constitucionalistas latinoamericanos y, sin embargo, se siente inmerso en la mayor de las llanuras para “confrontar” ideas, “intercambiar” experiencias, “escuchar” argumentos de quienes, como nosotros, estamos a una distancia sideral de su sabiduría. Cada día es más humilde, más sencillo, y eso es lo que lo convierte en un Grande de verdad.

*Hablar de Germán J. Bidart Campos* es pensar en quien nos enseña día tras día; quien nos transmite un provocador mensaje de ideas impregnadas de un humanismo comprometido; quien nos permite abreviar en sus pensamientos que trasuntan la firme impronta de luchar por la consolidación del constitucionalismo democrático; quien nos alienta desinteresadamente; quien vivifica la imagen de la modestia; quien es

---

(\*) Desde aquí, nuestras sinceras felicitaciones a los Drs. Domingo García Belaunde, José F. Palomino Manchego y José Carlos Remotti Carbonell, gestores de la idea de homenajear al Dr. Germán J. Bidart Campos. Asimismo, les agradecemos el habernos honrado invitándonos a participar de esta importante obra.

querido y admirado por los estudiantes, respetado por sus pares, seguido por sus discípulos.

*Hablar de Germán J. Bidart Campos* es hacerlo de quien cada día está más lejos del anquilosamiento intelectual y del dogmatismo ideológico; quien, por fortuna, es continuamente “atacado” por ideas originales e innovadoras concebidas en el vientre de su caudalosa creatividad.

*Hablar de Germán J. Bidart Campos* es pecar por *omisión*, defecto que teñirá de injusticia a este breve mensaje, ya que en modo alguno podrá reflejar en su dimensión real la gratitud y admiración que profesamos al Maestro, en primer lugar, por todo lo que nos enseña y ha enseñado; en segundo lugar, por ser uno de los principales “culpables” de nuestra pasión por el Derecho Constitucional y, en tercer lugar, por dispensarnos el honor de permitirnos ser su amigo. Y él sabe que no somos afectos a lisonjas. Por todo eso, y mucho más, ¡gracias, Germán!

## II. CONTINUANDO CON LAS OMISIONES ...

1. Continuando con las omisiones (cuya primera aparición se produjo en las breves palabras introductorias) y, a modo de modesto homenaje, que más que eso es, en verdad, una sincera muestra de afecto, hemos seleccionado un tema que particularmente atrajo nuestra atención y que en Argentina deriva –como tantos otros– de la original pluma de Bidart Campos, aunque enriquecido luego por los valiosos aportes de otros importantes autores. Nos referimos al problema de la inconstitucionalidad por omisión, al que ofrendaremos las líneas siguientes, que necesariamente habrán de ser breves para respetar la extensión que la coordinación de la obra ha previsto para el presente aporte. Abordaremos sucesivamente: la brecha entre las declamaciones constitucionales atinentes a los derechos y la carencia de concreciones prácticas que demuestra la realidad vivencial de éstos; la necesidad de implementar mecanismos que posibiliten el acceso a la jurisdicción para salvar las omisiones inconstitucionales del legislador, pasando revista a ciertos parámetros que permiten diagnosticar la existencia de éstas; la categorización entre omisiones absolutas y relativas, sin soslayar una breve consideración al sistema de contralor de constitucionalidad imperante en el orden federal argentino; y por fin, antes del epílogo, las soluciones que podrían dispensarse jurisdiccionalmente para salvar las omisiones inconstitucionales que se detectaran.

2. Comenzamos este breve análisis con un interrogante: ¿Es suficiente la mera “declamación” de derechos en los textos constitucionales? Absolutamente, no. La dimensión normológica debe complementarse con vigencia sociológica –y, ambas, con la perspectiva dikelógica–, pues si la sociológica se desvanece, concluye por obturar el vigor normativo de la Constitución y su efectividad aplicativa, al tiempo de recrear inicuas frustraciones.

Los preceptos constitucionales deben –en tanto receptores de normatividad jurídica– ser aplicables y exigibles judicialmente. Sólo así podrá garantizarse la pervivencia

de la Constitución como norma suprema o “fuente de fuentes”. Adviértase, como aclaración, que en modo alguno nuestra posición postula una sinonimia entre *validez* y *eficacia*, pues las normas constitucionales *valen* por sí mismas con independencia de su eficacia, y es, precisamente, aquel anclaje axiológico la fuente de la que dimanan la vinculatoriedad y la vocación de eficacia de las mismas. *Mutatis mutandi*, y como verifica Requejo Pagés, si se entendiera que las prescripciones constitucionales sólo son respetadas en tanto el *deber ser* efectivamente *sea*, se erige a la *eficacia* en criterio de verificación de la *validez*, lo que conduciría a que se diluyera el límite entre el ordenamiento jurídico y la realidad sobre la que éste intenta incidir<sup>(1)</sup>.

Por su parte, sabido es que la Constitución puede ser vulnerada no sólo por *acción*, sino, también, por *omisión*; concretamente, en este último caso, cuando no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga. Ello sentado, ¿sería lícito (y, sobre todo, legítimo) permitir que los órganos del poder constituido, mediante su inercia, inhiban la vigencia de la Constitución o paralicen el ejercicio de algún derecho contenido en un mandato constitucional y sujeto a desarrollo normativo ulterior? Es obvio que no, en virtud de que la supremacía de la Constitución determina que ésta sea totalmente indisponible para aquéllos. Pedimos disculpas a Figueruelo Burrieza por caer en el lugar común sobre el que alerta, diciendo que reiteradamente la doctrina se refiere a la crisis de la ley y a su destronamiento a causa de la existencia de una Constitución como norma suprema, razonamiento con el que concuerda más lo matiza puntualizando que la legitimidad democrática de la ley concede a ésta prerrogativa sobre cualquier otra fuente y convierte a la voluntad del legislador en algo irremplazable<sup>(2)</sup>. Al respecto inquirimos si en la hipótesis en que, no obstante la irremplazabilidad de su voluntad, el legislador mantuviera una actitud silente y morosa pese al claro mandato constitucional, ¿sería igualmente válido privilegiar su silencio inclusive a costa del demérito constitucional? La causa final del control de las omisiones inconstitucionales se emplaza en la necesidad de “recomponer” el imperio de la Ley Fundamental, cuya supremacía habría quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano omitente. Bástenos, por ahora, con guarecernos bajo el refugio de la remanida pero acertada concepción que marca que el control de constitucionalidad como noción jurídica es inseparable de la de Constitución como norma suprema de un ordenamiento jurídico dado<sup>(3)</sup>.

---

(1) Vid. Requejo Pagés, Juan Luis: “Constitución y remisión normativa. Perspectivas estática y dinámica en la identificación de las normas constitucionales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, N° 39, septiembre-diciembre de 1993, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, pág. 155, nota 64.

(2) Vid. Figueruelo Burrieza, Angela: “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 81, junio-septiembre de 1993, pág. 67.

(3) Vid. Villaverde Menéndez, Ignacio: *La inconstitucionalidad por omisión*, M° Graw-Hill, Madrid, España, 1997, pág. 3.

En tal línea de ideas, juzgamos importante la habilitación de adecuadas vías procesales para que el afectado por las omisiones inconstitucionales tenga allanado el acceso a la jurisdicción, en orden a perseguir la descalificación de la conducta omisiva –y lesiva– “desplegada” por los órganos encargados del cumplimiento positivo del mandato constitucional<sup>(4)</sup>, pero no para que el cuerpo jurisdiccional reemplace al legisferante emitiendo decisiones de carácter genérico (con lo que concluimos de fundamentar nuestra separación de la posición asumida por Figueruelo Burrieza), sino para dar solución a un caso concreto en el que –*v.g.*– el órgano legislativo omite actuar conforme el mandato constitucional, produciéndose –a partir de tal desidia– un perjuicio acreditable en detrimento del peticionante.

Paralelamente a tales finalidades, el concebir una vía instrumental que ensanche el horizonte garantista podrá entrañar también, un *mix* ejemplificador y moralizante – sobre todo, en el marco de nuestras Constituciones iberoamericanas–: por una parte, sortear la tentación de algunos de instaurar un trasfondo de “indemnidad o irresponsabilidad” en favor del Estado –declarándolo “inimputable” por la incumplida mejora de situaciones vivenciales que promete, Constitución mediante– y, por la otra, erigir un valladar contra las ínfulas quiméricas de los constituyentes al elaborar las normas constitucionales<sup>(5)</sup>.

3. Una digresión: habremos de ser sinceros. En el marco de nuestro país –República Argentina– propiciamos un control de constitucionalidad amplio (sin detracciones injustificadas) y nuestro esquema mental (quizás demasiado estrecho por defecto natural –pero ese es otro problema–) ofrece cada vez menos espacio para alojar las excepciones a aquel examen de constitucionalidad que verifique si un derecho ha sido lesionado. Es que posibilidad de control es *garantía de acceso y no, de éxito*.

Obviamente, no por ello favoreceremos que el juez se filtre “invasivamente” en órbitas regidas por el margen de discrecionalidad política del legislador (o, como la denomina el Tribunal Constitucional alemán: “libertad de configuración” del legislador), aun cuando tampoco resulte lícito que éste margine arbitrariamente la vigencia de la supremacía constitucional al omitir *sine die* el cumplimiento de las imposiciones que le fueran dirigidas por la propia Ley Fundamental. El juez no puede subrogarse en el rol de aquél para emitir una norma legal de carácter general (salvo cuando de tal omisión se desprendiese la lesión a un derecho fundamental del impetrante, en cuyo caso podría

---

(4) Para un análisis de las soluciones que ofrece el derecho comparado respecto de la inconstitucionalidad por omisión, sea desde los textos constitucionales o desde la doctrina judicial, ver Bazán, Víctor: “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, en el libro colectivo coordinado por el mismo autor: *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires [en adelante: Bs. As.], República Argentina [en lo sucesivo: Rep. Arg.], 1996, págs. 175/201.

(5) *Cfr.* Sagüés, Néstor Pedro: “Inconstitucionalidad por omisión de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial”, en *El Derecho*, T° 124, Bs. As., Rep. Arg., 1987, pág. 959.

expedir una resolución para conferir solución a la petición planteada, pudiendo en cualquier momento el órgano remiso dictar la norma *faltante*). Coincidentemente con lo apuntado, cabe aclarar –con Aragón<sup>(6)</sup>– que la proyección normativa (de un precepto constitucional) puede hacerla el órgano jurisdiccional, al que le está permitido actuar en términos de discrecionalidad jurídica, pero no de discrecionalidad política.

Por ende, la cuestión a dilucidar reconduce a la búsqueda del equilibrio justo entre el margen de acción (o de inacción) del legislador y la necesidad de otorgar adecuada protección a los derechos que se encuentran *adormecidos* a causa del incumplimiento en que aquél incurre no obstante la imposición constitucional. La cuestión recepta un *plus* axiológico si involucra a derechos fundamentales, pues –como ha dicho Mortati– la discrecionalidad del legislador debe ceder frente a prescripciones constitucionales que le impongan la obligación de proveer a la tutela de tales derechos, lo que no excluye la determinación de cómo cumplirlas, de tal forma que de la elección del modo considerado como el más adecuado para satisfacerlos no se derive la reducción del contenido mínimo necesario para no tornar puramente ilusoria la satisfacción del interés protegido<sup>(7)</sup>. Vemos allí la legítima posibilidad de que actúe la judicatura declarando que la omisión es inconstitucional, en tanto *discrecionalidad* no es sinónimo de *arbitrariedad*, y dicha esfera decisional del órgano legislativo no debe entenderse como “inmunidad para hacer, no hacer, o hacer de cualquier manera”<sup>(8)</sup> aquello que la Constitución le impone. Conectado con ello, Fernández Segado<sup>(9)</sup> ha afirmado que los derechos fundamentales no requieren la previa *interpositio legislatoris*, ya que vinculan de modo inmediato, aun cuando no deba ignorarse que, como ha significado el Tribunal Constitucional español, en aquellos supuestos en que la Constitución reconozca un derecho, pero realice –a su respecto– una reserva de configuración legal, aquel mandato constitucional tiene (hasta que se suministre la regulación legal), un contenido mínimo que siempre debe ser protegido, pues la dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reco-

---

(6) Aragón, Manuel: “Constitución y democracia”, *Temas Clave de la Constitución Española*, 1ª reimpr., Tecnos, Madrid, España, 1990, pág. 96.

(7) Mortati, Costantino: “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, *Problemi di Diritto Pubblico nell’attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, Vol. III, Giuffrè, Milán, Italia, 1972, pág. 992.

(8) Gráfica expresión de Bidart Campos, quien la completa afirmando: “Verificar que lo que hace, lo que deja de hacer, el fin y el medio por los que opta, y el modo como actúa o como se inhibe están de acuerdo con la Constitución, no es sujetarlo a una fiscalización lesiva de su zona competencial y de su capacidad de criterio y decisión. Es otra cosa: es plasmar la exigencia de asegurar y efectivizar la fuerza normativa de la Constitución allí donde el órgano controlado no le dio aplicabilidad operatoria, o se la dio inconstitucionalmente” (*El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Bs. As., Rep. Arg., 1995, págs. 167/168).

(9) Cfr. Fernández Segado, Francisco: *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, España, 1992, págs. 71/72.

nocido en ella (*vid.* STC 15/1982, de 23 de abril, sobre objeción de conciencia, específicamente F.J. 8º <sup>(10)</sup>).

La cuestión nos vincula con la distinción entre cláusulas programáticas y operativas, categorización que no deja de ser cuestionable mas cuyo intento de elucidación en profundidad nos alejaría del propósito de este estudio. Sólo recordemos que si a través de la alegación de existencia de una norma programática se pretendiera justificar el incumplimiento legislativo, generar un pretexto para evitar conferir protección a un derecho o sustraer a la norma de la posibilidad de ejercer control constitucional a su respecto, se vulneraría la primacía constitucional y se bloquearía una función jurisdiccional específica transfiriéndosela al Legislativo <sup>(11)</sup>. Lo reiteraremos hasta el cansancio: todas las normas constitucionales vinculan; en consecuencia, los derechos son operativos, aun cuando desde el modo de su formulación algunos estén abordados constitucionalmente, y otros, sólo enunciados <sup>(12)</sup>.

Aludir al control de las omisiones inconstitucionales y al *quantum* del parámetro temporal de mantenimiento de la conducta silente para considerar que aquélla ha quedado configurada, resultaría inconsistente sin una paralela referencia a la jurisprudencia alemana, particularmente, al paradigmático caso resuelto por el Tribunal Constitucional Federal alemán mediante la sentencia 26/1969, de 29 de enero, con la que inaugura una vertiente de su doctrina judicial que consiste en encarar *per se* el proceso de concretización de una norma constitucional para asignarle eficacia (*Konkretisierung*). Veamos: el art. 6 inc. 5 de la Ley Fundamental de Bonn (*Grundgesetz*, en adelante: *GG.*) disponía que “para los hijos ilegítimos, la legislación creará las mismas condiciones de desarrollo físico y espiritual y de posición social que para los hijos legítimos”. Al haber transcurrido un prolongado lapso de tiempo desde la entrada en vigencia de la Constitución (veinte años), sin que la legislación dispensase la aludida “igualdad”, el Tribunal –frente a un caso concreto sometido a su jurisdicción– decidió que la normativa constitucional era directamente aplicable con “fuerza derogatoria” de las disposiciones contrarias previstas en leyes ordinarias. Salvó, así, la inicua omisión incurrida, al tiempo de ordenar al cuerpo legislativo que procediera a dictar la normativa establecida en el art. 6 inc. 5 *GG.* en el curso de la legislatura de tal año (1969), intimación

---

<sup>(10)</sup> *Jurisprudencia Constitucional*, Tº III-1982, 1ª ed., BOE, Madrid, España, octubre de 1983, pág. 208.

<sup>(11)</sup> *Cfr.* Pina, Rolando E.: *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, Astrea, Bs. As., Rep. Arg., 1973, pág. 109. El libro citado constituye, a nuestro juicio, un excelente y premonitorio aporte para el estudio de la problemática de las omisiones inconstitucionales y de la crítica a la distinción entre normas programáticas y operativas.

<sup>(12)</sup> *Cfr.* Fernández Segado, Francisco: “Dogmática de los derechos humanos”, conferencia pronunciada en la Primera Jornada Iberoamericana de Derecho, Universidad ‘Antenor Orrego’, Trujillo, Perú, 8 de noviembre de 1996.



que fue acatada promulgándose la ley el 19 de agosto de dicho año, para entrar en vigor el 1 de julio de 1970<sup>(13)</sup>.

De la norma que provocó la ejemplarizadora sentencia del Tribunal no surgía plazo expreso alguno para el cumplimiento del encargo al legislador, mas la importancia del bien jurídico que el precepto intentaba tutelar y su anclaje axiológico exigieron una solución satisfactoria desde la jurisdicción, en tanto el órgano legisferante omitía proporcionarla y, al dejar éste transcurrir el tiempo, adquirió pleno significado el art. 1 inc. 3 GG.<sup>(14)</sup> haciéndose necesaria la concreción de la voluntad constitucional en tanto fuera posible llevarla a cabo prescindiendo del legislador<sup>(15)</sup>. Además del vencimiento del plazo adecuado para la sanción de la ley de adaptación de la norma constitucional, el sustento primordial del órgano jurisdiccional fue que el precepto en juego involucraba un contenido legal suficientemente positivo y claro que le permitía actuar como cláusula general directa sin que peligrara insoportablemente la seguridad jurídica<sup>(16)</sup>, paralelamente a que entendió que hubiese sido incompatible con el carácter de norma constitucional interpretar que la Constitución se contentase con rebajar la previsión del art. 6 inc. 5 a la categoría de mera expresión programática; por el contrario, estimó procedente sostener que, en el caso de la norma indicada, la voluntad constitucional debía ser ejecutada por la justicia<sup>(17)</sup>.

En otro orden, Fernández Segado<sup>(18)</sup> apunta que para la determinación de la existencia de la omisión inconstitucional, los extremos a considerar serán la trascendencia de la mediación legislativa conectada con el elemento temporal, parámetros –ambos– decisivos para precisar la razonabilidad del tiempo por el que se prolonga la inacción legislativa. Estima que, de ese modo, es como puede entender que la mera no realización normativa de un mandato constitucional abstracto engendra simplemente un “incumplimiento de las exigencias constitucionales”, que no obstante ser criticable, no es suficiente para convertirla en omisión legislativa inconstitucional –calidad a la que arribará, cuando dejara de ser “razonable” la inercia admitida hasta ese momento como

---

(13) Cfr. Fernández Rodríguez, José Julio: *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*, Civitas, Madrid, España, 1998, pág. 314.

(14) Que establecía que los derechos fundamentales que a continuación detallaba (y entre los que se incluía la igualdad –art. 3 GG.– y la mencionada pauta que involucraba a los hijos ilegítimos y legítimos –art. 6 inc. 5 *ibid*–) vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable.

(15) Considerando B.I.4.b (cfr. traducción de su texto en: Pina, Rolando E., *op. cit.*, pág. 86).

(16) Considerando B.I.5. (*ibidem*, pág. 89).

(17) Considerando B.I.4.b (*ibidem*, pág. 87).

(18) Fernández Segado, Francisco: “Los nuevos retos del Estado social para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales (Conclusión)”, en *El Derecho*, Año XXXII, N° 8.545, Bs. As., Rep. Arg., 25/07/94, pág. 4.

discrecional del legislador—. El citado catedrático español continúa manifestando <sup>(19)</sup> que dicho problema ha recibido una nueva dimensión al distinguir el Tribunal Constitucional Federal alemán entre “omisiones todavía constitucionales” y “omisiones inconstitucionales”, mediante las sentencias “apelativas”, “que son el resultado de la constatación de situaciones todavía constitucionales, donde, simultáneamente, se hace una apelación al legislador para alterar la situación, eventualmente dentro de un plazo expresamente determinado por el Tribunal, con la consecuencia adicional, caso de que ello fuera posible, de aplicar directamente el mandato constitucional”.

Según Schneider, aquellas “omisiones todavía conformes con la Constitución”—a las que referíamos *supra*— son así calificadas por el mencionado Tribunal germano a través de las denominadas “resoluciones de aviso” (*Warn- oder Signalentscheidung*); a su turno, una ley puede ser transitoriamente mantenida en vigencia por el Tribunal si, por ejemplo, la inconstitucionalidad que ostenta no es evidente, o bien, sobreviene con el transcurso del tiempo (por un cambio de circunstancias y/o por omisión del legislador), caso en el que emite una “resolución de recomendación” (*Apellentscheidung*), por la que —pese a rechazar la demanda— en sus considerandos encarga al legislador —con o sin fijación de plazos— que encare una nueva redacción de la norma de acuerdo con la concepción jurídica trasuntada por el Tribunal <sup>(20)</sup>.

Por su parte, Gomes Canotilho <sup>(21)</sup> distingue entre las “imposiciones constitucionales abstractas” (cuya no realización normativa conduciría al “no cumplimiento de las exigencias constitucionales” y, eventualmente, al campo de los “comportamientos todavía constitucionales” pero con tendencia a devenir en “situaciones inconstitucionales”, en el supuesto de que el no actuar legislativo fuera sistemático) y las “imposiciones constitucionales concretas”. De la vulneración de aquellas imposiciones, no se desprendería omisión inconstitucional; en cambio, sí de las “concretas”, ya que en este presupuesto el legislador viola, por omisión, el deber de actuar que concretamente le impusieron las normas constitucionales (hay una precisa exigencia constitucional de actuar —*verfassungsrechtliche Handlungsgebote*—). Reenvía a Seufert <sup>(22)</sup>, de quien sos-

---

<sup>(19)</sup> Apoyándose en Zeidler, Wolfgang: “A Justiça Constitucional no quadro das funções do Estado. Em especial tipos, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas jurídicas”, en *Boletim de Documentação e Direito Comparado do Ministério de Justiça de Portugal*, N.ºs. 29-30, Lisboa, Portugal, págs. 61 y 64/69 (Fernández Segado, Francisco: *op. cit.* [“Los nuevos retos ...”], *idem*, nota 113).

<sup>(20)</sup> Schneider, Hans-Peter: “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2, N.º 5, trad. de Joaquín Abellán, mayo-agosto 1982, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, pág. 59.

<sup>(21)</sup> Gomes Canotilho, José Joaquim: *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra, Portugal, 1982, pág. 332.

<sup>(22)</sup> Die nicht erfüllten Gesetzgebungsgebote des Grundgesetzes und ihre verfassungsgerichtliche Durchsetzung. Ein Beitrag zum Problem gesetzgeberischen Unterlassens,

tiene que también distingue entre “*allgemeine Verfassungsgebote*” y “*Handlungsgebote*”, para pasar a citar lo: “Las exigencias de acción prescriben al legislador el objeto de su actuación; las órdenes constitucionales generales prescriben apenas el *modus*. En el caso de violación de las primeras, él actúa omisivamente (*unterlässt*); si violara las segundas, actuaría sólo ilícitamente”. El autor portugués citado concluye manifestando que del texto surge la preferencia de situar la problemática de las “órdenes constitucionales generales” en el terreno fronterizo de lo “todavía constitucional pero con tendencia hacia lo inconstitucional” para realzar la dimensión política de la cuestión y evitar caer en la lógica “imperativística” de lo *lícito* y de lo *ilícito*.

4. La cuestión del alcance del potencial control respecto de las omisiones inconstitucionales nos conduce a la ya clásica tipología de Wessel<sup>(23)</sup>, quien distingue entre omisiones absolutas y relativas, categorías que utilizaremos como materia prima para ensayar una provisional aproximación conceptual a su respecto. En las *absolutas* –en cuyo marco se dificultaría el control constitucional, con las matizaciones que veremos en el subcap. II.5.a) del presente– hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente. En las *relativas*, el legislador, al propulsar la norma para “obedecer” el mandato constitucional, favorece a ciertos grupos y olvida a otros o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros, pudiendo, tentativamente, las hipótesis ser refundidas en la siguiente fórmula: habrá omisión relativa toda vez que en el cumplimiento del mandato constitucional (o del tratado internacional sobre derechos humanos con jerarquía constitucional)<sup>(24)</sup>, el órgano legislativo encargado de efectivizarlo quiebre –en forma no intencional, pero produciendo un resultado discriminatorio y/o arbitrario– la garantía de igualdad ante

---

Würzburg, 1969, pág. 35; mencionado por Gomes Canotilho, José Joaquim, *op. cit.* [*Constituição ...*], págs. 332/333, nota 9.

<sup>(23)</sup> Wessel, W.: “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde”, *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, c. 6, 1952, pág. 164. Es importante la reflexión que aporta Fernández Rodríguez al advertir que la distinción wesseliana se refirió estrictamente a la violación de derechos fundamentales por parte del poder público. Mientras que la omisión absoluta se niega por principio, trayendo aparejada la no admisión de una demanda constitucional que se sustente en tal tenor de inactividad (refiere a la legislación que efective el derecho al libre desarrollo de la personalidad), la omisión relativa sí sería fiscalizable en tanto implica la vulneración inmediata por el legislador de un derecho fundamental, razón que viabilizaría la interposición de una demanda constitucional aunque fundada en un *accionar positivo* del legislador que deviene lesivo del principio de igualdad, mas carecería de legitimación activa para incoar la acción un individuo que perteneciera a uno de los grupos omitidos por la norma *despareja*, es decir, víctima de la omisión relativa (Fernández Rodríguez, José Julio; *op. cit.*, págs. 115 y 114).

<sup>(24)</sup> Valga recordar que el art. 75 inc. 22 de la Constitución argentina, reforma de 1994 mediante, ha adjudicado jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos –que figuran enumerados en tal norma– y a los que en el futuro recepten tal carácter, hasta hoy, sólo se ha atribuido dicho valor constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, mediante la Ley N.º 24.820 (B.O. de 29/05/97).

la ley<sup>(25)</sup>, o –tal como afirma Fernández Rodríguez– cuando se produzca una regulación deficiente a causa de la falta de “complitud” (*sic*) de la norma<sup>(26)</sup>.

En tal supuesto (omisión relativa), el control jurisdiccional de constitucionalidad –excitado por la omisión en perjuicio de algunos– sale al rescate de la supremacía constitucional, que ha sido momentáneamente neutralizada. Obviamente –y en sintonía con lo que hemos venido sosteniendo–, no cualquier omisión viabilizará el control; sólo aquella cuya textura y efectos sean constitucionalmente relevantes y no concreten en forma *completa* una determinada e inequívoca imposición constitucional (o de un tratado internacional que recepte la valencia expuesta *supra*). Una de las opciones que tendría a su alcance el órgano jurisdiccional sería la “complementación” de la norma “despareja”, para calibrarla equitativamente a fin de restablecer la “igualdad” quebrada –naturalmente, con alcance limitado al caso concreto– y proporcionar, de ese modo, satisfacción a la pretensión de los perjudicados. Podría prevalerse del recurso a las sentencias “aditivas”<sup>(27)</sup>.

Respecto de la garantía de igualdad, juzgamos de valía formular algunas precisiones: nos hacemos cargo de la dificultad que plantea la tesis que sustentamos (control de las inconstitucionalidades omisivas) en un país como la República Argentina en el que el control de constitucionalidad es jurisdiccional difuso y con jurisprudencia no vinculante. Lanzada dicha prevención acerca de las características del sistema de contralor constitucional imperante en el orden federal, sin demasiado esfuerzo comienzan a aparecer algunos cuestionamientos: ¿Qué sucedería si un juez admite la solicitud de declaración de la inconstitucionalidad por la omisión relativa que ha producido un quiebre del principio de igualdad, mientras otro magistrado falla en forma diversa? ¿No brotaría allí una violación a la garantía de igualdad dado que el fallo del primero de los jueces (el que acoge la petición) sólo tiene efectos *inter partes* y para el caso concreto en que se plantea? De cualquier modo, estimamos que en estos supuestos el riesgo no es mayor que el que normalmente se corre ante cualquier pretensión de inconstitucionalidad (ya por acción) en la que se pueden obtener respuestas intercadentes. Son los bemoles del control de constitucionalidad desconcentrado.

Frente a aquellos peligros latentes de corrosión de la garantía de igualdad, ofrecemos escuetas fundamentaciones a modo de potenciales pautas morigeradoras: *a*) Como paliativo, y para producir una nivelación de la jurisprudencia, podría acudir a “mecanismos unificatorios” (*v.gr.*, fallos plenarios)<sup>(28)</sup>; *b*) por su parte, es importante recal-

---

(25) Si la concretización “incompleta” de la imposición legisferante responde a una intención del órgano competente de conceder ventajas sólo a determinados grupos, la inconstitucionalidad será por acción y no por omisión (*cf.* Gomes Canotilho, José Joaquim: *Direito Constitucional*, 6ª. ed., Almedina, Coimbra, Portugal, 1993, pág. 1091).

(26) Fernández Rodríguez, José Julio: *op. cit.*, pág. 116.

(27) Volveremos sobre el punto.

(28) *Vid.* Sagüés, Néstor Pedro: *op. cit.* (“Inconstitucionalidad por omisión de los ...”), pág. 959.

car que, así como nadie posee un derecho subjetivo a obtener una legislación determinada –en abstracto–<sup>(29)</sup>, se ha señalado que es constante la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que no son impugnables ni la desigualdad derivada de la interpretación que del texto de la norma hagan los jueces al aplicarla conforme las particulares circunstancias del caso concreto, ni la existencia de fallos contradictorios dictados por tribunales distintos en relación con situaciones jurídicas similares, aplicando idénticas normas legales<sup>(30)</sup>.

Por fin, vemos una dúplice posibilidad de censura en la suerte de *sui generis self-restraint* que en el orden federal argentino tradicionalmente se ha impuesto la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (con notables disidencias de algunos de sus miembros y con alguna matización que invita a augurar la definitiva superación de una doctrina judicial inconsistente, tal como indicaremos en la nota a pie de página N° 31), al abstenerse de declarar la inconstitucionalidad de una norma aplicable al caso concreto sometido a su jurisdicción (aun cuando persuadida de la anticonstitucionalidad de aquélla) por la simple razón de que tal solución no le fue requerida por las partes o lo fue más en forma extemporánea<sup>(31)</sup>; desde el costado “activo”, en tanto estaría emitiendo una sentencia arbitraria que no sería derivación razonada del derecho vigente o que habría sido vehiculada por un error de derecho, pero en todo caso descalificable como acto jurisdiccional; y, desde el perfil “pasivo”, pues incurriría en inconstitucionalidad por omisión al no cumplir la misión que le viene deferida de proteger y garantizar la supremacía de la Constitución. Huelga afirmar que somos firmes sostenedores de la viabilidad del control jurisdiccional de constitucionalidad de oficio<sup>(32)</sup>.

---

(29) Argumento sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. De cualquier modo, y aun cuando nadie tenga derecho a que se dicte “una” legislación determinada, sí existe derecho a que se sancione “alguna” normativa para motorizar el designio constitucional y, para ello, sería menester contar con una vía jurisdiccional determinada que resulte idónea para impeler al órgano renuente a que actúe o, al menos, para que el juez interviniente supla la omisión legisferante incurrida, expidiendo una resolución con efectos ceñidos al caso concreto y a las partes del mismo. (cfr. Bidart Campos, Germán J.: “Sobre derechos humanos, obligaciones y otros temas afines”, en *Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas*, t. I (*Derecho Constitucional*), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, D.F., 1988, pág. 83).

(30) Bidart Campos, Germán J.: *Manual de la Constitución reformada*, t. I, Ediar, Bs. As., Rep. Arg., 1996, pág. 534.

(31) Como adelantábamos, justo es reconocer que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación está abriéndose en favor de la admisión de la declaración de inconstitucionalidad de oficio, pues ha comenzado a aceptar la posibilidad de introducir el caso federal en ocasión de expresar agravios en segunda instancia, cuando se omitió hacerlo en la primera oportunidad procesal (*in re*: “Ricci, Oscar Francisco Augusto c. Autolatina Argentina S.A. y otro s/ accidente Ley 9.688”). El fallo íntegro puede consultarse en *El Derecho*, Año XXXVI, N° 9.598, 01/10/98, Bs. As., Rep. Arg., págs. 1/4.

(32) Ver Bazán, Víctor: “La Corte, la declaración de inconstitucionalidad de oficio y el sendero hacia la superación de una doctrina judicial inconsistente”, en *El Derecho*, *op. cit.* (nota anterior), págs. 1/6.

5. Luego del planteo que efectuáramos, y para evitar caer en la inocuidad del análisis, corresponde dedicar un brevísimo párrafo a las soluciones que podrían dispensarse jurisdiccionalmente para salvar la omisión inconstitucional<sup>(33)</sup>. A modo de aclaración introductoria y a riesgo de incurrir en reiteraciones, sugerimos no perder de vista que la siempre declamada “garantía de acceso a la jurisdicción” implica – discúlpenos la tautología– permitir al peticionante transitar útilmente el camino procesal (a través de la llave de apertura que le proporciona la legitimación) y, también, la ineludible obligación de proporcionarle una sentencia justa y válida (adecuada a la Constitución). Y, en tal línea argumental, propiciamos se viabilice el ingreso jurisdiccional del damnificado quien, excitando la intervención del órgano judicial, pueda alegar la existencia de un perjuicio motorizado a partir de una omisión inconstitucional (actitud reticente que le impide gozar de un derecho, o bien, disfrutarlo en plenitud)<sup>(34)</sup>. Paralelamente, deberían ponerse en funcionamiento medios idóneos para garantizar la efectividad del fallo que acogiera la petición de declaración de inconstitucionalidad por omisión, en orden a que dicha sentencia no se torne ilusoria y, por ende, frustránea de la solución que dispensa; ello, para evitar caer en la inocuidad genérica del sistema portugués o en la específica del brasileño, cuando el órgano remiso es el Poder Legislativo<sup>(35)</sup>.

Inicialmente, corresponde reiterar la existencia de gradaciones en cuanto a la posible omisión inconstitucional (categorías omisivas conectadas con el alcance del acto no realizado: individual o general; con la índole de la omisión incurrida: absoluta o relativa; o con la posibilidad de controlar las normas de pronosis).

Al solo efecto ilustrativo, y como supuestos meramente hipotéticos y teóricos, indicamos las siguientes posibilidades –que seguirían a la declaración de la inconstitucionalidad omisiva–<sup>(36)</sup>, partiendo de la premisa de que el magistrado (frente

---

(33) Acerca de otros mecanismos –no ya jurisdiccionales– para sacudir la inercia legislativa, *v.gr.* la iniciativa popular legislativa como institución de democracia semidirecta, ver Bazán, Víctor: “La Constitución y la jurisprudencia contra la inercia legislativa o el principio del fin de las excusas”, en *Economía, Constitución y derechos sociales*, volumen múltiple coordinado por Germán J. Bidart Campos, Ediar, Bs. As., 1997, págs. 111/174, en especial, págs. 130/146.

(34) Hacia la viabilidad de una posibilidad de tal tenor conducirían algunas refrescantes consideraciones vertidas por el máximo tribunal argentino en la causa “Ekmekdjian c/ Sofovich”, de 07/07/92 (*Jurisprudencia Argentina*, T° 1992-III, Bs. As., Rep. Arg., págs. 199/221). Sobre el punto, ver Bazán, Víctor: *op. cit.* [“Un sendero que merece ...”, en *Desafíos del ...*], págs. 215/220.

(35) Véase Bazán, Víctor: “Inconstitucionalidad por omisión: la experiencia brasileña y un ejemplo a tener en cuenta por el derecho argentino”, en *Entre Abogados*, Año IV, N° 8, Foro de Abogados, San Juan, Rep. Arg., 1996, págs. 18/30, en especial, págs. 24 y 26/28.

(36) Naturalmente, la solución dependerá del tipo de sistema controlador de las omisiones inconstitucionales que se adopte, ya que aquella podría variar radicalmente de acuerdo con la densidad e intensidad fiscalizadoras, postura subjetiva del magistrado en cuya órbita jurisdiccional se emplace

a una petición concreta) no podría escabullirse argumentando un *non liquet* por no contar con la norma reglamentaria, es decir, que –por principio– la presunta “laguna” –si ese fuera el caso– deberá ser colmada por el juez<sup>(37)</sup>:

a) Cuando la conducta desidiosa sólo involucra la no realización de un acto de carácter individual, el órgano jurisdiccional podría expedir un mandamiento de ejecución<sup>(38)</sup> –figura que, junto al mandamiento de prohibición, son conocidas en el Derecho Público provincial argentino<sup>(39)</sup>–.

Emplazándonos en la hipótesis de uno de connotaciones generales en el marco de una omisión absoluta (pero que provoca una lesión a un derecho subjetivo del particular peticionante), podría: *i*) intimar al órgano renuente a dictar la reglamentación dentro del plazo que le marque, bajo apercibimiento de hacerlo por sí mismo; *ii*) frente al incumplimiento patentizado por el organismo originariamente competente, dictaría *per se* el acto para liberar el tránsito del derecho o garantía bloqueados, con efecto limitado al caso concreto y condicionándolo –resolutoriamente– al dictado de la norma general, pues cuando ésta se dicte, obviamente, caerá el acto supletorio; *iii*) si tales posibilidades principales no pudiesen ser desplegadas (por prohibición del ordenamiento jurídico, imposibilidad material o funcional, etcétera), podría imponer una indemnización de daños y perjuicios.

b) Si se tratase de una inconstitucionalidad por omisión relativa, el magistrado podría intentar –a través de una sentencia aditiva– nivelar la desapareja norma regla-

---

el caso a dilucidar, etcétera. Las sugerencias que se formulan, absolutamente provisionales y discutibles, se ciñen al contexto argentino.

(37) Respecto de las posibilidades del Tribunal Constitucional español de sancionar las omisiones legislativas, Figueruelo Burrieza señala los siguientes mecanismos: 1) La técnica de las recomendaciones al legislador; 2) las sentencias manipulativas en su vertiente “aditiva” o “constructiva” –a las que aludimos en el texto–; 3) las sentencias que declaran la inconstitucionalidad parcial de una norma en relación con la vulneración del principio de igualdad; y 4) las que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad (*op. cit.*, págs. 70/72). Al menos en nuestro contexto argentino, las recomendaciones al legislador no tendrían demasiada virtualidad, pues éste sabe perfectamente que ha incurrido en omisión inconstitucional y, si se permite desobedecer el precepto constitucional, con mayor razón desoirá las observaciones que le formule el juez. No sólo se mantendría el omisivo *statu quo*, sino que, además, se dejaría sin solución al peticionante cuyo derecho ha resultado concretamente violado. La técnica recomendativa podría ser útil si se la complementara o combinara con la expresa resolución de la petición del afectado, con efectos *inter partes* y ceñidos al caso concreto en el que aquélla fue propiciada, procurando sofocar los efectos perjudiciales que el silencio legislativo le provoca.

(38) Bidart Campos, Germán J.: “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, en *El Derecho*, T° 78, Bs. As., Rep. Arg., 1978, pág. 789.

(39) Ejemplificativamente, rememoramos que la Constituciones de las Provincias argentinas de Río Negro (1988) y de Chubut (1994) prevén los mandamientos de ejecución y de prohibición, respectivamente, en sus arts. 44 y 45 –aquella– y 58 y 59 –la última–.

mentaría que ha violentado la garantía de igualdad ante la ley (al excluir arbitrariamente a algunos de lo que acuerda a otros), o corregir para el caso concreto el perjuicio producido al impetrante por la deficiente reglamentación emitida.

c) En los casos de las normas de prognosis<sup>(40)</sup> (que son aquellas que, dictadas para operativizar un mandato constitucional concreto, han sufrido el desgaste o desfase como consecuencia de circunstancias sobrevinientes, deviniendo anacrónicas y, por ende, disvaliosas –configurándose la inconstitucionalidad, precisamente, por la falta en que el legislador incurre al omitir mejorarlas o corregirlas y de ello se desprendan consecuencias gravosas para la efectivización de derechos fundamentales–<sup>(41)</sup>), el juez sólo quedaría habilitado para remediar el “desfase” provocado por las circunstancias sobrevinientes, si de aquél surgiera el impedimento fáctico total del derecho o garantía que quedaban respaldados por la norma “desactualizada”, provocándose un real bloqueo de la previsión constitucional o del tratado internacional con jerarquía constitucional. En la especie, la virtualidad del control sería sólo excepcional<sup>(42)</sup>.

### III. EPÍLOGO

El control de las omisiones inconstitucionales no apunta a habilitar un “arma” para convalidar “indebidas interferencias” de la judicatura en los restantes órganos estadales. De lo que sí se trata es de evitar que la mora legislativa (o la de los órganos

(40) Stettner, Rupert: “Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneuten Tätigwerden bei fehlerhaften Prognose”, *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, c. 23, 1982, págs. 1123 y sgts.; mencionado por Gomes Canotilho, José Joaquim, *op. cit. [Direito ...]*, pág. 1091, nota 49.

(41) Ver Bazán, Víctor; *op. cit.* [“Un sendero que merece ...”, en *Desafíos del ...*], págs. 230/231.

(42) *Mutatis mutandi*, nos preguntamos si el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Bonorino Perú”, “Perugini”, “Durañona y Vedia” y “Grieben” (en los que la Corte estuvo integrada por conjueces), no recogerían –con grandes reflejos anticipatorios–, algunos aspectos del control sobre las normas de prognosis. Al respecto, recuérdese que en aquellos fallos –palabras más, palabras menos–, se dijo, en referencia a la obligación del entonces artículo constitucional 96 (hoy 110): “La obligación constitucional de mantener el significado económico de aquellas retribuciones [de los magistrados judiciales] debe llevarse a cabo cuando su *desfase se produce «con una intensidad deteriorante»*” –el remarcado nos corresponde– (ver, v.gr., en “Durañona y Vedia” –considerando 6–, *Jurisprudencia Argentina*, T° 1986-IV, Bs. As., Rep. Arg., págs. 52/53). Asimismo, y al solo efecto ejemplificativo, algunas pautas jurídicas del caso “Eusebio” fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 9 junio de 1987 (*Jurisprudencia Argentina*, T° 1988-I, Bs. As., Rep. Arg., págs. 542/546), podrían servirnos de soporte para una construcción teórica de las normas de prognosis y de la probabilidad de que ellas caigan en las redes del control de constitucionalidad, a causa de la omisión inconstitucional del legislador (ver Bazán, Víctor: “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones constitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, en el libro colectivo coordinado por el mismo autor: *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, Colombia, 1997, págs. 86/88 y 89/90).



competentes) bloqueen la fuerza normativa de la Constitución. Un argumento de no menor centralidad indica que la Ley Fundamental es la fuente primera y superior (es “fuente de fuentes”), no así los órganos del poder constituido, los que (improcedentemente) se autoarrogarían la calidad de fuentes de legitimidad (inclusive sobre la propia Constitución) en la medida que –al influjo de su inercia– harían sucumbir los designios constitucionales. Sentado ello, es casi de perogrullo reiterar la exigencia de una elevada dosis de prudencia en el accionar de la magistratura, para sortear el riesgo de deslizarse hacia una “banalización de las inconstitucionalidades”<sup>(43)</sup>.

Siempre existen antídotos o remedios contra los potenciales “desbordes” judiciales, *v.gr.*: la autolimitación judicial (*self-restraint*), la posibilidad de que el órgano remiso dicte en cualquier momento la norma que resulta suplida por la sentencia “aditiva”<sup>(44)</sup>, el sometimiento a juicio político o a jurado de enjuiciamiento a los jueces que cometieren graves faltas, etcétera. A modo de digresión motorizada por el valor cuantitativo y cualitativo de la *praxis* italiana, y sobre la base de lo informado por Casavola<sup>(45)</sup>, diremos que el Tribunal Constitucional de ese país ha recurrido en numerosas ocasiones al dictado de sentencias “aditivas de principio” (*v.gr.*, N<sup>os</sup> 78, 109 y 243 –todas de 1993–)<sup>(46)</sup>, las que constituyen un instrumento para declarar la inconstitucionalidad de una ley, junto a las sentencias “derogatorias”, sólo que mientras en éstas se elimina del ordenamiento jurídico una manifestación de voluntad *positiva* del legislador, con aquéllas la mentada eliminación se posa sobre una manifestación de voluntad *negativa* de éste, produciendo –como efecto inmediato– una nueva norma positiva en el plexo jurídico; estas últimas sentencias se expresan –ya desde el punto de vista terminológico– con una fórmula que indica que se “declara la inconstitucionalidad del art. ... en la parte en que no prevé (no contiene; no comprende; o excluye)”.

(43) La expresión corresponde a Gomes Canotilho, José Joaquim; *op. cit.* [*Constituição ...*], pág. 333.

(44) Refiriéndose a las sentencias “aditivas” y a las probables limitaciones para evitar los “excesos” judiciales, ver Pizzorusso, Alessandro: *Lecciones de Derecho Constitucional*, T<sup>o</sup> II, trad. de Javier Jiménez Campo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1984, pág. 342.

(45) “La labor del Tribunal Constitucional italiano durante el año 1993 (texto presentado en rueda de prensa por el Presidente Casavola)”, en la sección ‘Crónicas y Documentación’ de Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N<sup>o</sup> 7, trad. de Remedio Sánchez Férriz y Luis Jimena Quesada, Universidad de Valencia, España, 1994, pág. 149.

(46) En este estudio hicimos ya alusión a las sentencias apelativas del Tribunal Constitucional alemán (ver subcap. II.3). Respecto de las sentencias aditivas del Tribunal Constitucional español, pueden citarse enunciativamente las siguientes: 81/1982, de 21 de diciembre; 103/1983, de 22 de noviembre; 104/1983, de 23 de noviembre; o las sentencias en cadena sobre objeción de conciencia al servicio militar que principian con la ya referida STC 15/1982, de 23 de abril (*cf.*: Figueruelo Burrieza, *op. cit.*, pág. 70). Más recientes son las SSTC 222/1992, de 11 de diciembre y 3/1993, de 14 de enero (*cf.*: Vecina Cifuentes, Javier: “Las sentencias «aditivas» del Tribunal Constitucional y el respeto al legislador”, en *Revista Justicia* 1993, N<sup>os</sup>. III-IV, pág. 478).

Creemos que debería despojarse el temor por la falacia de la “dictadura o gobierno de los jueces”, pues casualmente en nuestro esquema institucional argentino a todos ellos viene dispensada la ardua tarea de controlar la incolumidad de la supremacía de la Constitución, que puede resultar quebrada por acción u omisión. De cualquier modo, y valga la confesión como despedida, el órgano estadual que menos temor nos infunde es, precisamente, el Poder Judicial, aun cuando –justo es reconocerlo– nos han producido escozor algunos atropellos cometidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al hilo de su falta de independencia del poder político<sup>(47)</sup>.

Pero como intentamos transmitir un mensaje optimista, concluimos con refrescantes palabras también proferidas por aquel Tribunal, más con diversa integración: *las garantías individuales existen y protegen por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias; las declaraciones, derechos y garantías no son simples fórmulas teóricas, porque cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación*<sup>(48)</sup>. Ojalá que, en prospectiva y al decidir respecto de la procedencia o improcedencia de censurar las omisiones inconstitucionales, la Corte recuerde tal premisa.

---

<sup>(47)</sup> Para evitar masoquismos (y, ¿por qué no, sadismos?) innecesarios, sólo recordaremos genéricamente y sin entrar en detalles, algunas expresiones que testimonian la dependencia que el máximo tribunal federal argentino en su composición actual (particularmente, la denominada mayoría “automática o menemista” –de cinco sobre nueve–) rinde al poder político: “rebalanceo telefónico”; “privatización de aeropuertos”; “incorporación de senadores oficialistas en flagrante violación de claras disposiciones constitucionales”; –*inter alia*–.

<sup>(48)</sup> CSJN, *in re*: “Siri” (*Fallos*, 239:459). La alusión relativa a la fuerza obligatoria de los artículos y cláusulas constitucionales se debe a que en el mencionado caso la Corte citó expresamente a Joaquín V. González (“Manual de la Constitución Argentina”, *Obras Completas*, Vol. III, N°s. 82, 89 y 90, Bs. As., Rep. Arg., 1935), receptando tal aseveración e inoculándola al fallo.

# LA CONSTITUCIÓN Y LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EN BOLIVIA

BENJAMÍN MIGUEL HARB (†)  
(Bolivia)

Queremos tratar algunas temas sobre los cuales no todos estamos obligados a tener el mismo pensamiento, lo fundamental que plantearnos en el juego dialéctico del análisis, dada la importancia del Derecho en un mundo en el que existe un desarrollo tecnológico, científico y la profundización de un sistema que fundamentalmente va dirigido a la deshumanización de las interrelaciones humanas. El Derecho se presenta casi como un elemento extraño porque en este mundo de gran desarrollo prima el concepto económico y se trata de supeditar el tema jurídico legal en general a la instancia económica y de allí surgen tergiversaciones en la normatividad, el Derecho del más fuerte se impone. Hablando del Derecho Internacional podemos decir que está sufriendo su desconocimiento, está en agonía desde el momento que se han dictado leyes nacionales con vigencia y aplicación extraterritorial.

Tenemos el ejemplo en el gran problema contemporáneo del bloqueo, un país puede bloquear a otro, pero no tiene ningún Derecho a imponer sus normas para que otros países que no han aprobado la ley bloqueen; un país tiene Derecho a descertificar a otro, pero no tiene ningún Derecho a que otros Estados o los organismos internacionales creados para facilitar la convivencia humana descertifiquen a otros y esto muestra la desvalorización del Derecho Internacional, nos vuelve a los tiempos romanos cuando ellos crean el *ius gentium* para someter a los países que están estaban allende sus fronteras, *lex Romanorum omni urbis* decían, la ley romana para todos, sean o no sean romanos. Para escapar a su conquista, y aislamiento los pueblos que estaban más allá de sus fronteras tenían que mandar emisarios para llegar a acuerdos y ser tributarios a fin de que les respeten su autonomía, hacienda y sus vidas; yo me pregunto ¿Si estamos volviendo a esos tiempos?

Otro fenómeno es la desnaturalización del Derecho en todo sentido fundamentalmente, del Derecho privado que se está desnormativizando debido a una autonomía de la voluntad sin límites. El Derecho privado prácticamente ha sido absorbido por el Derecho Procesal y ante esto hay que reconocer por una parte la orientación creciente que va teniendo en los del Derecho Constitucional. Antes la Ciencia Constitucional

definía la Constitución como aquellas normas que determinan los Derechos, las obligaciones de las personas, la organización y el funcionamiento del Estado, hoy el Derecho Constitucional más se ha convertido en un eje y equilibrio entre el Estado y el individuo tendiente a reducir a su mínima expresión al Estado, no obstante que el profesor Francisco Fernández Segado de la Universidad de Santiago de Compostela decía que el Derecho Constitucional es un código de conducta. La nueva tendencia señala que la norma es reguladora y garantizadora de las conductas y de las personas, pero en lo mínimo limita a la intervención del Estado y al Derecho Constitucional para dar margen mayor a la desregulación de las relaciones sociales.

En Bolivia estamos sintiendo un embate grave en el problema de relaciones sociales, se habla de flexibilizar la Constitución, como han hecho otros países, en lo que toca a la normatividad de las relaciones patrono-laborales. Si la Constitución no va a garantizar y regular como ahora lo hace el sistema económico social, la Carta Magna se va a volver la carta magna del poder económico. Se ha planteado incluso la eliminación del sistema del salario para pagar por el producto, esto quiere decir, pagar solamente por lo que produce esto tiende a que se trabaje 16 horas al día y 365 días al año para percibir el salario que antes se recibía con 8 horas al día, 6 días a la semana y con vacaciones anuales. Ahora bien el Derecho Constitucional en las condiciones actuales, este eje de intermediación, de garantía y del equilibrio del Estado y del individuo tienen a su lado otra ciencia que hoy en día cobra una importancia que nunca lo tuvo antes, el Derecho Penal. Todo adelanto científico tecnológico acarrea nuevas normas de conducta y comportamiento. Estos avances hoy en día están por bajo del nivel moral en las relaciones humanas. En relaciones internacionales surge una delincuencia que al mismo tiempo es internacional y transnacional, una delincuencia que no puede cometerse solamente afectando a las personas de un sólo país sino a varios y a esto las Naciones Unidas ha calificado como delincuencia organizada: el terrorismo, el narcotráfico, la trata de blancas, robo de niños, robo de propiedad intelectual, de casetes, videos, etc. es necesario afrontar esta delincuencia organizada con una reforma del Código Penal que contemple al mismo tiempo la delincuencia tradicional: robos y homicidios, y que incorpore en su seno todas las figuras de la delincuencia internacional. Puede seguirse la sistemática española, poniendo la gran delincuencia organizada por su importancia en leyes especiales que tienen aplicación prioritaria, tienen privilegio en su aplicación.

Hemos realizado una reforma al Código Penal, tiene partes buenas y malas, una reforma con poca participación; evidentemente se ha invitado a profesores del exterior y tal vez, otros del lado boliviano, pero prácticamente no conocemos su participación. Lo primero que hace la reforma del Código Penal es lo lógico, elevar a rango de ley el decreto ley de 1973 en base al artículo 29 de la Constitución que determina que el Poder Legislativo debe aprobar los códigos, pero luego que se aprueba este primer artículo y en el siguiente incurrimos en una inconstitucionalidad. La reforma del artículo 4° de la aplicación retroactividad de la ley en cuanto al tiempo, repite mas o menos lo del original del Código, pero en el párrafo cuarto expresa lo siguiente, no obstante lo dispuesto los párrafos anteriores, es decir retroactividad de la ley más

favorable; pero las leyes dictadas para regir sólo por un tiempo determinado se aplicarán a todos los hechos cometidos durante su vigencia, es decir una ley temporal más perjudicial para el reo igualmente se aplica. Esta inconstitucionalidad tiene su origen al haber copiado el Código español, pues no se han dado cuenta que la Constitución española y las otras constituciones del mundo, no tratan la retroactividad o irretroactividad en el texto, no dicen nada de este tema, porque sigue otra sistemática.

Es perfecto el párrafo que la ley temporal rige a todos los hechos que suceden en su vigencia sin importar la ley más perjudicial o menos perjudicial al sujeto activo del delito, cuando en la legislación secundaria se regula. En todas las legislaciones la irretroactividad y retroactividad están en los códigos y nosotros lo hemos puesto en la Constitución Política del Estado y no podemos modificarla con una simple ley, en el siglo pasado hemos puesto en la Constitución el principio de la irretroactividad por razones políticas subían gobiernos como el de Melgarejo, estropeaba a todo el mundo y atropellaban los derechos establecidos aplicando la, retroactividad, es entonces que existía evidentemente el artículo 4 del antiguo Código Civil de 1834 que declaraba la irretroactividad absoluta de la ley. La Constitución del 78 y del 80 del siglo pasado incorpora la irretroactividad para garantizar los Derechos adquiridos y luego en la Convención de 1938 le agregamos los párrafos: será retroactiva cuando sea más favorable al reo, en materia social cuando favorezca a las personas y así se ha quedado en la Constitución en lugar de sacar este principio y colocarlo en cada código respectivamente, por la naturaleza de la materia.

Vamos a seguir con un análisis en algunas partes, de modo exegético. Aquí hay una situación muy interesante, no se traía simplemente de nombre, se dice en la reforma el Título 11 del libro Primero del Código Penal, fundamentos de punibilidad del delincuente, antes decía el Código lo siguiente: el delito y el delincuente, formas de reaparición del delito y de causas de justificación, le cambian el nombre y le ponen bases de la punibilidad, esto lógicamente nos conduciría mentalmente a que se pregunte cuáles son las condiciones legales para tipificar una conducta como delito, por ejemplo, acto, tipicidad, antijuricidad, pero no dice nada de esto sino pone un título afirmativo; bases de la punibilidad, y pasan directamente a hablarnos de exención de la responsabilidad, esto nos descoloca totalmente en el concepto, para luego hablarnos de exenciones de responsabilidad. Está sistemáticamente orientada por Estrafsemberg, posiblemente sea bueno para Alemania, pero Bolivia no es Alemania, ese es un problema en nuestra en la reforma del Código Penal.

Luego tenemos el cambio total de los delitos culposos, todo delito dice la reforma se supone doloso salvo que el propio Código califique ese delito como culposo, es decir de hecho si no hay una excepción en el Código toda conducta es dolosa, entonces el sujeto sindicado de un delito tiene primero que probar que no ha cometido dolo dentro de los conceptos nuevos del Código Penal. Sino que puede haber sido una conducta culposa, salvo que el propio código califique como culposo un delito, como por ejemplo en el homicidio culposo caso contrario todos los delitos son dolosos y

esto había que analizado con finura y una penetración muy grande en una otra oportunidad para ver si contradice el principio de la presunción de inocencia establecido en la Constitución y que si uno ha cometido un delito culposo es inocente, es una gran riesgo en materia penal, de todas maneras ese es un planteamiento. Luego los códigos no definen lo que es la comisión, la omisión y la comisión por omisión pero en la reforma se define la comisión por omisión en un lenguaje totalmente entrabado: la comisión, la omisión, la comisión por omisión, están presentes en la parte especial en cada delito.

Vamos a entrar un problema importante, la Constitución Política del Estado establece que si delito de traición a la patria, asesinato y parricidio se les aplicará la pena de 30 años de presidio sin derecho a indulto, pero la pena de muerte figuraba en el Código evidentemente, en esta parte la reforma ha adecuado el Código a la Constitución. Hay que anotar una cosa, no es verdad que para imponer la pena de muerte se requiera de reformas constitucionales, no es verdad. La Constitución, señala a los delitos de traición a la patria, asesinatos y parricidio se les aplicará la pena de 30 años de presidio sin derecho a indulto, nosotros no podemos aplicar la pena de muerte para parricidio, asesinato y traición a la patria, tenemos que hacer reforma constitucional pero si queremos imponerla para estos, yo no se por qué, muchos magistrados, abogados, etc. han explicado que para imponer la pena de muerte para otros delitos hay que reformar la Constitución Política.

Hay problemas graves, en materia penal, la virtud que ha tenido la reforma es incorporar nuevas figuras: la legalización de ganancias ilícitas llamada vulgarmente lavado de dinero. El narcotráfico y los otros delitos de la delincuencia organizada no tendrían ningún porvenir si no pueden legalizar sus ganancias. El golpe más fuerte a la delincuencia organizada, principalmente contra el narcotráfico es combatir la legalización de sus bienes y esto es lo que hace la reforma del Código Penal en el artículo 148 *bis*. Ha puesto el tipo penal que tiende a luchar contra la legalización de ganancias ilícitas siguiendo la petición de las Naciones Unidas para que todos los países legislen en esta materia. El tipo puede ser bastante amplio, pero es bueno. Lo que puede determinan que no sea aplicable es que en el sistema bancario por intereses nacionales de algunos países están vigentes las cuentas innominadas y las cuentas con nombres falsos.

El narcotraficante acumula gran parte de su dinero en cuentas innominadas se investiga en cualquier parte del mundo su fortuna y no se encuentra lo que tiene, esto conviene al banco, porque si muere el titular y nadie tiene la clave, el banco se apodera de la plata, parte de las cuentas innominadas están precisamente establecidas para cubrir el origen ilícito del dinero, entonces el lavado a nivel internacional por más que se tomen medidas normativas en el Código Penal necesita su complementación en el sistema bancario que permita la investigación y la prohibición de cierta categoría de cuentas.

Vamos a referirnos al problema del tipo del delito del terrorismo, el artículo antiguo 133 del Código Penal que decía: “(terrorismo).- El que para intimidar o aterrorizar a toda o parte de una población, para suscitar alarma, desordenes, hace estallar bombas, petardos, materias explosivas, etc., etc.” o sea que en el delito podía entrar una

manifestación de la Central Obrera, una manifestación de los universitarios, porque encajaba en el tipo y ese era el concepto totalmente errado del terrorismo que atentaba contra el artículo 7 de la Constitución Política del Estado, creo que aquí se ha hecho un gran avance en el artículo 133 actual del Código Penal: la condición objetiva de tipicidad que se establece para que haya terrorismo, es formar parte, actuar al servicio o colaborar con una organización armada destinada a cometer delito contra la seguridad común, es decir si no se forma parte de una organización armada destinada a cometer delitos contra la vida y la propiedad no hay terrorismo, el elemento constitutivo del tipo es formar parte de una organización armada lo que no tenía el Código Penal. Esto asegura mucho más el derecho de libre expresión garantizado por la Constitución.

Hay otra gran conquista en mi concepto y un poco doloroso, el problema del delito de prevaricato, es interesante la reforma del delito de prevaricato, nos abre la puerta para enjuiciarlo realmente de una manera mucho más fácil, el artículo 173 del Código Penal anterior decía lo siguiente: “El juez que en ejercicio de sus funciones procediera contra las leyes ya haciendo lo que ellas prohíben expresa y terminantemente o deja de hacer lo que mandan del mismo modo por interés personal o por soborno, por afecto o desafecto de algunas personas”, es decir condicionaba la comisión del delito de prevaricato a dictar resoluciones contra la ley pero motivadas por afecto o desafecto, intereses personal o soborno, esto impedía el juzgamiento de prevaricato, se debía probar el interés personal, favorecer a terceras personas por afecto o desafecto, hacían naufragar cualquier juicio contra el prevaricador, el actual código ya establece una norma más rígida pero más viable, el artículo 173 dice: “el juez que en el ejercicio de sus funciones dictare resoluciones manifiestamente contrarias a la ley serán sancionadas con reclusión de dos a cuatro años, ya no tiene motivación por afecto o desafecto simplemente dictar resolución contra la ley es prevaricato, debido a que supone que el juez es abogado y que el abogado debe conocer las leyes del país, si no las conoce mejor quitarle el título, entonces se supone que un juez que domina el Derecho ha de dictar sentencias consultando los códigos las leyes y no solamente su experiencia o su conciencia, Esto ha de facilitar mucho el juzgamiento del prevaricato.

En los delitos contra la propiedad intelectual se tiene que el artículo 7 de la Constitución garantiza la propiedad, se ha dictado en el código un artículo que es muy importante para las relaciones económicas internacionales de nuestro país que dice; delitos contra la propiedad intelectual, quien tomare con ánimo de lucro en perjuicio ajeno, reproduzca, plagie, distribuya, publique en pantalla o en televisión en todo o en parte una obra literaria, artística, musical, científica, televisiva, cinematográfica o su transformación, etc.

Las Naciones Unidas nos está urgiendo a combatir el robo de la propiedad intelectual a nivel internacional, la electrónica ha avanzado tanto que nos reproduce cualquier cosa a través de los videos y casetes, pero quien hace un vídeo o un casete gasta millones y son parte de nuestra cultura, hacen un esfuerzo intelectual y un esfuerzo económico. Ha sucedido que una empresa gastó en un vídeo seis millones de dólares,

se plagia el vídeo inmediatamente y se lo vende en Bolivia a 13 Bs., con este plagio se está obstaculizando el desarrollo cultural, la creación artística y es por eso que a nivel internacional se ha tomado una medida y se han dado plazos, país que no tipifique el robo de propiedad intelectual y no lo combata se somete a una especie de aislamiento en materia de videos, casetes, etc., etc., es un avance del Código Penal.

En la alteración genética tenemos que, la Constitución establece que todo ser humano tiene derecho a la dignidad, a la vida y a la salud. Transformar a través de la alteración genética lo que debe ser un ser humano, es atentar contra su dignidad, contra la naturaleza, de ahí es que hemos puesto el artículo 277 que dice lo siguiente: “será sancionado con privación de libertad de dos a cuatro años e inhabilitación, especial quien con finalidad distinta a la terapéutica manipula a seres humanos que alteren el genotipo”. En la alteración genética se requieren como dice el Código la alteración del genotipo que determina la Constitución de la herencia biológica y lógicamente toda alteración, salvo con fines terapéuticos, va contra toda ética y contra los principios de la dignidad y del ser humano.

No desearía extenderme grandemente de este trabajo, y quiero decir algo: el problema de la modernización de la legislación sobre todo en materia penal tiene dos caras, la del delincuente y la víctima, Se han dictado leyes como la fianza juratoria etc. que son procesales, favorecen a quien está sindicado de un delito cuando procesalmente no se han cumplido los plazos de estar en la cárcel se lo pone en libertad bajo fianza juratoria, por obra del juez que no despacha o no quiere despachar un asunto y deja vencer los plazos, pero también el incumplimiento de plazos puede ser obra del propio sindicado cuando su abogado pone una serie de incidentes y no deja avanzar el proceso y entonces se producen hechos insólitos de recurrir a la fianza juratoria porque no se han cumplido los plazos y es bien serio porque es una forma de burlar la justicia, creo que esta bien la fianza juratoria para presionar al juez, pero hay que cambiar algunos conceptos porque no simplemente por razón procesal, va a proceder la fianza juratoria, sino fundamentalmente por materia sustantiva. En cualquier país el sistema penológico para dar la fianza juratoria se fija en un diagnóstico del internado para ver si saliendo en libertad condicional el sujeto ha de volver o no a incidir en el delito. Como vamos a dar libertad con fianza juratoria sin un diagnóstico de la persona que nos dice que no se ha readaptado, para que al día siguiente nos cometa otra vez delito. Hemos tergiversado totalmente la ley por vaciar las cárceles. Evidentemente las cárceles son grandes depósitos de hacinamiento de delincuentes y centros de corrupción pero, por lo menos, debíamos complementar esta situación con un estudio y diagnóstico del sujeto privado de libertad.

La otra cara de la medalla es la víctima. Hace tres semanas un alumno en la Facultad de Derecho de La Paz me trae su tesis y me dice que quiere hacerla sobre la protección de la víctima, yo me he quedado pensando qué protección hay en el país a las víctimas del delito, ¿sus herederos tienen indemnización civil y qué instrumento hay para que se pague la indemnización civil?, todo el mundo se ha olvidado de las víctimas



del delito y nos fijamos simplemente ahora en que hay mucha gente en la cárcel y hay, que vaciarlas con razón y sin razón, cuando se hiere a una persona y hay que amputarle un miembro ¿quien le paga lo que no ha de poder trabajar por toda su vida?, ¿quién mantiene a la familia cuando se mata al padre que era el sustento? En los Estados Unidos la acción penal la dirige el Fiscal, el Sheriff y a veces ni siquiera el dañado por el delito interviene en la acción penal, pero sí el Estado da la gran protección a la víctima a través de fabulosas indemnizaciones. Está en el Código Penal, hay la parte civil, la indemnización pero qué instrumento hay.

Es necesario para cobrar que nosotros en conjunto comencemos a pensar, en la formulación de un nuevo Código Penal con estos conceptos de equilibrio, el artículo 26 del Código Penal dice: la sanción se divide en dos, en penas y medidas de seguridad, la pena tiene por objeto la readaptación social del delincuente y su enmienda, que podemos hacer con la fianza juratoria donde está por en medio la readaptación social y la enmienda sin tener un estudio de diagnóstico para la persona que ha de ser beneficiada con libertad. Yo hago estas reflexiones porque el país tiene que entrar en una nueva tónica, hemos cometido errores al aprobar esta ley. Se han explicado estos errores en la Cámara, pero el falso concepto que nos han invocado de la gobernabilidad amarrada al concepto de globalidad ha determinado que las ideas y la discusión se las escuchen pero no se aceptan. Gran parte de los legisladores ignoran el Derecho y aún más ignoran el Derecho Penal, entonces si hay personas especializadas en una materia por lo menos es necesario que se oiga su posición. Anteriormente cuando se trató en el gobierno pasado la Ley del Poder Ejecutivo, se les ha demostrado que el sistema penitenciario debe depender del Ministerio de Justicia, se han enceguecido, y hoy día el proyecto, que entrará en discusión en la Cámara de Diputados tiene el mismo error. ¿Desde cuando existiendo el Ministerio de Justicia el sistema penitenciario está en el Ministerio de Gobierno?

El esfuerzo de una modernización de la justicia es el esfuerzo colectivo de todos, principalmente de los abogados y hombres públicos, profundizar en el Derecho y hacer un Derecho de base científica y de realismo nacional.



# IMPACTO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

JOSÉ AFONSO DA SILVA  
(Brasil)

**SUMARIO:** I. Dos direitos humanos em geral. 1. Constituição e direitos humanos. 2. Universalização das declarações dos direitos humanos. 3. Universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. II. O problema da eficácia dos direitos sociais. 4. Introdução. 5. Direitos sociais. 6. Positivização dos direitos sociais como pressuposto de sua eficácia. 7. Instrumentos da eficácia. 8. Garantias econômicas. 9. Conclusão.

## I. DOS DIREITOS HUMANOS EM GERAL

### 1. Constituição e direitos humanos

1. A *constituição* tem sido definida como um conjunto de normas e princípios consubstanciados num documento solenemente estabelecido pelo poder constituinte e somente modificável por processos especiais previstos em seu texto, tendo por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, a função precípua de assegurar os direitos e garantias fundamentais do homem, tomada esta expressão, no constitucionalismo contemporâneo, no sentido amplo, compreendendo os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, segundo a categorização das declarações e pactos internacionais das Nações Unidas. O que se quer ressaltar, nesta oportunidade, é a função de uma constituição escrita e rígida. Como disse, sua função essencial consiste em assegurar os direitos fundamentais do homem, não mais no mero sentido das constituições-garantias do liberalismo pela simples consagração de uma declaração de direitos e o estabelecimento de mecanismos de limitação de poder, tal como postulava o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de

1789, segundo o qual a sociedade na qual a garantia dos direitos não fosse assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tinha constituição. Pois não se trata mais de simplesmente conter o poder num abstencionismo estático, deixando aos indivíduos livre determinação para que, sob sua responsabilidade e alvedrio, afixem os direitos declarados. Trata-se de institucionalizar o poder para que realize ações afirmativas que promovam o efetivo gozo dos direitos humanos, atuando de forma positiva onde sua ação seja necessária para criar condições reais à efetividade dos direitos, especialmente dos direitos econômicos, sociais e culturais.

2. Como já escrevi, de outra feita, a questão técnica que se apresentou na evolução das declarações de direitos humanos foi a de assegurar sua efetividade através de um conjunto de meios e recursos jurídicos, que genericamente passaram a chamarse garantias constitucionais dos direitos humanos. Tal exigência técnica determinou que o reconhecimento desses direitos se fizesse segundo formulação jurídica positiva, mediante sua inscrição no texto das constituições. Assim é que, num primeiro momento, se deu a *subjetivação* e a *positivação* dos direitos individuais com sua enunciação constitucional, imprimindo às suas fórmulas, até então abstratas, o caráter concreto de *normas jurídicas* positivas, válidas para os indivíduos dos respectivos Estados, com a previsão também de outras normas destinadas a atuar uma precisa regulamentação jurídica, de modo a não requerer ulteriormente, a tal propósito, a intervenção do legislador ordinário<sup>(1)</sup>. Daí por diante, as constituições democráticas passaram a trazer um capítulo em que são *subjetivados* e *positivados* os direitos fundamentais do homem. Quando a Constituição Política do Império do Brasil proclamou, no art. 179, que “A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição...”, estava precisamente *subjetivando*, nos brasileiros, os direitos, e *positivando-os*, ao declarar serem garantidos pela Constituição, conforme enunciado nos 35 incisos daquele artigo. Tal se fez nas constituições brasileiras subsequentes, de forma mais apurada, como consta do art. 5º da Constituição de 1988, que garante “aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, nos termos dos setenta e sete incisos daquele artigo.

## 2. Universalização das declarações dos direitos humanos

3. O que diferenciou a Declaração de 1789 das proclamadas na América do Norte foi sua vocação universalizante. Sua visão universal dos direitos do homem constituiu uma de suas características marcantes, que já assinalamos com o significado de seu

<sup>(1)</sup> Cfr: Biscaretti di Ruffia, *Diritto Costituzionale*, 7ª ed., Nápoles, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, págs. 695-696.

*mundialismo* <sup>(2)</sup>. Em verdade, as declarações de direitos do século XX procuram consubstanciar duas tendências fundamentais: *universalismo*, implícito já na Declaração francesa de 1789, e *socialismo* (tomada essa expressão em sentido amplo, ligado a social, e não técnico-científico), com a extensão do número dos direitos reconhecidos, o surgimento dos *direitos sociais*, uma inclinação ao condicionamento dos direitos de propriedade e dos demais direitos individuais <sup>(3)</sup>, propensão que refletiu no Direito Constitucional contemporâneo.

4. O sentido universalizante das declarações de direitos, de caráter estatal, passou a ser objeto de reconhecimento supra-estatal em documentos declaratórios de feição multinacional ou mesmo universal. As primeiras manifestações nesse sentido foram propostas de organismos científicos internacionais, visando estender a defesa dos direitos humanos a todos os países e a todos os indivíduos de todas as nacionalidades, como noticia José Castán Tobeñas <sup>(4)</sup>, de que é exemplo o projeto de “Declaração dos Direitos Internacionais do Homem”, redigido pelo Instituto de Direito Internacional, em 1928-1929 <sup>(5)</sup>. Um passo concreto foi dado quando os vinte e um países da América se reuniram em Chapultepec (México) no início do ano de 1945, firmando a tese de que um dos primeiros objetivos das Nações Unidas deveria ser a redação de uma carta dos direitos do homem <sup>(6)</sup>. Daí que a Carta das Nações Unidas (26.6.45) ficara impregnada da idéia do respeito aos *direitos fundamentais do homem*, desde o seu segundo considerando, onde afirma “a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e valor da pessoa humana, na igualdade dos direitos de homens e mulheres e das nações grandes e pequenas”, até as referências contidas nos arts. 1º, item 2; 13, item 1, *b*; 55, *c*; 62, item 2; e 76, *c*.

5. Delineada na Carta das Nações Unidas, assim, a preocupação com os direitos fundamentais do homem, cumpria dar-lhe conseqüência sistemática, mediante a redação de uma *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Com esse propósito, criou-se, na ONU, uma Comissão dos Direitos do Homem, cuja presidência coube à Sra. Eleonora Roosevelt, esposa do Presidente Franklin D. Roosevelt. Durante a elaboração do tex-

---

<sup>(2)</sup> Cfr. nosso *Curso de Direito Constitucional positivo*, 15ª ed., pág. 165, onde citamos: Robert, *Libertés publiques*, pág. 46; Castán Tobeñas, *Los derechos del hombre*, pág. 99; Philippe de Ia Chapelle, *La Declaration Universelle des Droits de l’Homme et lê catholique*, pág. 12. Cabe também observar que o texto que se segue é, em essência, reprodução do que apresentamos naquele *Curso*, a partir da pág. 165.

<sup>(3)</sup> Cfr. Castán Tobeñas, *ob. cit.*, pág. 101, citando Carlos Ollero, *El Derecho Constitucional de la posguerra*, cap. V.

<sup>(4)</sup> *Ob. cit.*, pág. 109.

<sup>(5)</sup> *Idem*, pág. 109.

<sup>(6)</sup> Cfr. Chapelle, *ob. cit.*, pág. 22, que menciona também a proposta do Episcopado americano no mesmo sentido, quando da abertura da Conferência de S. Francisco, em abril de 1945.

to, com base especialmente em projeto de autoria do Prof. René Cassin, várias questões teóricas se configuraram, como, por exemplo, se deveria ser uma Declaração ou uma Convenção, o que tinha importância para a sua maior ou menor efetividade, pois a primeira forma não dotava o instrumento, segundo alguns, de força obrigatória. Foi, no entanto, a que prevaleceu. Questão mais importante, contudo, foi a de saber como chegar, numa mesma Declaração, a defender os direitos individuais tradicionais e, ao mesmo tempo, destacar a importância dos novos direitos sociais<sup>(7)</sup>. Sobre isso, Philippe de la Chapelle ressalta a colaboração de Bogomolov, representante soviético, que deu eficaz ajuda na redação dos artigos concernentes aos direitos econômicos, sociais e culturais da Declaração, que fora aprovada na noite de 10.12.48, na terceira sessão ordinária da Assembleia Geral da ONU, realizada em Paris.

6. A *Declaração Universal dos Direitos do Homem* contém trinta artigos, precedidos de um Preâmbulo com *sete considerandos*, em que reconhece solenemente: a *dignidade da pessoa humana*, como base da liberdade, da justiça e da paz; o *ideal democrático* com fulcro no progresso econômico, social e cultural; o *direito de resistência à opressão*; finalmente, a *concepção comum desses direitos*. Constitui o Preâmbulo com a proclamação, pela Assembléia Geral da ONU, da referida Declaração, “o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da Sociedade, tendo esta Declaração constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensinamento e pela educação, a desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e assegurar-lhes, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o reconhecimento e a aplicação universais e efetivos [...]”.

7. Os trinta artigos reconhecem os direitos fundamentais do homem. Do art. 1º ao art. 21 encontramos a proclamação dos tradicionalmente chamados *direitos e garantias individuais*, certamente impregnados de conotações mais modernas, tais como: igualdade, dignidade, não discriminação; direito à vida, à liberdade (de locomoção, de pensamento, de consciência, de religião, de opinião, de expressão, de reunião e de associação), à segurança pessoal, à nacionalidade, de asilo, de propriedade; condenação da escravidão, da servidão, da tortura, de penas ou tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes; reconhecimento da personalidade jurídica; respeito à intimidade (pessoal, familiar, epistolar e do domicílio); direito de constituição de família; direito de circular e de escolher a residência; proteção igual perante os tribunais, garantia contra medidas arbitrárias; de plena defesa, de não retroatividade da lei penal e presunção de inocência até julgamento final; direitos políticos de participação no governo, de votar e ser votado, de acesso às funções públicas; garantia de eleições autênticas, periódicas, mediante sufrágio universal e igual, e voto secreto ou procedimento equivalente. Do art. 22 até o art. 28, o documento consubstancia os *direitos sociais do homem*, assim: direito à segurança social e à satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento de sua

(7) Cfr. Chapelle, *ob. cit.*, pág. 41.

personalidade; direito ao trabalho, à escolha do trabalho, a condições satisfatórias de trabalho e proteção contra o desemprego, a salário condigno, à liberdade sindical; direito à limitação razoável da duração do trabalho, a férias, a descanso remunerado e ao lazer; direito à previdência e seguro social no caso de desemprego, enfermidade, invalidez, viuvez, velhice etc.; direito à educação, à instrução técnica e profissional, e à cultura; direito a uma ordem social e internacional em que os direitos fundamentais sejam plenamente efetivos. O art. 29 proclama os deveres da pessoa para com a comunidade, e o art. 30 estabelece o princípio de interpretação da Declaração sempre em benefício dos direitos e liberdades nela proclamados<sup>(8)</sup>.

8. O enunciado desse conjunto de direitos confirma a lição de Dalmo de Abreu Dallari, segundo a qual a Declaração consagrou três objetivos fundamentais: “a *certeza* dos direitos, exigindo que haja uma fixação *prévia* e *clara* dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a *segurança* dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em *qualquer circunstância*, os direitos fundamentais sejam respeitados; a *possibilidade* dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições subumanas”<sup>(9)</sup>. Mas, como ainda anota o referido autor, o grande problema é o da *eficácia* das normas de Declaração de Direitos<sup>(10)</sup>. O problema é ainda mais agudo em se tratando de uma Declaração Universal, que não dispõe de um aparato próprio que a faça valer, tanto que o desrespeito acintoso e cruel de suas normas, nesses cinqüenta anos, constituíra uma regra trágica, especialmente no nosso continente e também no nosso país. Não é, pois, sem razão que se afirma que o regime democrático se caracteriza, não pela inscrição dos direitos fundamentais, mas por sua efetividade, por sua realização eficaz<sup>(11)</sup>. À vista disso é que se tem procurado firmar vários Pactos e Convenções internacionais, sob patrocínio da ONU, visando assegurar a proteção dos direitos fundamentais do homem, pelos quais as altas partes pactuantes – reconhecendo: (a) que tais direitos derivam da dignidade inerente à pessoa humana; (b) que, com relação à Declaração

---

(8) Cfr. sobre a Declaração, Chappelle, *ob. cit.*, Alcalá-Zamora y Castillo e outros, *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974; António Truyol y Serra, *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1971.

(9) Cfr. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, pág. 179.

(10) *Ob. cit.*, pág. 185. A propósito, cfr. também Alcalá-Zamora, “La protección procesal internacional de los derechos humanos” e René Cassin, “El problema de la realización efectiva de los derechos humanos en la sociedad universal”, ambos in *Veinte años de evolución de los Derechos Humanos*, págs. 275 a 384 e 387 a 398, respectivamente.

(11) Cfr. Germán José Bidart Campos, *Doctrina del Estado democrático*, pág. 298; Héctor Fix-Zamudio, “Introducción interna de los derechos humanos”, in *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, pág. 169.

Universal de Direitos Humanos, não pode realizar-se o ideal do ser humano livre, no desfrute das liberdades civis e políticas, e liberado do temor e miséria, se não se criarem condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos civis, tanto como de seus direitos econômicos, sociais e culturais; (c) que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos fundamentais do homem – comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos, no seu território e sob sua jurisdição, esses direitos reconhecidos naqueles instrumentos internacionais, dentre os quais, além dos já referidos, são expressivos o *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* e o *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, aprovados pela Assembléia Geral, em Nova Iorque, em 16.12.66, submetidos à firma e ratificação dos Estados interessados. Surgiram eles, como observa Gregorio Peces-Barba Martínez, com o fim de conferir dimensão jurídica à Declaração de 1948 e, assim, eficácia jurídica que supere a obrigatoriedade apenas moral que a caracteriza<sup>(12)</sup>. O Brasil só deu sua adesão a esses pactos em 24.1.92, entrando em vivência aqui apenas em 24.4.92. O retardamento dessa adesão se deveu ao regime autoritário que nos regia antes.

9. Antes de todos esses documentos internacionais e multinacionais citados, o primeiro, em nível multinacional, declarando os direitos do homem foi a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, cujo texto agasalha a maioria dos direitos individuais e sociais inscritos na Declaração Universal de 1948. Ela foi aprovada pela IX Conferência Internacional Americana, reunida em Bogotá, de 30 de março a 2 de maio de 1948, antecedendo, assim, à da ONU cerca de 8 meses. Na mesma Conferência foi aprovada também a *Carta Internacional Americana de Garantias Sociais*, consubstanciando os direitos sociais do homem americano. Mais importante, no entanto, é a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, chamada *Pacto de San José de Costa Rica*, adotada nessa cidade em 22.11.69, que também institucionaliza, como meios de proteção daqueles direitos, a *Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, prevista na Resolução VIII, da V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores (Santiago do Chile, agosto de 1959), e a *Corte Interamericana de Direitos Humanos*, que vigora desde 18.6.78, mas, no Brasil, só entrou em vigor em 1992 por via de adesão, já que nem tinha sido assinada ainda por nós<sup>(13)</sup>. Não obstante isso, a ineficácia desses documentos interamericanos estão retratados na tragédia dos países latino-americanos, sempre submetidos ao mais impiedoso autoritarismo e ao mais feroz desrespeito aos mais elementares direitos da pessoa humana, embora se observe uma forte reação democrática no continente, como a nossa com a Constituição de 1988.

---

(12) Cfr. *Textos básicos sobre derechos humanos*, nota 1, pág. 250; Truyol y Serra, *ob. cit.*, págs. 31 e 32.

(13) Sobre a batalha para a adesão do Brasil, é expressivos os pareceres de Antônio Augusto Cançado Trindade que se podem ler no seu livro *A proteção internacional do direitos humanos*, São Paulo, Saraiva, 1991.



10. Essas declarações e pactos internacionais tiveram grande impacto sobre o processo de elaboração da Constituição brasileira de 1988, com reprodução fiel de muitos de seus dispositivos, conforme bem mostrou Flávia Piovesan, o que, por carência de tempo, me dispensa de minúcia nesta oportunidade<sup>(14)</sup>. Mas é importante destacar dois princípios basilares mediante os quais a Constituição recepcionou as normas internacionais dos direitos humanos. O primeiro se acha inscrito no art. 4º, inc. II, pelo qual a República Federativa do Brasil se rege nas suas relações internacionais, entre outros, pelo princípio da *prevalência dos direitos humanos*. O outro ainda mais geral e abrangente sobressai do art. 5º, § 2º, de acordo com o qual *os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*. Essa incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos no sistema da Constituição tem amplas conseqüências. A primeira é a de alargar o campo constitucional desses direitos. A Constituição, assim, se alarga apanhando todos os direitos humanos declarados e os que vierem a ser declarados, incluindo o direito a desenvolvimento, à paz e à solidariedade. A segunda consiste na adoção da concepção monista, no que tange ao direito internacional dos direitos humanos, pela qual se define a unidade, neste campo, entre o direito internacional e o direito interno constitucional. A terceira significa que o desrespeito a uma norma de direito humano internacional corresponde a uma violação do direito constitucional, e pode ser objeto direto de conhecimento judicial<sup>(15)</sup>.

11. Resta dizer que o termo “tratado” deve ser tomado no contexto da art. 5º, § 2º, em sentido genérico, para abranger todos os acordos internacional sobre os direitos humanos, ou seja, declarações, convenções, pactos, protocolos e outros atos internacionais. Resta também verificar o significado da cláusula “em que a República do Brasil seja parte”. Na sistemática constitucional, os tratados, acordos e atos internacionais só se convertem em regra jurídica interna se após a assinatura por preposto do Poder Executivo forem referendados pelo Congresso Nacional e ratificados por decreto do Presidente da República. A ratificação é o ato que confirma a participação do Brasil nesses acordos e atos internacionais. A diferença é que, no caso dos tratados de direitos humanos, tem estes vigência interna imediata, sem intermediação legislativa; ingressa na ordem jurídica nacional no nível das normas constitucionais e, diretamente, criam situações jurídicas subjetivas em favor dos brasileiros e estrangeiros residentes no País. Aliás, o § 1º do art. 5º, quando afirma que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, abrange igualmente as normas internacionais definidoras desses direitos e garantias, como uma das conseqüências de sua integração automática no sistema de direitos da Constituição.

---

(14) *Cfr. Direitos humanos e direito constitucional internacional*, pág. 114 e sgts., São Paulo, Max Limonad, 1996.

(15) Para essa problemática e outras, *cfr.* Flávia Piovesan, *ob. cit.*, págs. 103 e sgts.

### 3. Universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos

12. Os instrumentos internacionais dos direitos humanos se apresentam repartidos entre declarações *gerais* e *regionais*, entre sistema jurídico de proteção generalizada e sistemas dirigidos a determinadas categorias de pessoas (*trabalhadores, refugiados, mulheres, crianças, idosos, portadores de deficiência*) ou ainda dirigidos a certas ofensas particularmente grave aos direitos humanos (*genocídio, discriminação racial, “apartheid”, tortura*), ou entre categorias de direitos fundamentais, distinguindo-os em dois grupos: direitos civis e políticos, e direitos econômicos, sociais e culturais. Em face dessa diversificação, cabe, desde logo, uma observação geral qual seja a de que tanto os tratados regionais como os destinadas a proteger especialmente determinadas categorias de pessoas ou situações especiais são *complementares* aos tratados *gerais* de proteção dos direitos humanos<sup>(16)</sup>. Não existem normas regionais de direitos humanos, mas apenas acordos regionais para verificar a aplicação de normas internacionais, observa Cristina M. Cerna<sup>(17)</sup>.

13. A dicotomia entre direitos civis (mais conhecidos como direitos individuais) e políticos, e direitos econômicos, sociais e culturais vai sendo suplantada pelo reconhecimento doutrinário da *universalidade, indivisibilidade e interdependência* dos direitos humanos. Essa dicotomia se baseou na idéia de que os direitos civis e políticos eram de *imediate aplicação*, requerendo apenas a abstenção do Estado, para sua efetivação, enquanto os direitos econômicos, sociais e culturais eram de aplicação *progressiva*, requerendo atuação positiva do Estado.

14. A Conferência de Direitos Humanos de Teherã, de 1968 já tinha proclamado a indivisibilidade dos direitos humanos “afirmando que a plena realização dos direitos civis e políticos era impossível sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais”<sup>(18)</sup>. Mais recentemente, a Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, em 15.6.1993, aprovou a Declaração e o Programa de Ação de Viena, proclamando no seu art. 5º, que “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis e interdependentes e estão relacionados entre si. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global e de maneira justa e equitativa, em pé de igualdade e dando-lhes a todos o mesmo peso. Deve ter-se em conta a importância das

<sup>(16)</sup> A propósito *cfr.* Antônio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos*, pág. 39, São Paulo, Saraiva, 1991. Pedro Nikken, “El concepto de derechos humanos”, em *Estudios básicos de derechos humanos*, v. I, pág. 21, San José, IIDH, 1994.

<sup>(17)</sup> *Cfr.* “La universalidad de los derechos y la diversidad cultural: la realización de los derechos humanos en diferentes contextos socio-culturales”, em *Estudios básicos de derechos humanos*, *cit.*, v. II, pág. 394.

<sup>(18)</sup> *Cfr.* Antônio Augusto Cançado Trindade, “Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, em *Estudios básicos de derechos humanos*, I, págs. 39 e sgts. *Cfr.* também nosso *Curso de direito constitucional positivo*, 15ª ed., págs. 187 e 188, São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

particularidades nacionais e regionais, assim como os diversos patrimônios históricos, mas os Estados têm o dever, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais, de promover e proteger todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais”.

Apesar disso, parece-me ainda cabível discutir um pouco mais a problemática da eficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais, razão por que dedicarei a eles o resto desta exposição, unificando-os na expressão *direitos sociais*.

## II. O PROBLEMA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

### 4. Introdução

15. O tema é vasto e não há como tratar dele de modo completo no pouco espaço desta exposição. Também não acho que seja necessário descer a questões muito concretas sobre a eficácia dos direitos sociais. Por isso, vou me preocupar mais com a tentativa de demolir teorias que fornecem bases doutrinárias à ineficácia desses direitos, tais como: (a) a desqualificação deles como direitos fundamentais, (b) a concepção correlata de que direitos fundamentais constituem direitos públicos subjetivos, (c) a de direitos sociais contrapostos aos direitos individuais etc.

### 5. Direitos sociais

16. Por isso, uma consideração sobre o tema da *eficácia dos direitos sociais* deve começar por uma tomada de posição sobre dois pontos importantes. Um desses pontos diz respeito à *natureza dos direitos sociais*; o outro quer saber o que se entende por *direitos sociais e quais são*.

17. A questão da natureza dos direitos sociais ainda se põe porque há ainda setores do constitucionalismo, especialmente o ligados à doutrina constitucional norteamericana, que recusam não só a ideia de que tais direitos sejam uma categoria dos direitos fundamentais da pessoa humana, mas até mesma que sejam matéria constitucional, ou, quando admitem serem constitucionais, qualificam-nos de meramente programáticos, meras intenções e coisas semelhantes. De minha parte, sempre tomei a expressão *direitos fundamentais da pessoa humana* num sentido abrangente dos direitos sociais, e, portanto, não apenas os entendi como matéria constitucional mas como matéria constitucional qualificada pelo valor transcendente da dignidade da pessoa humana. Assim pensava antes da Constituição de 1988, guiado até pelo conteúdo de documentos internacionais de proteção dos direitos humanos. A Constituição assumiu essa posição, de sorte que, na sua concepção, os direitos sociais constituem direitos fundamentais da pessoa humana, considerados como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

18. Isso é importante, também, porque supera uma tendência doutrinária, não raro persistente, que via ou ainda vê os direitos sociais como contrapostos aos direitos civis

ou individuais. Como já escrevemos, de outra feita, a Constituição assumiu, na sua essência, a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente. Nem é preciso fundamentá-los em bases jusnaturalistas, como se esforça em fazê-lo<sup>(19)</sup>, para compreender que eles constituem, em definitivo, os novos direitos fundamentais do homem, e, com toda razão, “se estima que, mais que uma categoria de direitos fundamentais, constituem um meio positivo para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades”<sup>(20)</sup> e sua proclamação supõe uma autêntica garantia para a democracia, ou seja: “para o efetivo desfrute das liberdades civis e políticas”<sup>(21)</sup>.

19. Mas o que são os *direitos sociais*? Como dimensão dos direitos fundamentais do homem, já os entendemos como prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se vinculam com o direito de igualdade. Valem como pressupostos de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade<sup>(22)</sup>. Sem preocupação com uma classificação rígida, e com base nos arts. 6º a 11 da Constituição, podemos agrupá-los nas cinco classes seguintes: a) *direitos sociais relativos ao trabalhador*; b) *direitos sociais relativos à seguridade*, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e à assistência social; c) *direitos sociais relativos à educação e à cultura*; d) *direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso*; e) *direitos sociais relativos ao meio ambiente*.

## 6. Positivação dos direitos sociais como pressuposto de sua eficácia

20. Tal como aconteceu com os direitos individuais e políticos, também em relação aos direitos sociais, a questão técnica que se apresentou foi que o seu reconhecimento se fizesse segundo formulações jurídicas, mediante sua inscrição nas constituições, e que se assegurasse sua efetividade através de um conjunto de meios e recursos jurídicos de garantias econômicas, políticas e jurídicas. Assim é que eles vêm passando pelo mesmo processo de afirmação, mediante sua *positivação* que é uma realidade nas constituições modernas.

(19) Pérez Luño, *Derechos humanos*, pág. 216.

(20) *Idem* ibidem, pág. 217.

(21) *Idem* ibidem, pág. 217.

(22) *Nosso Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15ª ed., págs. 289 e 290.

Assim é, por exemplo, quando a Constituição diz: são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais os expressamente indicados no art. 7º, quando diz: a saúde ou a educação é direito de todos e indica mecanismos, políticas, para a satisfação desses direitos, como a indicação de fontes de recursos para a seguridade social (arts. 194 e 195) ou reserva recursos orçamentários para a educação (art. 215).

21. Essa afirmação constitucional dos direitos sociais se reveste de transcendental importância, pois é por aí que eles adquirem sua primeira condição de eficácia jurídica, mas não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque, como disse Ruy Barbosa, virão ocasiões em que será discutido e violado, e quanto!

22. A primeira coisa que é preciso rechaçar, como nota Pérez Luño, é “a afirmação de que enquanto os direitos de liberdade se beneficiam da tutela constitucional diretamente os direitos sociais não podem ser objeto imediato de tal tutela, pois, se a constituição pode formular positivamente os direitos sociais pode também tutelá-los em igual medida que os demais direitos nela proclamados”<sup>(23)</sup>. Daí que é preciso repensar também a doutrina das normas programáticas, em termos que aqui não poderemos mais que sugerir, buscando responder à pergunta feita por Canotilho: “como pode (se é que pode) uma constituição servir de fundamento normativo para o alargamento das *tarefas estatais* e para a incorporação de *fins econômico-sociais*, positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica?”<sup>(24)</sup>.

23. Certo é que muitas das normas constitucionais que outorgam os direitos sociais requerem uma atividade legislativa posterior para a sua concretização, mas daí não se pode concluir pela sua não preceptividade. “A sua disciplina –diz Canotilho– é obrigatória e as directivas por elas definidas, longe de serem meros convites para legislar, assumem o carácter de verdadeiras *imposições constitucionais de actividade legiferante*”. Significa isso repelir a tese dos direitos econômicos, sociais e culturais como *simples direitos legais*, tese que assenta fundamentadamente na concepção de que tais diretivas “não alicerçam qualquer pretensão subjectiva, judicialmente accionável”, pois só “quando o legislador concretiza essas diretivas, fundamentando poderes jurídicos subjectivos, é que se pode falar de direitos subjectivos”, logo, “os direitos subjectivos só existem no âmbito da lei ordinária”<sup>(25)</sup>, não no âmbito da própria norma constitucional programática.

A lição do citado autor é rica de consequências no aspecto considerado, quando, refutando a tese, sustenta que a “força dirigente dos direitos fundamentais justifica que se ultrapasse a degradação dos direitos sociais, econômicos e culturais (na parte em

---

<sup>(23)</sup> *Ob. cit.*, pág. 218.

<sup>(24)</sup> *Cfr.* Constituição Dirigente, pág. 166. Já citado por também em *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, pág. 141.

<sup>(25)</sup> *Idem ibidem*, págs. 370 e 371. *Nossa ob. cit., supra*, pág. 145.

que se implicam direitos a prestações estaduais) em “simples direitos legais”, pois que *são direitos originários a prestações* fundados na constituição e não direitos a prestações derivados da lei; “os direitos subjectivos a prestações –prosegue– mesmo quando não concretizados, existem para além da lei por virtude da constituição, podendo ser invocados (embora não judicialmente, diz ele) contra as omissões inconstitucionais do legislador. *A força imediatamente vinculante que hoje se atribui a uma parte dos direitos fundamentais (os direitos, liberdades e garantias e os direitos de natureza análoga) pode e deve ser interpretada, no que respeita aos direitos a prestações, no sentido de fundamentar originariamente esses direitos, mesmo que não haja imposição constitucional dirigida expressamente ao legislador*”<sup>(26)</sup>.

Por isso, o autor pôde dizer com tranquilidade que a “*força dirigente e determinante* dos direitos a prestações (econômicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objecto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjectivo: de uma *pretensão de omissão* dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma *proibição de omissão* (direito a exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos)”<sup>(27)</sup>.

24. Quando se concebe os direitos sociais como prestações positivas do Estado, logo vem a questão de que não há como se realizarem na prática, senão quando o Estado, por si, executa o programa que possibilite sua satisfação concreta. Aí entra certamente a questão das garantias políticas da eficácia desses direitos. Primeiro, a construção de um regime democrático que tenha como conteúdo a realização da justiça social. Segundo, o apoio a partidos e candidatos comprometidos com essa realização. Terceiro, a participação popular no processo político que leve os governantes a atender suas reivindicações, tal como a vontade política que conduziu os Constituintes a inscrever esses direitos de forma ampla e abrangente.

25. A idéia de que as prestações positivas não se realizam na prática está fundada na questão do direito subjectivo e que ninguém tem direito subjectivo em face do Estado para obter a realização dessas prestações que consubstanciam os direitos sociais correspondentes. A esse propósito gostaria de lembrar dois textos de Canotilho que busca solução ao problema:

O primeiro diz o seguinte:

“Quando se afirma que o direito à habitação incumbe ao Estado programar e executar uma política de habitação inserida em plano de reordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização ... estamos a salientar a dimensão

(26) Idem ibidem. págs. 370 e 371. Idem ibidem, pág. 145.

(27) Idem ibidem, pág. 365. Idem ibidem, pág. 45.

institucional de um direito”<sup>(28)</sup>. A partir daí, o autor chega mesmo a afirmar que esses direitos são regras jurídicas diretamente aplicáveis, vinculativas de todos os órgãos do Estado<sup>(29)</sup>.

O segundo é mais expressivo:

“O reconhecimento, por exemplo, do direito à saúde, é diferente da imposição constitucional que exige a criação do Serviço Nacional de Saúde, destinado a fornecer prestações existenciais imanentes àquele direito. Como as prestações têm, igualmente, uma dimensão subjectiva e uma dimensão objectiva, considera-se que, em geral, esta prestação é o objecto da pretensão dos particulares e do dever concretamente imposto ao legislador através das imposições constitucionais. Todavia, como a pretensão não pode ser judicialmente exigida, não se enquadrando, pois, no modelo clássico de direito subjectivo, a doutrina tende a salientar apenas o dever objectivo da prestação pelos entes públicos e a minimizar o seu conteúdo subjectivo. Ainda aqui a caracterização material de um direito fundamental não tolera esta inversão de planos: os direitos à educação, saúde e assistência não deixam de ser direitos subjectivos pelo facto de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos”<sup>(30)</sup>.

26. Há um problema que se põe nessa questão, qual seja o da eficácia diante de *terceiros*. É que alguns direitos sociais, tais os relativos aos trabalhadores, não constituem meras prestações estatais. Ou seja, “o Estado não realiza diretamente as obrigações que derivam desses direitos, mas as impõe a outros sujeitos, de modo especial aos empresários”. Vale dizer que se trata da aplicação dos direitos fundamentais não só nas relações entre o Estado e os cidadãos, mas também nas relações entre pessoas privadas. Objeta-se que os direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos destinados a regular relações de subordinação entre o Estado e os cidadãos, mas não podem projetar-se logicamente na esfera das relações privadas. É a idéia de que direitos fundamentais são apenas os preceitos normativos surgidos para tutelar os cidadãos contra a onipotência do Estado, e não tem razão de ser nas relações entre particulares. Pérez Luño, cuja lição estamos seguinte neste passo, replica essa doutrina do seguinte modo:

“É fácil advertir o caráter ideológico deste raciocínio ligado a uma concepção puramente *formal* da igualdade entre os diversos membros integrantes da sociedade. Mas é um fato notório que na sociedade moderna neocapitalista essa igualdade formal não supõe uma igualdade material, e que nela o pleno desfrute dos direitos

(28) *Direito Constitucional*, pág. 183. Nossa *ob. cit.*, supra, págs. 151 e 152.

(29) *Idem ibidem*, pág. 184. Nossa *ob. cit.*, supra, pág. 152.

(30) *Constituição Dirigente*, pág. 368. Nossa *ob. cit.*, supra, pág. 152.

fundamentais se vê, em muitas ocasiões, ameaçado pela existência no plano privado de centros de poder, não menos importantes do que os que correspondem aos órgãos públicos. Daí que se tenha tido que recorrer a uma série de medidas destinadas a superar os obstáculos que de fato se opõem ao exercício dos direitos fundamentais por parte da totalidade dos cidadãos no plano da igualdade”<sup>(31)</sup>.

Essa questão, hoje, tem um tratamento mais desenvolvido, especialmente na Alemanha, Espanha e mesmo Portugal. A doutrina constitucional alemã batizou-a com o nome *Drittwirkung der Grundrechte* (“eficácia externa dos direitos fundamentais”) <sup>(32)</sup>. Busca-se, com essa doutrina, superar a tese de que os direitos fundamentais “Só podem exercer-se unidirecionalmente, posto que são os poderes públicos os únicos que estão obrigados a respeitá-los”<sup>(33)</sup>. Propõe-se o multidirecionalismo, com o reconhecimento, tardio, aliás, de que “os poderes privados constituem hoje uma ameaça para o gozo efetivo dos direitos fundamentais não menos inquietantes que a representada pelo poder público”<sup>(34)</sup>. Além, como observa Nunes Arantes, o “princípio da dignidade do homem, encarado na sua atual dimensão, vem pois fundamentar a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas”<sup>(35)</sup>.

## 7. Instrumentos da eficácia

28. Art. 5º, § 1º, da Constituição - O art. 5º, § 1º, por seu lado, estatui que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Isso abrange, pelo visto, as normas que revelam os direitos sociais, nos termos dos arts. 6º a 11. Isso, contudo, não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.

Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no § 1º do art. 5º, que declara todas de aplicação imediata? Em primeira lugar, significa que elas são aplicáveis

<sup>(31)</sup> *Ob. cit.*, págs. 218 e 219.

<sup>(32)</sup> *Cfr.* José João Nunes Abrantes, *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, pág.7, Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

<sup>(33)</sup> *Cfr.* Juan María Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, pág. 235, Madrid, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

<sup>(34)</sup> *Cfr.* Juan Maria Bilbao Ubillos, *ob. cit.*, pág. 243.

<sup>(35)</sup> *Cfr. ob. cit.*, pág. 27.



até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o poder judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.

29. *Mandado de injunção* - Este é o instrumento que, correlacionado com o citado § 1º do art. 5º da Constituição, torna todas as normas constitucionais potencialmente aplicáveis diretamente. Assim, é o enunciado de sua previsão constitucional: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”<sup>(36)</sup>.

Sua função seria fazer valer, no interesse do impetrante, um direito ou prerrogativa prevista em norma constitucional cujo exercício em geral é inviabilizado pela falta de regulamentação. Mas a interpretação do Supremo Tribunal Federal tolheu essa função que lhe dava razão de existir, para considerá-lo mero meio de obtenção de declaração da inconstitucionalidade por omissão.

30. *Inconstitucionalidade por omissão* - A *inconstitucionalidade por omissão* verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou executivos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais que postulam lei ou providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática.

A Constituição de 1988 foi abeberar o instituto no art. 283 da Constituição portuguesa. Prevê autoridades, pessoas e entidades que podem propor a ação direta visando a declaração da omissão. Foi tímida, no entanto, nas conseqüências do seu reconhecimento. Apenas dispôs, no § 2º do art. 103, que, *declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias*. A mera ciência ao poder legislativo pode ser ineficaz, já que ele não pode ser obrigado a legislar, embora um dever moral de legislar possa impulsionar o legislativo a atender ao julgado.

31. *Iniciativa popular* - O exercício da *iniciativa popular* também pode contribuir para a elaboração de leis ordinárias ou complementares integradoras da eficácia de normas constitucionais. Ela é prevista no art. 61, § 2º nos termos seguintes: “A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto

---

<sup>(36)</sup> Sua origem é inglesa (séc. XIV) como essencial remédio da *Equity*. Nasceu, pois, do *Juízo de Equidade*, ou seja, remédio conferido mediante um juízo discricionário, quando falta norma legal (statutes) regulando a espécie. Mas seu grande destaque ocorreu no *Caso Brown V. Board of Education of Topeka* (1954), E.U.A., *laeding case*, quando se julgou procedente um mandado de injunção estabelecendo o direito dos estudantes negros à educação em escolas até então segregadas, com base nos direitos garantidos na 14ª Emenda à Constituição norteamericana.

de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estado, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”. A omissão do poder legislativo não pode ser totalmente suprida pela participação popular, mas a falta de iniciativa das leis o pode, e por certo que a iniciativa, subscrita por milhares de eleitores, traz um peso específico, que estimulará a atividade dos legisladores.

32. *Sindicalização e direito de greve* - A possibilidade de instituir sindicatos autônomos e livres e o reconhecimento do direito de greve (arts. 8º e 9º) é que encontramos os dois instrumentos mais eficazes para a efetividade dos direitos sociais dos trabalhadores.

## 8. Garantias econômicas

33. A Constituição declara que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social e os princípios que indica, entre os quais a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a redução das desigualdades sociais, a busca do pleno emprego. Tudo, como se vê, voltado à realização dos direitos sociais do homem. Mas a verdade é que a existência digna aí prometida não será autêntica e real, enquanto não se construírem as condições econômicas que assegurem a efetividade desses direitos. É difícil admitir a dignidade da pessoa humana num País, como o Brasil, de grandes misérias e profundas desigualdades sociais, mormente quando este país é um dos principais produtores de alimentos do mundo.

## 9. Conclusão

34. Conclusão importante é a de que a Constituição Federal de 1988 consubstancia todos os direitos fundamentais da pessoa humana reconhecidos nos documentos internacionais que os assegurem.

35. Além dessa inscrição expressa, está aberta ao enriquecimento de novos direitos humanos que a evolução histórica venha a criar com a declaração do § 2º do seu art. 5º de que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regimen e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Nesse particular, como se nota, a Constituição de 1998 se abre para o futuro como um receptáculo dos direitos da pessoa humana.

# A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

LUIZ PINTO FERREIRA (†)  
(Brasil)

**SUMARIO:** I. Dois modelos de controle de constitucionalidade das leis. II. As Cortes Constitucionais no direito público contemporâneo. III. O Tribunal Constitucional Federal na Alemanha de 1949 e o recurso constitucional. IV. O Supremo Tribunal Federal e a Corte Constitucional na Constituição de Bonn (de 1949). V. Kelsen, a Constituição da Áustria e a Corte Constitucional. VI. A Corte Constitucional na Itália. VII. A Corte Constitucional em Portugal. VIII. A Corte Constitucional na Espanha. IX. A Corte Constitucional na França. X. Composição de diversas Cortes Constitucionais. XI. Controle difuso e concentrado de constitucionalidade. XII. Controle de constitucionalidade por via de exceção. XIII. Controle de constitucionalidade por via de ação. XIV. Inconstitucionalidade por omissão. XV. Ação de inconstitucionalidade por ação ou omissão. XVI. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. XVII. Ineficácia derogatória das leis inconstitucionais. XVIII. A Corte Suprema dos EUA. XIX. O Supremo Tribunal Federal no Brasil. XX. O controle da constitucionalidade das leis no Brasil: sua história até a Constituição Federal de 1988. XXI. O controle da constitucionalidade das leis na Constituição Federal de 1988.

## I. DOIS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

A jurisdição constitucional é a parte da administração da Justiça que tem como objeto específico a matéria jurídico-constitucional de um Estado. Ela verifica se as normas de hierarquia inferior estão de acordo com a Constituição como lei fundamental, e, se a contradizem, devem ser declaradas inconstitucionais, sendo, por conseguinte, inaplicáveis. Daí a idéia de Cortes Constitucionais, criadas na Áustria (1920), na Tchecoslováquia (1920) e na Espanha (1931) – esta com o seu Tribunal de Garantias

Constitucionais—, estabelecidas nos aludidos países por influência e inspiração de Hans Kelsen, em modelo posteriormente adotado pela República Federal da Alemanha, em 1949, Portugal, em 1976, e Espanha, em 1978.

As formas e modalidades da jurisdição constitucional obedecem a dois critérios básicos: a jurisdição difusa e a jurisdição concentrada. Mauro Cappelletti divulgou e generalizou a existência desses dois modelos principais. O sistema difuso é o modelo convencional, o norte-americano, onde o poder de controle da constitucionalidade é atribuído a todos os órgãos jurisdicionais, que resolvem o ponto constitucional *incidentalmente* quando do momento da decisão da lide. O sistema concentrado é o modelo austríaco, da Constituição da Áustria de 1920, por inspiração de Kelsen, em que a jurisdição constitucional, ou o poder de controle, é regida apenas por um órgão judiciário.

Gomes Canotilho consagra a seguinte tipologia: 1) Quanto aos sujeitos: *a)* controle político; *b)* controle constitucional. Essa tipologia admite duas formas: o sistema difuso ou norte-americano e o sistema concentrado ou austríaco. 2) Quanto ao modo de impugnação: *a)* controle por via incidental; *b)* controle por via principal. 3) Quanto aos efeitos da decisão: *a)* efeitos gerais e efeitos particulares; *b)* efeitos retroativos e efeitos prospectivos. 4) Quanto à decisão da inconstitucionalidade: *a)* controle declarativo; *b)* controle constitutivo.

A jurisdição constitucional visa também a proteção das liberdades, daí a expressão de Cappelletti: “la giurisdizione costituzionale delle libertà”, apreciando as “situações jurídicas subjetivas constitucionais e ativas do indivíduo frente às autoridades públicas”, como afirma José Luís Cascajo Castro.

O controle da constitucionalidade é, assim, bastante amplo. Ensina José Alfredo de Oliveira Baracho, no seu livro *Processo constitucional* (Rio de Janeiro, Forense, 1984, pág. 114): “O controle da constitucionalidade não é senão um dos aspectos da proteção constitucional. Considera-se mais importante a tutela eficaz dos direitos fundamentais consagrados no ordenamento jurídico”.

Vide a respeito: Mauro Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato* (4. ed., Milano, Giuffrè, 1973); José Luis Cascajo “La jurisdicción constitucional de la libertad”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 199:160-1, jan./fev. 1975); José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional* (Coimbra, 1977, págs. 402-3).

O sistema de controle da constitucionalidade e da jurisdição constitucional deve visar também, e especialmente, a proteção das liberdades. Daí as suas linhas principais: *a)* a impugnação da inconstitucionalidade das leis (*Normenkontrolle*); *b)* o recurso específico contra a violação dos direitos do homem (*Beschwerde*).

O recurso *Beschwerde* tem natureza constitucional e importância decisiva na tutela jurisdicional dos direitos do homem previstos na Constituição, e pode ser interposto por qualquer pessoa que tenha tido os seus direitos fundamentais violados por leis ou por atos e resoluções federais e estaduais.

Assim sendo, como salienta Fix-Zamudio (*Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980, pág. 54 e s.), três instrumentos podem ser utilizados ante o Tribunal Constitucional Federal, como na Alemanha de 1949: a) o controle exercido sobre as leis inconstitucionais (*Normenkontrolle*); b) a inconstitucionalidade em caráter incidental ou prejudicial, cuja nomenclatura dada pela doutrina é controle concreto (*Konkrete Normenkontrolle*); e c) a ação direta, que é o controle abstrato (*Abstrakte Normenkontrolle*).

A expressão controle abstrato de normas é um processo desenvolvido nos § 13º, n. 6, e 76 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, quando se tornou usual a expressão incorporada ao art. 13, II, da Constituição alemã de 1919 (Constituição de Weimar). Vide a respeito Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1998, e *Controle da constitucionalidade* (São Paulo, 1990).

Veja-se também na literatura alemã: Stern, *Bonner Kommentar*, 2ª Tiragem, art. 93, n. 189 e 193; Schlaich, *Des Bundesverfassungsgericht*, Munique, 1985, pág. 66; Söhn, *Die abstrakte Normenkontrolle*, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tuebingen, 1980, v. 1, pág. 292 (293); von Mutius, *Die abstrakte Normenkontrolle von dem bundesverfassungsgericht*, Jura, 1987, pág. 534 (535). Stern (*no Bonner Kommentar*, art. 93, pág. 189) observa que a expressão “controle abstrato de normas” foi utilizada primeiramente por Friesenhahn no livro *Handbuch des deutschen Staatsrechts* (em 1932, v. 2, págs. 523 e 526). Relembre-se ainda que já em 1925 Walter Jellinek via a configuração de um controle abstrato no modelo do art. 13, II, da Constituição de Weimar, no estudo *Der Schutz des öffentlichen Rechts*, II (1925, págs. 41-2), e também Fad congitou na época de uma aferição de constitucionalidade in abstracto no estudo *Verfassungsgerichtsbarkeit und Reichsexekution*, pág. 42.

O sistema, que resulta de uma longa evolução histórica, é um coroamento do Estado de Direito.

## II. AS CORTES CONSTITUCIONAIS NO DIREITO PÚBLICO CONTEMPORÂNEO

Diversas Constituições do mundo moderno buscaram uma nova sistematização do Poder Judiciário mediante a criação de uma Corte Constitucional ao lado de um Supremo Tribunal Federal, de que foi pioneira a Constituição da Alemanha de 1919. Essa orientação inovadora teve acolhida na doutrina e por legisladores constituintes de alguns países, principalmente europeus.

A Constituição da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949, no seu art. 92, alude expressamente a esse dualismo, nos seguintes termos:

“O poder de aplicar a justiça é confiado aos juízes. Ele é exercido pelo Tribunal Constitucional Federal, pelo Supremo Tribunal Federal, pelos tribunais federais previstos na presente lei fundamental e pelos tribunais dos Estados-Membros”.

Os nomes utilizados são Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) e Supremo Tribunal Federal (*Oberstes Bundesgericht*).

Outras Constituições acompanharam essa linha pragmática, quais sejam as Constituições da Áustria (1920), da Itália (1948), de Portugal (1976) e da Espanha (1978), embora com denominações diferentes, como a de Alta Corte Constitucional (Áustria), Corte Constitucional (Itália, Espanha e Portugal). Diversos juristas brasileiros também sugerem a criação de uma Corte Constitucional, como o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso e o Prof. José Afonso da Silva, em elucidativos estudos.

O sistema preconizado não pretende outra coisa senão ampliar o controle da constitucionalidade para uma organização mais larga da jurisdição constitucional, tendo em vista a solução de todos os conflitos constitucionais, o que só poderá ser exercido a contento por uma Corte Constitucional.

A jurisdição constitucional realiza essa missão, abandonando o sistema de controle difuso pela jurisdição constitucional concentrada. Aparece como um dos pressupostos essenciais do Estado democrático contemporâneo egresso do período pós-guerra, visando aperfeiçoar a sistemática da divisão de Poderes, como um real contrapeso entre o Poder Executivo com tendências hegemônicas e o Poder Legislativo ainda aprisionado à sua armadura convencional. Exerce, de outro lado, um papel moderador, um princípio de harmonia, como um pressuposto básico para preservação e garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, controle e tutela do funcionamento das instituições democráticas e dos Poderes do Estado. Ela visa uma completa e abrangente jurisdição constitucional.

### III. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL NA ALEMANHA DE 1949 E O RECURSO CONSTITUCIONAL

O *Tribunal Constitucional Federal*, na Alemanha Ocidental, tem sua competência inscrita na Lei Fundamental de 1949 (arts. 92, 99, 100) e na Lei do Tribunal Constitucional Federal. O nome usado é Tribunal Constitucional Federal e não Corte Constitucional, pois na Alemanha também existe um *Supremo Tribunal Federal* (CF de 1949, art. 95; e texto consolidado vigente, arts. 95, I e 96, III).

Compete ao Tribunal Constitucional Federal: julgar os litígios entre os Estados e a Federação, em matéria de repartição de competências, as causas e litígios entre os órgãos da Federação e outras partes envolvidas, como as alusivas a partidos políticos, e sua situação jurídico-constitucional; o controle da norma em abstrato, quando têm legitimação ativa ou legitimação para requerer o Governo Federal, o Governo Estadual ou 1/3 dos membros do Parlamento Federal (Dieta Federal - *Bundestag*), que corresponde à nossa Câmara dos Deputados; compete-lhe ainda o controle incidente ou concreto sobre matéria constitucional; o processo, logo, é sobrestado, sendo submetido a julgamento do Tribunal Constitucional Federal.

O chamado *processo de recursos constitucional* compete também ao referido Tribunal. Nesse processo, qualquer pessoa que se sinta prejudicada pela autoridade pública, no tocante a *direitos individuais* previstos e inscritos na Constituição, tem o direito de

recorrer ao Supremo Tribunal Constitucional. Entretanto, previamente à admissão do *recurso constitucional*, a parte interessada deve esgotar as vias judiciais comuns.

O recurso constitucional é tradução do nome *Verfassungsbechwerde*, sendo um instrumento próprio para a tutela dos direitos humanos. Já tem antecedentes nas Constituições dos Estados-Membros da Baviera de 1919 e 1946, contudo, não foi consagrado nem estatuído no texto primitivo da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949. Posteriormente o legislador federal regulou o funcionamento do Tribunal Constitucional de Karlsruhe nos arts. 90 a 96 da lei ordinária, determinando o seguinte: qualquer pessoa que se declara lesada pelo Poder Público em um dos seus direitos fundamentais ou no exercício dos direitos reconhecidos pelos arts. 33, 38, 101, 103 e 104 da Lei Fundamental pode promover o recurso constitucional direto contra o Tribunal Constitucional Federal.

Em seguida ocorreu a reforma de 29 de janeiro de 1969, quando esse recurso foi elevado à categoria constitucional, conforme o art. 93, 4º, a, determinando que o Tribunal Constitucional Federal decide “sobre processos constitucionais que podem ser interpostos por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo Poder Público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos arts. 20, alínea 4, 33, 38, 101,103 e 104”.

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha alude assim a um processo constitucional e a um recurso constitucional, num pensamento que sobretudo provém de Hans Kelsen.

Ver a respeito: Hans Kelsen, “La garantie jurisdictionnelle de la Constitution. La justice constitutionnelle”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Etranger*, Paris, 1928, pág. 227; Mauro Cappelletti, *Il controllo giudiziário*, cit., págs. 1-2; José Luis Cascajo Castro, “La jurisdicción...”, *Revista de Estudios Políticos*, cit.; Héctor Fix-Zamudio, *Los tribunales constitucionales*, cit.

A inconstitucionalidade dos partidos políticos é também julgada pelo Tribunal Constitucional Federal.

Qual a composição do Tribunal Constitucional Federal? A própria Lei Maior a prevê no art. 94:

“O Tribunal Constitucional Federal compõe-se de juízes federais e de outros membros. Os membros do Tribunal Constitucional Federal são eleitos a metade pelo Parlamento Federal e a outra metade pelo Conselho Federal (Senado) (a observação é nossa). Eles não podem pertencer nem ao Parlamento Federal (Câmara dos Deputados) (a observação é nossa), nem ao Conselho Federal, nem ao Governo Federal, nem aos órgãos análogos de um Estado-Membro”.

Uma lei federal regula a organização e processo do Tribunal Constitucional Federal e determina quando as suas decisões têm força de lei (*Ein Bundesgesetz regelt seine Verfassung und das Verfahren und bestimmt, in welchen Faellen seine Entscheidungen Gasetzkraft haben*).

#### IV. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CORTE CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO DE BONN (DE 1949)

O Poder Judiciário alemão instituiu um Supremo Tribunal Federal (*Oberstes Bundesgericht*) além do Supremo Tribunal Constitucional. São dois grandes órgãos que têm a designação de supremo (*Oberstes*).

O sistema alemão prevê a dualidade de Justiça, a Justiça é federal e estadual. A regra é de que a Justiça de 1º grau é estadual, sendo a Justiça Federal constituída de tribunais que têm a incumbência de cognição de recursos das decisões dos tribunais estaduais, visando à uniformização de jurisprudência. Das decisões dos juízes de 1º grau é cabível o recurso de apelação para o tribunal de 2º grau (matéria de fato e de direito). As decisões dos tribunais de apelação podem ser objeto de recurso para os tribunais de revisão, que apenas podem exclusivamente apreciar matéria de direito.

Além do Tribunal Constitucional Federal, conhecido em outros países com o nome de Corte Constitucional, como na Itália, Portugal e Espanha, deve ser lembrado o *Supremo Tribunal Federal*.

Preceituava o texto originário da Constituição de 1949 (art. 95, 1):

“Art. 95. Para garantia da unidade do direito federal, é instituído um Supremo Tribunal Federal (*Zur Wahrung der Einheit des Bundesrechts wird ein Oberstes Bundesgericht einrichtet*)”.

O inciso 2 do mesmo artigo determinava o seguinte:

“O Supremo Tribunal Federal estatui no caso em que as decisões apresentam uma importância de princípio para a unidade de jurisprudência dos tribunais federais superiores (*Das Oberstes Bundesgericht entscheidet in Faellen, deren Entscheidung fuer die Einheitlichkeit der Rechtsprechung der oberen Bundsgericht von grundsaellichen Bedeutung ist*)”.

O texto consolidado vigente, no art. 95 (Supremos Tribunais da Federação – Senado conjunto), prevê o seguinte:

“Art. 95, 1. Para os setores de jurisdição ordinária, administrativa, financeira, do trabalho e da previdência, a Federação instituirá como tribunais superiores o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Federal Administrativo, o Tribunal Federal de Finanças, o Tribunal Federal do Trabalho e o Tribunal Federal Social”.

No direito alemão eles têm as seguintes denominações: Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*), que Gebhard Muelle chama de Corte de Cassação Federal; Tribunal Federal Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*); Tribunal Federal de Finanças ou Tribunal Fiscal Federal (*Bundeslinanzhof*); Tribunal Federal do Trabalho (*Bundesarbeitsgericht*); e Tribunal Federal Social ou Corte Social Federal (*Bundessozialgericht*).



Para preservar a unidade da jurisprudência deve ser constituído um Senado conjunto dos referidos tribunais.

Foram também instituídos tribunais federais para os assuntos relativos à proteção da propriedade industrial (art. 96, 1), bem como tribunais federais com jurisdição penal, tribunais penais para as Forças Armadas (art. 96, 2), para os quais o supremo tribunal é o Supremo Tribunal Federal.

Há destarte vários ramos autónomos principais de tribunais federais superiores, encabeçados pelo Supremo Tribunal Federal: 1) Supremo Tribunal Federal, competente para a jurisdição ordinária; 2) Tribunal Federal Administrativo, competente para a justiça administrativa, que tem por objeto julgar as demandas de direito público (demandas das pessoas contra os órgãos público, ações de funcionários públicos e suas entidades empregadoras); 3) Tribunal Federal de Finanças, competente para a Justiça Fiscal, julgando as controvérsias entre o contribuinte e o Fisco; 4) Tribunal Federal do Trabalho, competente para a justiça do trabalho, julgando os litígios entre empregadores e empregados, incluindo as questões da co-gestão nas empresas; 5) Tribunal Federal Social, competente para a Justiça social, decidindo as causas concernentes à segurança social, seguro-desemprego, direito previdenciário, amparo às vítimas de guerra.

O órgão *Informação* (n. 24), editado pelo Departamento de Imprensa do Governo da República Federal da Alemanha, Bonn, 2/1979, colige considerações sobre o sistema judiciário alemão, com um organograma do Poder Judiciário nesse país. Devem ser consultadas a respeito, ainda, as seguintes obras: Friedrich Giese, *Grundgesetz fuer die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar*, 4. ed., Frankfurt a. M. 1955, págs. 160-3; *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, aos arts. 95 e seguintes; Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza, *Direito constitucional comparado*, Belo Horizonte, Liv. del Rei, 1985; José Alfredo de Oliveira Baracho, *Processo constitucional*, cit.

## V. KELSEN, A CONSTITUIÇÃO DA ÁUSTRIA E A CORTE CONSTITUCIONAL

Embora se atribua geralmente à Alemanha de Bonn a ideia de criação de uma Corte Constitucional, tal pensamento, contudo, é originário especialmente da Constituição da Alemanha de 1919 e das especulações de Hans Kelsen, principal autor da Constituição Federal da República da Áustria, de 1º de outubro de 1920, revisada em 7 de dezembro de 1929 e recolocada em vigor pela Lei Constitucional n. 4, de 1º de maio de 1945.

A Constituição da Áustria prevê no art. 92 uma Corte Suprema (*Oberstes Gerichtshof*), sediada em Viena, que julga em última instância em matéria cível e penal.

Prevê ainda uma *Alta Corte Constitucional*, o nome é Corte (*Hof*) e não Tribunal (*Gericht*), ao lado de uma Alta Corte Administrativa.

A referida Constituição da Áustria tem somente cento e cinquenta artigos; o seu Título VI, *Garantias da Constituição e da Administração*, especifica nos arts. 137 a 148 as atribuições e composição da mencionada Alta Corte Constitucional.

É interessante assinalar o modelo austríaco da inconstitucionalidade previsto no art. 139, 2 e 3, segundo o qual a decisão da Alta Corte Constitucional pronunciado a nulidade de leis e regulamentos obriga a autoridade competente a publicar imediatamente essa anulação, entrando em vigor no dia de sua publicação.

Essas idéias fundamentais, de jurisdição constitucional conferida a uma Alta Corte Constitucional, deve-se ao pensamento de Hans Kelsen sobre a estrutura escalonada da ordem jurídica (*Stufenbau der Rechtsordnung*), exposto na sua *Teoria geral do Estado* e em outras obras, bem como no texto da Constituição da Áustria de 1920. Mais tarde ele apreciou o sistema nas obras *A Constituição da Áustria (no JhrOeffentR der Gegenwart*, 1930) e no livro *Direito constitucional austríaco (Desterreisches Staatsrechts*, Tuebingen, 1925).

A Alta Corte Constitucional teve o seu nome mudado para Corte de Justiça Constitucional pela Revisão Constitucional de 1929.

## VI. A CORTE CONSTITUCIONAL NA ITÁLIA

A Constituição da República Italiana, de 27 de dezembro de 1947, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948, inspirou-se no modelo austríaco e kelseniano, antes mesmo da Constituição da República Federal da Alemanha de 1949.

Tem cento e trinta e nove artigos, com o Título VI, Das *Garantias Constitucionais*, como na Áustria de 1920, criando uma Corte Constitucional, disciplinada nos arts. 134 a 137 da lei básica, além de uma *Corte de Cassação* (art. 111).

E de ressaltar que a declaração de inconstitucionalidade se aplica *erga omnes*, como pretende Kelsen, nos termos do art. 136 da Constituição da Itália:

“Quando a Corte declara a ilegitimidade de uma norma de lei ou de um ato com força de lei, a norma perde a sua eficácia a partir do dia sucessivo à publicação da decisão”.

Não é admitida nenhuma impugnação contra as decisões da Corte Constitucional.

Conforme o estabelecido na Constituição da Itália, a Corte Constitucional julga:

- as controvérsias relativas á legitimidade constitucional das leis e dos atos, com forças de lei, do Estado e das Regiões;
- os conflitos de atribuição entre os Poderes do Estado e daqueles entre o Estado e as Regiões, e entre as Regiões;
- as causas movidas contra o Presidente da República e os Ministros, segundo a Constituição.

A Corte Constitucional é composta por quinze juízes, assim nomeados: 1/3 pelo Presidente da República; 1/3 pelo Parlamento em sessão comum; e 1/3 pelas supremas magistraturas ordinárias e administrativas.

Os juízes da Corte Constitucional são escolhidos entre os magistrados, mesmo aqueles aposentados, das jurisdições superiores ordinária e administrativa, entre os professores universitários de disciplinas jurídicas e entre os advogados com mais de vinte anos de exercício.

A Corte elege o presidente entre os seus integrantes.

Os juízes são nomeados para um mandato de nove anos, renovando-se parcialmente, segundo as normas fixadas pela lei, não sendo imediatamente reelegíveis.

A função de juiz da Corte é incompatível com aquela de membro do Parlamento, de membro de um Conselho Regional, com o exercício da profissão de advogado, e com qualquer outro cargo e função indicados pela lei.

Nos julgamentos de acusação contra o Presidente da República e contra os Ministros, intervêm, além dos juízes ordinárias da Corte, dezesseis membros sorteados, no início de cada legislatura, pelo Parlamento, em sessão comum, entre cidadãos possuidores dos requisitos para a elegibilidade a Senador.

Quando a Corte declara a ilegitimidade constitucional de uma norma de lei ou de um ato com força de lei, a norma perde a sua eficácia a partir do dia sucessivo à publicação da decisão.

A decisão da Corte é publicada e comunicada às Câmaras e aos Conselhos Regionais interessados, a fim de que, se julgarem necessário, tomem providências nas formas constitucionais.

Uma lei constitucional estabelece as condições, as formas, os prazos de apresentação dos julgamentos de legitimidade constitucional e as garantias de independência dos juízes da Corte.

Mediante lei ordinária, são estabelecidas as demais normas ordinárias para a constituição e o funcionamento da Corte.

Contra as decisões da Corte Constitucional não é admitida nenhuma impugnação.

## VII. A CORTE CONSTITUCIONAL EM PORTUGAL

A Constituição da República Portuguesa, segundo o texto da Lei Constitucional n. 1/82, de 30 de setembro de 1982, primeira revisão constitucional da Constituição de 25 de abril de 1976, tem a Parte IV, Título I – *Garantia da Constituição*, instituindo um *Tribunal Constitucional* (arts. 278, 279, 280, 282, 284 e 285), além do Supremo Tribunal de Justiça (arts. 212 e 214). A matéria é regulada executivamente na longa Constituição de Portugal, que tem trezentos artigos.

A Constituição da República Portuguesa admite a inconstitucionalidade por ação e omissão (respectivamente, arts. 277 e 283).

E também oportuno relembrar a influência kelseniana do art. 282, I:

“A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repriminção das normas que ela, eventualmente, haja revogado”.

O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral:

- a) a inconstitucionalidade de quaisquer normas, a requerimento do Presidente da República, do Presidente da Assembleia da República, do Primeiro-Ministro, do Provedor de Justiça, do Procurador-Geral da República ou, com fundamento em violação dos direitos das regiões autónomas, das respectivas assembleias regionais ou dos presidentes dos governos regionais;
- b) a ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região ou de lei geral da República, a requerimento de qualquer das entidades referidas na alínea *a* ou do Ministro da República para a respectiva região autónoma;
- c) a ilegalidade de qualquer norma constante de diploma emanado dos órgãos de soberania, com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto, a requerimento de qualquer das entidades referidas na alínea *a*, bem como do presidente da assembleia regional, do presidente do governo regional ou de 1/10 dos Deputados à assembleia regional da respectiva região autónoma.

O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos.

A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repriminção das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional, quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido.

Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restritivo do que o previsto no art. 282, 1 e 2.

A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não-cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

Quando o Tribunal Constitucional verifica a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

O Tribunal Constitucional é composto por treze juízes, sendo dez designados pela Assembléa da República e três cooptados por estes.

Três juízes designados pela Assembléa da República e os três juízes cooptados são obrigatoriamente escolhidos dentre juízes dos restantes tribunais, e os demais dentre juristas.

Os juízes do Tribunal Constitucional são designados por seis anos.

O Presidente do Tribunal Constitucional é eleito pêlos respectivos juízes.

A lei pode prever o funcionamento do Tribunal Constitucional por seções não especializadas para efeito de fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade.

### VIII. A CORTE CONSTITUCIONAL NA ESPANHA

A mais nova das Constituições europeias que prevêem um *Tribunal Constitucional* é a Constituição espanhola, de 29 de dezembro de 1978, com cento e sessenta e nove artigos, mais as disposições finais, transitórias, revogatórias e a disposição final.

Prevê um Supremo Tribunal (art. 123) com jurisdição em toda a Espanha, como órgão jurisdicional superior a todas as ordens, salvo o disposto nas garantias constitucionais.

O Título IX, art. 161, prevê o *recurso de inconstitucionalidade* contra as leis e disposições normativas com força de lei. Ainda aqui se revela a influência kelseniana:

“A declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica com categoria de lei, interpretada pela jurisprudência, produzirá efeitos quando a esta, embora a sentença ou as sentenças por ela efetivadas não percam o valor de coisa julgada”.

Preceitua a referida Constituição:

“O Tribunal Constitucional compõe-se de doze membros nomeados pelo Rei, dos quais quatro sob proposta do Congresso por maioria de três quintos dos seus membros, quatro sob proposta do Senado por idêntica maioria, dois sob proposta do Governo e dois sob proposta do Conselho Geral do Poder Judicial.

Os membros do Tribunal Constitucional deverão ser nomeados entre magistrados judiciais e do Ministério Público, professores de Universidade, funcionários públicos e advogados, todos eles juristas de reconhecida competência com mais de quinze anos de exercício da profissão.

Os membros do Tribunal Constitucional serão designados por um período de nove anos e renováveis por um terço de três em três anos.

A condição de membro do Tribunal Constitucional é incompatível com qualquer mandato representativo, com cargos políticos e administrativos, com o desempenho de funções diretivas em partidos políticos ou em sindicatos e com qualquer emprego ao seu serviço, com o exercício de funções judiciais e do Ministério Público e com qualquer atividade profissional e mercantil.

Os membros do Tribunal Constitucional terão as incompatibilidades próprias dos membros do Poder Judicial.

Os membros do Tribunal Constitucional serão independentes e inamovíveis no exercício do seu mandato.

O Presidente do Tribunal Constitucional será nomeado dentre os seus membros pelo Rei, sob proposta do Tribunal em pleno, e por um período de três anos.

O Tribunal Constitucional tem jurisdição em todo o território espanhol e compete-lhe conhecer:

- a) do recurso de inconstitucionalidade contra as leis e disposições normativas com força de lei. A declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica com categoria de lei, interpretada pela jurisprudência, produzirá efeitos quanto a esta, embora a sentença ou sentenças por ela afetadas não percam o valor de caso julgado;
- b) do recurso de amparo, por violação dos direitos e liberdades referidos no n. 2 do art. 53 desta Constituição, nos casos e na forma a estabelecer pela lei;
- c) dos conflitos de competência entre o Estado e as comunidades autónomas ou destas entre si;
- d) das demais matérias que lhe atribuem a Constituição ou as leis orgânicas.

O governo poderá impugnar perante o Tribunal Constitucional as disposições e resoluções aprovadas pelos órgãos das comunidades autónomas. A impugnação determinará a suspensão da disposição recorrida, mas o Tribunal terá de ratificar ou levantar a suspensão em prazo não superior a cinco meses.

Têm legitimidade:

- a) para interpor o recurso de inconstitucionalidade o Presidente do Governo, o Defensor do Povo, cinquenta Deputados, cinquenta Senadores, os órgãos colegiados executivos das comunidades autónomas e, se for o caso, as assembleias das comunidades autónomas;
- b) para interpor o recurso de amparo qualquer pessoa física ou jurídica que invoque um interesse legítimo, bem como o Defensor do Povo e o Ministério Público.
- c) A lei orgânica determinará as pessoas e os órgãos com legitimidade nos outros casos.

Quando, em algum processo, um órgão judicial considera que uma norma com categoria de lei, aplicável ao caso e de cuja validade depende a decisão, pode ser contrária à Constituição, suscitará a questão perante o Tribunal Constitucional nas condições, na forma e com os efeitos a estabelecer por lei, os quais, em nenhum caso, serão suspensivos.

As sentenças do Tribunal Constitucional são publicadas no *Boletim Oficial dei Estado* com os respectivos votos particulares, se os houver. As sentenças têm o valor de caso julgado a partir do dia seguinte ao da sua publicação e não admitem recurso. As sentenças que declarem a inconstitucionalidade de uma lei ou de uma norma com força de lei e todas as que não se limitem à apreciação subjetiva de um direito revestem-se de plena eficácia geral.

Salvo quando na decisão se dispuser diferentemente, subsistirá a vigência da lei na parte não afetada pela inconstitucionalidade.

Uma lei orgânica regulará o funcionamento do Tribunal Constitucional, o estatuto dos seus membros, o processo e as condições de propositura das ações.

## IX. A CORTE CONSTITUCIONAL NA FRANÇA

A Constituição da França de 1958 prevê um órgão misto de controle da constitucionalidade, o chamado Conselho Constitucional (arts. 56 e 63).

O Conselho Constitucional se compõe de nove membros, cujo mandato durará nove anos e não será renovável. O Conselho Constitucional se renovará por um terço a cada três anos. Três de seus membros serão nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três pelo Presidente do Senado.

Além dos nove membros acima mencionados, os ex-Presidentes da República serão, de pleno direito, membros vitalícios do Conselho Constitucional.

O Presidente será nomeado pelo Presidente da República. Terá voto decisivo em caso de empate.

As funções de membro do Conselho Constitucional serão incompatíveis com as de Ministro ou de membro do Parlamento. As demais incompatibilidades serão determinadas pela lei orgânica.

O Conselho Constitucional velará pela regularidade da eleição do Presidente da Republica.

Examinará as reclamações e proclamará os resultados do escrutínio.

O Conselho Constitucional preceituará, em caso de contestação, sobre a regularidade da eleição dos Deputados e dos Senadores.

O Conselho Constitucional velará pela regularidade das operações de *referendum* e proclamará seus resultados.

As leis orgânicas, antes de sua promulgação, e os regulamentos das Câmaras do Parlamento, antes de sua aplicação, deverão ser submetidos ao Conselho Constitucional, que se pronunciará sobre a conformidade destes com a Constituição (Lei Constitucional n. 74.904, de 29.10.1974).

Para os mesmos fins, as leis poderão ser deferidas ao Conselho Constitucional, antes de sua promulgação pelo Presidente da República, pelo Primeiro-Ministro, pelo Presidente da Assembléia Nacional, pelo Presidente do Senado ou por sessenta Deputados ou sessenta Senadores.

Nos casos previstos nos dois parágrafos precedentes, o Conselho Constitucional deverá pronunciar-se dentro do prazo de um mês. Todavia, se o Governo solicitar urgência, esse prazo será de oito dias.

Nesses mesmos casos, a consulta ao Conselho Constitucional suspende o prazo de promulgação.

Uma disposição declarada inconstitucional não poderá ser promulgada nem aplicada.

As decisões do Conselho Constitucional serão irrecorríveis. Deverão ser reconhecidas pelos Poderes Públicos e por todas as autoridades administrativas e jurisdicionais.

Uma lei orgânica determinará os regulamentos de organização e funcionamento do Conselho Constitucional, o procedimento a ser observado para tanto e, em particular, os prazos abertos para submissão de contestações.

## **X. COMPOSIÇÃO DE DIVERSAS CORTES CONSTITUCIONAIS**

Vejamos a composição de diversas Cortes Constitucionais na Europa.

A Constituição da Áustria (texto revisado em 1945, art. 147) determina que a Corte de Justiça Constitucional se compõe de um Presidente, um Vice-Presidente, de doze outros membros e de seis membros suplentes. O Presidente, o Vice-Presidente, seis membros e três membros suplentes são nomeados pelo Presidente da República por proposta do Governo Federal, devendo ser escolhidos dentre juízes, funcionários da administração e professores da Faculdade de Direito e de Ciência Política das universidades. Os demais seis membros e os três suplentes restantes são nomeados pelo Presidente da República em listas tríplice pelo Conselho dos Estados-Membros e das Profissões.

A Constituição da Alemanha Ocidental de 1949 (art. 94) preceitua o seguinte:

“O Tribunal Constitucional Federal compõe-se de juízes federais e de outros membros. Os membros do Tribunal Constitucional Federal são eleitos metade pela Dieta Federal (correspondente à nossa Câmara dos Deputados – observação nossa) e metade pelo Conselho Federal (Senado). Eles não podem pertencer nem à Dieta Federal, nem ao Conselho Federal, nem ao Governo Federal, nem aos órgãos análogos de um Estado-Membro”.



Na República Portuguesa o Tribunal Constitucional é composto por treze juizes, dez designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes; três dos juizes designados pela Assembleia da República e três juizes cooptados são obrigatoriamente escolhidos dentre os juizes dos restantes tribunais, e os demais, dentre juristas.

Na Espanha os membros do Tribunal Constitucional, em número de doze, estão assim previstos no art. 159 da Constituição:

“O Tribunal Constitucional compõe-se de doze membros nomeados pelo Rei, dos quais quatro sob proposta do Congresso por maioria de três quintos dos seus membros, quatro sob proposta do Senado por idêntica maioria, dois sob proposta do Governo e dois sob proposta do Conselho Geral do Poder Judicial. Os membros do Tribunal Constitucional deverão ser nomeados entre magistrados judiciais e do Ministério Público, professores de Universidade, funcionários públicos e advogados, todos eles juristas de reconhecida competência com mais de quinze anos de exercício da profissão. Os membros do Tribunal Constitucional serão designados por um período de nove anos e renováveis por um terço de três em três anos”.

E interessante agora assinalar a situação do Conselho Constitucional da França. A Constituição da França preceitua o seguinte (art. 56):

“O Conselho Constitucional se compõe de nove membros, cujo mandato durará nove anos e não será renovável. O Conselho Constitucional se renovará por terços a cada três anos. Três de seus membros serão nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três pelo Presidente do Senado. Além dos nove acima mencionados, os ex-Presidentes da República serão, de pleno direito, membros vitalícios do Conselho Constitucional. O Presidente será nomeado pelo Presidente da República. Terá voto decisivo em caso de empate”.

## XI. CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle da constitucionalidade realiza uma verificação *vertical* que necessariamente existe entre a norma constitucional, como uma supernorma, e as regras que lhe são subordinadas, em face da estrutura escalonada da ordem jurídica.

No sistema jurídico brasileiro há dois tipos de controle jurisdicional:

- a) *O controle por via de exceção.*
- b) *O controle por via de ação.*

O controle por via de exceção vincula-se ao modelo convencional, enquanto o controle por via de ação sofre a influência do modelo austríaco e de inspiração kelseniana. O primeiro por um *método difuso* e o segundo, por um *método concentrado*.

## XII. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR VIA DE EXCEÇÃO

O controle por via de exceção tem as seguintes notas características:

- a) qualquer pessoa, que disponha de legítimo interesse económico ou moral, pode suscitar a questão prejudicial da constitucionalidade;
- b) qualquer órgão do Poder Judiciário, inclusive o juiz singular, pode apreciá-la.
- c) a discussão sobre o tema não é objeto principal da lide, mas se faz incidentalmente.

O controle incidental ou por via de exceção é exercido em função de casos concretos, representa o modelo convencional e existe no Brasil com a Primeira República.

A declaração de inconstitucionalidade pode ser proferida pelos tribunais, mas neste caso somente o Plenário tem competência para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, e não os órgãos fracionários dos tribunais, como as Câmaras, Turmas ou Seções.

“A competência constitucional para declarar a inconstitucionalidade é do Tribunal Pleno e não da Câmara” (RT, 508:217; RF, 193:131; RTJ, 96:1188, 95:859).

O juiz singular também pode proferir a declaração de inconstitucionalidade, conforme decisão do STF (RT, 554:253).

## XIII. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR VIA DE AÇÃO

O controle por via de ação ou controle principal se baseia no método concentrado e tem as seguintes notas características:

- a) a titularidade do poder de agir ou a legitimação ativa pertence exclusivamente às pessoas indicadas no art. 103 da Constituição Federal;
- b) a discussão sobre a constitucionalidade da norma é feita em caráter principal e abstratamente (cf. José Celso de Mello Filho, *Constituição Federal anotada*, 2.ed., São Paulo, Saraiva, 1986, pág. 343).

O controle por via de ação no plano federal efetua-se de duas maneiras:

- a) ação direta genérica;
- b) ação direta interventiva, nos casos de intervenção federal.

De acordo com o Regimento Interno do STF, a comunicação ao Senado para os efeitos do art. 52, X, da Constituição, isto é, suspender a execução no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do STF, torna-se desnecessária quando se trata de controle por via de ação (RISTF, art. 175 e seu parágrafo único). A comunicação ao Senado Federal para os fins do art. 52, X, da Constituição Federal é contudo necessária quando a inconstitucionalidade é declarada por via de exceção, incidentalmente (RISTF, art. 178).

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle por via de ação ou controle principal são os seguintes:

- a) a eficácia da decisão do STF é obrigatória e genérica;
- b) a decisão do STF faz coisa julgada, formal e material vinculada a aplicadores estatais da lei ou ato normativo;
- c) a decisão do STF retroage em seus efeitos até o nascimento da norma impugnada (*RTJ*, 89:367, 87:758, 82:791; José Celso de Mello Filho, *Constituição*, cit., 344).

A jurisprudência decidiu também o problema da lei anterior incompatível com a Constituição, da seguinte maneira:

“Se a lei dada como inconstitucional é anterior à Constituição, não cabe a arguição de inconstitucionalidade, mas a simples verificação sobre se ela foi, ou não, revogada pela mesma Constituição (*RF*, 221:167; *RT*, 93:980, 95:993. 99:544).

A jurisprudência também assim se orienta no que concerne às relações entre a ação direta de inconstitucionalidade, e a revogação superveniente da lei: “Não prejudica o andamento da ação direta de inconstitucionalidade a revogação superveniente da lei impugnada, que produz efeitos jurídicos...” (*RDA*, 140:41, 141:131; *RTJ*, 54:710, 55:662, 87:758, 89:367, 100:467). Entende-se nesses julgados que a decisão do STF declarando a inconstitucionalidade tem efeitos retroativos. Contudo o Procurador-Geral da República torna-se carecedor da ação direta de inconstitucionalidade, quando a lei é previamente revogada antes do ajuizamento da ação direta (*RTJ*, 107:928).

#### **XIV. INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO**

A inconstitucionalidade pode ser por ação e por omissão. Diversas Constituições já a admitem, como a Constituição da República Portuguesa de 1976, que prevê a inconstitucionalidade por ação no art. 277, 2º, e a inconstitucionalidade por omissão no art. 283, 1.

A inconstitucionalidade por ação decorre de um comportamento ativo do Poder Público, contrariando normas, princípios e formalidades previstos no texto constitucional ou na sua essência.

A inconstitucionalidade por omissão ocorre quando o Poder Público deixa de praticar atos legislativos ou executivos necessários e indispensáveis para tornar aplicáveis as normas constitucionais. Não cumpre o dever imposto pela Constituição, com inobservância do dever constitucional de agir e fazer. Esta *inércia* no plano constitucional mostra “a inatividade consciente na aplicação da Constituição”, como assinala Nana Cândida da Cunha Ferraz, em a inércia no plano constitucional (*RPGESP*, 19:90). “Desse *no facie* resulta a inconstitucionalidade por omissão”, resume José Celso de Mello Filho (*Constituição*, cit., pág. 347).

## XV. A AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO OU OMISSÃO

O texto constitucional sobre a Alta Corte de Justiça deve ser articulado apropriadamente.

A inconstitucionalidade pode ser por ação ou omissão.

Os juízes não deverão aplicar leis ou atos normativos do Poder Público cuja inconstitucionalidade reconheçam; nos tribunais, a inconstitucionalidade deverá ser declarada por maioria absoluta de votos dos seus membros.

O Supremo Tribunal Constitucional exercerá a jurisdição em todo o território nacional, sendo competente para processar e julgar a ação de inconstitucionalidade por ação ou omissão e o recurso de inconstitucionalidade das decisões dos tribunais, nos casos em que a Constituição especifica.

A denominação desse recurso é feita diferentemente nas Constituições. A legislação alemã de 1949 permite o chamado *proceso de recurso constitucional*. Na Argentina usa-se a *apelación extraordinária* ante a Suprema Corte. A Constituição da Espanha, de 20 de dezembro de 1978, alude ao recurso de inconstitucionalidade contra a lei e disposições normativas com força de lei (arts. 161, I, a). No Brasil atual existe o recurso extraordinário e nos EUA, o *writ of error*.

O recurso extraordinário de inconstitucionalidade poderá no novo texto constitucional ser interposto das decisões de tribunais:

- 1) que contrariarem dispositivos ou princípios da Constituição;
- 2) que recusarem a aplicação de tratados, lei ou ato normativo federal com base na sua inconstitucionalidade;
- 3) que derem validade a lei ou atos do governo local contestados em face da Constituição ou de lei federal;
- 4) no *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for membro do próprio tribunal;
- 5) no mandado de segurança, contra os atos do Presidente da República, da Mesa do Congresso Nacional, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e de seus membros;
- 6) nos conflitos de jurisdição com fundamento em normas da Constituição Federal entre autoridade administrativa e judiciária;
- 7) nos conflitos de competência constitucional entre a União e os Estados e Territórios ou entre uns e outros;
- 8) no controle da norma em abstrato.

Algumas constituições atribuem à Corte Constitucional a competência para julgar o Governo, como a Constituição da Áustria de 1920, revisada em 1929 (art. 142), que

estatui sobre a responsabilidade constitucional do Presidente da República, membros do Governo Federal, governadores, vice-governadores e membros dos governos provinciais.

Deve-se também admitir a apreciação preventiva da constitucionalidade. Esta ação é prevista na Constituição da República Portuguesa de 1976 (texto revisado pela Lei Constitucional n. 1, de 30-9-1982), no seu art. 278. Assim sendo, a Corte Constitucional decidirá em caráter preventivo, quando solicitada, pela constitucionalidade de tratado ou convenção internacional, antes de sua ratificação; projeto de lei, antes de sua sanção; resolução ou decreto legislativo, antes de sua promulgação; e decretos executivos, antes de sua publicação.

Mas quem pode propor a ação de inconstitucionalidade? A Constituição da Espanha (art. 162) preceitua que tem legitimidade para interpor o recurso de inconstitucionalidade o Presidente do Governo, o Defensor do Povo, cinqüenta Senadores, cinqüenta Deputados, órgãos colegiados executivos de comunidades autónomas (inexistentes estes no Brasil), os quais se poderia acrescentar no País o Procurador-Geral da República e o Presidente da OAB, além de qualquer cidadão.

## **XVI. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**

A declaração de inconstitucionalidade geral determinados efeitos. As decisões da Corte Constitucional adquirem a qualidade de coisa julgada a partir da sua publicação, sendo irrecorríveis. Assim se orienta as seguintes Constituições: Áustria, de 1920 (art. 139, 2, e art. 139 da CF revisada em 1929); Espanha, de 1978 (art. 164, 1 e 2); República Portuguesa, de 1976 (art. 283, 1). O art. 282 da Constituição da República Portuguesa tem o seguinte teor:

“A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado”. (Lei repristinatória é uma lei que revoga a lei revogadora)

## **XVII. INEFICÁCIA DERROGATÓRIA DAS LEIS INCONSTITUCIONAIS**

E de reconhecer-se ademais a ineficácia derogatória das leis inconstitucionais. Verdade seja que a revogação de uma lei provoca a cassação de sua vigência. Mas a lei inconstitucional, sendo ineficaz, reveste-se de completa inaplicabilidade. Escreve José Celso de Mello Filho (*Constituição*, cit. pág. 349):

“A lei eivada de inconstitucionalidade, por isso mesmo, não possui eficácia derogatória de leis anteriores. Note-se que a decisão judicial, mesmo a emanada do STF, ao declarar inconstitucional uma lei, não lhe opera a revogação. Decretalhe, porém, a ineficácia, que se projeta e atinge todos os *possíveis efeitos* que uma lei *constitucional* é capaz de gera”. (*Cfr.* Rp. 1.077-RJ, Rei. Min. Moreira Alves,

RTJ, 101:503; igualmente Walter Theodósio, “Da declaração da inconstitucionalidade da lei”, *Justitia*, 118:97-125; e Constituição da República Portuguesa, art. 282, n. 1).

## XVIII. A CORTE SUPREMA DOS EUA

No sistema jurídico norte-americano encontra-se o modelo convencional de controle jurisdicional da inconstitucionalidade. A constituição de 17 de setembro de 1787, no art. III, Seção I, previu expressamente uma Suprema Corte e tribunais inferiores que fossem estabelecidos por determinações do Congresso.

Como a Constituição é a lei fundamental e básica, desde o caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, com a sabedoria de Marshall, ajuizou-se que nada pode vigorar contra a lei constitucional.

O sistema jurídico norte-americano é dualista, como no Brasil e na Alemanha: Justiça Federal e Justiça estadual.

O órgão mais elevado no sistema judiciário nacional é a *Suprema Corte*, com nove juízes (*Justices*) vitalícios.

O sistema federal é formulado pela Suprema Corte, pelas Cortes de Apelação e pelas Cortes Distritais. Logo abaixo da Suprema Corte encontram-se as Cortes de Apelação em onze *circuitos*, uma *Court of Claims* e uma *Court of Customs and Patentes*.

Cada circuito abrange três ou mais Estados.

Ainda vinculadas às Cortes de Apelação devem ser mencionadas as Cortes Distritais (89 Distritos), as Cortes Distritais da zona do Canal, de Guam, das Ilhas Virgens, a *US Tax Court* e diversas agências administrativas quase judiciais.

As Cortes podem ser classificadas em quatro grupos: 1) *superiores*; 2) *de apelação*; 3) *de primeiro grau*; 4) *municipais*, compreendendo a Justiça da paz.

Uma apreciação genérica de todas essas Cortes no sistema judiciário norte-americano pode ser feita com a leitura do *Dicionário de direito de Black (Black's law dictionary)*, 5. ed., St. Paul Minn., West Publishing Co., 1979.

## XIX. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL

Em nosso país, desde longa data o Supremo Tribunal Federal exerce o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, configurando-se como a cúpula do Poder Judiciário. O STF exerce uma tríplice função no sistema político brasileiro, no âmbito constitucional, podendo atuar como:

- a) Tribunal da Federação;
- b) Corte Constitucional;

## c) Tribunal ordinário.

O STF foi criado pelo Decreto n. 848, de 1890, do Governo Provisório da República, que também organizou pela primeira vez a Justiça Federal no País, com a instituição do federalismo na revolução republicana de 1889.

Duas entidades inspiraram a instituição do STF no Brasil. A primeira foi, sem dúvida, a Suprema Corte dos EUA, com o seu poder imenso de *judicial review*. A Segunda foi a Corte que precedeu no Império, a saber, o Supremo Tribunal de Justiça, constituído de *Conselheiros*, designados dentre os juízes togados, “tirados das Relações por suas antiguidades” (Constituição de 1824, art. 163).

A atual estrutura orgânica do STF compreende o *Plenário*, as *Turmas* e o *presidente*. Há assim um órgão monocrático (o presidente) e dois órgãos colegiados (o Plenário e as Turmas). O presidente e o vice-presidente são eleitos pelo próprio tribunal, dentre os seus Ministros. O STF compõe-se de onze Ministros, as Turmas sendo constituídas de cinco Ministros, cada uma.

Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial previsto no art. 93, XI, da Constituição, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (CF, art. 97).

O STF sempre manteve esse nome nos textos constitucionais republicanos de 1891, 1937, 1946, 1967 e 1988, salvo na Constituição de 1934, quando teve o seu nome modificado para Corte Suprema.

## **XX. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL: SUA HISTÓRIA ATE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

O Judiciário imperial não conhecia o processo de revisão constitucional das leis. A primeira manifestação sobre inconstitucionalidade das leis foi levantada por Teixeira de Freitas, que a mostrou comparando a Lei n. 1.096, de 10 de setembro de 1860, com a Constituição do Império, de 1824.

A estupenda novidade da declaração de inconstitucionalidade nasce com a Constituição de 1891 (art. 59, § 1º, a e b), que de certo pareceu revolucionária aos propectos juízes do Império, permitindo ao Poder Judiciário essa missão de anular no caso concreto e trazido a seu julgamento tanto os atos do Legislativo como os do Executivo.

A matéria da declaração da inconstitucionalidade, atribuída ao STF (CF de 1891, art. 59, § 1º, a e b), foi consagrada novamente com detalhe na Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, que completou a organização da Justiça Federal, já começada pelo Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890.

Preceitua tal Decreto n. 221/1890, dos primórdios da República:

“Art. 38. Ao Procurador-Geral da República, além das mais atribuições que lhe confere o Decreto n. 848, compete:

(...)

§ 3º. Representar aos poderes públicos o que entender a bem da fiel observância da Constituição, leis e tratados”.

Tal documento vem consagrar entre nós o princípio da legalidade e constitucionalidade.

Conforme Alfredo Buzaid, na sempre consultada obra *Da ação direta de declaração de constitucionalidade no direito brasileiro* (São Paulo, Saraiva, 1978, pág. 19), esta faculdade já existia na Constituição provisória de 22-6-1890, art. 58, § 1º, b, e no Decreto n. 848, art. 9º, parágrafo único, a e b”.

Em toda essa caminhada de defesa do princípio da constitucionalidade, Rui Barbosa ocupa um lugar de honra, considerado o Marshall brasileiro por Castro Nunes (*Teoria e prática do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, 1943).

O controle da constitucionalidade das leis ou atos em tese por via da ação direta era praticamente desconhecido do direito pátrio, porém, até a Constituição de 1946, salvo no caso específico do art. 8º, parágrafo único, nas hipóteses de intervenção federal pela violação de princípios constitucionais sensíveis à declaração de inconstitucionalidade do ato pelo STF em representação de titularidade do Procurador-Geral da República.

A Emenda Constitucional n. 16, de 1965, deu maior amplitude ao controle por via de ação, tal como se encontra na Carta de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977. Ela atribuiu ao STF a competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa estadual ou federal, mediante *ação direta*, que só pode ser proposta pelo Procurador-Geral da República. Essa ação independe de lesão a direito individual, quando a vigência do ato inconstitucional conflita com a ordem jurídica, a ação tendo como finalidade a declaração de inconstitucionalidade.

O País, em matéria de constitucionalidade, inicialmente filiado ao modelo norte-americano com a Primeira República, começou desde 1946 a vincular-se, ainda, ao modelo austríaco, com o advento da ação direta de inconstitucionalidade.

Desde então existem dois caminhos a seguir para a declaração de inconstitucionalidade:

- 1) o *modelo convencional*, quando o problema surgido como incidente tem o seu desfecho na via judicial normal;
- 2) a *ação direta de inconstitucionalidade*, que, como o próprio nome indica, visa imediatamente o ponto constitucional, por intermédio do Procurador-Geral da República aluando na condição de representante da sociedade.

Na ação direta de inconstitucionalidade somente o Procurador-Geral da República (na CF de 1967) podia ser o sujeito ativo da ação por si mesmo ou provocado,



sempre como agente impulsionador e titular do procedimento. Para tal, as partes interessadas deviam dar conhecimento das possíveis inconstitucionalidades ao Procurador-Geral da República, e este, se assim o entendesse, submetia o ato ou os atos ao Supremo Tribunal Federal.

Mas o Procurador-Geral da República não era peça decorativa; não era simples encaminhador da representação, visto que o Chefe do Ministério Público Federal também opinava e submetia o ato ao STF.

O entendimento sobre a matéria era de que, se o Procurador-Geral da República não submetia a questão ao STF, ou a entendia constitucional, em face da omissão da lei, o assunto seria arquivado. Nada impedia entretanto que ele, embora não tivesse convencido da inconstitucionalidade levantada pelos argüentes, ainda assim a apresentava a exame do STF, dada a sua relevância, possibilitando o julgamento final (v. Rep. 96 e 753, com maiores detalhes, nos *Arquivos da Assessoria Técnica Legislativa*, 1950, págs. 9 e 121).

## **XXI. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

A Constituição brasileira de 1988 admite vários modelos de controle da constitucionalidade das leis, entre eles devendo salientar-se a ação incidental de constitucionalidade, a ação direta de constitucionalidade e a ação interventiva. Estruturou-se destarte o modelo misto, justapondo as técnicas germano-austríaca e norte-americana, em uma modalidade mista de judicialidade de controle das leis.

O art. 103 da Constituição Federal é expressivo nesse sentido.

“Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

- I. o Presidente da República;
- II. a Mesa do Senado Federal;
- III. a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV. a Mesa de Assembleia Legislativa;
- V. o Governador do Estado;
- VI. o Procurador-Geral da República;
- VII. o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII. partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX. confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

O Procurador-Geral da República poderá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tomar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Quando o Supremo Tribunal Federal aprecia a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

A Emenda Constitucional n. 3, de 17-3-1993, à Constituição federal de 1988, ainda acrescentou um novo tipo de defesa da constitucionalidade, a saber: “A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República”.

A dita emenda foi agregada ao art. 103, e se associou destarte às outras ações no processo constitucional. E de lembrar que essa Emenda Constitucional, propondo a defesa da Constituição, somente pela legitimação ativa de alguns entes passou a ter efeito vinculante para as outras decisões semelhantes de assuntos, o que causou bastante polêmica, objetada inclusive com mandado de segurança proposto pela Ordem dos Advogados do Brasil, que neste tocante não foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal. O MS sobretudo dizia que tal efeito vinculante viria estabilizar a ordem jurídica, violando o princípio da persuasão racional ou do livro convencimento dos juízes de inferiores instância.

# RECONOCIMIENTO Y EFECTIVIDAD DE LA CARTA DE DERECHOS CONTENIDA EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991

SANDRA MORELLI RICO  
(Colombia)

**SUMARIO:** I. Consideraciones previas. II. La protección de los derechos constitucionales en el ordenamiento jurídico interno. III. El ámbito internacional de protección de los derechos humanos y su prevalencia sobre el derecho interno. IV. Universalidad, particularismo y pluralismo de los derechos humanos. V. Los derechos humanos en Colombia, un país en conflicto. VI. Consideraciones finales.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Es para mí un honor que debo hacer explícito, haber sido convidado a rendir homenaje justo a tan ilustre jurista, hombre de Derecho, dignificante de la teoría y praxis de los derechos humanos, en fin, patrimonio que enriquece y hace más noble, más útil, la cultura iuspublicista latinoamericana. Es para mí también un honor, compartir estos espacios editoriales con los hombres que desde los primeros años de mi carrera me han servido de paradigma, de inspiración, en fin, de maestros y virtudes. Es para mí grato, o cuando menos tranquilizador, poder abordar el tema de los derechos humanos y sus instrumentos de protección, desde la perspectiva de nuestro país, donde lamentablemente, si el advenimiento del Estado de Derecho comportó el renacimiento de un conjunto de derechos, ello no implica la consagración de los respectivos medios jurídicos para su protección.

Cuando nos referimos a la efectividad de los derechos que por su naturaleza son inherentes a la persona humana, resulta ineludible hacer mención al reconocimiento que como tales se ha dado en el proceso de evolución de lo que hoy conocemos como el Estado de Derecho. Así, el concepto genérico de derechos y libertades individuales,

así como la determinación de los instrumentos para su protección, son componente esencial del Estado moderno.

Y en ese contexto, desde el punto de vista histórico, la declaración inglesa de *Bill of Rights* de 1689, la Declaración de Derechos de Virginia del 12 de junio de 1776 en Estados Unidos y la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 en Francia, constituyen los más significativos antecedentes en cuanto al reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, así como el imperativo de su respeto cuando se ejerce el poder estatal.

Por otro lado, históricamente no se negó la validez filosófica de las primeras declaraciones de derechos, sin embargo la evolución del esquema se limitó a la superposición de categorías de derechos. Se habló entonces, de los derechos de la primera generación, más tarde, de los de contenido social y económico, o de segunda generación, y hoy, de los derechos de tercera generación, dentro de los cuales se catalogan los derechos de contenido ecológico y el derecho a la paz, entre otros. En este sentido, los derechos siguieron siendo declaraciones de principios con precaria significación jurídica por la inexistencia de instrumentos para exigir su cumplimiento en forma directa y coactiva. Y es precisamente con este esquema de garantía de derechos, con alcances meramente declarativos y formales, que se podría explicar cómo nuestras sociedades, que en muchos de los casos se han esforzado en realizar extensos catálogos o declaraciones constitucionales o legales de derechos, padecen los mayores índices de atentados o amenaza de quebranto de los derechos y libertades fundamentales

Este supuesto de hecho se observa en la realidad institucional de nuestro país a tal punto que fue uno de los móviles que llevaron en 1991, luego de la convocatoria de una asamblea constituyente, a elevar a rango constitucional un extenso catálogo de más de 84 artículos dedicados exclusivamente a “los derechos, las garantías y los deberes”<sup>(1)</sup>. Sobre esta preocupación institucional, en su momento el entonces Presidente de la República César Gaviria, al instalar la Comisión preparatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, señaló:

“Cuando hablamos de derechos y de participación ciudadana, estamos hablando también de poder. Hay quienes sostienen que la principal razón para adoptar una Carta de Derechos es que no hay mejor manera de fortalecer los poderes del ciudadano frente al Estado. Las atribuciones estatales en la era moderna se han vuelto más grandes y penetran en todos los rincones de la vida cotidiana. Por consiguiente, los individuos se sienten desamparados a merced de la buena voluntad y del justo criterio de las autoridades. Eso no es conveniente ni para la estabilidad de las instituciones ni para el desarrollo autónomo y digno de la personas”<sup>(2)</sup>.

(1) Constitución Política de Colombia, Título II.

(2) Texto citado en *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, por Manuel José Cepeda, Consejería Presidencial para el desarrollo de la Constitución, editorial Temis, Bogotá, 1991, pág. 2.

Pero sin lugar a dudas, lo realmente destacable de la reforma constitucional de 1991, no ha sido solamente la consagración expresa de un detallado y variado conjunto de derechos y libertades, sino la previsión, también expresa, de instrumentos jurídicos orientados a procurar la vigencia material de estos derechos. En este sentido, sí que podemos hablar de evolución constitucional en nuestro país, con referencia al régimen constitucional anterior a 1991.

En efecto, a partir de 1991 el reconocimiento de un catálogo de derechos humanos va más allá de una mera declaración de contenido dogmático, por el contrario, su realización efectiva es uno de los fines esenciales del Estado, así está previsto en el artículo 2º. constitucional: “Son fines esenciales del Estado: ... garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución ...”. En este mismo sentido, “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares...”.

Ahora bien, antes de referirnos a los instrumentos de protección de los derechos y libertades en el ordenamiento jurídico colombiano, resulta pertinente abordar la forma como el constituyente ha concebido este catálogo de derechos, y desde entonces cuál ha sido la posición de nuestro juez constitucional al abordar su interpretación.

### **A) Categorización de los derechos humanos en la Constitución de 1991**

En el caso colombiano, lo que se podría denominar como la declaración formal de los derechos y libertades, está contenida en el Título II de la Constitución, enunciada como “De los derechos, las garantías y los deberes”. Esta declaración incorpora tres categorías de derechos y garantías, a saber: la de los derechos fundamentales, la de los derechos sociales, económicos y culturales y finalmente, la de los derechos colectivos y del ambiente.

Se trata, como ya lo hemos indicado inicialmente, de una declaración de derechos que no pretende ser absoluta ni taxativa. En efecto, el propio constituyente en el artículo 94 precisa que la enunciación de los derechos y garantías prevista por la Constitución, así como en los tratados internacionales vigentes, no deberá entenderse como la negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no estén contenidos expresamente como tales.

Y de esta manera ha sido interpretado por la Corte Constitucional que sobre el particular ha reiterado lo siguiente:

“Los derechos constitucionales fundamentales se determinan no sólo por la mención que de ellos haga la Constitución, sino también por su significación misma para la realización de los valores y principios consagrados en ella, y, además, por la conexión que tengan con otros derechos fundamentales expresamente consagrados...” (Sentencia T- 548 de 1992).

Y como ejemplo de lo antes señalado, refiere la Corte Constitucional:

“El derecho a la seguridad social no se ha consagrado expresamente como un derecho fundamental. Sin embargo, este derecho establecido de forma genérica en el artículo 48 de la Constitución, y de manera específica respecto de las personas de la tercera edad, adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la integridad física y moral o el libre desarrollo de la personalidad...”. (Sentencia T-534 de 1992). En este sentido se ha formulado la teoría de la determinación del carácter fundamental del derecho que en principio no tendría esta calificación, en razón de su conexidad con otro derecho que si ostenta la calidad de fundamental.

Esta determinación del carácter fundamental o no de un derecho, tiene como finalidad práctica la de procurar su efectividad a través de mecanismos tales como la acción de tutela, que como veremos más adelante, procede sólo ante la vulneración de derechos fundamentales, quebrantados de forma directa o indirecta; también procede ante la situación de amenaza. Pero más allá de esta justificación, la doctrina y la jurisprudencia al interpretar el alcance de la clasificación o categorización de derechos contenida en la Constitución de 1991, observa como la misma obedece más a motivos formales e históricos, que “a la esencia de los derechos allí previstos”<sup>(3)</sup>. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional al precisar que la clasificación contenida en el título II de la Constitución “no proviene del constituyente, sino de la comisión redactora que se encargó de dividir la Constitución en títulos y capítulos...” (Sentencia T-002 de 1992). Y es precisamente por ello que la Corte Constitucional se ha empeñado en la tarea de identificar los criterios de interpretación a partir de los que es posible determinar el carácter de los derechos contenidos en el título II de la Constitución de 1991.

## B) Criterios principales

El criterio principal se refiere a los “derechos esenciales de la persona”. Sobre el particular ha sostenido la Corte: “el primer y más importante criterio para determinar los derechos constitucionales fundamentales por parte del juez de tutela consiste en establecer si se trata, o no, de un derecho esencial de la persona humana. No es, pues, el individuo en abstracto, aisladamente considerado, sino precisamente el ser humano en su dimensión social, visto en la tensión individuo-comunidad, la razón última de la nueva Carta política. Los derechos constitucionales fundamentales no deben ser analizados aisladamente, sino a través de todo un sistema de derechos que tiene como sujeto a la persona. Es a partir del ser humano, su dignidad, su personalidad y su desarro-

(3) Así lo informan los tratadistas Gaspar Caballero Sierra y Marcela Anzola Gil, en *Teoría Constitucional*, Editorial Temis, Santafé de Bogotá, 1995, pág. 175.

llo, ... que adquieren sentido los derechos, garantías y los deberes, la organización y funcionamiento de las ramas y los poderes públicos...” (Sentencia T-002 de 1992).

Por su parte en lo relativo al criterio formal del reconocimiento expreso que ha hecho el constituyente sobre el carácter fundamental de un derecho, cabe hacer mención expresa del artículo 44 constitucional, en virtud del cual “son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión”. Y en razón al carácter fundamental de estos derechos, cuya garantía corresponde en forma primaria al Estado, la misma Constitución previene que los titulares de estos derechos, “serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral económica y trabajos riesgosos”. Lo mismo se predica en cuanto a los derechos de la mujer (artículo 43), de los adolescentes (artículo 45) y de las personas de la tercera edad (artículo 46)<sup>(4)</sup>.

### **C) Criterios auxiliares de interpretación**

La Corte Constitucional a la determinación de los criterios principales, ha identificado de forma paralela, como criterios de carácter auxiliar, los tratados internacionales sobre derechos humanos incorporados al ordenamiento interno colombiano, mediante su ratificación por parte del Congreso de la República, para lo cual se sirve del fundamento constitucional contenido en el artículo 93, al cual ya hemos hecho referencia. También se sirve de los derechos de aplicación inmediata; los derechos que poseen un plus para su modificación; los derechos fundamentales por su ubicación y denominación; los principios generales de interpretación, tales como principio de hecho, principio de derecho y principio de ponderación<sup>(5)</sup>. Veamos a continuación en que consisten estos criterios auxiliares

### **D) Derechos de aplicación inmediata**

La Constitución colombiana introdujo una diferencia entre derechos de aplicación inmediata y derechos que requieren previamente de desarrollo legal. Manual José

---

<sup>(4)</sup> De conformidad al artículo 43 de la Constitución, la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia. Por su parte el artículo 45 establece que el Estado y la sociedad garantizaran la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.” Y finalmente, el artículo 46 dispone que el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en casa de indigencia.

<sup>(5)</sup> Corte Constitucional, Sentencias T -02 de 1992, T-067 de 1993.

Cepeda anota que con tal clasificación no se busca, al menos por parte del gobierno, equiparar la importancia a la exigibilidad directa, pero sí determinar los derechos objeto, de protección por medio de la tutela; sin embargo, en el debate constitucional se desvirtuó tal objeto<sup>(6)</sup>.

El artículo 85 dice: “Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 8, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40”. Es decir, que son de aplicación directa el derecho a la vida; la prohibición de la desaparición forzada, tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la libertad e igualdad; el derecho al reconocimiento de la personalidad; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de blancas; la libertad de conciencia; la libertad de cultos, la libertad de expresar y difundir el pensamiento, el derecho a la honra; la libre circulación; la libertad y su limitación sólo mediante orden judicial; el principio de la doble instancia; la prohibición de ser obligado a declarar contra sí mismo o contra el cónyuge, compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; la prohibición de la pena de destierro, prisión perpetua y confiscación; el derecho de reunión y manifestación; y el derecho de los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control de poder político. En otros términos, no es menester ningún desarrollo legal para que estos derechos puedan ser aplicados a un supuesto de hecho determinado. Un ciudadano puede entonces exigir su aplicación sin que medie reglamentación legal.

El tratadista y amigo argentino Humberto Quiroga Lavié al respecto ha establecido que existen disposiciones constitucionales que requieren para su aplicación una condición, que bien puede ser normativa o fáctica. Así, por ejemplo, una norma programática exige que además de su reglamentación legal, las autoridades correspondientes destinen los recursos necesarios para realizar obras concretas que permitan cumplir con los objetivos constitucionales preestablecidos. Otras normas son directamente aplicables, puesto que no están condicionadas a desarrollo, legal ni fáctico alguno, como aquellas que para cumplimiento tan sólo necesitan una abstención por parte de las autoridades o, eventualmente, de un particular. Desde el punto de vista de la validez, Quiroga Lavié agrega que no existe ninguna diferencia entre los dos tipos de preceptos, y por tanto se trata en cualquier caso, de normas jurídicas imperativas. La eficacia en las normas que no son de aplicación directa depende de la condición, lo que no quiere decir que por este solo hecho, estas disposiciones no sean obligatorias para las autoridades encargadas de hacerlas efectivas, mediante su desarrollo legal y fáctico.

Esta interpretación jurídica es sana si de lograr la efectividad de los derechos se trata, y por consiguiente, se considera extensible al ámbito de los preámbulos, los

---

<sup>(6)</sup> Manuel José Cepeda, *Consejería Presidencial para el Desarrollo de la Constitución*, *ob. cit.*, pág. 5.



principios y los derechos. Una posición hermenéutica contraria podría llevarlos a concluir que la Constitución ante que norma jurídica, es un conjunto de orientaciones políticas, cuyo carácter vinculante deriva, o mejor depende, de su eventual desarrollo legal. Por esta vía sencillamente se relativiza el Estado de Derecho, y principio de legalidad se predicó tan sólo de la parte orgánica de la Constitución. El contenido jurídico de la Constitución es algo más que una mera declaración de principio. Su efectividad es una realidad, además por la existencia de la acción de inconstitucionalidad, la excepción de inconstitucionalidad y ahora, la tutela. Y por la fuerza normativa de la Constitución, es decano en el advenimiento de un nuevo paradigma de Estado: el constitucional, descrito así por Zagrebelsky.

### **E) Los derechos que poseen un plus para su modificación**

La Corte Constitucional al interpretar el contenido del artículo 377 de la Constitución ha precisado que el juez de tutela encuentra en dicho precepto una guía para establecer que unos derechos, por disposición del constituyente de 1991, poseen un “plus” o jerarquía especial, lo que supone a la vez, una categorización que busca mayor garantía y salvaguarda. En efecto, cuando el constituyente señala que los actos de reforma de ciertos derechos deberán someterse a Referendo, así como cuando se trata de la modificación o reforma de los instrumentos que han sido establecidos para su garantía, se trata sencillamente del señalamiento de una garantía reforzada, que como lo ha precisado la Alta Corporación, es el reconocimiento de la especial naturaleza, de estos derechos, “siguiendo la orientación de la Constitución española de 1978 en su artículo 168, a su vez inspirado en el artículo 79-3 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949”<sup>(7)</sup>.

### **F) Los derechos fundamentales por su ubicación y denominación**

Otro de los criterios auxiliares utilizados por la Corte Constitucional es el de la determinación del carácter fundamental o no del derecho en razón a su ubicación y denominación dentro del texto constitucional. Se trata de un instrumento de interpretación que tiene muchos reparos, si se tiene en cuenta que la codificación del articulado de la Constitución no es rigurosa en términos temáticos.

Al respecto ha señalado la Corte:

“El significado de la norma se puede determinar por su ubicación (*sede materie*) y/o por su título (a rúbrica). La Constitución está organizada en títulos y capítulos que agrupan temas afines y permiten su estudio. La propia constituyente tenía claro que una cosa es hacer normas (con fuerza vinculante) y otra la organización y titulación de dichas normas (fuerza indicativa)”<sup>(8)</sup>.

---

(7) Sentencia T-02 de 1992.

(8) Sentencia T-002.

En consideración de lo anterior, la Corte Constitucional ha precisado que limitar los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la Constitución bajo el título primero y excluir otros, o agrupar como sociales, económicos y culturales solo un determinado conjunto de derechos, no debe ser considerado por el intérprete como un criterio principal sino auxiliar, lo contrario llevaría a que se desvirtuara el sentido organizador que a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos otorgó el constituyente de 1991”<sup>(9)</sup>.

### **G) Los principios generales de interpretación**

Cuando se trata de la identificación y/o interpretación de los derechos de la naturaleza o ambientales, la Corte Constitucional se ha servido de los llamados principios de hecho, de derecho y de ponderación. El primero de ellos sugiere que la protección del medio ambiente supone una especial importancia dentro del marco de protección constitucional dada a los derechos, en consideración al hecho de que el ambiente sano es condición necesaria para la existencia de una vida del ser humano digna y saludable. Por su parte, cuando se hace referencia a un principio de derecho, ya expresamente el constituyente señala en el artículo 88 la procedencia de las acciones populares como el mecanismo efectivo para la protección del medio ambiente. Al respecto, la Corte ha precisado que cuando de la vulneración del derecho al medio ambiente resulte afectado un derecho constitucional fundamental, procede la acción de tutela como mecanismo judicial del derecho<sup>(10)</sup>.

Por último, en atención al principio de ponderación, cuando se está ante el supuesto de la vulneración del derecho al ambiente sano y de un derecho fundamental de aplicación inmediata, el juez de tutela o el intérprete deberán recurrir inicialmente al análisis del caso concreto para apreciar el grado de afectación del derecho fundamental. Se trata de la ponderación de las situaciones fácticas que conllevaron a la afectación del derecho fundamental.

“En estos casos la norma constitucional adquiere sentido jurídico cuando se interpreta a través de las circunstancias fácticas y no como suele suceder con las normas que consagran derechos subjetivos, en las cuales los hechos adquieren sentido a través de los elementos interpretativos proporcionados por la norma.

“Aquí toma toda su fuerza la nueva interpretación constitucional predominante en los Estados sociales de derecho, en la cual adquiere relevancia el análisis del caso y la apreciación judicial de acuerdo con los valores y principios constitucionales ...”<sup>(11)</sup>.

<sup>(9)</sup> Sentencia T-02 de 1992.

<sup>(10)</sup> Ibidem.

<sup>(11)</sup> Ibidem.

## II. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

La Constitución de 1991, además de los instrumentos ya existentes, ha enriquecido el ordenamiento jurídico interno, con la incorporación de nuevas vías procesales de protección de los derechos y libertades constitucionales, que se caracterizan por su carácter de eficacia y oportunidad. Se trata de un marco constitucional de protección en el ámbito interno, que está conformado por las acciones de tutela, de cumplimiento, habeas corpus y las acciones populares, además de las declaraciones expresas de prohibición a la limitación o quebranto de lo que hoy se conoce como el núcleo esencial de los derechos humanos<sup>(12)</sup>, muestra de ello es la prohibición expresa de su limitación en los Estados de excepción. Así está consagrado en el artículo 214, numeral 2 de la Constitución: “Los Estados de excepción ... se someterán a las siguientes disposiciones: no podrán suspenderse los derechos humanos, ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del Derecho Internacional Humanitario ...”.

Dentro de este amparo constitucional prevalente a los derechos y libertades, cabe destacar además, la previsión del artículo 152 de la Constitución política en virtud de la cual los derechos fundamentales y los procedimientos y recursos para su protección deberán ser regulados por el Congreso de la República mediante “leyes estatutarias”. En el mismo sentido, tiene lugar la exigencia contenida en el artículo 377 del mismo texto constitucional, según la cual, deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos como fundamentales y a sus garantías, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del respectivo acto legislativo, un 5% de los ciudadanos que integren el censo electoral. Con igual carácter protector, el mismo precepto advierte que la reforma propuesta podrá ser derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral.

Veamos a continuación cómo se caracterizan estos instrumentos constitucionales de protección y cuál ha sido su interpretación y desarrollo desde 1991 hasta la fecha.

### A) La Acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política introduce en el ordenamiento colombiano la acción de tutela, que ha sido el mecanismo más recurrente para proteger los

---

(12) El concepto de “núcleo esencial” referido a los derechos humanos, en el derecho colombiano es de creación jurisprudencial. Al respecto, la Corte Constitucional ha apropiado los componentes de la teoría del contenido esencial de los derechos humanos elaborada en Alemania y más recientemente en España, para establecer en Colombia más que un criterio de interpretación, un instrumento de limitación o freno al ejercicio de los poderes que han sido encargados a las autoridades del Estado. Al respecto es preciso desatacar los pronunciamientos contenidos en las sentencias T-002 de 1992 y T-426 del mismo año.

derechos de los cuales son titulares las personas. Su creación constituye la más diáfana prueba de que la preocupación del constituyente era darle una dimensión real y efectiva a la carta de derechos. La tutela es una acción que, una vez incoada por medio de una solicitud informal –que puede ser incluso verbal–, se tramita de manera preferente y sumaria. De manera preferente, porque el juez de tutela dispone: en primera instancia, tan sólo de diez días para decidir; y con ocasión de la impugnación, de veinte días. Este último término fue establecido por el decreto 2591 de 1991. La preferencia comporta, además, que ante de cualquier asunto el juez decida la tutela, salvo el *habeas corpus* (artículo 15 del decreto 2591 de 1991). La sumariedad ha de entenderse en el sentido de que controvertir las pruebas no es requisito indispensable. En efecto, según el decreto 2591 de 1991, en caso de que el juez solicite informes a la autoridad cuya conducta supuestamente ha vulnerado un derecho, y ésta no responda, se tendrán por ciertos los hechos, y entrará a resolver de plano. Así mismo, basta el convencimiento del juez para resolver la situación litigiosa, sin necesidad de decretar las pruebas solicitadas. Finalmente en materia de tutela se prohíbe la sentencia inhibitoria.

El artículo 86 constitucional detiene la acción de tutela como subsidiaria, es decir, como procedente, toda vez que no existan otras vías procesales para invocar la protección de un derecho. El decreto 2591 establece la acción de tutela no procederá: Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto cuando a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante... Se entiende por intermediable el perjuicio que sólo pueda ser separado en su integridad mediante una indemnización (artículo 6). La tutela procede, entonces, en las siguientes hipótesis: cuando no existe otra vía procesal para proteger el derecho. Pensemos en el caso del hijo extramatrimonial que es discriminado, en violación del artículo 13 constitucional, por un plantel de educación privado, que no lo admite precisamente por esta razón. La segunda hipótesis se plantea cuando una vez agotados todos los recursos procesales, el sujeto no ha sido restablecido en su derecho, sin embargo, en este supuesto de hecho encontramos una situación a la que se le dio el carácter de problemática por atentar contra la seguridad jurídica y el principio de la cosa juzgada. En efecto, por esta vía se estaría atacando la sentencia ejecutoriada.

La procedencia de la tutela contra sentencias que hubieran hecho tránsito a cosa juzgada generó un gran debate nacional, y culminó cuando la Corte, considerando la cosa juzgada un derecho fundamental, declaró inconstitucional el artículo 40 del decreto 2591. El pronunciamiento introdujo por lo demás, la doctrina de que cuando la Constitución se refería a cualquier autoridad pública, los jueces estaban excluidos. Por esta vía se cerró la posibilidad de corregir graves errores judiciales, que cercenan de manera notable los derechos inherentes a las personas. Bien pueden suceder que durante el trámite de un proceso por estafa se vulnere un derecho fundamental, verbigracia el debido proceso. ¿Que impide que abra un nuevo proceso, preferente y sumario, por lo demás, para debatir un asunto distinto, no la estafa, sino la violación del debido proceso? En tal vicisitud no se estaría violando el principio de la cosa juzgada que, por

otra parte, está lejos de ser un derecho fundamental. ¿Acaso la seguridad jurídica debe considerarse un bien superior al de justicia material?

La tercera hipótesis es aquella según la cual la tutela procede cuando se trate del instrumento más idóneo, más eficaz para la protección de un derecho. Por esta vía la jurisprudencia constitucional ha llegado a acortar notablemente las diferencias conceptuales entre subsidiariedad y eficacia. En efecto, nuestro juez constitucional ha hecho prevalente la aplicación del principio de la eficacia cuando se trata de la existencia de otro medio judicial de defensa que si bien existe y al cual se podría recurrir, este daría paso a la tutela cuando de garantizar el resultado más eficaz se trata. Sobre el particular ha dicho la Corte Constitucional:

“Para determinar si se dispone de otro medio de defensa judicial, no se debe verificar únicamente, como lo sugiere la Corte Suprema de Justicia, si el ordenamiento contempla expresamente una posibilidad legal de acción. No se trata de garantizar simplemente ‘el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia’ (C.N. art. 229) sino el derecho fundamental a la protección inmediata de los derechos fundamentales. En consecuencia, debe determinarse, adicionalmente, si la acción legal alternativa, de existir, es capaz de garantizar la protección inmediata de los derechos vulnerados o amenazados...

“La efectividad del medio judicial es una combinación de las dos notas anteriores (se refiere a rapidez y sencillez), pero se orienta más al resultado del proceso y por ello se relaciona con la medida de protección ofrecida al afectado durante el proceso y a su culminación. Aquí el juez debe analizar a la luz de los procedimientos alternativos, cuál puede satisfacer en mayor grado el interés concreto del afectado, lo cual en modo alguno implica anticipar su resultado sino establecer frente a la situación concreta, el tipo de violación del derecho o de amenaza, la complejidad probatoria, las características del daño o perjuicio y las condiciones del afectado, entre otros factores, lo adecuado o inadecuado que puedan ser los medios judiciales ordinarios con miras a la eficaz protección de los derechos lesionados”<sup>(13)</sup>.

Finalmente, la tutela es procedente, por vía excepcional, cuando a pesar de existir otra vía procesal se utiliza con la finalidad de evitar un perjuicio irremediable (decreto 2591 de 1991, artículo 6 numeral 1, inciso final). El artículo 1 del decreto 306 de 1992 enumera los supuestos de hecho en los cuales no se puede hablar de un perjuicio irremediable, con miras de la excepción a la subsidiariedad de la tutela.

### – *Sujetos activo y pasivo de la acción de tutela:*

El texto constitucional estatuye que son titulares de la acción de tutela todas las personas, y puede promoverse por sí mismas o por quien actúe en su nombre. De esta

---

<sup>(13)</sup> Sentencia T-006 de 1992.

manera, están legitimadas para actuar en tutela tanto las personas jurídicas como las naturales, de derecho público como de derecho privado, mayores y menores de edad, nacionales o extranjeros. No puede excluirse su procedencia cuando se trata de personas jurídicas, toda vez que ciertos derechos fundamentales, también son predicables de éstas; pensemos en el debido proceso o en el derecho al buen nombre. Así lo sentenció la Corte Constitucional, contrariando una posición restrictiva del Consejo de Estado.

En cuanto a la titularidad de la acción de tutela por parte de las personas jurídicas ha reiterado la Corte:

“La persona jurídica no es titular de los derechos inherentes a la persona humana, pero sí de derechos fundamentales asimilados, por razonabilidad, a ella. No tiene el derecho a la vida pero sí al respecto de su existencia jurídica. Igualmente, se encuentra que por derivación lógica, por lo menos, es titular de derechos constitucionales fundamentales, los cuales se presentan en ella no de idéntica forma a como se presentan en la persona natural...

“En conclusión, la persona jurídica es titular de derechos fundamentales y de la acción de tutela de que habla el artículo 86 superior y por ello es jurídicamente inaceptable que se someta a la discriminación de no considerarla como titular de unas garantías que el Estado social de Derecho ha brindado, por lógica manifestación de los fines que persigue, a toda persona sin distinción alguna...”<sup>(14)</sup>.

Ahora bien, en relación con él, sujeto pasivo, por mandato constitucional la tutela procede contra las actuaciones o las omisiones de cualquier autoridad pública y de los particulares, en el caso de su procedencia contra estos últimos, debe tratarse de supuesto en los cuales, estos presten servicios públicos o cuya conducta afecte de forma grave y directa el interés colectivo, o se trate de quienes el solicitante o afectado, por la actuación u omisión, se halle en estado de subordinación o indefensión.

En relación con el particular, el artículo 42 del mismo decreto establece que procede la tutela si el particular está encargado del servicio público de educación y se trata de proteger los derechos contenidos en los artículos constitucionales 11, 13, 15, 16, 18, 19, 20, 27, 29, 37 y 38. Cuando el particular esté encargado de un servicio de salud y se trate de proteger los derechos a la vida, a la igualdad, a la intimidad y a la autonomía, cuando se trate del encargado de la prestación de un servicio público domiciliario; cuando exista una relación de subordinación o indefensión entre quien incoa la acción y aquel contra quien la dirige; cuando el derecho que se pretende proteger sea la prohibición de la esclavitud, la servidumbre o la trata de blancas; cuando se trate de habeas data; cuando se hubiese transmitido información inexacta o errada; cuando se trate de situaciones de indefensión o subordinación y se pretenda tutelar la vida o la integridad. En fin, la tutela no se podrá conceder cuando la conducta del particular sea legítima.

<sup>(14)</sup> Sentencia T- 411 de 1992.

Por otra parte, el artículo 13 del decreto 2591 prevé la hipótesis en que la autoridad hubiese actuado en cumplimiento de una orden del superior. En tal caso, la tutela se dirigirá contra ambos, sin perjuicio de los que se decida en el fallo. Se amplía así el radio de acción de la tutela. En efecto, los derechos fundamentales no son tan sólo objeto de vulneración por parte del Estado, sino también por los particulares, sobre todo con el advenimiento, en la sociedad moderna, de los poderes para-constitucionales.

– ***Procedencia de la tutela y los derechos fundamentales:***

Ya hemos indicado que el artículo 86 constitucional limita el radio de acción de la tutela a los derechos fundamentales. Pero ¿cuales con esos derechos llamados fundamentales, objeto de protección por parte de la tutela? Al respecto, el decreto 2591 establece: “La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una decisión de tutela se refiere a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión de la decisión”. La posición inicial del Consejo de Estado fue considerar que la acción de tutela se refería tan sólo a aquellos derechos clasificados como fundamentales, en el título II, capítulo 1 del texto constitucional.

No obstante, ésta es una interpretación eminentemente formalista y desconoce el artículo 94 (“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución (...) no debe entenderse como negación de otros ...”). La interpretación constitucional exige una visión sistemática de la Constitución, dado que ésta es un todo. Se debe identificar la relación de unas normas con otras y su posición en el cuadro constitucional, así como supuestos de hecho interrelacionados, que a su vez deben ser cotejados con los principios que alimentan el ordenamiento fundamental. Esta última sugerencia corresponde al método teleológico, indispensable para desentrañar al verdadero sentido de la Constitución y permitir su correcta aplicación.

Por medio de estos instrumentos hermenéuticos, la Corte Constitucional determinó cuáles eran los criterios que deberían ser tenidos en cuenta establecer cuándo un derecho tenía la calidad de fundamental y cuándo no. Se habla entonces de criterios principales y criterios auxiliares de interpretación<sup>(15)</sup>. La jurisprudencia de la Corte Constitucional. Es pues, armónica con las tendencias contemporáneas. Stefano Rodotá<sup>(16)</sup> considera que hoy en día ha madurado la pretensión cada vez más amplia e incisiva de darle el rango de derechos a nuevos intereses y necesidades, que antes eran ignorados o subvalorados. Rodotá agrega que sólo bajo este tipo de razonamiento se considera posible dar estos intereses y a estas necesidades dignidad y protección adecuados.

---

(15) Al respecto es preciso remitirse a la parte introductoria de este escrito.

(16) Cfr. Rodotá, Stefano, “La promesa de los derechos”, *Revista Jurídica*, volumen 6, N° 1, enero-junio de 1992, Universidad Externado de Colombia.

Contemporáneamente también la jerarquía entre las distintas categorías se pone en tela de juicio hasta pensar en los derechos de la salud y el ambiente, que 30 o 40 años atrás no eran tomados ni si quiera en consideración por políticos o estudiosos, y que hoy se consideran valores guía para todo el sistema de los derechos fundamentales. En realidad parece que el derecho fundamental se identifica con él, inherente a la persona humana sin que sea menester una definición expresa y taxativa por parte de la normatividad positiva. En materia de derechos fundamentales, el iusnaturalismo prevalece en la Constitución colombiana del 91.

– ***La protección de los derechos de contenidos social y económico mediante la acción de tutela:***

El problema de los derechos no es tan sólo superable por medio de procedimientos jurídicos; las condiciones materiales son una variable ineludible que obliga al Estado, tildado de “social de derecho”, a remover las condiciones que impiden el pleno goce de los derechos. Los derechos sociales generan situaciones jurídicas que no siempre son susceptibles de acción frente al juez, y no siempre gozan de los mismos poderes que competen a los titulares de los derechos subjetivos perfectos. No obstante, su violación comporta siempre motivo de inconstitucionalidad y, en todo caso obliga al legislador a su respeto y desarrollo. Eventualmente, las normas que ignoran la variable social, por ejemplo, la ley del presupuesto, pueden estar afectadas de inconstitucionalidad por omisión.

Estas consideraciones plantean dudas sobre si la tutela puede contribuir al desarrollo de todos y cada uno de los derechos predicables del Estado social de Derecho. No es tan descabellado afirmar que en forma indirecta, sí contribuye. Un ejemplo resulta ilustrativo, el artículo 51 de la Constitución estatuye: todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promover planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda. Cualquier colombiano no puede interponer una acción de tutela cuando no goza de una vivienda, ni siquiera indigna. La tutela sólo procedería en caso de que el Estado lo hubiese privado de su vivienda en forma injustificada, vulnerando en una situación concreta el derecho consagrado en el artículo 51 frente al cual el Estado tenía el deber de abstenerse de actuar.

El ejemplo concreto lo encontramos en el decreto por medio del cual se eliminaron las residencias femeninas adscritas al Ministerio de Educación, el desarrollo al artículo 20 transitorio constitucional<sup>(17)</sup>. Por esta vía la tutela, incoada para proteger una situación jurídica subjetiva, está contribuyendo a darle efectividad a un precepto propio del Estado social de Derecho, de carácter programático. Sin embargo, debido a que los derechos de contenido económico y social no son tan solo declaraciones de principio, sino que tienen fuerza jurídica vinculante, si el Estado omite en su presupuesto una partida

(17) Este decreto fue declarado inconstitucional mediante sentencia del Consejo de Estado.



para planes de vivienda de interés social, la ley de presupuesto debería ser declarada por inconstitucional, toda vez que la actuación de la autoridad no está conforme con el mandato constitucional. De no ser así ¿qué utilidad tendría, incluir los derechos sociales y económicos en el instrumento jurídico por excelencia, que es la Constitución?

En todo caso, no cabe duda que el controvertido papel que han asumido los jueces cuando ordenan mediante tutela, la construcción de un acueducto o el pago de prestaciones, o la atención de la salud con tratamientos sumamente cortos y excepcionales, lo que sucede sin consultar la disponibilidad presupuestal de las entidades del Estado, sin los planes de desarrollo, ponen en evidencia cómo ante el desamparo de los administrados por parte de la administración pública, las demandas sociales se han trasladado a la instancias judicial, lo que coloca al juez en una posición supremamente conflictiva en el contexto social y de desequilibrio del principio de la separación de poderes. El fortalecimiento del Poder Judicial no puede tener lugar trasladando a esa esfera la responsabilidad social de la gestión pública, en tanto que se omite imponer el desarrollo institucional de la administración pública.

## **B) Las acciones populares**

Los derechos colectivos consagrados en la nueva Constitución colombiana con una innovación que no se agota en su carácter declaratorio, toda vez que el artículo 88 estableció un instrumento para hacerlos efectivos: “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”. También definirá las acciones originadas y los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

De esta manera, el constituyente de 1991 delimitó claramente el ámbito material y jurídico que sería objeto de protección por vía de las acciones populares, pero se trata de una delimitación que no es taxativa ni absoluta, y que como lo ha reiterado la Corte, ha dejado en la competencia del legislador, la tarea de definir otros bienes jurídicos de la misma naturaleza o categoría que serían objeto de protección por esta vía. “... estas acciones, aunque estén previstas para la preservación y protección de determinados derechos e intereses colectivo, pueden abarcar otros derechos de similar naturaleza, siempre que estos sean definidos por la ley conforme a la Constitución, y no contraríen la finalidad pública o colectiva y concreta a que quedan circunscritas tales acciones por sustanciales razones de lógica jurídica...”.

“También se desprende de lo anterior, que las acciones populares aunque se enderecen a la protección y amparo judicial de estos concretos intereses y derechos colectivos, no pueden establecerse ni ejercerse para perseguir la reparación subjetiva o plural de los eventuales daños que pueda causar la acción o la omisión de

la autoridad pública o del particular sobre ellos; para estos últimos fines el constituyente erigió el instituto de las acciones de grupo o de clase y conservó las acciones ordinarias o especializadas y la acción de tutela...” (18).

No es requisito para la procedencia de la acción, el que exista un daño o perjuicio sobre uno de tales derechos contemplados dentro de la categoría de colectivos. En igual sentido, es preciso resaltar que la acción popular al igual que es procedente contra los actos u omisiones de las autoridades públicas, lo es en contra de los particulares. En cuanto a la tipología de las acciones de este tipo, en consideración a su consagración constitucional se identifican dos subcategorías: las acciones populares propiamente dichas, que están encaminadas a salvaguardar los intereses de carácter administrativo, y las de clase o grupo, que buscan proteger intereses colectivos, como los derechos del consumidor, por ejemplo (19).

En la actualidad la regulación específica de lo que se conoce como acciones populares, así como las de grupo o clases está contenida en la ley 472 de 1998, de acuerdo a la definición legal, las acciones populares se ejercen para “... evitar un daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivo, o para restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible” (art. 2). Por su parte, las acciones de grupo o clase son aquellas que pueden ser interpuestas por un número plural o por un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa perjuicios individuales. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad. Este tipo de acción a diferencia de la acción popular, se ejerce exclusivamente para obtener reconocimiento y pago de indemnización de perjuicios.

Los principios que rigen estos tipos de procesos son de la prevalencia del derecho sustancial, la publicidad, la economía, la celeridad y la eficacia, y de la oficialidad del trámite por parte del juez ante quien se ha promovido la acción. En materia de titularidad, podrá interponer este tipo de acciones toda persona natural o jurídica, como las organizaciones no gubernamentales, cívicas o de índole similar. También son sujetos activos de la acción, las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, pero en estos casos, siempre que la amenaza o vulneración del derecho no se haya originado en su acción u omisión. Resulta lógico.

De otra parte, la acción podrá promoverse contra el particular, persona natural o jurídica o la autoridad pública, cuya acción u omisión se constituya en una amenaza o violación actual de un derecho o interés colectivo. Por su parte, las acciones de grupo podrán ser promovidas por cualquier persona natural o jurídica que acredite haber sufrido un perjuicio individual. Recordemos que con este tipo de acción lo que se

---

(18) *Ibidem*.

(19) Las acciones de clase o grupo inicialmente fueron reguladas de forma específica en el estatuto del Consumidor, decreto 3466 de 1982, hoy cuentan con desarrollo legal contenido en la ley 472 de 1998, cuya vigencia está aplazada hasta el mes de agosto de 1999.

busca exclusivamente es la indemnización de perjuicios. También son titulares de la acción de grupo, el defensor del pueblo, los personeros municipales y distritales.

### **C) La acción de cumplimiento**

El nuevo texto constitucional consagró también, en el artículo 87, la acción de cumplimiento: “Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”. La acción de cumplimiento es una acción pública, que puede ser intentada por cualquier persona, sin que sea menester demostrar interés particular, con la finalidad de que se cumpla una ley o un acto administrativo. Sobre la acción de cumplimiento ha dicho la Corte Constitucional:

“Dentro de los llamados mecanismo de protección y aplicación de los derechos, se incluyó la denominada ‘acción de cumplimiento’, destinada a brindarle al particular la oportunidad de exigir de las autoridades la realización del deber omitido, a través de una facultad radicada en cabeza de todos los individuos, que les permite procurar la verdadera vigencia y verificación de las leyes y actos administrativos, actuándose de esta forma uno de los más eficaces principios del Estado de Derecho, como es el de que el mandato de la ley o lo ordenado en un acto administrativo no puede dejarse a un simple deseo y tenga en cambio concreción en la realidad”<sup>(20)</sup>.

Este mecanismo refuerza el poder del juez respecto de la administración, no obstante en la realidad al alcance de este artículo es limitado, porque muchas veces el cumplimiento de una norma no depende tan sólo de la voluntad de la administración, sino de la disponibilidad de recursos.

### **D) La Defensoría del Pueblo**

Una de las innovaciones de la Constitución de 1991 fue la creación de la defensoría del pueblo, con la función constitucional de divulgar los derechos humanos, para lo cual podrá efectuar las recomendaciones políticas para su enseñanza. Así mismo, le compete promover las acciones en judiciales o administrativas pertinentes para la defensa y garantía efectiva de los derechos humanos. El Defensor del Pueblo, por expreso mandato constitucional, forma parte del Ministerio Público y ejerce sus funciones bajo la dirección del Procurador General de la Nación, no obstante, la Defensoría cuenta con autonomía administrativa y presupuestal. Es elegido por la Cámara de representantes para un período de cuatro años y de terna elaborada por el Presidente de la República.

---

<sup>(20)</sup> Corte Constitucional, auto del 10 de diciembre de 1992.

En realidad, no ha sido una institución que haya contribuido de manera particular al logro de la efectividad de los derechos fundamentales. En efecto este organismo no ha logrado la credibilidad que en otros países tiene la figura del “*Ombudsman*”. Las competencias se confunden además con las de la procuraduría delegada para los derechos humanos. Su creación responde a esa concepción orgánica del Estado, en virtud de la cual se pretende afrontar la solución de un problema a partir de la creación de un órgano, antes que hacer prevalecer el imperativo de lograr un determinado resultado. La lógica orgánica debe ser sustituida por la lógica funcional.

### III. EL ÁMBITO INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU PREVALENCIA SOBRE EL DERECHO INTERNO

Pero el constituyente de 1991 no se limita al reconocimiento constitucional de un ámbito interno de protección de los derechos y libertades declarados formalmente en la Constitución, previene además, la prevalencia de los instrumentos de protección contenidos en los tratados y convenios internacionales relativas a los derechos humanos sobre las normas constitucionales o legales de orden interno, además de servir de criterio de interpretación. En este sentido, está contenido en los artículos 93 y 94:

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

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

De esta manera, las normas internacionales en materia de derechos humanos gozan de un carácter “supraconstitucional”, y de esta manera lo ha reconocido la Corte Constitucional:

“La Constitución colombiana limita expresamente la competencia de las instancias creadoras y aplicadoras del derecho, en beneficio de las obligatoriedad plena de los principios del Derecho Internacional Humanitario. Los expertos en Derecho Constitucional –defensores por general de la teoría dualista en materia de relaciones entre derecho interno y derecho internacional– suelen presentar objeciones a esta idea de la limitación del derecho nacional, en vista de que la obligatoriedad de estas normas supraconstitucionales, cuya contingencia escapa a los poderes públicos nacionales, violaría el postulado de la soberanía nacional...”. Sin embargo, “la idea de la soberanía nacional no puede ser entendida hoy bajo los estrictos y precisos límites concebidos por la teoría constitucional clásica. La interconexión económica y cultural, el surgimiento de problemas nacionales cuya

solución solo es posible en el ámbito planetario y la consolidación de una axiología internacional, han puesto en evidencia la imposibilidad de hacer practicable la idea decimonónica de soberanía nacional...”<sup>(21)</sup>.

Y en atención a lo anterior, y a la naturaleza de la materia referida a los derechos humanos, es por lo que en nuestro derecho, los convenios y tratados internacionales son criterio prevalente cuando se trata de reconocer y hacer efectiva la realización de los derechos humanos. Tarea que ha sido encomendada principalmente a los creadores y operadores de justicia.

#### **IV. UNIVERSALIDAD, PARTICULARISMO Y PLURALISMO DE LOS DERECHOS HUMANOS**

En este mundo globalizado, al lado de esta universalidad de los derechos humanos y consecuente con la merma de un concepto absoluto de soberanía, podemos encontrar, a la vez, de éstos una conciliación con la heterogeneidad de las realidad material. En efecto, los derechos humanos en abstracto surgen como un discurso universalmente válido para todos los Estados en cualquier tiempo y en cualquier lugar. Su manifestación primigenia está aparejada al concepto de igualdad formal. La ruptura se presenta, por tanto, cuando se asumen el pluralismo y la diversidad como datos objetivos.

Es así como al hablar de derechos humanos universales no podemos desconocer que precisamente la garantía de los derechos humanos de carácter universal, nos imponen un análisis específico de cada realidad y de respeto de la diversidad étnica y cultural. En Colombia hay sentencias de la Corte Constitucional muy interesantes donde se hace un esfuerzo para compaginar la validez universal de los derechos humanos con la especificidad de nuestras culturas, por ejemplo, la indígena. Así un caso, en el que la sanción consistió en propinar latigazos al responsable de la comisión de un delito, lo que sería una forma de vulneración, incluso, de la dignidad humana, la Corte Constitucional evaluó el particular contexto de las tradiciones y costumbres indígenas y por lo tanto, consideró que allí no se vulneraba derecho humano alguno.

#### **V. LOS DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA, UN PAÍS EN CONFLICTO**

El sistema de protección mundial de los derechos humanos, tanto europeo como interamericano, entre otras, por razones históricas, surge con la finalización de las guerras, son sistemas que están concebidos para Estados que viven en situación de paz, son sistemas que parten del supuesto que las violaciones de los derechos humanos son excepcionales realizadas por sujetos identificables o al menos por grupos identificables, y, en esta medida, las soluciones, tanto de orden nacional para la protección de los derechos fundamentales, como de orden internacional, que me parece que reproducen este esquema, trasladan la responsabilidad en este ámbito a la figura del juez. En Colombia, se ha dado un paso histórico al consagrar la acción de tutela como mecanismo

---

(21) Sentencia C-574 de 1992.

de protección de los derechos fundamentales, lo que hace factible que todos y cada uno de nosotros podamos invocar ante los jueces la protección directa de nuestros derechos constitucionales; sin embargo, este tipo de esquema jurídico es incompleto, y al respecto, se tienen más preguntas que respuestas.

Nadie puede desconocer el conflicto armado en nuestro país, y tanto menos la consecencial violación de los derechos humanos. En este esquema resulta verdaderamente utópico y casi que inconveniente porque desgasta por un lado, al sistema jurídico, a las normas constitucionales y por el otro, a los jueces, asumir que los instrumentos normativos logran hacer frente a tan grave situación de vulneración de los derechos humanos. Valdría la pena entonces preguntarse si las operaciones de paz están en capacidad de prevenir situaciones tan terroríficas como las que estamos viviendo en Colombia. Y otra pregunta, la intervención de los organismos, del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en nuestro país, realmente puede considerarse como un acto de soberanía del propio del Estado colombiano o podría originarnos constituirse un instrumento de intervención y, eventualmente en un modo para radicalizar el conflicto.

No olvidemos que, paradójicamente, la vulneración de los derechos humanos en Colombia, tiende a ser utilizada por los Estados Unidos como un discurso justificativo de nuestra esfera nacional, lo mismo que ha sucedido con el narcotráfico. Es que el carácter de universales que se predica de los derechos humanos puede ser fácilmente instrumentalizado. El tema de los derechos humanos no es un asunto de izquierda, como simplistamente lo ha asumido el sector más reaccionario de nuestro país. Tampoco se puede circunscribir al tema de los derechos humanos al sector de la sociedad que no se ve directamente afectada por el conflicto y mucho menos, y sobre esto conviene alertar, involucrar a los jueces en el conflicto cuando mediante tutela se somete a su juicio la vulneración, verbigracia, de los derechos humanos de los desplazados, o de los soldados como consecuencia de determinadas órdenes militares, etc.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

Colombia indudablemente optó por la alternativa de la prevalencia y garantía de los derechos constitucionales fundamentales. No cabe duda de los esfuerzos institucionales realizados y de cómo en la cultura jurisdiccional ha ido penetrando la lógica de los derechos fundamentales. Lamentablemente la administración pública no es aún suficientemente respetuosa de éstos, la arbitrariedad de la acción administrativa aún subsiste. Esto sin hacer referencia a la compleja situación del país, donde por un lado se vive bajo la égida de la Constitución y pretendiendo que sus mandatos sean realmente efectivos, y por el otro, la institucionalidad no es nada distinto que el “dato” por combatir. Todo con el logro de la paz efectiva, la cultura de los derechos humanos prevalecerá sobre las cruentas acciones de la guerrilla y los paramilitares, ante cuya existencia, el discurso de los derechos humanos, no es nada distinto a una utopía.

# EL FEDERALISMO Y LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL EN COLOMBIA

JAIME VIDAL PERDOMO (†)  
(Colombia)

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La evolución hacia el federalismo y las perspectivas del mismo hoy. III. El tránsito hacia el centralismo y su consolidación en el siglo XX. IV. La alternativa regional en la Constitución de 1991.

## I. INTRODUCCIÓN

He recibido con el mayor agrado la invitación que se me ha hecho para escribir en este *Libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos*. Son tantas las lecciones que de este constitucionalista argentino hemos recibido que resulta un deber académico sumarse al merecido reconocimiento que se quiere hacer a sus aportes. Con el de los derechos humanos el del federalismo ha sido un tema muy tratado por el profesor Bidart Campos. Por ello, a partir del federalismo que existió en el siglo pasado en Colombia quiero presentar una síntesis de lo que ha sido la evolución de los modelos de organización territorial del Estado. A grandes trazos esta reflexión comprende: el tránsito del federalismo al sistema del centralismo político con descentralización administrativa, el que se operó en 1886; luego el examen del esquema de la región que quedó expuesto en la nueva Constitución Política de 1991.

Un nuevo capítulo puede iniciarse a raíz de las conversaciones sobre la paz abiertas por el presidente Andrés Pastrana, en funciones desde el 7 de agosto de 1998, con los dirigentes de las guerrillas denominadas Fuerzas Armadas Revolucionarias (Farc), y el llamado Ejército de Liberación Nacional (E.L.N.) A ese respecto, se comenta que la influencia que la primera guerrilla tiene en ciertos territorios del sur del país, y la posibilidad de que ella se vincule al programa de la erradicación de los cultivos de coca, puede conducir a que se busquen respuestas a este factor territorial. Latinoamérica

conserva el modelo federal en México, Venezuela, Brasil y Argentina. Además, como lo señalamos los profesores en los cursos de Derecho Constitucional<sup>(1)</sup> el federalismo en esta parte del Continente no procede de la unión de Estados independientes en una federación, como ha ocurrido en tantas federaciones, sino de un proceso de descentralización política por aumento de atribuciones a las autoridades periféricas. Lo que implica que al federalismo se puede llegar en cualquier momento, o que la organización regional del Estado pueda ser, en cierto modo, sustituto del esquema federal.

Colombia tiene, para el interés institucional, la experiencia de la llegada al federalismo con la Constitución de Rionegro de 1863, el retorno al modelo centralista o unitario bajo la dirección de Rafael Núñez y Miguel Antonio Caro en 1886, y, por último, la apertura hacia el Estado regional, que hace la Constitución de 1991, la cual reemplazó íntegramente a la de 1886 y sus numerosas reformas. Dentro de los límites asignados a este trabajo, miraremos la expresión de los dos diferentes modelos, y los rasgos principales de su evolución, con nuestra opinión personal sobre el alcance de los mismos.

En cuanto al regionalismo o Estado regional, que es apenas una alternativa abierta, lo que debe hacerse es comparar las bases introducidas por la Carta Política de 1991 con la puesta en marcha en España de las Comunidades Autónomas, de donde viene el impulso de inspiración para nosotros. Así se podrá verificar la intensidad del fenómeno regionalista; de ello surge, no obstante, por la dinámica de las instituciones, una semejanza con la forma como ha sido abordado en Francia el tema de la región.

## II. LA EVOLUCIÓN HACIA EL FEDERALISMO Y LAS PERSPECTIVAS DEL MISMO HOY

Desde que Colombia nació a la vida independiente, fue tema de gran contienda política si nos organizábamos conforme al centralismo político que desplegó la Revolución Francesa, o tomábamos el rumbo federal que construyó la Constitución de Filadelfia en los Estados Unidos de América en 1787. La Constitución de 1863, expedida en la población de Rionegro, del entonces Estado de Antioquia, fue consecuencia de un proceso político que se vivió durante el siglo XIX. En la disputa de las ideas centralistas y federalistas se pasó por etapas de predominio de las primeras; luego la balanza se inclinó hacia las segundas. Por ejemplo, se ha atribuido al carácter centralista de la Constitución de la Gran Colombia —expedida en la ciudad de Cúcuta en 1821— las dificultades de la unión de Venezuela, Ecuador y Colombia, uno de los sueños del Libertador Simón Bolívar<sup>(2)</sup>. Años después de 1830, fecha de la muerte de Simón Bolívar en Santa Marta,

---

<sup>(1)</sup> Vidal Perdomo, Jaime: *Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas*, Bogotá, Legis, 1998.

<sup>(2)</sup> Córdoba Mariño, Luis: *Apuntes de historia constitucional y política*, Bogotá, Fundación Universidad de Bogotá, 1998.



el país que hoy tenemos va encaminándose hacia el esquema federal en un proceso que ha sido descrito en un trabajo investigativo de un profesor de la Universidad de California, publicado recientemente<sup>(3)</sup>. La expresión de las tendencias federalistas fue afirmándose con la creación de los Estados.

El giro en cuestión puede observarse –en cuanto al itinerario jurídico, que es el único que nos interesa en el momento– en el testimonio de Manuel Antonio Pombo y José Joaquín Guerra, cuya obra<sup>(4)</sup> es un documento obligado para el estudio del Derecho Constitucional colombiano. Los autores citados expresan que la Constitución de la Nueva Granada de 1853 –calificada por algunos como centro-federal– daba amplia facultad a las Legislaturas de las Provincias “para disponer lo que juzgasen conveniente a su organización, administración y régimen interior”. Por lo que, agregan, cada Provincia se dio su propia Constitución dentro del marco de la nacional, y como resultado final, se fue hacia el pleno federalismo.

Después de la creación del Estado de Panamá la facultad para crear nuevos Estados se delega en el Congreso de la Nueva Granada. El texto, bien significativo, expresa: “Una ley podrá erigir en Estado que sea regido conforme al presente Acto Legislativo, cualquier porción del territorio de la Nueva Granada”. Así se va marchando hacia la adopción del sistema federal. En 1858 los 8 Estados de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá y Santander expiden la Constitución de la Confederación Granadina; a partir de ella e invocando la condición de Estados Soberanos (a los cuales se agrega el del Tolima) se pasa en 1863 a los Estados Unidos de Colombia. El texto<sup>(5)</sup> refleja bien la influencia de la Constitución Norteamericana de 1787.

En él se distinguen los principios clásicos del federalismo de distribución de competencias entre la Federación y los Estados miembros, atribuyéndose en el art. 16 la competencia residual a estos últimos; aquellas serán ejercidas por un Poder legislativo compuesto de la Cámara de Representantes y un Senado de Plenipotenciarios, por el Presidente de los Estados Unidos de Colombia y por una Corte Suprema Federal a la cabeza del Poder Judicial. Apenas de manera tangencial se refiere el texto a las autoridades ejecutivas (gobernadores) y judiciales de carácter estadual, pero el modelo funciona sobre la base de las funciones legislativas y constituyentes (inclusive para ratificar la misma Constitución de 1863) por las “legislaturas” de los Estados miembros. Esta función legislativa a nivel estadual se ejerció con normas tan significativas como el Código Civil, el Código de Comercio y el Código de Minas, los cuales antes de devenir estatutos nacionales fueron leyes de ciertos Estados miembros.

---

(3) Gilmore, Robert Louis: *El federalismo en Colombia, 1810-1858*, Bogotá, coedición Sociedad Santanderista de Colombia y Universidad Externado de Colombia, 1995.

(4) *Constituciones de Colombia*, Bogotá, Biblioteca del Banco Popular, 1986, tomo IV, p. 30.

(5) Vidal Perdomo, Jaime: *El federalismo*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1998.

El balance que en su momento se hizo del sistema federal fue negativo; la reacción que él generó por la presencia de grandes caudillos seccionales como el General Tomás Cipriano de Mosquera, y la multiplicación de las guerras, estimuladas según se sostuvo por la existencia de los ejércitos estadales, desacreditaron el régimen federal. Se le hizo responsable –por razones que todavía se discuten– de ser causante de un gran desorden que llevó, bajo advertencias de regeneración o catástrofe, a Rafael Núñez, quien había sido presidente de la Unión durante la Federación, a buscar afanosamente el cambio al Estado centralista o unitario.

No es el momento de juzgar si las críticas contra el federalismo fueron acertadas o exageradas; en todo caso, a ellas se unieron otros factores de orden ideológico y religioso que inflamaron las pasiones políticas. Todavía hoy se discute al respecto y por esa razón algunos espíritus celebraron con júbilo la desaparición en 1991 de la Constitución de 1886, que había enterrado la de Rionegro de 1863. Sin embargo, la suerte de las ideas federalistas fue echada en 1886. La construcción de un Estado nacional, los errores atribuidos a la Constitución de 1863, y el abandono del federalismo como tesis en el seno del Partido Liberal, redujeron las opciones prácticas del modelo hasta el punto que ellas no se han propuesto con opción real más tarde.

### III. EL TRÁNSITO HACIA EL CENTRALISMO Y SU CONSOLIDACIÓN DURANTE EL SIGLO XX

La Constitución de 1886 es la réplica de la de 1863 en los diversos campos de la organización territorial y las relaciones entre la Iglesia y el Estado; por su acento conservador difiere también de la de Rionegro en la teoría de los derechos y las libertades. Pero es muy significativo que a partir de 1936 y cuando el liberalismo tuvo el control del Estado introdujo cambios fundamentales en las materias indicadas, pero se mantuvo dentro de los postulados de Núñez y Caro de centralismo político y descentralización administrativa. Por esta circunstancia de madurez política, lo que se ha hecho en el diseño territorial es acentuar la descentralización, sin pasar a otro modelo, salvo en lo que pueda resultar de la región en la Constitución de 1991.

Como manifestación de gran claridad jurídica pueden presentarse las cláusulas constitucionales bajo cuyo amparo se hizo el tránsito del sistema federal al centralista. La de la reconstitución de la Nación en forma de república unitaria (art. 1º), y la de la soberanía que reside esencial y exclusivamente en aquélla (art. 2º) pueden presentarse como expresión del buen decir jurídico y literario. A esa conceptualización básica se agregó la transformación de los 9 Estados soberanos en “departamentos”, similares en su organización y funcionamiento a las entidades del mismo nombre de Francia. La pérdida de las funciones constituyentes y legislativas de las divisiones territoriales departamentales se expuso con claridad dando a sus “asambleas” elegidas el carácter de simples corporaciones administrativas, como la de los concejos municipales.

Al despuntar el siglo XX (entre 1904 y 1910) empezará el primer proceso de fraccionamiento de los antiguos Estados soberanos, que afectará principalmente al del

Cauca y al de Antioquia. La desmembración del primero fue lamentada por el poeta Guillermo Valencia, muy representativo de Popayán, cuando exclamó: “Nos quitaron el potrero y nos dejaron la casa con el mangón de los terneros”. Con los instrumentos de análisis del marxismo, al celebrarse los 100 años de la Constitución de 1886 dos profesores universitarios destacarán –en documentos que se reproducen en mi libro sobre el Federalismo ya citado– la creación del Estado nacional y las razones de orden económico y social que impulsaron el nacimiento del Departamento del Valle del Cauca, con la ciudad de Cali como capital. Ofrecerá singularidad, en cambio, la organización de la Ciudad de Bogotá como “Distrito Capital”, sede de los poderes nacionales y separada del Departamento de Cundinamarca. Dicho esquema poco estudiado entre nosotros <sup>(6)</sup>, es propio del régimen federal, a imitación de Washington, y resultaba inexplicable para la época. La Constitución argentina modificada en 1994 dedica varios textos a Buenos Aires en esa condición <sup>(7)</sup>, lo cual es consecuencia lógica del sistema federal.

Una segunda ola de multiplicación de los departamentos se presentará sólo a partir de 1944, cuando ya se había afianzado el modelo centralista. Se había puesto en marcha, de otro lado, el proceso de descentralización administrativa con la expedición de leyes proporcionando recursos fiscales de la Nación a los departamentos y municipios, para dicho propósito. En esta ocasión fueron los antiguos Estados Soberanos de Bolívar y del Magdalena los que sufrieron la desmembración. La multiplicación de los departamentos en esa zona del país, conocida como la Costa Caribe, le aumentó su peso político en el Congreso y en las corporaciones elegidas con base en la repartición electoral. Así ocurrió en la Asamblea Constituyente de 1991. Esto ha tenido cierto influjo en las expectativas de organización territorial. Antes eran las tesis de “Antioquia Federal” <sup>(8)</sup> las que movían el debate del replanteamiento territorial. Con el aumento de poder de los departamentos de la Costa Caribe serán las ideas “regionalistas” las que figurarán en el nuevo espectro territorial, como precisamente saldrá claro de las discusiones de la Asamblea Constituyente de 1991.

Otro hecho se detecta del análisis jurídico. Es el de erigir en departamentos “comarcas”, según el lenguaje de 1886, que no reunían los requisitos para convertirse en departamentos. El expediente utilizado fue el de reformar la Constitución y abrir una excepción por intermedio de un “acto legislativo” de manera que la ley pudiera crear el nuevo departamento sin llenar las exigencias. Los nuevos departamentos correspondían a viejos anhelos de autonomía administrativa, al progreso de ciertas ciudades y

---

(6) Vidal Perdomo, Jaime: *Derecho Administrativo*, Bogotá, Editorial Temis, 1997.

(7) Cassagne, Juan Carlos (Director), *Estudios sobre la reforma constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1995.

(8) Syro Giraldo, Samuel, Duque Echeverri, J. Emilio, Restrepo Uribe, Jorge: *Federalismo moderno*, Medellín, Corporación Pro Régimen Federal, Bedout, 1974.

sectores, a la aparición de nuevas clases dirigentes y rivalidades locales, y al interés político y burocrático. La acentuación de estas últimas causas hizo que la reforma constitucional de 1968 tratara de graduar el inconveniente proceso.

En una tercera etapa se vio el deseo de convertir los antiguos “territorios nacionales”, administrados desde la capital de la República, en departamentos, no obstante que no habían alcanzado el desarrollo económico y social que se exigía a fin de disfrutar de la autonomía predicada para los últimos. Con dicho propósito la Constitución Política de 1991 convirtió, en el art. 309, las Intendencias y Comisarías que aún quedaban en departamentos. Es en estos territorios del sur y del oriente colombiano donde mayor fuerza han adquirido los cultivos de coca y los grupos guerrilleros. A veces se da como explicación que todo ello es consecuencia de la débil presencia del Estado, lo cual es explicar la enfermedad por la enfermedad. Sea lo que fuere, este dato muestra de nuevo la preservación del modelo centralista con descentralización administrativa de la Constitución de 1991, tal como lo han señalado algunos autores<sup>(9)</sup> y lo hemos examinado en nuestro libro de Derecho Administrativo.

De otro lado, no quiso abrazarse el modelo regional que hubiera sido fácil de adoptar en ese caso. La unidad geográfico-económica de los territorios convertidos en departamentos de plumazo por el constituyente hubieran facilitado su transformación en regiones, e indicado ideas más firmes sobre la región; el procedimiento que se adoptó, como lo ordena con énfasis el art. 306 de la Constitución Política, fue a partir de los departamentos, como se verá más adelante. Sobre estas bases, lo que la Asamblea Constituyente de 1991 buscó fue profundizar en la descentralización, con mayores funciones y recursos de los departamentos y municipios. Dentro de esa interpretación cabe la del empleo del término “autonomía” puesto al lado de la descentralización, aunque se nota una tendencia de atribuirle mayor valor. Pensamos que sólo al pasar al modelo regional, siguiendo el proceso indicado en los artículos 306 y 307 de la Constitución, el concepto de autonomía podría tener mayor significado; claro que según el alcance que se de a la alternativa regional, lo que pasa a examinarse enseguida como tercero y último punto.

#### IV. LA ALTERNATIVA REGIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Se habla de alternativa por que, como se ha explicado, el Constituyente de 1991 no abandonó el esquema centralista de organización territorial para pasar al regional, según lo han hecho desde la Constitución Italia en 1948 y España en 1978. El art. 286 menciona las “entidades territoriales” tradicionales, los departamentos y los municipios, y agrega como nuevas los distritos y los territorios indígenas; añade que la ley podrá darles dicho carácter a las regiones y a las provincias que se constituyan. O sea

---

<sup>(9)</sup> Morelli, Sandra, y Santofimio, Jaime Orlando: *El centralismo en la nueva Constitución Política Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Temas de Derecho Público, N° 28, sin fecha.

que la región en Colombia no es una realidad sino una creación que debe hacer el legislador. Mucha diferencia se observa con el art. 2º de la Constitución Española que... “reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran...”.

En España no fue necesario crear el País Vasco, ni la Cataluña, ni Galicia, para referirnos a las comunidades históricas como se les ha llamado; ellas existen en su variedad conforme a la historia y a la geografía. Por dicha circunstancia la Carta Política de 1978 les reconoce un derecho a la autonomía, que luego se precisa en las competencias que ellas pueden asumir según lo autoriza el art. 148 y el alcance otorgado a sus “estatutos” (art. 147). Estos son las normas institucionales básicas, que determinan la organización y el auto-gobierno de cada comunidad, comparables a las constituciones de los Estados miembros de una federación. En este punto se advierte una gran diferencia entre el sistema regional colombiano que puede construirse y el de España. Este último responde a condiciones histórico-políticas bien conocidas, que al momento de la transición democrática buscaron un camino jurídico intermedio entre el rígido centralista de la época franquista y el federalismo, que podría tener consecuencias desfavorables desde el punto de vista de las tendencias separatistas que han existido.

Otra diferencia fundamental aparece cuando el proceso de creación de comunidades se desencadena en España con base en las provincias (equivalentes a los departamentos colombianos) “límites, con características históricas, culturales y económicas comunes”. En Colombia, en cambio, la región surgirá de la unión de 2 o más departamentos, pero sin que se exijan las afinidades culturales o sociológicas.

Una tercera diferencia es que la Constitución Española acogió un modelo territorial, con una fórmula de Estado en que las comunidades autónomas son entidades políticas, cercano al federalismo, en que ellas disfrutaban de competencias legislativas. En Colombia la unión de 2 o más departamentos sólo da lugar a la creación de una “región administrativa y de planificación”, esto es, con funciones solamente de carácter administrativo. Ese tipo de entidades administrativas supradepartamentales han operado entre nosotros bajo el nombre de “corporaciones autónomas regionales” y los Corpes (consejos económicos y sociales), también llamados en la ley “regiones económicas”.

Las corporaciones comenzaron con la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca (CVC) en 1954 y se fueron extendiendo a diferentes porciones del territorio nacional. Jurídicamente recibieron el estatuto de establecimientos públicos y para poder operar en forma supradepartamental hubo de modificarse el art. 7º de la Constitución vieja; ella sólo contemplaba la existencia de organizaciones nacionales que no se acomodaren con los límites departamentales para casos excepcionales.

En la reforma constitucional de 1968 se discutió la posibilidad de regiones como entidades territoriales; aunque la propuesta fue desechada, se aceptó, como era lógico, la existencia de planes de desarrollo económico y social no ceñidos a los linderos departamentales. Dentro de esa ruta de la supradepartamentalidad el art. 285 de la Constitución de 1991 permite a la ley trazar las líneas de acción de las organizaciones

nacionales sin tomar en cuenta los límites departamentales. Los llamados “corpes” no son personas jurídicas sino divisiones para la desconcentración de la planeación nacional. Mientras que las corporaciones se han multiplicado y han perdido su perfil supradepartamental, el funcionamiento de los corpes ha permitido experimentar una cierta regionalidad flexible, que fue el comienzo de las regiones en Francia en las décadas del 50 y el 60.

Esos dos antecedentes se tuvieron en cuenta seguramente por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. En el art. 306 la suma de departamentos existe únicamente para dar lugar al desempeño de funciones administrativas y de planificación. El art. 307 quiere dar un paso más adelante y convertir esas regiones administrativas y de planificación en entidades territoriales. El texto no especifica la índole de las competencias que así pueden desempeñar, pero resulta difícil desbordarlo para encontrar en las limitaciones de su redacción figura similar a las comunidades autonómicas españolas, por más que el término de “estatutos” aparezca como testigo mudo de una influencia lejana que no se concretó en disposiciones constitucionales sobre competencias, las cuales no pueden salir de la interpretación laxa sino de la voluntad manifiesta del constituyente. Llegando a la hora de las conclusiones no se ve claridad en el concepto de región ni desde el ángulo geográfico económico ni desde el socio-político; la región, en la actual preceptiva constitucional, es más una suma no calificada de departamentos. Tampoco se ve cómo de las disposiciones constitucionales las regiones tendrían funciones diferentes de las puramente administrativas, ni que ellas le puedan ser otorgadas por la ley de ordenamiento territorial que debe expedirse. Queda también pendiente definir si la existencia regional conduce, pronto o tarde, a una eliminación de los departamentos.

Algunos autores han abrigado ilusiones federalistas de las prescripciones de la Constitución de 1991 <sup>(10)</sup>. Se ha hablado del “fermento federalista”, o en el concepto de autonomía se ha querido ver un “vestíbulo del federalismo”; las mismas tesis del Estado regional, algunas de cuyas bases tiene la Carta fundamental, son tomadas como manifestación federalista (postulados del federalismo regional en Colombia, como se denomina una importante comunicación al coloquio).

Nosotros mismos <sup>(11)</sup> nos preguntábamos en un comienzo si se había establecido un tercer modelo de Estado en Colombia. Hoy podemos concluir que la región que puede nacer de la Constitución de 1991 está más cerca del modelo francés que del español, y que no sería una entidad política sino administrativa.

Bogotá, diciembre 24 de 1998.

---

<sup>(10)</sup> *El federalismo en Colombia, pasado y perspectivas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

<sup>(11)</sup> Vidal Perdomo, Jaime: “¿La región un tercer modelo de organización del Estado en Colombia?”, en *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República Argentina, 1994, tomo II, p. 881.

# EL DERECHO A LA PRIVACIDAD Y A LA INTIMIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ  
(Chile)

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El derecho al respeto de la privacidad e intimidad de la persona y su familia. III. El respeto a la vida pública de las personas. IV. El respeto y protección a la honra de la persona y de su familia. V. Consideraciones jurisprudenciales sobre la privacidad y la honra de la persona. VI. Responsabilidad del medio de comunicación social respecto de la honra de las personas. VII. La inviolabilidad del hogar. VIII. La inviolabilidad de las comunicaciones privadas. IX. El derecho a la privacidad en las constituciones contemporáneas. X. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

En la Constitución chilena el valor supremo está constituido por la dignidad de la persona humana, de donde emanan los derechos esenciales o derechos humanos, la dignidad de la persona es el fundamento de todos los derechos, por tanto afectar la dignidad de la persona significa afectar inmediatamente el contenido esencial de los derechos. A su vez, cada uno y todos los derechos tienen por fundamento y fin el resguardo de la dignidad humana. Tal perspectiva se desprende de la interpretación sistemática, armónica y finalista de nuestro texto constitucional complementado con los Pactos Internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes, que constituyen en conjunto, el bloque constitucional de los derechos. Todo lo cual se fundamenta en los artículos 1, 5 y 19 de la Carta Fundamental.

La Ley Fundamental de nuestra República asegura el derecho a la privacidad e intimidad en dos numerales continuados del artículo 19, los signados con los números

cuarto y quinto. El numeral cuarto 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”, mientras que el numeral quinto asegura a las personas “la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar solo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los caos y formas determinados por 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”.

El mismo Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (P.I.D.C. y P.), en su artículo 14, párrafo primero, determina que “La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios (...) cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes”. En términos similares la Convención de Derechos del Niño protege la privacidad de éste en su artículo 16, de redacción simétrica con el artículo 17 del P.I.D.C. y P., pero establece un artículo especial, el 40.2 b, VII, que asegura “Los Estados partes garantizarán (...) que a todo niño del que se alegue que ha infringido esas leyes se le garantice (...) que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento”. 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 de los derechos en análisis, determinando que “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”.

Estos derechos de la privacidad e intimidad tienen el carácter de derecho de ejecución inmediata (*self executing*) en el contenido asegurado por el derecho internacional convencional de los derechos humanos. El derecho a la vida privada o a la privacidad comprende en su acepción genérica diferentes manifestaciones clásicas como son la inviolabilidad de hogar y de las comunicaciones privadas aseguradas en el artículo 19 N° 5 de la Carta Fundamental, como el derecho a la honra de la persona y de su familia, contenidas en el artículo 19 N° 4; pero, a su vez, contempla también nuevas dimensiones o manifestaciones del derecho a la privacidad o a la intimidad, que son recogidas en algunas constituciones más recientes de la segunda mitad del siglo XX, como son el derecho a la autodeterminación informativa y la acción de Habeas Data<sup>(1)</sup>, el derecho a la propia imagen, para señalar solo las más significativas.

---

(1) Al respecto consultar el número temático de la Revista *Ius et Praxis*, N° 1 del año 1997 de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, que reúne a través de diversos



## II. EL DERECHO AL RESPETO DE LA PRIVACIDAD E INTIMIDAD DE LA PERSONA Y SU FAMILIA

El juez americano Goly, en 1873, identificó la privacidad con el derecho a ser dejado tranquilo, en paz, de estar sólo: *Right to be alone* <sup>(2)</sup>. El derecho a la privacidad comprende, decidía la Corte Suprema Norteamericana, “el derecho de toda persona de tomar sola las decisiones en la esfera de su vida privada” <sup>(3)</sup>. La Corte Suprema reconoció el carácter constitucional de este derecho en 1965, en el caso *Griswold V. Connection*, considerando que el Estado solo puede intervenir en la privacidad de las personas cuando tenga un interés apremiante. (381. US.479 (1965)) <sup>(4)</sup>.

El concepto de vida privada es un concepto variable en el tiempo. El ámbito de la vida privada es aquel donde el individuo actúa como parte de una pequeña unidad (familia, círculo de amigos), que reclama y está preparada, como dice Westin, para ejercer una segregación corporativa, permitiendo alcanzar relaciones francas, relajadas y cerradas entre dos o más personas <sup>(5)</sup>. Lo privado es un ámbito no público, el cual se excluye del conocimiento público, en el que se practica un determinado tipo de relaciones interpersonales, entre ellas debe incluirse cierto tipo de relaciones profesionales, como por ejemplo, las que tiene el médico con su paciente o el abogado y su patrocinado, las que están estrechamente vinculadas con la privacidad.

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 privacidad comprende el derecho de la intimidad que tiene un carácter más estricto y dimensión individual que abarca como aspectos básicos la con-

---

artículos un completo panorama sobre la materia en el ámbito Iberoamericano, con referencias también a otros ordenamientos jurídicos.

<sup>(2)</sup> Citado por Afonso da Silva, José: *Curso de direito constitucional positivo*, 6ª Ed. revisada y ampliada, Ed. Revista de los Tribunales, Sao Paulo, Brasil, 1990, pág. 184.

<sup>(3)</sup> Citada por Kayser, Pierre: *La Protection de la Vie Privée: Protection du secret de la Vie Privée*, Marsella, Presses. Universitaires d'aux-Marseille, Francia, 1984, pág.49.

<sup>(4)</sup> Cepeda, Manuel José: *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia. 1992, nota 56, pág.133.

<sup>(5)</sup> Ver Westin, Alan F: *Privacy and Freedom*, Ed. Atheneum, 6ª Edición, Nueva York, 1970, pág. 31.

cepción religiosa e ideológica, la vida sexual, el estado de la salud, la intimidad corporal o pudor, entre otros. Así, precisando en el ámbito constitucional positivo chileno, el artículo 19 N° 4, asegura tres dimensiones del derecho: a) el derecho al respeto de la vida privada de las personas; b) el derecho al respeto de la vida pública de las personas; y c) el derecho al respeto de la honra de la persona y de su familia. El respeto 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. Este respeto y protección debe desarrollarse en relación con la “vida privada” de la persona y la “vida pública” de ella. El concepto de vida privada no fue precisado por el constituyente, es un concepto jurídico constitucional indeterminado, cuya delimitación y configuración quedo entregado a la doctrina y jurisprudencia, sin perjuicio de las configuraciones que haga el legislador. Sagüés<sup>(6)</sup>, 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 quién las ejecuta, ya que pueden afectar el orden o la moral pública o causar daños a terceros, por lo que el Estado pueda regularlas y, eventualmente, prohibirlas. 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 entrometerse en ella, respetando el área de inmunidad de toda persona”<sup>(7)</sup>.

Sin perjuicio de las reflexiones ya hechas en esta materia, consideramos adecuada la conceptualización de vida privada que nos entrega Espín Templado, para el cual vida privada “es el conjunto de circunstancias y datos relativos a la vida de una

---

(6) Sagüés, Néstor Pedro: *Elementos de Derecho Constitucional*, tomo 2, 2ª edición actualizada, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1997, pág. 314.

(7) Sagüés, Néstor Pedro. *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo 2, 2ª edición actualizada, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1997, pág. 313.

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”<sup>(8)</sup>. 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.

## 2.1. La intimidad corporal como parte del derecho a la privacidad

La Constitución en el artículo 19 N° 4 al asegurar el derecho a la vida privada de la persona protege la intimidad corporal frente a toda indagación o investigación que sobre el cuerpo de la persona quisiera interponerse contra su voluntad, protegiendo su pudor de acuerdo a los criterios vigentes en la cultura y moral de la sociedad. Sin embargo, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español, “el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que (...) no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona ... aun tratándose ya de actuaciones que afectan al ámbito protegido, es también cierto que ... la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto (...). Tal afectación del ámbito de la intimidad es posible sólo por decisión judicial que habrá de prever que ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendiendo a las circunstancias del caso, de trato degradante alguno” (STCE 37/1989)<sup>(9)</sup>.

Así no se vulnera el derecho a la intimidad cuando se establecen ciertas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas en juicios de filiación o paternidad, como lo ha señalado el mismo Tribunal Constitucional español, en tal tipo de juicios se produce una colisión de derechos de ambas partes implicadas, no habiendo duda alguna de que “en los supuestos de filia-

---

<sup>(8)</sup> Espín Templado, Eduardo: “Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N° 8, Madrid, España, 1991, pág. 45.

<sup>(9)</sup> Citado por Rubio Llorente, Francisco: *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ed. Ariel Derecho, España, 1995, pág. 178.

ción prevalece el interés social y de orden público que subyace en la reclamación de paternidad, en la que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos” STCE 7/1994<sup>(10)</sup>, lo que trasciende los derechos alegados por el padre o madre.

## 2.2. El derecho a la propia imagen como parte del derecho a la privacidad

El derecho a la propia imagen se caracteriza por el derecho que tienen las personas de impedir que otros capten o difundan dicha imagen sin su consentimiento, como los ha establecido la jurisprudencia chilena<sup>(11)</sup>. Este ámbito es parte de la faceta externa del derecho al respeto de la vida privada de la persona, constituye el aspecto más externo que es el de la figura humana, que garantiza también un ámbito de autonomía o libertad respecto de sus atributos más característicos y definitorios de la propia persona, posesión irreductible e inherente a ella. La protección de la imagen de la persona salvaguarda la intimidad y “el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz”<sup>(12)</sup>. Este derecho implícito en nuestro ordenamiento constitucional a la propia imagen derivado del respeto a la privacidad de la persona incluye el derecho de cambiar de apariencia, la creatividad en el vestir y el arreglo personal, el adoptar una estética propia<sup>(13)</sup>. Sin embargo, el derecho a la propia imagen admite, como la gran mayoría de los derechos fundamentales, limitaciones derivadas de la moral o las buenas costumbres o las leyes<sup>(14)</sup>.

Asimismo, tal como el artículo 19 N° 5 de la Constitución protege la honra de la persona y su familia, incluyendo ésta última a los fallecidos, analógicamente puede señalarse que la protección y respeto a la vida privada de la persona y su familia incluye también a los fallecidos, en cuanto a la protección de su imagen. El derecho al respeto de la imagen de la persona en su aspecto positivo consiste en disponer de la propia imagen, pudiendo autorizar su captación, transmisión y publicación de ella, incluso a título honoroso. Esta última perspectiva surge en aquellas profesiones o actividades que por su carácter específico implican la toma o publicidad de la imagen como es el caso de artistas, modelos, locutores de televisión, conductores de programas, actores, entre otros. Así puede sostenerse que no hay intromisión ilegítima en la imagen de una persona cuando ella lo ha consentido o cuando ello está expresamente

---

(10) Rubio Llorente, Francisco: *Derecho fundamentales y principios constitucionales*, op. cit., pág. 178.

(11) Ver sentencia “Díaz con Diario La Cuarta”. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 604-93.

(12) Alegre Martínez, Miguel Angel: *El derecho a la propia imagen*, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1997, pág. 85.

(13) Alegre Martínez, Miguel Angel: op. cit., pág. 91.

(14) Ver O’Callaghan, X.: *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Editorial Revista de Derecho privado, España, 1991, pág. 136.

autorizado por la ley<sup>(15)</sup>, de manera tal que el legislador y la propia voluntad de la persona delimitan el derecho al respeto de la propia imagen. Puede sostenerse que hay intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen cuando se ha consentido en posar para una fotografía, cuando luego dicha fotografía es publicada o comercializada, ya que la difusión y comercialización de la fotografía requiere de un consentimiento expreso y específico.

La intromisión es también ilegítima cuando la publicación de la imagen se concreta en un contexto o con una finalidad diferente de la que fue consentida por la persona. La autorización del uso de la imagen puede estar también circunscrita en el tiempo o darse en un momento determinado, transcurrido el cual el uso legítimo de la imagen de la persona se extingue. Por último, el uso de la imagen puede ser revocada por el titular atendiendo a las relaciones jurídicas y derechos creados en favor de terceros, correspondiendo a los tribunales de justicia realizar la ponderación de los derechos en conflicto. Por último, debemos precisar que el derecho a la propia imagen no está protegido con la misma intensidad en las personas privadas que en aquella que tienen relevancia pública, ya que en tales casos la imagen captada en actos públicos o en lugares abiertos al público no constituyen infracción al derecho al respeto de la propia imagen de las personas públicas.

### **2.3. La autodeterminación informativa forma parte del derecho al respeto de la vida privada**

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”<sup>(16)</sup>. 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. El derecho al respeto de la vida privada, además de un derecho de defensa, constituye un derecho de prestación, estableciendo deberes positivos que debe desarrollar el Estado.

<sup>(15)</sup> Crevillén Sánchez: *Derecho de la personalidad, honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Actualidad Editorial Madrid, España, 1995, págs. 100 y sgtes.

<sup>(16)</sup> Madrid Conesa, Fulgencio: *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, Universidad de Valencia, Valencia, España, 1984, pág. 45.

El respeto de la vida privada o de la intimidad se proyecta en el ámbito de los registros de informaciones manuales e informáticos, que permiten socializar esa información develando ámbitos de la privacidad de las personas. En tal perspectiva, el respeto a la vida privada e intimidad de las personas adopta un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona, un derecho a la autodeterminación informativa, lo que requiere que las personas puedan conocer la existencia de los ficheros u archivos de registro de información de las personas públicos o privados, conociendo sus finalidades y los responsables de ellos, de manera que las personas concernidas puedan conocer los datos contenidos en dichos archivos o ficheros sobre su propia persona, teniendo el derecho de autorizar su recolección, conservación, uso y circulación, como asimismo, el derecho a actualizarla, rectificarla o cancelarla. La persona es la única que puede autorizar el uso de información respecto de su vida privada o intimidad, el derecho de autodeterminación informática faculta a las personas a decidir básicamente por sí misma cuando y dentro de que límites procede revelar situaciones o aspectos de su vida privada o íntima. Ello exige que el Estado intervenga positivamente en la materia resguardando este derecho de autodeterminación informativa y estableciendo garantías jurisdiccionales que lo protejan, como ocurre con la acción de Habeas Data en el derecho comparado<sup>(17)</sup>.

Este enfoque complementario en la configuración del derecho al respeto de la vida privada, muestra la relatividad de lo que es público, ya que ciertos datos públicos pueden tener conectados a otros una gran importancia para la vida privada y la intimidad de las personas, especialmente en el ámbito de los archivos de datos públicos y privados y de la informática.

#### **2.4. Las limitaciones del derecho a la privacidad**

El derecho a la privacidad o al respeto de la vida privada tiene como límite la ejecución de acciones que repercutan en otras personas, trascendiendo al primer sujeto cuando tales acciones tengan un carácter antijurídico, independientemente de la voluntad de la persona de mantenerlos en reserva, como puede ser el caso de corrupción de menores, planeación de delitos, etc. Por otra parte, un segundo límite a la privacidad es la decisión jurisdiccional donde existen delitos vinculados con la vida de las personas; juicios civiles, laborales, de menores, en los cuales existan como puntos de prueba ámbitos específicos de la vida privada.

A su vez, la legislación penal se ha modernizado a través de la ley 19.423 que estableció un nuevo párrafo 5º del título IV del libro II del Código Penal, denominado “de los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y

---

<sup>(17)</sup> Ver Nogueira Alcalá, Humberto: “Reflexiones constitucionales sobre el establecimiento constitucional del Hábeas Data”, en Revista Ius et Praxis, año 3, N° 1, Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile, 1997, pág. 265.

su familia”, donde se sanciona la incursión ilegítima en el ámbito de la vida privada en los artículos 161, 161 a) y 161 b) del Código Penal, como el artículo 122 inciso 2° de la Ley de Abusos de Publicidad, el cual sanciona la grabación de palabras y captación de imágenes de una persona, no destinadas a la publicidad y sin su consentimiento.

La ley 16.643, artículo 22 inciso 2° determina que no forman parte del ámbito de la vida privada “los referentes al desempeño de funciones públicas; las realizadas en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento poseyere interés público real; los que consistieren en actividades a las cuales haya tenido libre acceso el público a título gratuito u oneroso; las actuaciones captadas o difundida con el consentimiento del interesado; los acontecimientos o manifestaciones en que el interesado haya dejado testimonio en registro o archivos públicos y los consistentes en la ejecución de delitos de acción pública o participación culpable en los mismos”.

### III. EL RESPETO A LA VIDA PÚBLICA DE LAS PERSONAS

El respeto a la vida pública de las personas constituye, como lo ha señalado José Luis Cea “una locución cuyos contornos son brumosos”<sup>(18)</sup>. La idea fundamental contenida en este ámbito es el respeto a quienes siendo personas de relevancia pública o notoriedad, desempeñan funciones públicas o privadas, sobre las cuales debe informarse con respeto por las personas concernidas, lo que genera la responsabilidad correspondiente a los medios de comunicación social especialmente. En tal sentido, la crítica más acerba contra las personas de relevancia pública no pueden sobrepasar el respeto por la dignidad de ellas, ya sea vejándolos o designándolas.

### IV. EL RESPETO Y PROTECCIÓN A LA HONRA DE LA PERSONA Y DE SU FAMILIA

El derecho a la honra, 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 posterior 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 perspectiva 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”<sup>(19)</sup>. 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, como determinó la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución<sup>(20)</sup>, la cual, precisó también que las personas

(18) Cea Egaña, José Luis: “El derecho constitucional a la intimidad”, Revista Gaceta Jurídica, Santiago, Chile, Agosto de 1966, pág. 24.

(19) Cepeda, Manuel José: *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1992, pág. 233.

(20) Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión 129.

protegidas eran no solo 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 si 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). El núcleo esencial del derecho a la honra consiste en el derecho que tiene toda persona a ser respetable ante sí mismo y ante los demás, sin perjuicio de las limitaciones legales que lo delimitan y regulan. La garantía de la protección de la honra se extiende a la familia de la persona. El concepto amplio de familia se extiende a los cónyuges, ascendientes, descendientes y parientes colaterales por consanguinidad o afinidad.

La ley N° 16.643 sobre abusos de publicidad, y sus correspondientes reformas, establece un concepto más limitado de familia para estos efectos, la que incluye los cónyuges, los ascendientes, descendientes y colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad; los ascendientes y descendientes hasta el primer grado de afinidad legítima. El concepto incluye, además, a los parientes fallecidos, ya que si bien con la muerte se extinguen los derechos de la personalidad, la memoria de la persona fallecida constituye una prolongación de dicha personalidad que es susceptible de protección, la cual queda protegida y asegurada por la protección de la honra de la familia.

Nuestro ordenamiento jurídico protege penalmente el honor de la persona a través de los delitos de injuria y calumnia. En efecto, el Código Penal determina que se entiende por calumnia “la imputación de un delito determinado pero falso y que pueda actualmente perseguirse de oficio” y por injuria “toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona” (artículo 412 y 416, respectivamente). En el caso de la injuria debe probarse el *animus injuriandi*, vale decir, el ámbito de desacreditar o menospreciar el honor de la persona.

## V. CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA PRIVACIDAD Y HONRA DE LAS PERSONA

La ausencia de una jurisdicción constitucional en forma, a través del Tribunal Constitucional, impide la existencia de una jurisprudencia más rica en contenido respecto de los derechos fundamentales, como ocurre en España, Francia, Italia, Alemania, Colombia, Guatemala, entre otros países. Sin embargo, los tribunales colegiados superiores de justicia se han preocupado de la defensa del derecho a la privacidad generando una cierta jurisprudencia en la materia, aún cuando no tenga un gran desarrollo doctrinal al respecto.



En efecto, se ha establecido que las clínicas u hospitales no pueden gravar, filmar y exhibir operaciones realizadas en pacientes sin su expreso consentimiento, ya que ello viola el derecho al respeto y protección de su privacidad (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2563-92 P., confirmado por la Corte Suprema Rol N° 20.142 del dieciséis de diciembre de 1992). Se ha establecido la prohibición de publicar fotografía de una joven en bikini en una playa en un diario que publica habitualmente fotografías de mujeres semidesnudas y provocativas, sin el consentimiento de la persona afectada, ya que ello afecta su imagen, su vida privada y su honra (Sentencia Díaz con Diario La cuarta, Rol N° 604-93). Afecta la honra de la persona aparecer esta como teniendo deudas que no son suyas, vale decir, como incumplimiento obligaciones financieras inexistentes, publicadas en un boletín de información comercial, lo que afecta su honra (Sentencia Aburto Castro, Emiliana con Dicom S.A. Rol N° 22.175, Corte de Apelaciones de Concepción, confirmado por Corte Suprema Rol N° 22.175 de 1993). Afecta la vida privada y la honra de las personas el Servicio de Investigaciones al permitir fotografiar a simples inculpados como si fueran delincuentes, fotografías que luego fueron publicadas en diversos diarios (Rol N° 139-89 P., Corte de Apelaciones de Santiago).

Se ha acogido también, en virtud del derecho a la privacidad la prohibición de circulación en territorio nacional del libro *Impunidad Diplomática* en el caso Martorell, fallado el 31 de mayo de 1993 y confirmado por la Corte Suprema el 15 de junio de 1993. Cabe señalar que este último caso llegó a la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, la cual considero que el Estado de Chile violó el derecho a la libertad de información sin censura previa, como asimismo cuestionó que el derecho al honor tenga una jerarquía superior a la libertad de expresión<sup>(21)</sup>.

La Contraloría General de la República impidió el desarrollo de un Convenio de un hospital Clínico con una empresa informática que procesaría las fichas clínicas de los pacientes atendiendo a la obligación del centro hospitalario de velar por la confidencialidad y secreto de la información vertida en la historia clínica de los pacientes. En Argentina, la Corte Suprema conoció y resolvió en materia de invasión de la privacidad algunos casos que han sentado jurisprudencia en la materia.

En efecto, el primero se refiere a la protección de la imagen de la persona que forma parte del derecho al respeto de la privacidad, se trata del caso “Ponzetti de Balbín con Editorial Atlántida”, la situación sujeta a la jurisdicción de la Corte Suprema consiste en la publicación en una tapa de una revista de la fotografía de un conocido líder político argentino, el Dr. Ricardo Balbín agonizante en la sala de terapia intensiva de la clínica en que era atendido. Frente a tal situación, la esposa y el hijo del Dr. Balbín concretaron la demanda contra los editores para resarcir la violación de la

---

(21) Ver Resolución del caso 11.230 (Informe 11/96) publicado en la Revista *Ius et Praxis*, Año 3, N° 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Talca, Chile, 1997, págs. 403-417.

privacidad. La Corte Suprema Argentina delimita el concepto de la privacidad con dos argumentos, el primero determina que “la protección material del ámbito de privacidad resulta, pues, uno de los mayores valores del respeto a la dignidad de la persona y un rasgo diferencial entre el Estado de derecho democrático y las formas políticas autoritarias y totalitarias”. En el segundo determina que el derecho a la privacidad es el derecho del individuo para decidir por sí mismo en qué medida compartirá con los demás sus pensamientos, sus sentimientos y los hechos de su vida personal”.

Concluyendo en la parte resolutive del fallo que el “esquema de ‘libertad ordenada’ que da forma a la estructura interna, a la médula y a los huesos de la Constitución, y sostiene todos sus elementos, se halla el derecho genérico al aseguramiento, –incluso en lo material– de un área de exclusión solo reservada a cada persona y solo penetrable por su libre voluntad. Tal exclusión no solo se impone como un límite al poder estatal, sino también a la acción de los particulares, especialmente cuando éstos integran grupos que, en el presente grado de desarrollo de los medios de comunicación, se han convertido en factores que ejercen un poder social considerable, ante los cuales no cabe dejar inermes a los individuos. El reconocimiento constitucional del derecho a la privacidad está, además, corroborado por el vigente Pacto de San José de Costa Rica, cuyo artículo 11, inciso 2 y 3, prescribe que ‘2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación, 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques’<sup>(22)</sup>.

Un segundo caso, trata del polémico tema de la posesión de estupefacientes para uso personal, resuelto por tres votos contra dos, conocido como el caso Bazterrica<sup>(23)</sup>. En dicho caso se sostuvo “Que el reconocimiento de un ámbito exclusivo en las conducta de los hombres, reservado a cada persona y sólo ocupable por ella, que, con tan clara visión de las tendencias en el desarrollo de la sociedad, consagrara desde temprano nuestra Constitución, resulta así esencial para garantizar el equilibrio entre un Estado cada vez más omnipresente e individuos cada vez más dependientes de las formas jurídicas de organización de la sociedad a la que pertenecen. La existencia o inexistencia de ese equilibrio pondrá de manifiesto las distancias entre los regímenes democráticos en que el individuo encuentre el espacio para la Constitución de su propio plan de vida según se lo determine la autonomía de su propia conciencia y sólo dentro de los límites en los que no afecte igual derecho de los demás, y los regímenes autoritarios que invaden la esfera de privacidad e impiden que las personas cuenten con la posibilidad de construir una vida satisfactoria.

---

(22) Corte Suprema Argentina, T.306-II, 1984, pág. 1892 y sgtes., citado por Travieso, Juan Antonio: *Derechos humanos y derechos internacionales*, Editorial Heliasta, Argentina, 1995, págs. 523 a 525.

(23) Bazterrica, Gustavo M. Corte Suprema, agosto 29 de 1986, La Ley, Tomo 1986-D, pág. 547.

“Es pues, una alta prioridad en el Estado democrático, asegurar la vigencia de la disposición constitucional en el sentido de garantizar el ámbito de exclusión aludido, procurando su eficacia tanto frente a la intromisión estatal como frente a la acción de los particulares”.

“La consagración constitucional del derecho a la privacidad está además complementada por idéntica protección establecida en el art. 11, incs. 21 y 3° del Pacto de San José de Costa Rica, que ha sido incorporado a nuestro orden jurídico, por la correspondiente ratificación legislativa de dicho Pacto”.

En este tópico, finalmente, el voto que analizamos establece que “las conductas de los hombres que no se dirijan contra bienes que se hallan en la esfera del orden y la moral públicos ni perjudiquen a terceros, aun cuando se trate de actos que se dirijan contra sí mismos, quedan, en virtud del art. 19 de la Constitución Nacional, fuera del ámbito de las prohibiciones legales”.

Concluye la Corte Suprema Argentina, sosteniendo la inconstitucionalidad de la ley que prohíbe la posesión de estupefacientes para consumo personal. En Alemania Federal se ha protegido la confidencialidad de los expedientes médicos, en efecto, el Tribunal Constitucional Federal decidió que la información que reposaba en dichos expedientes no podía ser utilizado en un proceso penal donde el acusado era el paciente (32 Bverf Ge373, 1972).

La Corte Suprema Argentina ha protegido el derecho al honor en el caso “Ekmekdjian”, en sentencia del 7 de julio de 1992, dictado como consecuencia de una acción judicial de amparo en defensa del derecho de réplica frente a declaraciones formuladas en un programa de televisión, en que se expresaron frases agraviantes en relación a Jesucristo y a la Virgen María, las que afectan la dignidad y la honra y reputación de personas con profundas convicciones religiosas. La sentencia aludida afirma que: “la información difundida puede afectar la dignidad, la honra o la reputación de una persona y sus más profundas convicciones y la justicia tiene el deber de permitirle defenderse con inmediatez y eficacia. Se trata de una garantía para la efectiva protección de la dignidad humana, de la que forman parte la honra, la reputación y la privacidad afectadas por informaciones inexactas o agraviantes emitidas a través de una publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión”.

A su vez, respecto de la legitimación de la persona para ejercer el derecho a respuesta, la Corte Argentina determina que “la afirmación que provoca la rectificación o respuesta, invade los sentimientos más íntimos del afectado, convirtiéndose así –y tratándose de un sentimiento o creencia de sustancial valoración en el derecho– en un agravio al derecho subjetivo de sostener tales valores trascendentes frente a quienes, sin razón alguna, lo difaman hasta llegar al nivel de insulto soez, con grave perjuicio a la libertad religiosa. Estos extremos quedarán sujetos a la severa valoración del juez de la causa, aunque no cabe duda que en tales condiciones la ofensa afecta la honra personal; por tanto, a uno de los derechos subjetivos que mayor protección debe recibir por parte del ordenamiento jurídico”.

Luego se refiere a la afectación en los derechos del demandante:

“el recurrente en su carácter de católico militante se sintió agraviado en lo profundo de su personalidad y de sus convicciones por las expresiones vertidas sobre Jesucristo y la virgen María... No se trata, pues, de una cuestión vinculada con juicios públicos sobre materias controvertibles propias de las opiniones, sino de la ofensa a los sentimientos religiosos de una persona que afectan lo más profundo de su personalidad por su conexión con un sistema de creencias... Es fácil advertir que, ante la injuria, burla o ridícula presentación –a través de los medios de difusión– de las personas, símbolos o dogmas que nutren la fe de las personas, éstas pueden sentirse moralmente coaccionadas en la libre y pública profesión de su religión, por un razonable temor de sentirse también objeto de aquel ridículo, difundido en extraordinaria multiplicación por el poder actual de los medios de comunicación masiva”.

Termina la Corte estableciendo que la importancia de los medios de comunicación social los obliga a cumplir sus funciones con responsabilidad, en especial “cuando la información afecta la reputación, la honra y el honor de las personas violando el derecho que todo hombre tiene a su intimidad, forma y estima, toda vez que no puede quedar la personalidad humana a merced del poder de los medios” y accediendo a la demanda de la persona afectada.

## **VI. RESPONSABILIDAD DEL MEDIO DE COMUNICACIÓN SOCIAL RESPECTO DE LA HONRA DE LAS PERSONAS**

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 cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley”. El sujeto activo de la infracción solo puede ser un medio de comunicación social, término considerado en toda su amplitud y que se refiere a medios escritos (diarios, periódicos, revistas, afiches, carteles, inscripciones murales); sonoros (radio), audiovisuales (televisión, cine), entre otros, de acuerdo a lo que determina el artículo 16 de la ley de abusos de publicidad. Es motivo de la infracción todo tipo de información, comentarios, cifra, caricatura, fotografía, imagen, tira cómica, entre otros. A su vez, la responsabilidad surge de la difusión de la opinión o información cualquiera que sea su autor. Los delitos aquí establecidos constituyen los tipos penales de la injuria y la calumnia antes señalados, afortunadamente no ha tenido éxito la determinación a través de un proyecto de ley de establecer un tipo penal complementario que es el de difamación.

La norma constitucional permite al medio de comunicación social oponer como defensa en juicio la *exceptio veritatis*, vale decir, probar la verdad de lo aseverado, la

cual procede siempre en el caso del delito de calumnia, según dispone el artículo 415 del Código Penal; la injuria admite tal defensa sólo cuando ella sea dirigida contra empleados públicos sobre hechos que conciernen al desarrollo de sus funciones, pero no se admite en el caso de particulares, al tenor del artículo 420 del Código Penal. Además de la sanción penal, el ordenamiento jurídico determina la responsabilidad civil, la cual procede por el daño moral y patrimonial que puedan haber producido en la víctima. Los responsables de asumir las indemnizaciones a ser canceladas a las personas afectadas por tal conducta del medio de comunicación social, son solidariamente los propietarios, editores, directores y administradores del mismo, además del autor de la imputación, de acuerdo a lo que dispone el artículo 31 de la ley 16.643.

La indemnización no será imputable a los responsables del medio de comunicación social en tres situaciones:

- a) Si este se ha limitado a reproducir noticias, informaciones o declaraciones difundidas por agencias informativas o que provienen de una autoridad pública en materias propias de su competencia.
- b) Cuando se acredite el empleo de la debida diligencia para evitar la difusión, en las transmisiones que se emitan en directo por medio de radiodifusión sonora o televisiva.
- c) Si tratándose de una información falsa, el medio de comunicación social solo reproduce las informaciones o declaraciones dadas por una persona o institución que, a juicio del tribunal sea razonablemente confiable o idónea respecto de la materia de que se trate, o que se trate de informaciones u opiniones que se difundieren en programas abiertos al público respecto de las cuales se advierta que lo allí difundido no compromete al medio periodístico.

## VII. LA INVIOLABILIDAD DEL HOGAR

La protección del hogar es una protección de carácter instrumental que protege los ámbitos en que se desarrolla la vida privada y la intimidad de las personas. Un aforismo inglés gráfica esta idea señalando “mi domicilio es mi castillo”, el hogar morada o domicilio es así la fortaleza en que se resguarda la privacidad. La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución incorporó como concepto en las actas<sup>(24)</sup>, el que expone en su obra *Elementos de Derechos Penal*, don Raimundo del Río, el cual señala que “se entiende por hogar, casa o morada, el recinto de las habitaciones y sus dependencias en que una persona vive o ejerce sus actividades de trabajo y también los recintos cerrados que tenga bajo su control a cualquier título, aunque no concurren las circunstancias de vida o actividad dentro de él”. El comisionado Alejandro Silva Bascuñán estableció, asimismo, como sinónimos los conceptos de hogar y domicilio, además es necesario tener en consideración que los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos utilizan la expresión domicilio y no la de hogar.

La inviolabilidad del hogar o domicilio como señalan los instrumentos internacionales, constituye el ejercicio de la facultad del sujeto titular del derecho a una esfera de privacidad, como asimismo, de autonomía física frente a las invasiones externas en palabras de Lavagna<sup>(25)</sup>. El hogar, morada o domicilio constituye la prolongación espacial de la personalidad de sus ocupantes, en tal sentido, Pellice Prats define el hogar o domicilio como la unidad de espacio destinada a ser utilizada privativamente por una persona, familia o grupo de personas con poder de disposición sobre la misma y en forma tal que dicho lugar venga a constituir como una extensión de la personalidad de sus ocupantes y donde ésta se manifieste libremente en cualquiera de sus diferentes aspectos: familiar, profesional, cultural<sup>(26)</sup>.

A su vez, es conveniente recoger también las consideraciones del Tribunal Constitucional español, el cual ha determinado que, “a través de este derecho no solo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clases de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos”<sup>(27)</sup>. La entrada de la autoridad pública que suponga una injerencia arbitraria sin fundamento en el texto constitucional supone la presunción *iuris et de iure* de que se ha vulnerado la privacidad de la persona. La inviolabilidad del hogar o del domicilio determina que todo lo que ocurre al interior de estos a efectos constitucionales se presume protegidos por la privacidad o intimidad. La inviolabilidad del hogar, morada o domicilio tutela “cualquier espacio físico en el que se despliega el ámbito de privacidad de las personas, con independencia de su carácter habitual, permanente o estable”<sup>(28)</sup>, en efecto, ella protege el camarote de un barco o un tren, las habitaciones en clínica u hospitales, los remolques habitables, las tiendas de campaña, la habitación de un hotel o residencial, todos los que constituyen habitaciones no permanentes ni estables, lo mismo puede sostenerse de las casas de veraneo o descanso de fin de semana.

Los elementos esenciales que determinan la noción constitucional de hogar son los siguientes:

- a) La existencia de un espacio físico aislado del exterior, que se encuentra cerrado o parcialmente abierto. Los lugares totalmente abiertos al público tales como Igle-

(24) Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión N° 129, págs. 23-24.

(25) Lavagna: *Instituzioni di Diritto Pubblico*, 5ta. Ed., Turin, Italia, 1982, pág. 466.

(26) Citado por González-Trevijano, Pedro: *La inviolabilidad del domicilio*, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1992, pág. 140.

(27) Sentencia Tribunal Constitucional español 22/1984 de 17 de febrero. Citada por González-Trevijano, Pedro: *La inviolabilidad del domicilio*, Tecnos, Madrid, España, 1992, pág. 62.

(28) González-Trevijano, Pedro: *La inviolabilidad del domicilio*, op. cit., pág. 136.

sias, templos, galerías comerciales, oficinas estatales, salones de venta, entre otros, que son de libre acceso al público no forman parte del derecho a la inviolabilidad del hogar.

- b) El destino de tal espacio físico al desarrollo de la vida privada y manifestaciones de la personalidad.
- c) Es irrelevante el tipo de título jurídico que permite el disfrute del hogar con la única condición que sea legítimo y tutelado por el ordenamiento jurídico.
- d) El disfrute actual del hogar, lo que no se confunde con la necesaria presencia permanente del sujeto titular del derecho.

Por otra parte, como señala González-Trevijano<sup>(29)</sup> no son elementos esenciales del hogar o domicilio, el que este tenga un ámbito físico estable, el carácter permanente de su ocupación, la voluntariedad o no de su ocupación, como asimismo, es irrelevante el número de personas que ocupan el hogar, como es el caso de conventos, clínicas, colegios, etc. La inviolabilidad del hogar no protege los recintos privados en cuanto dominio o propiedad o cualquier otro derecho real, ni la posesión, la tenencia, sino en cuanto refleja un espacio físico que se quiere preservar por su especial naturaleza íntima y de privacidad. El derecho a la inviolabilidad del hogar no es susceptible de patrimonialización ni su posible instrumentalización para la defensa por parte de entidades mercantiles de sus intereses materiales. En el ámbito del hogar doméstico, la facultad de exclusión frente a los demás pertenece a todos los componentes de la familia, en cuanto se encuentran en ella domiciliados, aún cuando la persona que ejerza patria potestad detenta una posición de superioridad en relación con los otros miembros de la familia; como asimismo, en el caso de los cónyuges, ambos disponen en el hogar conyugal de la facultad de exclusión.

En caso de conflicto cuando existe plurititularidad de derechos, la solución es hacer prevalecer el derecho de exclusión (el *ius prohibendi*) sobre el derecho de admisión (el *ius admittendi*), ya que parece obvio que la entrada al hogar o domicilio familiar de personas que no sean consentidas por uno de los cónyuges vulnera su privacidad, la que se muestra aún en los espacios comunes del hogar. La interferencia señalada daña siempre el derecho al respeto de la privacidad de la persona que no ha otorgado el consentimiento para la entrada de tercero al hogar o domicilio común. La prohibición de entrada por parte de uno de los cónyuges al domicilio común actúa como veto a los permisos de entrada que puedan contrariarla. En los casos de plurititularidad de derechos sobre el hogar o domicilio común, las personas cuyo *ius admittendi* se restringe por la oposición de otros habitantes, sólo puede optar por romper la convivencia y crear otro espacio de privacidad, diferente de aquel que compartía con la persona que vetó las entradas.

<sup>(29)</sup> González-Trevijano, Pedro: *La inviolabilidad del domicilio*, op. cit., págs. 154-156.

Cabe preguntarse si la entrada de una persona extraña a un hogar o domicilio con plurititularidad de derechos, invitado por uno de los titulares sin consentimientos de los demás, puede convertirse en eventual allanamiento de morada o domicilio. Consideramos que ello no ocurriría ya que el principio de seguridad jurídica exigiría que la prohibición de entrar a dicho hogar o domicilio debiera ser conocida por el tercero invitado. En el caso de terceros de buena fe, el acuerdo de uno de los titulares del derecho presupone el consentimiento de los demás. Así solo podrá producirse un allanamiento de morada si el tercero conoce la existencia de prohibición de entrada en dicho lugar determinado por uno de los moradores, en cuyo caso no podrá penetrar en el domicilio con el acuerdo de otro habitante del mismo, sin incurrir en una acción antijurídica.

En el caso de que uno de los moradores o cohabitantes entre sin la autorización del respectivo morador en sus habitaciones dentro del domicilio común, no existe allanamiento de morada, ya que ella es común y el delito de allanamiento de morada se produce solo cuando se entra en morada ajena. En el caso en análisis solo puede invocarse la violación del derecho a la privacidad o intimidad, pero no la de violación del hogar. Hay casos en que existen distintas situaciones jurídicas entre quienes conviven en el hogar o domicilio. Un caso posible y normal es la convivencia de padres e hijos menores de edad donde estos últimos tienen una capacidad limitada en virtud de estar bajo la patria potestad de los padres por lo cual no pueden permitir la entrada de terceros cuando ha existido un veto de los poderes o negar la entrada al hogar de terceros que han sido autorizados por ellos. La situación no es distinta, en el caso de aquellos que se encuentran en una situación de precario dentro del domicilio, como pueden ser asesoras del hogar, choferes, enfermeras u otras personas acogidas por distintas razones, todos ellos se encuentran limitados en sus capacidades en virtud de la dirección de la vida familiar que corresponde a los padres o “dentro de casa” respecto de los hijos o parientes a los cuales se les brinda alimentos y respecto de aquellos que constituyen personal de servicio o se encuentran de precario en dicho hogar.

De acuerdo con la delimitación del concepto de hogar, domicilio o morada y sus elementos esenciales, quedan fuera de su protección por regla general, los jardines o patios, salvo que constituyan una dependencia dentro del hogar; las dependencias contiguas a las viviendas; los corrales, los espacios comunes a conjuntos habitacionales; los lugares comunes de los edificios tales como pasillos, escaleras, ascensores. El consentimiento para legitimar la intromisión en la privacidad del hogar o domicilio, debe ser expreso; anterior a la entrada del tercero, sea este autoridad o funcionario público o particular; sin existencia de fuerza, amedrentamiento o intimidación; conociendo la persona que presta el consentimiento de que tiene derecho a negar tal autorización. La determinación de si el consentimiento se ha otorgado libremente o no para penetrar en el hogar, morada o domicilio, debe realizarse un examen exhaustivo de todas las circunstancias que rodearon cada situación en concreto, para apreciar si existieron o no vicios que hayan afectado la libre voluntad de la persona, especialmente si ella se encuentra arrestada, detenida o procesada.



## 7.1. Los límites del derecho a la inviolabilidad del hogar

Como en todo derecho sus límites o fronteras derivan de la propia delimitación constitucional o de la configuración legal cuando el propio texto de la Constitución lo autoriza. En todo caso, es norma esencial y común a todos los tratados internacionales en materia de derechos humanos y a nuestra Constitución el principio de reserva legal en materia de regulación de los derechos esenciales. Por tanto, solo el legislador expresamente puede autorizar el registro y allanamiento del hogar o domicilio, como asimismo, quienes están autorizadas para ello, todo ello sin afectar el contenido esencial del derecho. Es así que nuestra Constitución determina en el artículo 19 N° 5, segunda oración, que “El hogar solo puede allanarse ... en los casos y formas determinadas por la ley”. Sólo el texto legal en casos determinados y excepcionales y con el cumplimiento de las formalidades correspondientes que impidan el abuso o la arbitrariedad pueden autorizar el ingreso al hogar sin consentimiento de los titulares.

Las limitaciones y excepciones legales a la inviolabilidad del hogar se encuentran en el Código de Procedimiento Penal y el Código Sanitario, entre otros. Tales limitaciones dicen relación con la facultad que tiene la autoridad judicial para decretar allanamientos, registros, incautación de documentos, los cuales deben ser efectuados por los funcionarios policiales con las formalidades y condiciones que la misma ley determina. El Código de Procedimiento Penal se refiere a la materia en su libro segundo, parte primera, título III referente a “la entrada y registro en lugar cerrado”, artículo 156 a 175.

Otra limitación de la inviolabilidad del hogar es en el caso de delito flagrante o los casos de fuerza mayor con el fin de evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a terceros, o a prestar auxilio a la justicia (la entrada en el hogar ajeno para rescatar personas atrapadas en caso de un incendio o terremoto; ayudar a apagar el incendio, auxiliar personas heridas, etc.) En el caso de allanamiento, este no puede tener otro objeto por parte de la acción investigadora y judicial que el registro y ocupación de determinada pieza de convicción, la inspección ocular o la eventual detención de personas. El registro puede conceptualizarse con la búsqueda en el hogar, domicilio o morada de determinadas personas, de cosas o hechos dignos de conocerse, por lo que un representante de la autoridad pública entra en él con el objeto de obtener vestigios o medios de prueba, el embargo de objetos o la detención de personas. La inviolabilidad del dominio, al igual que la gran mayoría de los derechos, constituye en derecho limitado, en cuanto la Carta Fundamental autoriza la restricción de esta en los casos que determine el legislador. Estas limitaciones y restricciones a la inviolabilidad del domicilio, que actúan como verdaderas excepciones frente a esta son, por regla general, la existencia de una resolución judicial que la autorice, la producción de un delito flagrante, inspecciones expresamente autorizadas por la ley y con el cumplimiento de las formalidades respectivas y sin arbitrariedad.

Obviamente, también constituye una excepción el caso de la autorización otorgada por la persona que es titular del derecho a la inviolabilidad del hogar, autorización

que debe ser libre y no viciada ya sea por intimidación o presión psicológica grave. En todo caso, el allanamiento o registro del hogar, morada o domicilio debe practicarse de un modo proporcionado al fin perseguido y produciendo el menor daño posible al bien jurídico protegido. No está demás señalar que si bien no existe un derecho a la no recepción jurisdiccional de las pruebas obtenidas violentando antijurídicamente la inviolabilidad del hogar, ello constituye una vulneración del derecho al debido proceso, vulnerando garantías constitucionales, lo que convierte a tales pruebas en pruebas no aceptables en el proceso.

El Código Penal sanciona como delito, en su artículo 144 la violación de morada o domicilio y allanamiento ilícito (artículo 155). La ley 19.423 de 1995, agrega en el Código Penal el delito de captación, grabación, reproducción por cualquier medio y sin autorización del afectado, de conversaciones o comunicaciones de carácter privado, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público; la captación, grabación, filmación o fotografía de imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existen en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público (artículo 161 A del Código Penal). Por otra parte, se penaliza la pretensión de obtener la entrega de dinero o bienes o la realización de cualquier conducta que no sea jurídicamente obligatoria, mediante los actos anteriormente señalados, lo que configura una extorsión (artículo 161 b del Código Penal).

### VIII. LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS

La inviolabilidad de las comunicaciones la constituyen dos ámbitos, el primero es la libertad de las comunicaciones y, el segundo, el secreto de las comunicaciones, teniendo su fundamento en el respeto a la privacidad de las personas. La libertad y secreto de las comunicaciones opera desde el momento en que el autor de dicha comunicación exterioriza su intención de hacer llegar el mensaje a una persona, hasta el momento en el que el destinatario recibe y toma conocimiento del mensaje que se le ha enviado. La Constitución chilena en el artículo 19 N° 5 asegura a todas las personas la inviolabilidad .... “de toda forma de comunicación privada”, agregando que “las comunicaciones y documentos privados” no pueden “interceptarse, abrirse o registrarse” salvo en “los casos y formas determinadas por la ley”.

El texto constitucional chileno utiliza un lenguaje más moderno en este ámbito que el que utiliza el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas al referirse a la materia en su artículo 17, asegurando de que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en ... su correspondencia...”, en iguales términos se expresa la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 11 N° 2, el cual determina que “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas... en su correspondencia”.

El vocablo “comunicación privada” se refiere a todo tipo de comunicación epistolar, telefónica, radiográfica, fax, email, entre otros. A su vez, la voz “documento” se refiere a cualquier cosa que sirva para ilustrar o comprobar algo, entre los cuales se

cuentan los diplomas, certificados, cartas, grabaciones, entre otros. La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución dejó constancia en su sesión 129, de que el derecho en análisis asegura a las personas y las protege contra toda forma tecnológica moderna que permita captar conversaciones o imágenes a distancia, tanto las actualmente existentes como teleobjetivos, satélites, etc., como los que puedan desarrollarse en el futuro.

La vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas se produce tanto por la interceptación en sentido estricto de la comunicación (como es el caso de la aprehensión física del soporte del mensaje o la captación de otra forma del proceso de comunicación), la retención o por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (lectura de correspondencia guardada por el destinatario, entre otras). En esta perspectiva, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, prohibió que se usara en un proceso penal una grabación secreta efectuada por la víctima durante una conversación con el acusado (34 Bverf GE 238, 1973). El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas protege la circulación de la comunicación en forma libre y la prohibición de interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones. Este derecho posee eficacia *erga omnes*, garantizando la impenetrabilidad de la comunicación privada por terceros, sean estos agentes públicos o privados. A su vez, la inviolabilidad se predica de la “comunicación privada”, cualquiera sea su contenido y pertenezca o no el contenido de la comunicación al ámbito de la privacidad o intimidad. La inviolabilidad de las comunicaciones privadas opera desde el momento en que el autor de la comunicación exterioriza su intención de hacer llegar un mensaje a otro sujeto, hasta el momento en el que el destinatario, recibido el mensaje, tomó conocimiento del mismo.

El remitente posee, asimismo, un derecho frente al destinatario de la comunicación, las manifestaciones que el emisor confía van dirigidas exclusivamente al destinatario, no a terceras personas o a la publicidad, existiendo una deber de reserva o secreto del destinatario frente al remitente, por tanto, los terceros que violen la privacidad de la comunicación incurren en conducta ilícita con su mera injerencia, como sostiene Lucas Murillo<sup>(30)</sup>. Existe el deber de respetar el secreto de la comunicación privada obtenida sin el consentimiento del informante o habiendo viciado tal consentimiento. Quién recibe la comunicación privada puede darla a conocer a terceros, salvo que el contenido de la comunicación afecte la privacidad del transmisor.

Así, el Tribunal Constitucional Español ha sostenido “Quién entrega a otro la carta recibida o quién emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no esta violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que esta misma conducta, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera íntima del interlocutor”. (TCE, Sentencia 114/1984).

---

<sup>(30)</sup> Lucas Murillo, Pablo: *El derecho a la autodeterminación informática*, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1990, pág. 83.

Toda persona debe determinar por sí sola a quien autoriza a grabar su palabra como ante quién puede reproducirse su voz grabada magnetofónicamente. La inviolabilidad de las comunicaciones constituye una presunción *iuris et de iure* de que lo transmitido en una comunicación privada (epistolar, telefónica, fax, etc.), es parte de la privacidad de las personas, por lo que la revelación de ello, independientemente de su contenido material, vulnera el derecho a la privacidad<sup>(31)</sup>. Este derecho se encuentra protegido penalmente en el artículo 146 del código del ramo, el cual sanciona al que abriere o registrare la correspondencia y demás papeles privados sin la voluntad del titular, disposición que tiene como excepción a los cónyuges entre sí, a los padres y guardadores respecto de los papeles o cartas de sus hijos menores que se hallen bajo su dependencia. Dicha disposición tampoco es aplicable a las personas a quienes por las leyes o reglamentos especiales, les es lícito instruirse de correspondencia o comunicaciones ajenas. El Código de Procedimiento Penal regula en los artículos 176 a 183 los registros que puede hacer la autoridad, tanto en la correspondencia, documentos o comunicaciones privadas, además de los requisitos y limitaciones que tienen tales registros.

### **8.1. La inviolabilidad de las comunicaciones privadas permite asegurar y proteger el secreto profesional**

El secreto profesional como señala Novoa Monreal, obliga a quién ejerce una profesión regulada, en razón de la cual debe tomar conocimiento del secreto de otra persona y guardarlo fielmente<sup>(32)</sup>. La violación del secreto profesional genera las responsabilidades civiles y penales consiguientes. Las personas a menudo buscan consejos profesionales revelando a tales profesionales ámbitos de su privacidad e intimidad, información que no puede ser utilizada en perjuicio de quienes la proporcionan. Por tal razón, los profesionales que reciben tal información gozan de privilegios legales frente a un develamiento forzado de dichos datos. Tal es el caso de las confesiones religiosas, el secreto médico, el secreto de los abogados. Todos ellos protegen el bien jurídico de la privacidad o intimidad.

El secreto profesional como señala Santamaría Pastor, se desdobra, por una parte, en un derecho del particular fundado en el derecho a la privacidad e intimidad, de eficacia multidireccional, ejercitable no solo ante el profesional, sino ante cualquier otra persona o poder público que pretenda su quebrantamiento. Por otra parte, el secreto profesional se configura como un deber y un derecho del profesional a no declarar sobre sus clientes y sobre sus relaciones mantenidas con los mismos<sup>(33)</sup>.

---

(31) Ruiz Miguel, Carlos: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1995, pág. 95.

(32) Novoa Monreal, Eduardo: *Derecho a la vida privada y libertad de información*, Ed. Siglo Veintiuno Editores, México, 1981, pág. 80.

(33) Ver Santamaría Pastor, Juan Alfonso: "Sobre derecho a la intimidad, secreto y otras cuestiones innombrables" en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 15, España, 1985, págs. 173-174.

La inviolabilidad de las comunicaciones privadas protege también el secreto de las relaciones jurídicas documentales de las personas en virtud de los hechos y las relaciones que ellos representan. El secreto documental puede confluir con la inviolabilidad del hogar. En tal caso, su protección queda absorbida por esta segunda inviolabilidad. En esta perspectiva podría encontrarse el caso de que en un registro judicial domiciliario se encuentren documentos no relacionados con la indagación autorizada por el juez en el proceso o investigación respectiva, en tal situación dicha documentación no podría ser considerada prueba lícitamente obtenida, sobre lo cual se ha pronunciado en varias oportunidades el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>(34)</sup>. Por último, el secreto documental puede conjugararse con el secreto profesional.

## **8.2. Las limitaciones a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados**

En tal sentido, las limitaciones y excepciones al respeto y protección de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas deben estar expresamente establecidas por ley, como asimismo, el precepto legal y la conducta y procedimientos de las autoridades o funcionarios que se habiliten en casos determinados y excepcionales a afectar la inviolabilidad de las comunicaciones privadas deben actuar sin abuso o arbitrariedad y en la medida estrictamente necesaria, salvaguardando en el mayor grado posible la vigencia del derecho de acuerdo a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

## **8.3. Jurisprudencia sobre inviolabilidad del hogar y las comunicaciones privadas**

La jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha asegurado y protegido el derecho a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada en distintos ámbitos o facetas del derecho. En efecto, la Corte Suprema de Justicia ha determinado la estricta reserva que deben guardar los bancos de los instrumentos en que consten “la existencia del contrato de cuenta corriente, los depósitos, giros y demás operaciones que le son propias, las que deben asimilarse a la garantía de inviolabilidad contemplada en el N° 5 del artículo 19 de la Constitución Política y cuyo “registro” sólo se permite en los casos y formas determinados por la ley” (Rol N° 13.087 de fecha 19 de enero de 1988). En caso de colisión de derechos entre el derecho al justo y debido proceso y el derecho a la privacidad de un documento de una hija que establece un resumen clínico presentado a una organización de consultoría familiar (CENFA) en que expresa la evolución de la relación de sus padres, el cual luego es presentado por el padre, para fundamentar la regulación de visita del hijo común al tribunal competente, este hace prevalecer el derecho al debido proceso para la correcta administración de justicia (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 850-93, conformado por Corte Suprema por sentencia Rol N° 20.982 del 1 de

---

(34) Sentencia del T.E.D.H., Kruslin A 176-A; Huvig, A 176-B.

junio de 1993). A su vez, la citación por el Servicio de Impuestos Internos al gerente de una institución bancaria para que concurra al Departamento de Investigación Tributaria con la fotocopia y documentación correspondiente a la cuenta de ahorro del recurrente, perturba la garantía constitucional de la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados (Corte Suprema, fallo del 5 de octubre de 1981, Revista Fallos del mes N° 275, pág. 19). El secreto profesional protege a los terceros que han depositado su confianza en ciertas personas que tienen título profesional (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia del 27 de enero de 1981, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 78, sección 2ª, pág. 21).

La Corte de Apelaciones de Santiago ha determinado que el corte ilegal y arbitrario del suministro de agua potable al ocupante de una casa habitación en disputa judicial con la propietaria, por orden dada a la Compañía de Agua Potable por la misma propietaria vulnera el derecho a la inviolabilidad del hogar (Sentencia de fecha 30 de enero de 1984, Rol N° 7-84, Revista Gaceta Jurídica, Enero de 1984, págs. 50-51). En recurso o acción de protección, la Corte de Apelaciones ha determinado que el corte de suministro de electricidad y agua potable al ocupante de un recinto donde se encuentra su actividad como taller de reparaciones mecánica de automóviles, además de llenar de escombros el lugar, donde el nuevo propietario adquirió el terreno por venta del anterior dueño, el cual había concretado el contrato de arrendamiento al recurrente, dicha situación constituye para este último una vulneración del derecho a la inviolabilidad del hogar protegido por el artículo 19 N° 5 de la Constitución (Sentencia rol N° 2472-91 de fecha 4 de diciembre de 1991, confirmada por Corte Suprema, Rol N° 18.115, Sentencia de fecha 18 de diciembre de 1991).

## **IX. EL DERECHO A LA PRIVACIDAD EN LAS CONSTITUCIONES CONTEMPORÁNEAS**

### **A) Alemania**

Art. 10.1. Será inviolable el secreto de la correspondencia, así como el del correo y los telégrafos.

2. Solo en virtud de una ley podrán establecerse limitaciones a este derecho. Si la restricción obedece al propósito de proteger el orden básico liberal y democrático o la existencia o salvaguardia de la Federación o de un Estado regional, podrá la ley disponer que no se comunique la restricción al afectado y que el control sea asumido por órganos y auxiliares designados por la representación del pueblo, en vez de correr a cargo de la autoridad judicial.

Art. 13. 1. El domicilio será inviolable.

2. Los registros solo podrán ser ordenados por la autoridad judicial y, cuando sea peligroso demorarlos, por los demás órganos previstos en las leyes y únicamente podrán realizarse en la forma establecida.

3. Por lo demás, solo podrán adaptarse intervenciones y limitaciones para la prevención de un peligro común o de un peligro de muerte para personas determinadas y en virtud de una ley también para la salvaguardia contra peligros que amenacen directamente la seguridad y el orden públicos, especialmente para subsanar la escasez de viviendas, combatir el riesgo de epidemias y proteger a los menores en peligro.

## **B) Argentina**

Art. 18. Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en que casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a modificarlos más allá de los que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

Art. 19. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

## **C) Brasil**

Art. 5. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos:

X. Son inviolables la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas, asegurándose el derecho a indemnización por el daño material o moral derivado de su violación;

XI. La casa es asilo inviolable del individuo, no pudiendo penetrar nadie en ella sin consentimiento del morador, salvo en caso de flagrante delito o desastre, o para prestar socorro, o, durante el día, por determinación judicial;

XII. Es inviolable el secreto de la correspondencia, de las comunicaciones telegráficas, de las informaciones y de las comunicaciones telefónicas, salvo, en el último caso, por orden judicial, en las hipótesis y en la forma que la ley establezca para fines de investigación criminal o instrucción procesal penal;

LXXII. Se concederá habeas data:

a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante que consten registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público;

b) Para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo; ( ... ).

## **D) Colombia**

Art. 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Solo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

## **E) Costa Rica**

Art. 23. El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República son inviolables. No obstante pueden ser allanados por orden escrita de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley.

Art. 24. Son inviolables los documentos privados, las comunicaciones escritas u orales de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley fijará los casos en que los tribunales de justicia podrán ordenar el secuestro, registro o examen de documentos privados, cuando ello sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.

## **F) España**

Art. 18.1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen.

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.



3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial,

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

## **G) Estados Unidos**

Enmienda 3. En tiempo de paz, ningún soldado deberá alojarse en una casa sin el consentimiento del propietario; ni en tiempo de guerra, pero de conformidad con que la ley prescriba.

Enmienda 4. El derecho de la población a la seguridad en sus personas, sus documentos y efectos, contra incautaciones y cateos arbitrarios no deberá ser violado, y no habrán de expedirse las órdenes correspondientes si no existe una causa probable, apoyada por juramento o declaración solemne, que describa en particular el lugar que habrá de ser inspeccionado y las personas o cosas que serán objeto de detención o decomiso.

Enmienda 5. Ninguna persona podrá ser detenida para que responda por un delito capital o infamante por algún otro concepto, sin auto de denuncia o acusación formulado por un Gran Jurado, salvo en los casos que se presenten en las fuerzas terrestres o navales, o en la Milicia, cuando estas estén en servicio efectivo en tiempo guerra o de peligro público; (...).

Enmienda 9. El hecho de que en la Constitución se enumeren ciertos derechos no deberá interpretarse como una negación o menosprecio hacia otros derechos que también son prerrogativas del pueblo.

## **H) Francia**

No existe norma correspondiente, pero el derecho ha sido reconocido jurisprudencialmente.

## **I) Italia**

Art. 14. El domicilio es inviolable. No se podrán efectuar inspecciones o registros ni embargos salvo en los casos y con las modalidades establecidas por la ley, y conforme a las garantías prescritas para la salvaguardia de la libertad personal. Se regularán por leyes especiales las comprobaciones e inspecciones por motivos de sanidad y de salubridad públicas o con fines económicos y fiscales.

Art. 15. Serán inviolables la libertad y el secreto de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicación.

La limitación de los mismos solo podrá producirse por auto motivado de la autoridad judicial con las garantías establecidas por la ley.

## J) México

Art.16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose, al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuesto por el ocupante del lugar cateado o, en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal, que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir las exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose, en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.

## K) Perú

Art. 2. Toda persona tiene derecho:

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propia.

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.

9. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley.

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen afecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación salvo por orden judicial.

## L) Portugal

### Art. 26 (otros derechos personales)

1. A todos se les reconoce el derecho a la identidad personal, a la capacidad civil, a la ciudadanía, al buen nombre y reputación, a la imagen, a la palabra y a la reserva de la intimidad de la vida privada y familiar.

2. La Ley establecerá garantías efectivas contra la utilización abusiva, o contraria de la dignidad humana, de informaciones relativas a las personas y familias.

3. La privacidad de la ciudadanía y las restricciones a la capacidad civil sólo pueden imponerse en los casos y en los términos previstos por la ley, no pudiendo tener como fundamento motivos políticos.

### Art. 34 (inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia)

1. El domicilio y el secreto de la correspondencia y demás medios de comunicación privada son inviolables.

2. La entrada en el domicilio de un ciudadano contra su voluntad sólo podrá ser ordenada por la autoridad judicial competente, en los casos y según las formas previstas por la ley.

3. Nadie podrá entrar durante la noche en el domicilio de una persona sin su consentimiento.

4. Se prohíbe toda injerencia de las autoridades públicas en la correspondencia y en las telecomunicaciones, salvo en los casos previstos en la ley en materia de enjuiciamiento.

#### Art. 35 (Utilización de la informática)

1. Todo ciudadano tendrá derecho a tener conocimiento de los datos que consten en ficheros y registros informáticos que le afecten y de la finalidad a que se destinan esos datos, pudiendo exigir su rectificación y actualización, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley sobre secretos de Estado y secreto de actuaciones judiciales.

2. Se prohíbe el acceso a ficheros y registros informáticos para el conocimiento de datos personales relativos a terceros y la respectiva interconexión, salvo en casos excepcionales previstos por la ley.

3. La informática no puede ser utilizada para el tratamiento de datos referentes a convicciones filosóficas o políticas, afiliación a partidos o a sindicatos, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate del tratamiento de datos estadísticos no identificables individualmente.

4. La ley definirá el concepto de datos personales para fines de registro informático, así como las bases y bancos de datos y las respectivas condiciones de acceso, constitución y utilización por entres públicos y privados.

5. Se prohíbe la asignación de un número nacional único a los ciudadanos.

6. La ley definirá el régimen aplicable a los flujos de datos a través de las fronteras, estableciendo formas adecuadas de protección de datos personales y de otros cuya salvaguardia se justifique por razones de interés nacional.

### **M) Uruguay**

Art. 10. Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados.

Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la Ley, ni probado de los que ella no prohíbe.

Art. 11. El hogar es un sagrado inviolable. De noche nadie podrá entrar en él sin consentimiento de su jefe, y de día, sólo de orden expresa de un juez competente, por escrito y en los casos determinados por la Ley.

Art. 28. Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, examen o interpretación sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.

### **N) Venezuela**

Art. 59. Toda persona tiene derecho a ser protegida contra los perjuicios a su honor, reputación o vida privada.

Art. 62. El hogar doméstico es inviolable. No podrá ser allanado sino para impedir la perpetración de un delito o para cumplir, de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los tribunales.

Las visitas sanitarias que hayan de practicarse de conformidad con la ley sólo podrán hacerse previo aviso de los funcionarios que las ordenen o hayan de practicarlas.

Art. 63. La correspondencia en todas sus formas es inviolable. Las cartas, telegramas, papeles privados y cualquier otro medio de correspondencia no podrán ser ocupados sino por la autoridad judicial, con el cumplimiento de las formalidades legales y guardándose siempre el secreto respecto de lo doméstico y privado que no tenga relación con el correspondiente proceso. Los libros, comprobantes y documentos de contabilidad sólo estarán sujetos a la inspección o fiscalización de las autoridades competentes, de conformidad con la ley.

## X. BIBLIOGRAFÍA

- Afonso da Silva, Jose: *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª Ed. revisada y ampliada, Ed. R.T., Sao Paulo, Brasil, 1990.
- Alegre Martínez, Miguel Angel: *El derecho a la propia imagen*, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1997.
- Ariel Dotti, Rene: *Proteção da vida privada e libertade de informação*, Ed. R.T., Sao Paulo, Brasil, 1980.
- Barile, P. y Cheli, E. Voz: “Domicilio (libertè di)”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIII. Giuffrè, Varese, 1964.
- Biscaretti Di Ruffia, P.: *Derecho Constitucional*, 1ª. ed., Tecnos, Madrid, 1973; 3ª. Ed. Tecnos, Madrid, 1987.
- Bidart Campos, Germán J.: *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1995.
- Brewer-Carías, Allan: *Instituciones Políticas y Constitucionales. Derechos y garantías constitucionales*, Tomo IV, Ed. Jurídica Venezolana, Universidad Católica del Táchira, Venezuela, 1996.
- Cea Egaña, José Luis: “El derecho constitucional a la intimidad”, *Revista Gaceta Jurídica*, Santiago, Chile, Agosto de 1966.
- Crevillen Sánchez: *Derecho de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Actualidad Editorial, Madrid, España, 1995.
- Cruz Villalón, P.: “El legislador de los derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Público y Estudios políticos*, 2 (1990) (monográfico sobre los derechos fundamentales).

- Espín Templado, E.: “Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 8 (1991).
- ———: “La inviolabilidad del domicilio y el concepto de flagrancia”, *Estudios de Jurisprudencia Colex*, 8 (1993).
- Ekmekdjian, Miguel Angel: *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I y II. Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1997.
- Fariñas Matoni, L. M<sup>a</sup>.: *El derecho a la intimidad*, Trivium, Madrid, 1983.
- Fernández Segado, F.: “Comentario al artículo 55”. AAVV.: *Comentarios a las leyes políticas*, (dirigidos por O. Alzaga Villaamil), vol. IV, Edersa, Madrid, 1984.
- ———: *El sistema constitucional español*, Editorial Dykinson, Madrid, 1992.
- Fernández-Miranda Campoamor, A.: *El secreto profesional de los informadores*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.
- Figueroa Navarro, M.C.: *Entrada y registro en domicilio*, Tecnos, Madrid, 1994.
- Gavara de Cara, J.C.: *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- González Pérez, Jesús: *La degradación del derecho al honor*, Ed. Cuadernos Civitas, Madrid, España, 1993.
- González-Trevijano, Pedro: *La inviolabilidad del domicilio*, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1992.
- Jiménez Campo, J.: “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20 (1987).
- Kayser, Pierre: *La protection de la vie privée*, 2<sup>a</sup> ed., Presses Universitaires d’ Aix-Marseille/Economica, Aix-en-Provence/París, Francia, 1990.
- Lavagna: *Instituzioni di Diritto Pubblico*, 5ta. ed., Turín, Italia, 1982.
- López Guerra, L.; Espín Templado, E.; García Morillo, J.; Pérez Tremps, P. y Satrustegui, M.: *Derecho Constitucional*, vol. I, Tirant lo blanch, Valencia, España, 1991.
- López Pina, A.: (ed.): *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991.
- Lucas Murillo de la Cueva, Pablo: *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990.
- Madrid, Fulgencio: *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, Universidad de Valencia, Valencia, España, 1984.

- Martín Retortillo-Baquer, L. y Otto, I. de: *Derechos fundamentales y Constitución*, Ed. Civitas, Madrid, España, 1988.
- Matia Portilla, F. J.: “Delito flagrante e inviolabilidad del domicilio. (Comentario a la STC 341/1993)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 42, 1994.
- Miller, Jonathan; Gelli, María Angélica; Cayuso, Susana: *Constitución y derechos humanos*, Tomo 2, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1991.
- Nogueira Alcalá, Humberto: “Reflexiones constitucionales sobre el establecimiento constitucional del Hábeas Data”, en *Revista Ius et Praxis*, año 3, N° 1, Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile 1997.
- \_\_\_\_\_: *Dogmática constitucional*, Ed. Universidad de Talca, Chile, 1997.
- Novoa Monreal, Eduardo: *Derecho a la vida privada y libertad de información*, 2ª ed., Ed. Siglo Veintiuno editores, México, 1981.
- O’callaghan, X.: *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Ed. Revista de Derecho Privado, Edersa, España, 1991.
- Pace, A.: *Problematica delle libertà costituzionali. Parte especial*, 2ª ed., Cedam, Padua, 1992.
- \_\_\_\_\_: “Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana”, *Archivio Giuridico*, 1963, págs. 111 y ss.
- \_\_\_\_\_: “Ius admittendi, e ius prohibendi, “contitolarità” e titolarità “derivata” nella problematica della libertà domiciliare (osservazione alla Sentenza della Pretura de Cagliari, de 11-X-1971)”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1972, págs. 28000 y ss.
- \_\_\_\_\_: *Zone protette e “oneri” dei visitatori (tra funghi e libertà. Le Regioni, 5 (1987).*
- Pellise Prats, B.: *Voz “Allanamiento de morada”*, en AA.VV., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo II, F. Seix ed., Barcelona, España, 1975.
- Pizzorusso, A.: *Lecciones de Derecho Constitucional*, 2 vols., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1984.
- Rivero, J.: *Les libertés publiques*, 4ª ed., Presses Universitaires de France, París, Francia, 1989.
- Robert, J. y Duffar, J.: *Libertés publiques et droits de l’homme*, 4ª ed., Montchrestien, París, Francia, 1988.
- Roche J.: *Libertés publiques*, Dalloz, 6ª ed., París, 1981.
- Roux, Andre: *La protection de la vie privée dans les rapports entre l’Etat et les particuliers*, Ed. Económica, París, Francia, 1983.

- Rubio Llorente, Francisco: *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ed. Ariel, España, 1995.
- Ruiz Miguel, Carlos: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, España, 1995.
- Sagüés, Néstor Pedro: *Elementos de Derecho constitucional*, Tomo 2, 2da. ed. actualizada, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1997.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso: “Sobre derecho a la intimidad, secreto y otras cuestiones innombrables”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 15, España, 1985.
- Travieso, Juan Antonio: *Derechos humanos y derechos internacionales*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1995.
- Verdugo Marinkovic, Mario; Pfeffer Urquiaga, Emilio; Nogueira Alcalá, Humberto: *Derecho Constitucional*, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2da. edición, 1997.
- Warren, S.D. y Brandeis, L.D: “The right to privacy”, *Harvard Law Review*, vol. IV, N° 5, 1890. Traducción de Pilar Baselga, que se acompaña de una introducción de Benigno Pendás (*El derecho a la intimidad*, Civitas, Madrid, 1994).
- Westin, Alan F.: *Privacy and Freedom*, Ed. Atheneum, 6ª ed., Nueva York, Estados Unidos, 1970.



# LOS DERECHOS PRESTACIONALES

RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE  
(Costa Rica)

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Costa Rica como estado social de derecho. III. Los derechos prestacionales. IV. Configuración y eficacia jurídica de los derechos prestacionales. V. La categorización de los derechos prestacionales en el ordenamiento constitucional costarricense. VI. Las garantías jurisdiccionales de los derechos prestacionales.

## I. INTRODUCCIÓN

Luego de la entrada en vigencia de las constituciones políticas de la postguerra, el tradicional Estado de Derecho, basado sobre los principios de libertad e igualdad, evolucionó hacia el moderno Estado Social y Democrático de Derecho, en el que se han potenciado los derechos de contenido económico y social, cuyos antecedentes se remontan hasta la Constitución mexicana de 1917 y la de Weimar de 1919.

El reconocimiento de los derechos sociales y económicos en los textos constitucionales de la postguerra plantea una serie de problemas jurídicos de difícil solución, sobre todo en el ámbito de los derechos fundamentales. Uno de ellos será analizado en relación con nuestro ordenamiento constitucional: los denominados derechos prestacionales.

## II. COSTA RICA COMO ESTADO SOCIAL DE DERECHO

En la Carta Política vigente, que data del 7 de noviembre 1949, se reforzaron y ampliaron las garantías sociales introducidas por la reforma constitucional de 1942. Asimismo, se intentó modelar un Estado dirigista o benefactor tanto estructural como dogmáticamente. La Constitución de 1949, como toda Carta Política, fue el resultado del compromiso de las fuerzas políticas dominantes en ese momento histórico (Martínez). Luego de los hechos armados del 48, la Junta Fundadora de la Segunda República nombró una Comisión para que redactara un proyecto de Constitución, que sería tomado como base de discusión por la Asamblea Constituyente.

Sin embargo, en la Asamblea Constituyente el Partido Unión Nacional, de extracción conservadora y que se oponía radicalmente a las ideas socialdemócratas de la Junta de Gobierno, obtuvo la mayoría de los escaños. Por ello, al instalarse la Constituyente se desechó el citado proyecto y se tomó como base de discusión la derogada Constitución de 1871.

Los pocos diputados socialdemócratas que integraban la Asamblea Constituyente, sin embargo, presentaron mociones de reforma para cada artículo en discusión, con lo cual lograron introducir importantes cambios en el texto de 1871. Estos se dieron, de manera fundamental, en lo relativo al atemperamiento de la forma de gobierno, que pasó de un Presidencialismo clásico a un sistema presidencialista racionalizado por la introducción de instituciones propias del régimen Parlamentario.

El resultado final es que nuestra Constitución vigente no es ni socialista ni totalmente conservadora, pues otorga poderes de intervención al Estado en los campos económico y social al mismo tiempo que respeta los derechos económicos de los particulares (propiedad privada, libertad empresarial, libertad de trabajo, etc.) Por ello, repetimos, la Constitución de 1949 es el resultado del compromiso de las fuerzas políticas dominantes al momento de su promulgación.

Desde el ángulo que nos interesa, la citada Constitución introdujo las siguientes novedades:

- a) Fijación de las bases constitucionales para la creación y organización de las instituciones descentralizadas, las cuales, a partir de entonces, han compartido el ejercicio de la función administrativa con el Poder Ejecutivo.
- b) Definición de las bases, libertades y garantías necesarias para un sistema económico y social más justo, con potestades de organización y dirección del Estado, dentro del respeto de la propiedad privada y a la libre empresa, concebidas como fundamentales pero claramente relativas.
- c) Creación de mecanismos jurídicos de defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales de los administrados (habeas corpus, amparo, recurso de inconstitucionalidad, juicio contencioso-administrativo).
- d) Introducción de varias normas programáticas en materia económica y social, que procuran la mayor distribución de la riqueza; obligación del Estado de procurar trabajo honrado y bien remunerado; fomento a la creación de cooperativas para facilitar mejores condiciones de vida a los trabajadores; promoción de la construcción de viviendas populares y creación del patrimonio familiar del trabajador; velar por la preparación técnica y cultural del trabajador; creación del seguro de desempleo, etc.

En resumen, la Constitución Política de 1949 crea un Estado benefactor, tanto estructural como dogmáticamente, ya que al autorizar la creación de instituciones descentralizadas en forma expresa y tácitamente de empresas públicas, permitió su crecimiento burocrático acelerado, al mismo tiempo que autorizó su intervención activa en los campos económico y social, pues justamente esas instituciones descentralizadas

asumieron funciones que anteriormente estaban en manos de los particulares. Verbi-gracia, la prestación de los servicios de electricidad y telecomunicaciones (ICE); construcción de viviendas populares (INVU); refinación y distribución de combustibles (RECOPE); control y operación de los ferrocarriles (INCOFER); monopolio de los seguros (INS); monopolio de los depósitos a la vista bancarios (los cuatro bancos estatales). En otros términos, el aparato estatal se ensanchó para que el Estado pudiera intervenir activamente en los campos económico y social, lo cual estaba concentrado exclusivamente en manos de los particulares antes de 1949.

Desde el punto de vista dogmático nuestra Constitución vigente consagra una serie de garantías sociales y económicas en favor de los ciudadanos, tales como los derechos laborales, las garantías sindicales, los derechos familiares, además de los derechos prestacionales arriba citados. Con justa razón puede afirmarse, entonces, que la Constitución de 1949 marca el tránsito del Estado Liberal de Derecho hacia el Estado Social y Democrático de Derecho que actualmente vivimos.

### III. LOS DERECHOS PRESTACIONALES

En este acápite analizaremos si los derechos prestacionales son auténticamente derechos fundamentales, tal y como se les concibe a éstos hoy día.

#### 1. Diversas concepciones doctrinales

Para dar una muestra de la gran variedad de concepciones que existen sobre los derechos prestacionales, nos limitaremos a las esbozadas por la doctrina francesa, italiana y española.

##### a) *La doctrina francesa*

Un sector importante de la doctrina francesa llegó a cuestionarse la virtualidad jurídica de tales derechos, pues los consideraba como “vocaciones a la libertad por cuanto no definen una libertad presente, anuncian una liberación. Y esa liberación se obtendrá menos por el esfuerzo individual, que por la acción de los gobernantes” (Burdeau). Luego, este mismo autor, los configuró como la autorización que conceden a los individuos frente a la sociedad para exigir a los poderes públicos prestaciones para desarrollar su personalidad.

Para Rivero consisten en un crédito contra la sociedad dirigido a satisfacer prestaciones positivas a través de servicios públicos. Madiot los configura, por su parte, como obligaciones que pesan sobre el Estado ausentes en la Declaración de 1789, con fines asistenciales o de beneficencia.

##### b) *La doctrina italiana*

En general ha encuadrado los derechos prestacionales dentro de la categoría de los derechos cívicos. Por estos últimos se han entendido pretensiones de los individuos

frente al Estado para obtener prestaciones a su favor, consistentes en obligaciones positivas de hacer (Mortati). El mismo autor los justifica diciendo que la persona, en cuanto forma parte de una comunidad socio-económica, es titular de una serie de derechos, algunos de contenido económico y otros de carácter prestacional. Estos últimos nacen de una situación de desequilibrio social, por lo que su finalidad es justamente la de buscar un equilibrio basado en el principio de igualdad material, o en el “carácter solidario de la libertad individual”.

Lavagna, por su parte, los preceptúa como derechos públicos de prestación de titularidad individual, subespecie de los derechos sociales siempre que consistan en intervenciones públicas directas tendentes a eliminar las desigualdades económicas y sociales mediante el otorgamiento de satisfactores esenciales. Para no hacer muy larga la lista, Biscaretti di Ruffia los considera derechos públicos de prestación para comprender las específicas pretensiones de los ciudadanos a obtener prestaciones, de hacer o de dar, en materia económico-social a cargo de quien ejerce una función pública.

### *c) Los derechos prestacionales como caracterizantes de la forma de Estado*

La doctrina italiana más reciente sostiene que los derechos prestacionales son expresión de la forma de Estado. Dentro de este orden de ideas se afirma que “Los derechos fundamentales son indudablemente situaciones subjetivas que la persona puede hacer valer tanto frente a los poderes públicos, como frente a los particulares. No obstante, tal consideración no puede oscurecer el hecho de que los derechos sean garantizados y reconocidos en las constituciones también en cuanto elementos caracterizantes de una particular forma de Estado” (Rolla).

En efecto, los principios organizativos típicos del Estado Liberal tenían como objetivo proteger al ciudadano de posibles abusos y del uso ilegítimo del poder por parte de las autoridades públicas. Por tal razón es que la separación de poderes, el principio de legalidad y la reserva de ley asumieron la doble condición de principios que caracterizaban la forma de Estado y de garantías institucionales de los derechos fundamentales de la persona. La conexión entre principios generales de la organización constitucional de un Estado y garantías de los derechos fundamentales de la persona también se refleja en el Estado Social y Democrático de Derecho que actualmente vivimos. En otros términos, la experiencia del Estado Social y Democrático de Derecho influye tanto sobre la estructura de las garantías, así como sobre el catálogo de las situaciones subjetivas consideradas como derechos fundamentales. En efecto, el detallado reconocimiento de los derechos prestacionales que se encuentran presentes en todas las Constituciones modernas asume un carácter bivalente: por un lado, satisface la exigencia de enriquecer el principio personalístico y, por el otro, se conecta casi naturalmente a la calificación de la forma de Estado (Mazziotti).

Con justa razón un jurista español ha dicho que “sólo hay derechos en la democracia y no hay democracia sin derechos. Son así un verdadero rasgo funcional de la democracia” (Solozábal). De esa forma los derechos prestacionales presentan una do-

ble faceta, dado que representan, al mismo tiempo, la especificación de posiciones subjetivas de las personas y la articulación de las políticas típicas del Estado Social y Democrático de Derecho dirigidas a la afirmación del principio de igualdad sustancial y de participación en la vida social. Por tanto, los cultores de esta posición concluyen que los derechos prestacionales participan, al mismo tiempo, de las condiciones de verdaderos derechos y de disposiciones constitucionales de principio. No obstante, esta corriente de pensamiento admite que “Las características propias de los derechos sociales ponen problemas no menos arduos a la doctrina: tanto de calificación jurídica, cuanto de garantía y de tutela” (Rolla). Nos parece, sin embargo, que el problema de la naturaleza jurídica de los derechos prestacionales, queda todavía sin resolver, puesto que como es sabido, los derechos que carezcan de tutela jurisdiccional no pueden ser calificados de fundamentales.

#### d) *La doctrina española*

Satrústegui, López Guerra, Espín, García Morillo y Pérez Tremps los preceptúan como un conjunto de derechos sociales que están directamente vinculados con la definición de la forma de Estado, como Estado social (art. 1, CE). En sus propias palabras “Se trata de derechos que no consisten en la exigencia de un abstencionismo estatal, o en la garantía de un ámbito de autonomía o de dominio individuales, sino que generalmente pueden interpretarse como derechos de prestación, que se traducen en el requerimiento de un dar o un hacer estatal”.

En un obra reciente un autor mexicano, pero formado en España y aplicando su definición al ordenamiento constitucional español, los define como “aquellos derechos constitucionales que tengan reconocido contenido esencial y cuya obligación primaria consista en el otorgamiento de prestaciones públicas tendentes a la elevación de las condiciones de vida de la población” (Cossio Díaz). El mismo autor, luego de un prolijo análisis de todos los derechos constitucionales consagrados en el ordenamiento español, llega a la conclusión de que sólo existen dos derechos fundamentales prestacionales: el derecho al trabajo y el derecho a la educación. Finalmente, Francisco Fernández Segado los configura como derechos sociales enunciados como principios.

## **2. Los derechos prestacionales como obligaciones del Estado para satisfacer pretensiones materiales de los ciudadanos**

Pese a sus ilustres propulsores ninguna de las concepciones señaladas capta, en nuestro criterio, la naturaleza jurídica de los derechos prestacionales porque todas ellas les confieren, directa o indirectamente, la categoría de derechos subjetivos públicos. Por consiguiente, en tales concepciones los mal derechos prestacionales serían auténticos derechos fundamentales, con todas las implicaciones jurídicas que ese reconocimiento conlleva. El problema nuclear estriba en establecer si se trata propiamente de derechos subjetivos públicos, en el sentido de que son oponibles *erga omnes* y

exigibles frente al Estado y, además, tutelados judicialmente en caso de violación o amenaza de violación por medio del recurso de amparo, o si, por el contrario, se trata de meras pretensiones materiales frente al Estado, las cuales sólo pueden ser satisfechas en la medida del desarrollo económico de cada sociedad estatal particular. En esta última concepción, no serían auténticos derechos y, por tanto, no serían oponibles al Estado, en el sentido de exigir una conducta concreta de éste para satisfacer los intereses por ellos amparados, ni tampoco serían tutelables en la vía jurisdiccional por medio del recurso de amparo, en caso de violación o amenaza de vulneración.

En nuestro criterio las normas constitucionales que consagran tales prestaciones no confieren auténticos derechos subjetivos públicos en favor de los ciudadanos, sino que se trata, más bien, de verdaderas normas de legislación o programáticas (Crisafulli), cuyos destinatarios son los órganos estatales, especialmente los Parlamentos. Es decir, se trata de obligaciones públicas creadas por la Constitución para satisfacer eventualmente pretensiones materiales de los ciudadanos. Las citadas normas constitucionales establecen directrices, de naturaleza política, con el fin de que la acción de los gobernantes se canalice en el sentido de satisfacer, en la medida de las posibilidades económicas del Estado, determinadas pretensiones materiales a los ciudadanos, pues se considera que la efectiva satisfacción de esos intereses sustanciales propugna una sociedad más igualitaria y justa, que son dos de las finalidades esenciales que persigue el moderno Estado Social y Democrático de Derecho.

El incumplimiento de tales directrices, ya sea por parte del legislador o de la Administración, no puede conceder a los ciudadanos derechos subjetivos para exigir por vía del recurso del amparo que las prestaciones se cumplan efectivamente, primero porque nadie está obligado a lo imposible –ni siquiera el Estado– y, en segundo término, porque la esencia del derecho subjetivo estriba precisamente en poder exigir una conducta o una prestación a la otra parte y si ésta rehúsa hacerlo, imponerla coactivamente por medio de los tribunales de justicia, pues como dicen los ingleses, sólo pueden considerarse derechos aquellas pretensiones que son tutelables judicialmente. En este caso, la supuesta parte incumpliente –el Estado– no está obligada a la realización de ninguna prestación concreta, pues las normas de legislación respetan la discrecionalidad política del legislador, dado que éste constituye la esencia del Parlamento en un sistema democrático de gobierno.

A lo sumo, las directrices de legislación implican una prohibición para el Parlamento y la Administración Pública de actuar en forma contraria al contenido de la directriz, pero nunca un mandato al legislador (Rubio Llorente), que sea vinculante y que, en consecuencia, tenga efectos jurídicos concretos en caso de que no sea actuado. De esa forma se puede concluir que los denominados “derechos prestacionales” no confieren a los ciudadanos derechos subjetivos públicos, por lo que tampoco son tutelables judicialmente por los mecanismos del recurso de amparo. Es decir, su violación o amenaza de conculcación sólo son tutelables judicialmente cuando haya sido creada la institución o, en su caso, el mecanismo administrativo o jurídico idóneos

para hacer efectiva la respectiva prestación o garantizar su ejercicio. Verbigracia, un desocupado involuntario no podría recurrir a la jurisdicción constitucional en nuestro país, por vía del recurso de amparo, alegando que el Estado debe pagarle un seguro de desempleo, porque dicho derecho se encuentra consagrado en la Carta Política, aunque no se haya creado la institución encargada de administrarlo. En nuestro criterio, en esta hipótesis, el respectivo recurso de amparo debería rechazarse *ad limine*, pues el derecho subjetivo del ciudadano nacería en el momento en que el Estado crease la institución pública encargada de la administración del seguro de desempleo.

A pesar de lo dicho, es evidente que las disposiciones constitucionales que los consagran tienen eficacia normativa, pues de lo contrario habría que concluir que las Cartas Políticas contienen preceptos jurídicamente ineficaces, lo cual es contradictorio unánimemente hoy día por la doctrina especializada. Es decir, las normas constitucionales no son simples saludos a la bandera, sino normas jurídicas con eficacia *erga omnes*. En consecuencia, subsiste el problema de conciliar el principio de la eficacia de las normas constitucionales con la inexigibilidad jurisdiccional de los derechos prestacionales y la discrecionalidad del Parlamento. Estos tres elementos deben armonizarse a fin de que, sin lesionar ninguno de ellos, se pueda tutelar jurisdiccionalmente, bajo determinadas circunstancias, a los beneficiarios de las obligaciones públicas prestacionales.

#### IV. CONFIGURACIÓN Y EFICACIA JURÍDICA DE LOS DERECHOS PRESTACIONALES

##### 1. La configuración jurídica de los derechos prestacionales

En el acápite anterior hemos concluido que los denominados derechos prestacionales no son derechos subjetivos en sentido estricto, por lo que no pueden configurarse como auténticos derechos fundamentales, tutelables por la vía del recurso de amparo. Ahora nos corresponde delimitar sus caracteres jurídicos propios y su eficacia normativa.

Para comenzar nuestro análisis es conveniente definir las prestaciones como aquellas actividades de hacer o de dar impuestas a los poderes públicos por el ordenamiento constitucional. El punto central consiste en reconocer que en los derechos prestacionales no se está frente al titular de un derecho subjetivo público, sino más bien ante una obligación pública prestacional. En otros términos, si bien la Constitución impone una obligación a los poderes públicos, concomitantemente no otorga por ello un derecho a favor de los particulares.

Es posible afirmar que los poderes públicos tienen una obligación prestacional en tanto deben garantizar u otorgar a todos la prestación respectiva (servicios de salud, educación, vivienda, etc.) Si centramos el concepto de derechos prestacionales en la obligación de los poderes públicos es posible distinguir tres momentos en los derechos prestacionales: la postulación de una obligación a cargo de los poderes públicos establecida en la Constitución; segundo, la regulación para concretizar esa obligación por parte del legislador y, tercero, el surgimiento de un derecho en favor de los particula-

res, quienes en lo sucesivo podrán exigir su cumplimiento jurisdiccionalmente. Por tanto, los derechos prestacionales antes que enunciar derechos lo que hacen es consagrar obligaciones a cargo de los poderes públicos.

La obligación pública, por otra parte, no da lugar al nacimiento de una relación jurídica entre el particular y los poderes públicos, dado que en la Constitución no se precisan ni las prestaciones concretas a obtener ni los medios idóneos para exigirlos. En segundo término, la obligación que se impone a los poderes públicos busca realizar el contenido de los derechos prestacionales, sin que se introduzcan distinciones en cuanto a los sujetos obligados. En tercer lugar, esta obligación con un sujeto genérico sólo puede ser desarrollada por la Asamblea Legislativa, dado que en virtud del principio de división de poderes recogido en nuestra Constitución, los demás poderes públicos requieren actuar, para estos efectos, autorizados por una ley.

Dado que la obligación de los poderes públicos no proviene en el caso de los derechos prestacionales de un derecho correlativo de los particulares, no se puede obligar a la Asamblea Legislativa a dictar la normativa necesaria para hacer exigible aquella obligación. En efecto, la Constitución, en virtud del principio del pluralismo político, puede fijarle a los poderes públicos —especialmente a la Asamblea Legislativa— la realización de determinadas conductas a favor de los gobernados, pero, al mismo tiempo, puede dejarle discrecionalidad respecto al modo y al tiempo en que puede realizarlas.

De lo dicho podemos concluir, que los mal denominados derechos prestacionales, pues no son auténticos derechos subjetivos públicos, presentan las siguientes características:

- a) Son normas jurídicas, que como tales tienen eficacia jurídica respecto de todos los poderes públicos sin necesidad de una ley previa;
- b) Postulan fines a perseguir a través de conductas, de hacer o de dar, impuestas a los poderes públicos, especialmente a la Asamblea Legislativa;
- c) No conceden derechos subjetivos correlativos a los ciudadanos para exigir el cumplimiento de la obligación pública;
- d) La obligación pública concreta contenida en cada uno de los derechos prestacionales, requiere de una ley que la desarrolle para hacerla efectiva;
- e) La finalidad perseguida por las obligaciones es la elevación de las condiciones de vida de los individuos y de los grupos.

## **2. La eficacia jurídica de los derechos prestacionales**

Aunque tales obligaciones no permiten reconocer el otorgamiento directo e inmediato de prestaciones, no por ello carecen de eficacia jurídica. Dependiendo de cada poder público su eficacia es diferente, como lo analizamos de inmediato.

- a) En relación con el Poder Legislativo sirven como informadores de la legislación. El poder conformador del legislador es muy amplio en tratándose de los derechos



prestacionales, pues éstos, a diferencia de los fundamentales, carecen de un contenido esencial que limita la acción reguladora del legislador. Desde luego los derechos prestacionales, en cuanto normas constitucionales, integran el parámetro de validez constitucional. Por otro lado tienen también una eficacia habilitadora para el legislador, el cual puede encontrar en ellos la cobertura necesaria para superar restricciones a la intervención estatal, que pudiera derivarse de los derechos económicos de los particulares.

- b) Los derechos prestacionales también vinculan al Gobierno y a la Administración Pública en general. La función de dirección política que corresponde al Ejecutivo debe respetar los lineamientos contenidos en las normas constitucionales que consagran tales derechos. Por consiguiente, tales normas constituyen un parámetro de validez para los reglamentos, además del que se deriva de las leyes que reglamentan o ejecutan. Inclusive en materias sociales y económicas, los reglamentos independientes, en numerosas ocasiones, sólo tienen como parámetro de validez a los derechos prestacionales por la ausencia de normativa legal específica.
- c) Finalmente en cuanto al Poder Jurisdiccional, su eficacia se produce sobre todo en el ámbito de la justicia constitucional. En efecto, en la praxis de la Sala Constitucional los derechos prestacionales sirven no sólo como parámetro de validez constitucional en algunos casos, sino también como parámetro para una interpretación, conforme a la Constitución, de la legislación. Esto permite, en algunas hipótesis, potenciar las potestades de creación judicial, dada la oscuridad o la ausencia total o parcial de regulación en las materias tuteladas por los derechos prestacionales.

## V. LA CATEGORIZACIÓN DE LOS DERECHOS PRESTACIONALES EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE

Conforme a nuestro ordenamiento constitucional, los mal llamados derechos prestacionales se pueden agrupar en cinco categorías: 1. Protección a la familia; 2. Protección a los trabajadores; 3. Protección a sectores sociales específicos; 4. Protección a determinados bienes materiales, y 5. Protección a la educación.

### 1. Protección a la familia

a) El artículo 51 dispone que la familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. El concepto de familia tutelado por esta norma es amplio y no restrictivo, ya que el mismo incluye tanto a la familia unida por un vínculo formal –el matrimonio– como aquella otra en la cual la unión se establece por lazos afectivos no formales, es decir, uniones de hecho, pero estables.

Dentro de este orden de ideas, la Sala Constitucional ha dicho que “encontramos en la norma constitucional dos elementos de suma importancia en la comprensión de la intención del legislador al promulgarla, cuáles son el “elemento natural” y “fundamento de la sociedad”, como componentes básicos de la formación de la familia. En la

primera frase, entendemos que nuestro legislador quiso que en dicho concepto –familia– se observara que su sustento constituye un elemento “natural”, autónomo de los vínculos formales. Por otro lado, y siguiendo esta misma línea de pensamiento, también debemos entender que al decirse que la familia es el “fundamento de la sociedad” no debemos presuponer la existencia de vínculos jurídicos” (Voto 1975-94). Por familia, en consecuencia, debe entenderse el conjunto de personas que vinculadas por una unión estable de un hombre y una mujer, que viven bajo el mismo techo e integran una unidad social primaria.

La norma en examen establece la obligación del Estado, es decir, de todos los poderes públicos, de proteger al núcleo familiar, lo cual se articula, en la praxis en diversas formas: promulgación de legislación específica que la tutele como institución (Código de Familia), tratamiento tributario más benevolente para el núcleo familiar, políticas de vivienda especiales para la familia, creación de instituciones dedicadas a su protección, etc. La jurisprudencia de la Sala ha dicho, dentro de este orden de ideas, que “En aras del mantenimiento de la unidad familiar y de la integridad de los miembros de la familia, es que el legislador consideró oportuno dotar a las personas víctimas de violencia doméstico de un procedimiento ágil y oportuno, que les garantice en forma inmediata el cumplimiento de los postulados constitucionales mencionados” (Voto 3046-96).

*b)* El matrimonio como base esencial de la familia y la igualdad de los derechos de los cónyuges.

Existe un derecho fundamental de las personas para contraer matrimonio, que se deriva no sólo del artículo 52 de la Constitución, sino además del numeral 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Lo anterior no impide que las personas, en el ejercicio de su libertad individual, puedan optar por fundar una familia sin cumplir con las formalidades propias del matrimonio. Ello implica, por una parte, que el Estado no puede de manera alguna impedir ni obstaculizar, de manera irrazonable, el matrimonio de las personas y, por otra parte, no es posible que se imponga como única forma de constitución de una familia, la opción matrimonial. Como ha dicho la jurisprudencia de la Sala Constitucional: “La promulgación de una ley que establezca normas relativas a la unión de hecho, constituye más bien una respuesta obligada del Estado, ante la realidad social concreta para la que en el pasado no se ofrecía mayor solución, salvo unas aisladas normas, alrededor de las cuales, fundamentalmente la jurisprudencia de esta Sala, ha ido construyendo una doctrina” (Voto 3693-94).

No obstante, la regulación de la familia de hecho no puede tener la misma protección como la que el ordenamiento le otorga a la fundada en el matrimonio. Ello implicaría perder la razonabilidad de protección a la unión de hecho, al otorgárseles a los convivientes una mayor garantía que a los cónyuges, que no pueden constituir la familia si existe un vínculo matrimonial previo. Dentro de esta óptica ha dicho la Sala

Constitucional: “Lo aceptable, entonces, es que en ejercicio de su libertad, las personas escojan por contraer matrimonio, o simplemente decidan unirse para fundar una familia sin los rigores formales de aquél. Pero, puesto el legislador en la tesitura de regular una y otra, no puede exonerar a los convivientes de ciertos requisitos considerados normales para los cónyuges, como el de la libertad de estado, porque se coloca en situación de poner en ventaja a aquellos por sobre éstos, cuando la idea es asimilarlos” (Voto 3693-94).

c) El artículo 65 contiene una disposición en favor de la familia al establecer la obligación del Estado de promover el patrimonio familiar del trabajador. Dado que la ejecución de esta obligación constitucional resultaría muy onerosa para el Estado, en la praxis sólo se ha logrado legislar para proteger los bienes matrimoniales destinados a la habitación familiar y a la satisfacción de sus necesidades. Por ejemplo, tales bienes no pueden ser objeto de embargo y sólo pueden ser hipotecados con el consentimiento expreso de ambos cónyuges.

## 2. Protección a los trabajadores

a) El artículo 56 de la Constitución establece que: “El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta (*sic*) y útil, debidamente remunerada, e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden el trabajo a la condición de simple mercancía. El Estado garantiza el derecho de libre elección al trabajo”.

La jurisprudencia de la Corte Costituzionale italiana ha establecido, dentro de este orden de ideas, que: “el Estado tiene el deber de determinar y mantener situaciones económicas sociales y jurídicas tales de cubrir concretamente a la generalidad de los ciudadanos la posibilidad de procurarse un puesto de trabajo” (Voto 61-65). La norma en examen garantiza la libre escogencia de la actividad laboral, al mismo tiempo que prohíbe que el Estado y sus instituciones puedan interferir, directa o indirectamente, en esa escogencia, lo mismo que el modo de ejercerla, salvo que tal ejercicio contravenga la moral, el orden público o las buenas costumbres.

El deber del Estado de procurar que todos tengan “ocupación útil y honesta” debe entenderse como “útil para la sociedad y honrada”, es decir, que sea el ejercicio de una actividad lícita. Esta norma impone al Estado, de manera indirecta, la obligación de buscar una política de pleno empleo y la prohibición, fundamentalmente dirigida al órgano legislativo, de establecer disposiciones normativas que, en alguna forma, impidan o hagan imposible el libre ejercicio del derecho al trabajo. Esta obligación se apoya en principios de solidaridad, igualdad real y participación de todos en la vida económica del país, que son principios y valores reconocidos por el propio ordenamiento constitucional.

Respecto a la elección laboral debe recordarse que está fáctica y necesariamente condicionada, por una parte, a factores personales y sociales, como son la existencia

de un mercado ocupacional suficiente y amplio, la idoneidad para la tarea pretendida y la efectiva participación del Estado. De donde se deduce que “la libre elección de una actividad requiere, por parte del individuo, una capacitación que le proporcione la idoneidad necesaria que esa actividad demanda y por parte del Estado, el condicionamiento suficiente y eficaz de un orden justo en lo social, cultural y económico, como para hacer accesibles las fuentes de actividad a todo aquél que, con su iniciativa propia, pretende realizar la elección comentada” (Voto 3834-92).

b) El artículo 72 de la Constitución establece la obligación para los poderes públicos de mantener, mientras no exista un seguro de desocupación, un sistema técnico y permanente de protección a los desocupados involuntarios, a la vez que deberá procurar la reintegración de los mismos al trabajo.

c) El numeral 63 *ibídem*, por su parte, crea el derecho de cesantía en favor de los trabajadores despedidos sin justa causa cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de desocupación. Es decir, el Estado tiene la obligación de crear un seguro de desocupación para cubrir a todos los trabajadores. Mientras ello no ocurra, tiene la obligación de establecer un sistema técnico y permanente de protección a los desocupados involuntarios. Sin embargo, ninguna de las dos instituciones han sido creadas, por lo que los trabajadores desocupados carecen de protección adecuada. Se trata de dos disposiciones constitucionales todavía inactuadas por el legislador.

La jurisprudencia de la Sala ha señalado que: “El fundamento constitucional de la cesantía se encuentra en el artículo 63 que estipula que los trabajadores despedidos sin causa justa tendrán derecho a una indemnización, cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de desempleo. El auxilio de cesantía es, desde la perspectiva constitucional, una indemnización por desempleo y no una parte del salario” (Voto 2754-95).

d) Finalmente, el artículo 67 de la Carta Política establece la obligación para el Estado de velar por la preparación técnica y cultural de los trabajadores. En la praxis se han creado al menos dos instituciones que tienden a cumplir con tal obligación: el Instituto Nacional de Aprendizaje (INA) y el Instituto de Estudios del Trabajo (IESTRA), este último dependiente de la Universidad Nacional.

### **3. Protección a sectores sociales específicos**

a) Los artículos 55 y 51 de la Constitución otorgan protección especial a las mujeres, a los niños, a los ancianos y a los enfermos desvalidos. La primera norma citada indica que una institución especializada, denominada Patronato Nacional de la Infancia, es la encargada de la protección de la madre y el menor, con la colaboración de las otras instituciones del Estado. El PANI es la institución rectora de la niñez costarricense, por lo que está constitucional y legalmente autorizada para tomar medidas tendientes a proteger el interés superior del menor. Dicha protección se acentúa cuando se trata de menores abandonados. En estas hipótesis el PANI debe buscarles padres adoptivos que puedan garantizar a los menores adoptados una vida en familia, que es

el elemento natural y fundamento de la sociedad. El órgano legislativo ha dictado una profusa legislación de protección a los menores en materia laboral, educativa, penal, acceso a los espectáculos públicos, etc.

La protección de la madre está siempre ligada con la de los menores, pues lo que se trata es que éstos crezcan en un ambiente familiar normal y digno, dentro del cual la madre siempre juega un papel central. Dicha protección se da fundamentalmente respecto de las madres solteras, a las cuales el Estado tiene la obligación de proteger en todos los ámbitos. Por ejemplo, otorgándoles facilidades para beneficiarse de la seguridad social si no trabajan, o dándoles facilidades en sus centros de trabajo para que no descuiden sus obligaciones familiares, etc. En la praxis, la última parte de la norma en examen no ha sido actuada, pues la protección de la madre y del menor la realiza exclusivamente el PANI, sin la colaboración de otras instituciones públicas.

b) El numeral 51 *ibídem* establece, en lo conducente: “La familia... tiene derecho la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esta protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido”. Respecto de la tutela de los ancianos hace falta en nuestro ordenamiento una legislación específica, que los proteja en forma más adecuada.

Finalmente, en relación con el enfermo desvalido, como ha dicho la Sala Constitucional: “Nuestra Constitución Política, en su artículo 51, confiere una protección especial a los enfermos desvalidos. Pero, además, es evidente que dentro de las modalidades de esa protección constitucional, una debe encaminarse hacia el real y efectivo otorgamiento de oportunidades educativas, que les posibiliten integrarse de la mejor manera a la sociedad y alcanzar la autonomía, independencia y utilidad que permitan sus potencialidades individuales; en otras palabras, se trata de hacer posible su realización como seres humanos. En conclusión, la Administración está jurídicamente obligada a realizar todas las medidas que sean necesarias y ponerlas a disposición de la persona discapacitada, a efecto de hacer eficaz su derecho fundamental a la educación” (Voto 3820-94).

#### **4. Protección a determinados bienes materiales**

a) En los artículos 50 y 89 se otorga una protección muy especial al ambiente. La reforma del artículo 50 en 1994, le introdujo dos párrafos relativos a la tutela del ambiente. El segundo de ellos dispone que “El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho (se refiere a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado que consagra el primer párrafo). La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes”. En consecuencia, la protección del ambiente debe encaminarse a su utilización adecuada e integrada con sus elementos y en sus relaciones naturales, socioculturales, tecnológicas y de orden político, para con ello salvaguardar el patrimonio al que tienen derecho las generaciones presentes y futuras.

Para que el Estado cumpla con su obligación constitucional de defender y preservar el ambiente, los poderes públicos están autorizados para tomar todas las disposiciones,

tanto legislativas como administrativas, tendentes a que el ambiente se encuentre libre de contaminación, que es la condición en que se encuentra el mundo que nos rodea, cuando las alteraciones producidas tanto por el hombre como por la naturaleza en el entorno próximo o lejano, no sobrepasan los máximos permisibles fijados por aquellas normas.

El último párrafo del artículo 50 otorga la titularidad de intereses difusos a los ciudadanos para que puedan accionar ante los tribunales de justicia en tutela del ambiente. El artículo 89 constitucional establece la obligación, a cargo del Estado, de proteger las bellezas naturales. Es evidente que la protección de la belleza del paisaje está íntimamente relacionada con la defensa de la riqueza ecológica. Por ello, proteger la naturaleza desde el punto de vista estético no es comercializarla ni transformarla en mercancía, sino más bien educar al ciudadano para que aprenda a apreciar el paisaje estético por su valor intrínseco. En efecto, desde el punto de vista psíquico e intelectual, el estado de ánimo depende también de la naturaleza, por lo que al convertirse el paisaje en un espacio útil de descanso y tiempo libre, es obligación del Estado y de todos ciudadanos preservarlo y conservarlo. Ambas normas constitucionales han tenido importante desarrollo legislativo e institucional durante los últimos años, al punto que el 26% de nuestro territorio está legalmente protegido por medio de Parques Nacionales, Reservas Biológicas, etc.

b) Las cooperativas se encuentran tuteladas por el artículo 64 constitucional, según el cual: “El Estado fomentará la creación de cooperativas, como medio para facilitar mejores condiciones de vida a los trabajadores”. El constituyente reputó que el movimiento cooperativo es un instrumento de organización social que facilita mejores condiciones de vida a los trabajadores, por lo que estableció la obligación estatal de fomentar la creación de aquellas. En la praxis esta obligación ha recibido una profusa actuación, tanto legislativa como institucional. Por ejemplo, existe prácticamente un Código Cooperativo, que regule en detalle su organización y funcionamiento, al mismo tiempo que a estas empresas se les conceden beneficios tributarios importantes. También se han creado instituciones específicas para promover el movimiento cooperativo.

c) El sector agrario, por su parte, se encuentra tutelado por el numeral 69, al disponer que: “los contratos de aparcería rural serán regulados con el fin de asegurar la explotación racional de la tierra y la distribución equitativa de sus productos entre propietarios y aparceros”. Dicha norma consagra el principio de la explotación racional de la tierra, así como el de la distribución equitativa de sus productos entre propietarios y aparceros. La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha derivado de esta norma el principio de explotación racional de la tierra, al disponer que: “Y esto es así en virtud de que el bien jurídico que se protege es el “recurso forestal”, término que significa “la protección y preservación de la integridad del medio ambiente natural” .., que existe en la zona declarada como parque nacional y que es reconocido tanto por la legislación internacional, por las leyes dictadas al efecto, como por las cartas políticas. En este sentido, el artículo 69 de la Constitución es el que habla de: “explotación racional de la tierra”, constituyéndose un principio fundamental de su protección” (Voto 5399-93).

De donde se deduce que dicho principio le impone al Estado y a los particulares la obligación de proteger y preservar los recursos naturales renovables. Como ha dicho la jurisprudencia de la Sala Constitucional: “La norma 69 de la Carta Política habla de la *“explotación racional de la tierra”*, lo que constituye un principio fundamental. En consecuencia, son cánones del orden constitucional, aquella protección y preservación, así como la explotación racional de los recursos que se han indicado” (Voto 2233-93). Esta norma ha tenido profusa actuación legislativa e institucional.

d) Los bienes culturales, científicos, artísticos e históricos se encuentran tutelados en el artículo 89, al establecer esta norma que: “Entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación y apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico”. En cuanto al patrimonio ecológico ya nos referimos líneas arriba a su contenido.

La segunda obligación que dimana de la norma en examen es la de conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación. Los valores culturales e históricos de una Nación son su patrimonio máspreciado, pues ellos constituyen la herencia para las generaciones futuras.

Por tanto, el Estado y todos los ciudadanos están obligados a conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación por todos los medios a su alcance. Verbigracia, incentivando la creación artística, mediante el establecimiento de galerías de exposición, la construcción de auditorios, la instauración de premios, la fundación de museos, mediante la financiación de publicaciones, la creación de archivos especializados, bautizando plazas y calles, erigiendo monumentos, difundiendo los valores históricos y artísticos a través de los programas oficiales de educación y por los medios de comunicación, entre otros.

No sólo en el artículo 89 en comentario, consagró el constituyente la obligación del Estado de proteger e incentivar las obras científicas y artísticas como un valor fundamental. En efecto, tanto el numeral 47, relativo a los derechos de propiedad intelectual, como el artículo 121 inciso 18, que es la norma que desarrolla en detalle las atribuciones de la Asamblea Legislativa, se establece la obligación específica de legislar para hacer posible el desarrollo científico y artístico del país, mediante el establecimiento de incentivos de diversa índole. En ejecución de tales obligaciones, el Estado ha instaurado diversos premios nacionales y dictado la Ley de Protección a la Propiedad Intelectual.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha señalado que: “El Patrimonio Arqueológico Nacional consiste básicamente en los inmuebles y muebles, producto de las culturas indígenas anteriores o contemporáneas al establecimiento de la cultura prehispánica en el territorio nacional, así como los restos humanos, flora y fauna, relacionados con estas culturas. De lo anterior resulta el interés en la protección y conservación de estos hallazgos” (Voto 729-96).

Sobre la protección de tales bienes, la Sala ha dicho que: “No obstante lo anterior, es evidente y aceptado por el recurrido que la consulta de la “Colección Especial” está

sujeta a regulaciones, atendido el valor histórico de esos materiales y el deber del Estado de preservarlos al máximo. Las medidas tomadas sobre el particular, entonces, tienen una fundamentación razonable, si notamos que la misma Constitución Política establece dentro de los fines culturales de la República “conservar y desarrollar el patrimonio histórico” (Voto 78-89).

*e)* Finalmente, el artículo 65 de la Constitución establece la obligación a cargo del Estado de promover la construcción de viviendas populares. Esta norma ha sido profusamente actuada en la praxis, mediante la creación de instituciones especializadas en la materia, como el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo –INVU–, el Ministerio de la Vivienda, el Instituto Mixto de Ayuda Social –IMAS– y el Banco Hipotecario de la Vivienda, el bono de vivienda, etc.

## 5. Protección a la educación

*a)* El artículo 78 de la Constitución establece la obligación para el Estado de costear el sistema público de educación preescolar, general básica y la diversificada. La misma norma también le crea la obligación al Estado de facilitar la prosecución de estudios superiores a quienes carezcan de recursos pecuniarios.

De lo dicho se concluye que no existe un derecho a la gratuidad de la enseñanza superior. Sin embargo, el principio de solidaridad que promueve el Estado Social de Derecho, autoriza al Estado y a los particulares para establecer mecanismos mediante los cuales se haga posible el acceso de las personas de escasos recursos económicos a los estudios universitarios. Verbigracia, el sistema de financiamiento que ofrece CONAPE.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional sobre esta materia ha sido prolífica. Ha dicho, entre otras cosas, que: “La prescripción constitucional torna imposible el cobro de una determinada suma de dinero como requisito para ingresar a un centro educativo público” (Voto 902-95). También ha sostenido que: “Se ha producido también una violación al derecho de acceso a la educación, puesto, si bien es cierto, el Estado garantiza a sus ciudadanos el derecho a la educación, también ha de garantizar que los mecanismos de acceso a ésta sean racionales y guarden proporción entre sí, situación que no ha ocurrido en el presente asunto en el cual se está burlando el derecho que tienen los recurrentes de ingresar a la carrera de Medicina con los requisitos” (Voto 2667-94).

Sobre la gratuidad de la enseñanza superior la jurisprudencia de la Sala ha señalado que: “Ni sobra decir que la gratuidad de la enseñanza superior, sobre todo en los países subdesarrollados, implica para el estudiante un eventual pero no seguro disfrute de ingresos y de posición económica y social bastante superior a la del promedio de la población, por lo que más bien, el principio de solidaridad parece aconsejar que se establezcan mecanismos mediante los cuales el acceso a personas de bajos recursos o carentes de ellos, sin embargo todos los beneficiarios paguen el costo o contribuyan a compensar el costo del servicio cada vez más oneroso” (Voto 2330-91).



Dentro de este mismo orden de ideas, la Sala ha establecido que: “Del numeral 78 de la Carta Magna, en el que se establece la gratuidad de la educación general básica, de la preescolar y la diversificada, dejándose expresamente excluida la universitaria para la que dispone que el Estado facilitará la persecución de estudios superiores a las personas que carezcan de recursos pecuniarios, lo que nos lleva a concluir que no existe lesión alguna a la citada norma constitucional. Es principio de solidaridad social, propio de un régimen democrático como el nuestro, que los que más tienen contribuyan al sostén de las instituciones públicas, en favor de los desposeídos, en el caso concreto quien no puede sufragar sus gastos universitarios, debe tener acceso al régimen de becas universitario, pero quien no posee los requisitos para ello, debe pagar su enseñanza, así un grupo mayor de ciudadanos podrá tener relación con los centros de enseñanza superior. Es obligación del Estado establecida en el artículo 78 de la Constitución el facilitar la prosecución de estudios superiores a las personas que carezcan de recursos pecuniarios, para ellos los programas de becas, para los restantes un aumento que no es desproporcionado en el gasto de la matrícula, no puede representar lesión alguna a la norma citada” (Voto 142- 90).

b) El artículo 80, por su parte, establece que: “La iniciativa privada en materia educacional merecerá el estímulo del Estado, en la forma que indique la ley”. De esta norma programática se deriva la prohibición para el Estado de establecer limitaciones irrazonables o que irrespeten el principio constitucional de proporcionalidad para la apertura y operación de centros privados de enseñanza. Desde el punto de vista de los incentivos, el Estado puede subvencionar parcialmente los centros educativos privados, como lo hace hoy día con algunos de ellos.

La jurisprudencia constitucional patria ha dicho que: “El reclamo formulado en el amparo parte de la premisa falsa de que la creación de una “universidad” por parte de un colegio profesional, con fondos propios –provenientes éstos, ya sea de sus agremiados o del Estado, en su caso–, implica un “desestímulo”, en forma automática, a la iniciativa privada en materia educacional, máxime si se toma en consideración que el vocablo “estímulo” –contenido en el artículo 80 constitucional– no implica, necesariamente, “financiamiento”. En efecto, lo dispuesto en el artículo 80 de la Constitución Política conforma lo que la vieja (*sic*) doctrina constitucional llama una norma programática, cuyo contenido impone al Estado de la obligación de dotar a la iniciativa privada, en materia de educación, de las condiciones adecuadas para que esa iniciativa nazca y prospere, más no así, necesariamente, dotarla de recursos económicos” (Voto 5653-96).

También ha señalado que: “El artículo 80 en forma expresa garantiza la iniciativa privada en materia educacional y el necesario estímulo del Estado a esta actividad. Consecuentemente, los habitantes de la República tienen derecho sin ningún tipo de limitación a las educación costeada por el Estado, sin perjuicio de poder acceder a la educación privada, lo que por su naturaleza no puede ser gratuita debiendo los beneficiados con la misma solventar los gastos que le son propios” (Voto 2038-91).

c) El numeral 82 de la Carta Política dispone que: “El Estado proporcionará alimento y vestido a los escolares indigentes, de acuerdo con la ley”. Esta norma ha sido

poco actuada tanto legislativa como administrativamente, con la excepción de los comedores escolares que funcionan en algunas escuelas ubicadas en barrios marginales y en centros educativos situados en zonas rurales.

*d)* El artículo 83, por su parte, establece que: “El Estado patrocinará y organizará la educación de adultos, destinada a combatir el analfabetismo y a proporcionar oportunidad cultural a aquellos que deseen mejorar su condición intelectual, social y económica”.

La norma es muy ambiciosa y, por ello, ha quedado inactuada legislativa y administrativamente, salvo la existencia de programas específicos para la educación de adultos, tanto a nivel de primaria como de secundaria (escuelas y colegios vespertinos y nocturnos, así como la posibilidad de obtener el Bachillerato por madurez).

Dentro de este orden de ideas, la Sala Constitucional ha establecido que por ser ésta una norma programática, “por lo tanto el Estado debe, dentro de sus posibilidades y prioridades, tratar de desarrollar políticas y programas concretos que la materialicen. Empero, ello no quiere decir que con base en tales programas y desarrollos se pueda imponer conductas al Estado, si todo ello depende, como se dijo, de las necesidades y posibilidades reales y concretas que existan, en un momento determinado, para ejecutarlas” (Voto 3633-94).

*e)* Finalmente, el numeral 86 crea la obligación a cargo del Estado para formar profesionales docentes por medio de institutos especiales, de la Universidad de Costa Rica y de las demás instituciones de educación superior universitaria. Esta norma tuvo mucha importancia durante las décadas de los años cincuenta, sesenta y setenta, en que, por existir escasez de maestros y profesores, se realizaron programas intensivos de capacitación por medio de las denominadas Escuelas Normales y las Facultades de Educación de las diferentes universidades estatales. Hoy día, al haber desaparecido tal escasez, la norma en cuestión ha perdido importancia práctica.

## **VI. LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE LOS DERECHOS PRESTACIONALES**

### **1. Las omisiones legislativas**

A pesar de lo indicado en los acápites anteriores, el incumplimiento del Estado para satisfacer los intereses materiales que integran los derechos prestacionales, encuentra un posible remedio, desde el punto de vista jurídico, en el ámbito de las omisiones legislativas.

Sobre el concepto existen dos tesis. Una primera, recientemente sostenida en forma coherente y prolija por el profesor español José Julio Fernández Rodríguez, la preceptúa como “la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación”. Esta concepción

restringida presenta varios defectos. Primero está elaborada en forma teórica, sin fundamento en un ordenamiento específico, pues en España no está prevista legislativamente la inconstitucionalidad por omisión. En segundo lugar, tiene dos elementos que, en nuestro criterio, no corresponden a la realidad del instituto, al menos como está prefigurado en el ordenamiento costarricense. El primero de ellos es la necesidad de que la omisión se haya producido, según el citado autor, “durante un tiempo excesivamente largo”. El tiempo de la inactividad legislativa no es realmente un criterio jurídico valedero para definir si una omisión es susceptible de ser impugnada por vicios de inconstitucionalidad. En realidad basta con la existencia de la omisión, sin que tenga ninguna trascendencia el tiempo transcurrido desde que se promulgó la Constitución y el momento en que se invoca jurisdiccionalmente aquella. En segundo lugar, restringir la omisión sólo a aquellas “normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo” limita sin fundamento válido las posibilidades de aplicación de este instituto, pues en todo ordenamiento constitucional existen numerosos principios y disposiciones – sobre todo en materia cubierta por los mal llamados derechos prestacionales– que, sin estar concebidas como normas de concreto desarrollo, establecen directrices al Estado para satisfacer importantes pretensiones materiales de los ciudadanos. Además, la expresión “obligatorio desarrollo” es, en el fondo, tautológica, pues todos los principios y normas constitucionales son de “obligatorio desarrollo”. De lo contrario habría que admitir que algunas de ellos carecen de eficacia jurídica.

Otra concepción más amplia y acorde con la regulación que dicho instituto tiene en el ordenamiento costarricense, la define como la abstención del legislador para desarrollar principios y preceptos constitucionales, independientemente de que sean de “obligatorio y concreto desarrollo”. A diferencia de la laguna, la omisión se caracteriza siempre por el incumplimiento de una obligación, expresa o implícita, de desarrollar una disposición o principio constitucional.

La doctrina italiana distingue entre omisión absoluta y omisión relativa. La primera se produce cuando falta todo tipo de actuación normadora destinada a aplicar el precepto o el principio constitucional. En este caso, la inconstitucionalidad reside en la propia falta o insuficiencia de normativa por parte del Parlamento para dar actuación al “mandato del legislador” (Rubio Llorente), el cual puede ser expreso o implícito. En otros términos, existen preceptos y principios constitucionales que imponen al legislador la obligación de emitir una o un conjunto de normas que disciplinan algún aspecto del texto constitucional que allí sólo se encuentra delineado en sus rasgos más generales.

En cambio, se está en presencia de una omisión relativa cuando el legislador, al disciplinar cierto instituto sobre el cual interviene en el ejercicio de sus potestades discrecionales, omite respetar el principio de igualdad ante la ley. En otros términos, en los casos de omisión relativa el legislador no está obligado a actuar un principio o precepto constitucional. Sólo después de la intervención discrecional del Parlamen-

to puede surgir un problema de legitimidad constitucional en relación con el principio de igualdad, dado que la omisión relativa deriva de actuaciones parciales de aquél al disciplinar una materia sólo para algunas relaciones determinadas, excluyendo otras análogas.

## **2. La tipología de las sentencias constitucionales en materia de omisiones legislativas**

El Derecho Procesal Comparado ha elaborado una tipología de sentencias constitucionales para hacerle frente al problema de las omisiones legislativas. En general existen dos tipos de sentencia constitucional que pueden remediar las omisiones legislativas: *a)* las apelativas o de recomendación al legislador y *b)* las aditivas.

*a)* Las sentencias apelativas o de recomendación al legislador. Sobre el particular existen dos modalidades: la primera, contemplada en el artículo 283 de la Constitución del Portugal, la cual crea un control abstracto de inconstitucionalidad por omisión. Los sujetos legitimados para incoar el proceso son el Presidente de la República, el Defensor del Pueblo y, en su caso, los Presidentes de las Asambleas Regionales. Al Tribunal Constitucional le corresponde únicamente verificar si se ha producido un incumplimiento inconstitucional, como consecuencia directa de no haberse adoptado las medidas legislativas necesarias para actuar efectivamente la Constitución. La sentencia estimatoria, en su caso, es meramente declarativa, pues se dirige a constatar la inconstitucionalidad por omisión y a comunicarlo al órgano legislativo para que tome las medidas del caso.

En una segunda vertiente, tales sentencias, que reciben diferentes nombres según el país (“apelativas” en España; “monito” en Italia y “Appellentschidungen” en Alemania), se caracterizan porque dirigen recomendaciones al Parlamento de cómo legislar una determinada materia o de cuándo debe hacerlo, de manera que se repare una inconstitucionalidad por omisión legislativa, tanto en los casos en que sólo se reconoce parcialmente y en favor de un determinado número de personas un derecho de contenido prestacional, o bien cuando no exista ninguna legislación en la materia.

Su eficacia es bastante dudosa, por lo que en Italia se terminaron construyendo las denominadas “doppia pronuncia”, porque en una primera sentencia la Corte Costituzionale advierte al Parlamento que si no legisla para equiparar a los excluidos del derecho prestacional dentro del plazo señalado en la sentencia, se dictará una nueva que declarará la inconstitucionalidad de la norma originalmente impugnada por omisión legislativa. En otros términos, la sentencia original otorga un plazo al Parlamento para que colme el vacío legislativo parcial denunciado en la acción de inconstitucionalidad. Si el legislador no cumple dentro de ese plazo con lo indicado por el Tribunal Constitucional, entonces éste dicta una segunda sentencia que declara inconstitucional la omisión legislativa. Se produce entonces una “doppia pronuncia”, sea una sentencia inicial desestimatoria condicionante y, una segunda, de carácter

estimatorio, si el legislador no cumple la condición contenida en la advertencia dirigida a él en la primera sentencia, por lo que en Italia, de manera irónica, se ha terminado llamándolas “sentenze-delega”.

En relación con los derechos prestacionales, este tipo de sentencias presenta dos hipótesis diferentes: en la primera de ellas, cuando se refieren a una omisión legislativa parcial, otorgan un plazo al Parlamento para que llene el respectivo vacío legislativo, a fin de satisfacer la pretensión material contenida en la norma constitucional actuada parcialmente. Si dentro del plazo fijado al efecto el Parlamento no emite la normativa correspondiente, en tal hipótesis la segunda sentencia declara inconstitucional la norma impugnada por omisión legislativa y reconoce el derecho prestacional originalmente denegado a los recurrentes.

En cambio, cuando se trata de una omisión legislativa absoluta, dado que no existe una norma previa que pueda ser declarada contraria a la Carta Política, sólo se dicta una sentencia que indica al Parlamento que debe colmar el vacío legislativo existente. Si éste no acatare la decisión del Tribunal Constitucional dentro del plazo fijado al efecto, en tal hipótesis, en el ordenamiento costarricense se tendrían por agotados los procedimientos internos a fin de que el o los afectados puedan acudir a la jurisdicción interamericana en tutela de sus derechos, en los términos del artículo 46.a del Pacto de San José.

b) Las sentencias aditivas. En el caso de las omisiones legislativas pueden darse dos hipótesis: la primera es aquella en que la omisión se entiende como exclusión y, por tanto, la adición lo que provoca es la admisión. En esta hipótesis la ausencia de normativa no crea ningún problema en principio. Sólo después de la intervención positiva discrecional del legislador podría surgir eventualmente una cuestión de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad. En tal hipótesis, por tratarse de una omisión legislativa parcial, se recurriría al mecanismo de las sentencias de recomendación al legislador, analizadas en el acápite anterior.

El tema, sin embargo, se sitúa en una zona limítrofe entre las potestades propias de los Tribunales Constitucionales y las funciones que corresponden a los Parlamentos. Es evidente que el monopolio en la elaboración de la legislación es tarea de aquéllos, sin que los Tribunales Constitucionales pueden, en ningún caso, sustituir a los órganos legislativos en sus tareas de fijar objetivos-fines y de la determinación de unos medios al servicio de aquéllos, que se materializan en la producción de normas primarias con eficacia *erga omnes*.

Pero, por otra parte, los tribunales constitucionales son los supremos garantes del Derecho de la Constitución, lo que los obliga a amparar cualquier violación, positiva o negativa, de sus preceptos. De ahí que en cada caso concreto, los tribunales constitucionales, en aplicación de la vieja técnica de la Supreme Court norteamericana del “*self-restraint*”, deban valorar si pueden dictar sentencias aditivas de equiparación, o si ello es una opción política que corresponde al legislador de manera exclusiva.

La segunda hipótesis, en cambio, se produce en los casos de omisión legislativa absoluta. Aquí el contraste con la Constitución viene provocado por la inexistencia de una regla de actuación, por lo que el Tribunal Constitucional se ve obligado a integrar la laguna. Aquí, por tratarse de una violación al “mandato del legislador” pareciera que, en principio, los Tribunales Constitucionales están obligados a integrar el ordenamiento para el caso concreto, con el fin de actuar los principios y preceptos constitucionales violados con la omisión legislativa absoluta.

Sin embargo, cuando se trata de derechos prestacionales es evidente que los tribunales constitucionales no pueden colmar la laguna legislativa, pues estarían invadiendo materia propia de la esfera del legislador. Como dice un autor italiano, hoy juez constitucional de su país: “No existe ningún monopolio de la Corte que la habilite para declarar en vía exclusiva los preceptos implícitos en la legislación, ni siquiera para enuclear el alcance de las reglas constitucionales...si la norma está presente en el sistema, corresponde al sistema (a todos los jueces) explicitarla; si no existe, corresponde al legislador (sólo al legislador) crearla. Interviniendo la Corte, en cambio, en el primer caso viola la esfera de competencia de los jueces; en el segundo caso, la del legislador” (Zagrebelsky).

Si aceptáramos la posibilidad de que el juez constitucional pueda emitir sentencias aditivas en materia de derechos prestacionales, es evidente que aquél asumiría una función típicamente legislativa, pues estaría ejercitando una potestad discrecional, de naturaleza política, que dentro de los ordenamientos constitucionales modernos corresponde ejercitar exclusivamente a los Parlamentos. Legislar sobre derechos prestacionales implica valorar una serie de aspectos políticos, sociales y económicos que sólo los órganos políticos del Estado están en capacidad técnica de realizar, además de ser los únicos legitimados para ello dentro de un Estado Democrático de Derecho. Por tanto debe concluirse que las sentencias aditivas no son jurídicamente posibles en el ámbito de los derechos prestacionales, porque ello implicaría convertir a los Tribunales Constitucionales en legisladores a secas, competencia atribuida por los ordenamientos jurídicos modernos, de manera exclusiva, a los Parlamentos.

# NOTAS PARA LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ECUADOR

**HERNÁN SALGADO PESANTES**  
**(Ecuador)**

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La resistencia a la opresión inaugura la época colonial. III. El pensamiento de la ilustración en el Ecuador colonial. IV. Las reglas del debido proceso en 1810. V. El fundamento iusnaturalista de los derechos. VI. Los derechos: de la Independencia a la República. VII. La Constitución Quiteña de 1812. VIII. Evolución de los derechos durante la República. IX. La Constitución vigente de 1978-79.

## **I. INTRODUCCIÓN**

La República del Ecuador en materia de derechos humanos tiene antecedentes comunes a los de las naciones latinoamericanas. La defensa de los derechos y libertades de la persona fue una constante histórica, como lo fueron también, por desgracia, las violaciones a estos atributos de la dignidad humana. La utopía de que se reconozcan los derechos humanos, que se los respete y proteja eficazmente es uno de los postulados esenciales de nuestros pueblos y la razón de ser de toda organización estatal. Por esta utopía ha trabajado infatigablemente el profesor Germán J. Bidart Campos, y por ello merece mi homenaje de admiración.

## **II. LA RESISTENCIA A LA OPRESIÓN INAUGURA LA ÉPOCA COLONIAL**

Año de 1545, mientras España proseguía con la conquista en tierras de América meridional y el germen de la discordia se esparcía por doquier, en la Gobernación de Quito el capitán Gonzalo Pizarro se levantaba en armas contra el Reino y sus representantes. Don Gonzalo, con el apoyo de los encomenderos establecidos en Quito, se hizo fuerte y desconoció abiertamente la autoridad real, pensando incluso coronarse como rey conforme lo aconsejaban los nuevos habitantes de este distrito. Finalmente sería

vencido por las tropas enviadas desde España y ejecutado en 1548, pero la semilla de la rebelión parece haber quedado regada en las tierras ecuatoriales.

Años después, en 1592, el Cabildo de Quito encabeza una violenta rebelión que, con intervalos de paz, duró dos años y fue secundada masivamente por el pueblo. Si este levantamiento, conocido como la “revolución de las alcabalas”, se inició como un repudio a la creación de nuevos impuestos, pronto los hechos dejaron traslucir que en el fondo palpitaba el deseo de sacudirse del dominio hispánico, para lo cual no faltaron quienes propugnaron una alianza con Inglaterra<sup>(1)</sup>. Este movimiento precursor de la libertad política originó un singular debate al estilo del insigne Vitoria o de Suárez, contemporáneo de aquella época. Algunos teólogos de la Audiencia de Quito, al ser requeridos sobre la licitud y legitimidad de los impuestos, de la obediencia a la autoridad y sobre el levantamiento popular, se vieron constreñidos a pronunciarse acerca de tan delicados temas con los mayores argumentos.

El dominico quiteño fray Pedro Bedón sobresalió al dictaminar que si bien era lícito imponer impuestos, también era lícita “la guerra defensiva” cuando la autoridad legítima en su modo de gobernar procede injustamente, como enemigo, causando sedición y discordias. En esta hipótesis, el padre Bedón consideró, además, que no es lícito matar a tal autoridad legítima aunque actúe como opresora. Es decir, abordó también la cuestión del tiranicidio<sup>(2)</sup>. Fray Pedro Bedón –de vida ejemplar y ascética, según las crónicas– fundamentó sus argumentos en Tomás de Aquino y señaló, con precisión de erudito, la cita a la que hacía referencia. También se recuerda que su dictamen fue dado de manera abstracta sin relacionarlo con el caso concreto que ocurría en Quito. Pero para quienes conocieron el dictamen fue fácilmente aplicable a los hechos y, además, habrá ejercido influencia por venir de un hombre respetado<sup>(3)</sup>.

En síntesis, nuestro ilustre teólogo aceptó y proclamó el derecho de resistencia a la opresión, derecho que casi dos siglos después se consagraría en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de la Revolución Francesa. Este singular derecho, por obvias razones, permanecería desterrado de América colonial. Por último, es digno de mencionarse que fray Pedro Bedón sostuvo igualmente que el pueblo

---

(1) En este levantamiento, al igual que en la “revolución de los estancos” de 1765, el pueblo de Quito fue el real protagonista. Y el Cabildo o Municipio local hizo honor al prestigio que acompañará a esta Institución en América española de ser fragua de las libertades y centro de protección del interés de la comunidad.

(2) Contra el criterio del dominico quiteño Bedón, estuvieron los sacerdotes españoles Diego de Torres (jesuita) y Domingo de los Reyes (dominico). Por la opinión vertida, el P. Bedón sería desterrado a Nueva Granada, permaneciendo cuatro años en Bogotá y en Tunja para luego regresar a Quito, donde murió en 1621.

(3) Cfr. Federico González Suárez: *Historia General de la República del Ecuador*, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1970, volumen segundo, págs. 217-218 y 544; Julio Tobar Donoso: *La Iglesia, modeladora de la nacionalidad*, Quito, 1953, p. 250.



tenía derecho a que se oigan las representaciones que hace a las autoridades, es decir, reconocía el derecho de petición.

### III. EL PENSAMIENTO DE LA ILUSTRACIÓN EN EL ECUADOR COLONIAL

Desde mediados del siglo XVIII, surgirá en la Real Audiencia y Presidencia de Quito el pensamiento denominado de la ilustración, el cual, a más de la doctrina de la escolástica española del siglo de oro que se había venido desarrollando en el medio universitario, recibirá la influencia de otras corrientes europeas, especialmente las ideas del enciclopedismo francés. Y, como sucedió en toda América Hispánica, la última década del siglo XVIII será absorbida por la discusión apasionada de las teorías políticas y jurídicas de la Revolución Francesa.

Este período de la ilustración se enriqueció con la visita de la Comisión Geodésica de la Academia de Ciencias de París, entre 1736 y 1743, integrada por sabios como La Condamine, Jussieu, Bouguer, Godin, cuya misión científica, como se sabe, era la de medir un arco del meridiano terrestre; entre el material que trajeron para sus labores vino también una gran cantidad de libros, los cuales acrecentarían a los ya existentes en esta capital<sup>(4)</sup>. Otra visita que tendrá diversas repercusiones será la de Alejandro de Humboldt, en los inicios del nuevo siglo.

Vale destacar que las bibliotecas que poseía la Audiencia de Quito, la mayoría organizadas en los Conventos, fueron abundantes en libros, selectas en contenido y accesibles a todos; así lo calificaron visitantes ilustres, como el sabio y patriota neogranadino Francisco José de Caldas<sup>(5)</sup>. La biblioteca de los jesuitas en la ciudad de Quito, luego de su expulsión en 1767, pasaría a ser la Biblioteca Pública, cuyo primer director fue el precursor Espejo. Entre los más ilustres científicos, pensadores e historiadores del siglo XVIII, hijos de estas tierras ecuatoriales, están: Pedro Vicente Maldonado, los jesuitas Juan de Velasco y Juan Bautista Aguirre, Antonio de Alcedo, Pedro Franco Dávila, Eugenio Espejo y José Mejía Lequerica.

El gran precursor de la independencia ecuatoriana, el Dr. Eugenio Espejo (1747-1795) se constituyó en el más férreo defensor de las libertades –en su amplio contenido– y de la igualdad de todos ante la ley, incluso fue un adelantado en señalar los derechos de la mujer. Sembrador apasionado de ideas y doctrinas, condensó en su pensamiento la cultura de su época, espíritu multidisciplinar: médico ilustre, periodista y osado panfletista, cultor de las bellas artes y de la literatura, y, sobre todo, político

---

(4) “La filosofía, las ciencias físicas, las modalidades de la historia política, etc., iban a experimentar una sacudida con la presencia de los visitantes, cuya larga permanencia... sirvió de acicate al espíritu quiteño.” Gabriel Cevallos García: *Historia del Ecuador*, Colección L.N.S., Editorial “Don Bosco”, Cuenca-Ecuador, 1964, pág. 199.

(5) Federico González Suárez: *op. cit.*, volumen tercero, pág. 297.

visionario. Sus ideas y duras críticas le valieron la prisión y la muerte. Un hecho simbólico, premonitor de nuevos tiempos, y que fue atribuido a Espejo se dio el 21 de octubre de 1794, aparecieron en Quito unas pequeñas banderas, de tela roja, enarboladas en las cruces de piedra de la ciudad, con el lema en latín “Al amparo de la cruz, sed libres” (*Liber est. Salva cruce*). Como se ha señalado, el precursor Espejo fue la concreción del nuevo espíritu que alentaba en los últimos años de la colonia y que el precursor –con sus enseñanzas– lo transmitió a quienes lideraron, años después de su muerte, la Revolución de Quito del 10 de agosto de 1809, muchos de ellos sus discípulos.

#### IV. LAS REGLAS DEL DEBIDO PROCESO EN 1810

Vale recordar el proceso criminal instaurado contra los patriotas a consecuencia del 10 de agosto de 1809. Una vez que las autoridades españolas recuperaron el poder, los “insurgentes” fueron detenidos en su mayoría y encarcelados con todo rigor, no obstante que se había prometido no perseguir a ningún ciudadano por este motivo hasta que las autoridades superiores del Rey conozcan y resuelvan lo conveniente. Este proceso “abigarrado y caótico”, con más de tres mil fojas, estuvo plagado de vicios legales insubsanables que anulaban su validez, así lo patentizaron en sus alegatos y declaraciones muchos de los enjuiciados, especialmente dos de ellos que fueron tan fervorosos patriotas como excelentes abogados: los doctores Juan de Dios Morales y Manuel Rodríguez de Quiroga, cuyos alegatos son piezas magistrales de lógica y erudición jurídicas.

El doctor Juan de Dios Morales, en uno de sus alegatos enviados desde la prisión, en duro reproche decía: “...en una causa donde las leyes son inútiles y despreciadas..., desconocidos y hollados con los pies los derechos esenciales de los hombres; en que todo se viola, todo se atropella, respirándose sólo saña y venganza...”<sup>(6)</sup>. No abundaré en mayores detalles sobre este inicuo proceso, el mismo que concluiría para la mayoría de enjuiciados con el bárbaro asesinato en la prisión, ejecutado por la soldadesca –el 2 de agosto de 1810– mientras se encontraban inermes, con grillos y cadenas, ante el temor de que podrían ser liberados por el pueblo. En suma, aquellos diez tomos en que está contenido el proceso atestiguan la violación más grosera de los más elementales principios de lo que hoy denominamos el debido proceso, el cual sí estuvo garantizado por la legislación española de la época<sup>(7)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> Carlos de la Torre Reyes: *La Revolución de Quito del 10 de Agosto de 1809*, 2ª edición, Colección Histórica XIII del Banco Central del Ecuador, Quito, 1990, pág. 363. Este autor es quien mejor ha analizado el proceso instaurado a los patriotas del primer grito de independencia en hispanoamérica.

<sup>(7)</sup> “La forma soez y arbitraria con que se violentó los procedimientos jurídicos... es el saldo oprobioso que quedó en contra de la dominación española en la Presidencia de Quito...”, afirma con razón el Dr. Carlos de la Torre Reyes, *op. cit.*, pág. 318. Para el análisis completo del proceso ver las págs. 329 y sgts.

## V. EL FUNDAMENTO IUSNATURALISTA DE LOS DERECHOS

En la Audiencia y Presidencia de Quito, el pensamiento del período de la ilustración—segunda mitad del siglo XVIII e inicios del siglo XIX— concibe a los derechos y libertades como atributos que acompañan a los hombres desde el inicio mismo de sus vidas, es decir, se trata de derechos inherentes al ser humano: derechos naturales dados por Dios a sus criaturas. Como se observa, en esta concepción hay una influencia del pensamiento iusnaturalista del Siglo de las Luces, de aquellas ideas que hallaron su concreción histórica en las dos célebres Declaraciones de Derechos, la norteamericana y la francesa. Pero, además, el influjo de la teología católica—transmitida por España— dará a la fundamentación de los derechos un contenido religioso-espiritual, lo que permitirá un reencuentro con la doctrina tomista. (Espejo cita a Puffendorf, según P. Vargas).

La libertad fue para aquella época histórica el mayor de los derechos y de los bienes humanos, lo cual es comprensible ante la madurez que habían alcanzado las ideas de emancipación política y la proximidad de las luchas independentistas. La libertad, si bien en *lato sensu* se identificaba con la libertad política, fue aprehendida en su amplio contenido, abarcaba desde la libertad física hasta la de pensamiento o libertad de expresión en sus diversas manifestaciones, aunque establecida dentro de ciertos límites. Un límite radical—que prácticamente eliminaba la libertad— se impuso en materia religiosa o de conciencia, donde no se toleraba ningún otro credo distinto de la fe católico-romana, en consecuencia tampoco se reconocía la libertad de cultos. Durante la Colonia y la Independencia se hablará constantemente del derecho a la religión, a la fe, pero es sólo la católica-romana y tomada dentro del marco ortodoxo fijado por los Padres de la Iglesia y reconocido por los Concilios, particularmente el de Trento.

## VI. LOS DERECHOS: DE LA INDEPENDENCIA A LA REPÚBLICA

Cuando la Real Audiencia y Presidencia de Quito proclama su independencia el 10 de agosto de 1809, de duración efímera, el catálogo de los derechos fundamentales se insertan en el marco de un pacto social; a través del pacto se reconocen tales derechos y se los consagra en el instrumento de gobierno que organizará a la sociedad. De este modo, el pacto social, que une a los pueblos de la antigua Audiencia de Quito, sirve de base para el ejercicio de las libertades, de la igualdad y de los demás derechos. Aquí, nuevamente, está presente otra de las ideas que caracterizaron al siglo XVIII: la del contrato social, como fundamento de la naturaleza del Estado o sociedad civil. En esta materia, la doctrina que más influyó en nuestros intelectuales y letrados fue sin lugar a dudas la expuesta por Juan Jacobo Rousseau. El pensamiento contractualista de otros autores, particularmente el de Hobbes y de Locke, quedará relegado.

El instrumento de gobierno será dado por el Congreso Constituyente que se instala en Quito el 11 de diciembre de 1811, bajo la presidencia del Obispo Cuero y Caicedo, y declara reasumir el ejercicio de la soberanía que corresponde a las Provincias com-

prendidas en este Distrito. Como se recordará, fueron en número de tres los proyectos de Constitución que se presentaron, uno de ellos salió aprobado y se promulgó el 15 de febrero de 1812 con la denominación de “Pacto Solemne de Sociedad y Unión entre las Provincias que forman el Estado de Quito”.

## VII. LA CONSTITUCIÓN QUITENA DE 1812

La Constitución Quiteña, como se conoce comúnmente al Pacto de 1812, es un honroso antecedente del constitucionalismo ecuatoriano, digno corolario de la nación que proclamó el primer grito de la independencia en América Latina un 10 de agosto de 1809 y que en el año siguiente rubricó con la sangre de sus próceres su adhesión a la libertad. En este primer documento constitucional, del país que será la nación ecuatoriana, se recoge el pensamiento político del siglo XVIII, exaltado por la Revolución Francesa. En el Preámbulo, luego de invocar el nombre de Dios, señalase que: “*El Pueblo Soberano del Estado de Quito... en uso de los imprescriptibles derechos que Dios mismo como autor de la naturaleza ha concedido a los hombres para conservar su libertad, y proveer cuanto sea conveniente a la seguridad, y prosperidad de todos, y de cada uno en particular...*”<sup>(8)</sup>.

Además de la estructuración de los tres clásicos Poderes del Estado, que deberán permanecer separados (Art. 8), se concibe la existencia de un Supremo Congreso, formado por una representación nacional de diputados de las provincias, elegidos cada dos años, al cual se le dota de singulares atribuciones (Arts. 7 y 11). En cuanto al tema que nos interesa, este Supremo Congreso tendrá a su cargo la: “*protección y defensa de los derechos del Pueblo*” y será también “*Tribunal de censura y vigilancia para la guarda de esta Constitución*” (Art. 10). Concepción interesantes que bien nos permitiría sostener que este Supremo Congreso o Tribunal establecido en 1812 viene a ser un antecedente remoto de nuestro Tribunal de Garantías Constitucionales creado efímeramente en 1945 y restaurado luego con carácter definitivo a partir de la Constitución de 1967, cuyas funciones básicas podían resumirse en dos: control de la constitucionalidad y protección de los derechos fundamentales.

Satisface conocer que no pasó desapercibido en aquellos años la necesidad de contar con un órgano del Estado encargado de brindar una tutela de carácter especial a los derechos, además, lógicamente, de la protección que corresponde dar a la función judicial en los conflictos que se ventilan ante sus jueces y tribunales. La Constitución Quiteña de 1812 no describe los diferentes derechos que se reconocen a las personas, los señala de un modo general, en el artículo 20 se dice:

---

(8) Preámbulo de la Constitución Quiteña de 1812. Las constituciones ecuatorianas pueden examinarse en Ramiro Borja y Borja: *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, sin editorial, Apéndice, Tomo IV, 1979.

“*El Gobierno del Estado se obliga a todos los habitantes de él y les asegura que serán inviolables sus derechos, su religión, sus propiedades, y su libertad natural y civil...*” Y, agrega esta disposición que todo vecino y habitante puede “*levantar sus quejas, y representaciones al Gobierno guardando sólo la moderación que es necesaria para la conservación del buen orden.*”

Por último, se reconoce el derecho a elegir y ser elegido –derechos políticos– aunque no se señala de modo expreso los requisitos para ser ciudadano.

## VIII. EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DURANTE LA REPÚBLICA

La República del Ecuador, desde que se constituyó como Estado independiente en el año de 1830, ha tenido numerosas constituciones; estos constantes cambios han obedecido al deseo de legitimar situaciones de hecho –derrocamiento del Presidente o golpes de Estado- y no a un afán de reestructurar a las instituciones políticas o de proyectar verdaderas transformaciones. A ello se debe que la mayoría de las constituciones no presenten diferencias esenciales y sean repetitivas, son pocas las que traen innovaciones y marcan nuevos rumbos<sup>(9)</sup>.

### 8.1. Las vicisitudes de los derechos políticos

Como se sabe, los derechos políticos están vinculados a la calidad de ciudadanos, quienes ostentan la ciudadanía gozan de los derechos políticos que pueden resumirse en elegir y ser elegido, en desempeñar empleos y funciones públicas, en fiscalizar los actos de los gobernantes e intervenir en los asuntos del Estado. Hoy, para ser ciudadano se debe cumplir con dos requisitos: poseer la nacionalidad del Estado y tener la edad mínima indispensable que, de modo general, son los dieciocho años. Pero la situación fue diferente en los inicios de nuestra República, que en esta materia -como en otras- recibió la influencia de las doctrinas políticas europeas.

Los constituyentes de la Revolución francesa llegaron a la conclusión de que el sufragio no era un derecho sino una función pública; en consecuencia, se debía poseer determinadas aptitudes: de instrucción, profesional y, sobre todo, una capacidad económica (sufragio censitario). La ciudadanía se concedería a los varones que llenen estas exigencias. La mujer quedaba excluida, pues, para aquellos tiempos no se había concebido la idea de que la mujer interviniera en la vida política del Estado, si bien ella fuera, como se ha dicho, la figura invisible detrás del trono. Fue así como la teoría del gobierno representativo –construida por el constitucionalismo clásico– perdería toda

---

<sup>(9)</sup> Cfr. Hernán Salgado: *Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador*, ILDIS, Quito, 1987, págs.133-134. También ha existido la idea errada de que al producirse una ruptura del orden constitucional era imprescindible convocar a una Asamblea Constituyente para retornar al sistema democrático.

su significación democrática al fundamentarse sobre un sufragio restringido; y, a la vez, pondría en duda el principio político de la soberanía popular. Con estas deficiencias el constitucionalismo clásico buscó organizar a los Estados en el siglo pasado. La Gran Colombia tomó este esquema. Igual lo hizo el Ecuador en 1830.

## 8.2. Los derechos políticos en las diversas constituciones ecuatorianas

La Constitución de 1830 estableció que para ser ciudadano se debía tener una propiedad raíz de un valor libre de 300 pesos, una suma muy elevada en aquella época, que no era accesible ni para quienes ejercían una profesión liberal. Por ello se optó por una alternativa: o la propiedad de 300 pesos “*o ejercer alguna profesión, o industria útil, sin sujeción a otro, como sirviente, doméstico o jornalero*”<sup>(10)</sup>.

La Constitución de 1835 disminuyó el valor del bien raíz a doscientos pesos, pero la suma continuaba alta; las Constituciones posteriores de 1843, 1845, 1851 y 1852 mantuvieron esta situación que marginaba de los derechos políticos a un enorme sector de la población en posibilidad de ser ciudadanos.

En cuanto al requisito de saber leer y escribir, que durará hasta que la actual Constitución de 1978 lo suprima, fue también un factor limitante, si se considera que los pueblos indígenas eran parte de nuestra población y que éstos tenían su propia lengua. Un requisito que no tuvo en cuenta la realidad nacional<sup>(11)</sup>. La condición de riqueza o capacidad económica regía también, en mayor cuantía, para ser elegido a un cargo público. Y, la designación se hacía a través de un sufragio indirecto<sup>(12)</sup>.

La Constitución de 1861, que inició el período garciano, eliminó el sufragio censitario al suprimir el requisito de capacidad económica para ser ciudadano; el derecho político de elegir ya no dependerá de la riqueza, aunque sí para ser elegido. Se dispuso, además, el sufragio directo para todos los cargos de elección popular; no más intermediarios, los ciudadanos votarán directamente por sus candidatos. Procedimiento que se mantiene hasta hoy y es una de las características de nuestro sufragio.

---

(10) Art. 12, numeral 2 de la Constitución de 1830. Los otros requisitos fueron: saber leer y escribir; y, la edad de 22 años que luego se bajará a los 18 años (Constituciones de 1835 y 1843), para establecer después los 21 años como regla general.

(11) En este punto la Constitución de 1830 no siguió el modelo de las dos Cartas grancolombianas, que establecieron al menos un plazo para que el requisito de saber leer y escribir fuera exigible.

(12) El sufragio indirecto era el siguiente: los ciudadanos votaban en las asambleas parroquiales por electores, éstos se reunían en las asambleas provinciales y elegían a los legisladores, éstos reunidos en el Congreso votaban por el Presidente y Vicepresidente de la República. La Constitución floreana de 1843 permitió la elección directa de los senadores, pero para participar en tal elección los ciudadanos debían tener 25 años y un bien raíz de 3.000 pesos o una renta de 300. La Constitución de 1852 dispuso que los electores provinciales, además de elegir a los legisladores, elijan también a los dos primeros mandatarios para que no lo haga el Congreso.

La Constitución de 1869 –concebida por García Moreno– significó un retroceso en el avance de los derechos políticos al imponer un requisito de religión para ser ciudadano: el ser católico. Este requisito suscitó una apasionada polémica y sólo existió en esta Carta.

La Constitución de 1878 proclamó la libertad de sufragio<sup>(13)</sup>.

La Constitución de 1884, del período progresista, puso fin a la exigencia de capacidad económica para ser elegido a desempeñar cargos públicos sean o no de elección popular; este aspecto se mantuvo como un rezago del sufragio censitario abolido en 1861.

Las constituciones posteriores de 1897 y de 1906, del período liberal, no trajeron mayores modificaciones en materia de derechos políticos.

La Constitución de 1929, que trajo el constitucionalismo social de posguerra, reconoció a la mujer la calidad de ciudadana. Esto permitirá ampliar el cuerpo electoral y avanzar hacia el sufragio universal<sup>(14)</sup>.

La Constitución de 1945 estableció definitivamente –hasta hoy– la edad de dieciocho años para ser ciudadano.

La Constitución de 1946 dispuso el carácter obligatorio del voto –por primera vez– para los varones y facultativo para la mujer; también estableció que la Fuerza Pública no hará uso del derecho al voto, norma existente hasta hoy. En la siguiente Carta Política de 1967 la obligatoriedad se extendió por igual a los dos sexos.

La vigente Constitución de 1978-79 eliminó la última traba para que el sufragio ecuatoriano sea verdaderamente universal: para ser ciudadano ya no se necesita “saber leer y escribir”, es decir, se otorgan los derechos políticos también a los analfabetos, para quienes el voto es facultativo. Esto constituye un mérito de nuestra actual Constitución.

### 8.3. Evolución de los derechos civiles

Desde el constitucionalismo clásico se estableció un catálogo de los derechos civiles, los cuales fueron incorporados en la ley superior de los Estados. La Constitución ecuatoriana de 1830 recogería la mayoría de estos derechos y las cartas posteriores irán agregando aquellos que faltaban, además de mejorar sus contenidos y su formulación; en las últimas constituciones –a partir de la de 1945– se dará una adecuada sistematización de todos los derechos.

---

(13) Los méritos de esta Carta Política en relación con los derechos en general lo mencionaremos al tratar sobre los derechos civiles. Lo mismo haremos con la Constitución de 1906.

(14) Si comparamos con otros países la fecha en que Ecuador reconoce el sufragio femenino, estamos entre los primeros en haberlo hecho.

La Constitución de 1830. Un resumen de los derechos civiles consagrados en 1830 es el siguiente:

- La igualdad ante la ley;
- Libertad personal: a no ser detenido sino por autoridad competente, salvo delito flagrante;
- Libertad de pensamiento: a expresar y publicar las opiniones, con sujeción a la responsabilidad que establece la ley;
- Derecho de propiedad, se reconoce la expropiación por causa de utilidad pública y mediante justa indemnización; se prohíbe la confiscación;
- Inviolabilidad de domicilio, salvo lo previsto por la ley;
- Derecho de petición, pero no utilizar el nombre del pueblo;
- Libertad de comercio e industria;
- Prohibición de prestar servicios personales forzosos, salvo los prescritos por ley.

Entre los derechos que hoy se consideran como garantías procesales, constan:

- Nadie puede ser distraído de sus jueces naturales ni juzgado por ley que no sea anterior al delito;
- En juicios penales no se obligará a testificar contra el cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, ni a darlo con juramento en contra de sí;
- Las penas se aplicarán sólo a los culpables.

La Constitución de 1835 agregó:

- Inviolabilidad de correspondencia, salvo lo dispuesto por la ley;
- Derecho de autor;
- No pueden exigirse contribuciones o impuestos sino en virtud de una ley, y deben ser proporcionales a la capacidad económica del contribuyente;
- Prohibición de establecer mayorazgos y bienes raíces no enajenables;
- Los extranjeros gozan de la misma protección que los ecuatorianos siempre que respeten las leyes.

La Constitución de 1845 incluyó:<sup>(15)</sup>

- Nadie nace esclavo en la República y quedará libre quien sea introducido en tal condición;

---

(15) No se menciona la Constitución floreana de 1843 por no tener nada nuevo en esta materia. Por igual razón tampoco se hará mención de la Constitución de 1852.



- Libertad de locomoción: los ecuatorianos pueden mudar de domicilio, salir y entrar en el territorio de la República;
- La presunción de inocencia.  
La Constitución de 1851 estableció:
- La abolición de la pena de muerte para los delitos políticos.  
La Constitución de 1861 consagró:
- El derecho de defensa, del cual nadie puede ser privado, en cualquier estado de la causa.

La Constitución de 1869 reconoció:

- El derecho de asociarse sin armas (que después se establecerá como libertad de reunión y de asociación con fines pacíficos).

La Constitución de 1878 se destacó por ordenar –sistematizar– los derechos fundamentales, dotándoles de un contenido jurídico más preciso. Los derechos que normalmente fueron colocados en la parte final del texto constitucional, pasan adelante y así se mantendrá en algunas Constituciones posteriores, por ejemplo en la actual. Como aspectos nuevos pueden citarse:

- La inviolabilidad de la vida, esta expresión estuvo ausente en los textos anteriores, queda abolida la pena de muerte no solo para los delitos políticos sino también para los comunes, salvo el parricidio y matricidio;
- Se prohíbe permanecer incomunicado por más de veinticuatro horas;
- Prohibición de torturas y de la pena de azotes <sup>(16)</sup>;
- Libertad para fundar establecimientos de enseñanza privada con sujeción a la ley; la enseñanza primaria es obligatoria y gratuita;
- Responsabilidad de los empleados públicos por violación de los derechos constitucionales, deberán responder con sus bienes y se disponen procedimientos especiales.

La Constitución de 1884 incluyó:

- La prohibición del destierro, pero ésta y otras normas sobre los derechos fueron eliminadas o restringidas por las reformas constitucionales de 1887;
- Derecho de los padres a dar a sus hijos la educación que a bien tuvieren.

La Constitución de 1897 proclamó:

- La libertad de conciencia y religión: el Estado respeta las creencias religiosas y éstas no son un obstáculo para el ejercicio de los derechos;
- Abolición de la pena de muerte, sin excepciones.

---

<sup>(16)</sup> En la Constitución de 1906 se prohibirán –de modo general– las penas infamantes.

La Constitución de 1906 recogió los derechos individuales en fórmulas jurídicas de mayor tecnicismo y agregó:

- La prohibición de prisión por deudas, salvo los casos establecidos por la ley;
- A no ser penado sin juicio previo (principio que no había constado en las anteriores);
- La enseñanza oficial es laica;
- La admisión a las funciones y empleos públicos sin otras condiciones que las determinadas por la ley<sup>(17)</sup>.

#### 8.4. El constitucionalismo social y los nuevos derechos

Es a partir de la Constitución de 1929 que el Ecuador instaura, propiamente, los nuevos derechos económicos, sociales y culturales: complemento indispensable de los derechos civiles y políticos y a los cuales dan sentido y real concreción. Por esta razón pasaremos a examinar conjuntamente estos nuevos derechos y los civiles en las siguientes cartas políticas ecuatorianas.

La Constitución de 1929 se distinguió especialmente por introducir los derechos económicos y sociales, cuyo esquema es el siguiente:

- Protección al trabajo y al trabajador;
- Dispuso que la ley fije: la duración de las jornadas de trabajo, los salarios mínimos con su carácter inembargable, el descanso semanal obligatorio, los seguros sociales, la salubridad y seguridad de establecimientos industriales, el trabajo de mujeres y niños, la regulación de huelgas y paros<sup>(18)</sup>;

Obligatoriedad de indemnizar los accidentes de trabajo;

- Derecho de obreros y patronos a formar sindicatos o asociaciones profesionales;
- Derecho de propiedad, limitada por su función social;
- Propiedad del Estado sobre el subsuelo;
- Prohibición de los monopolios no autorizados por la ley;
- Intervención del Estado para la construcción de vivienda barata en pro de los trabajadores obreros y campesinos;
- Derecho a la asistencia, higiene y salubridad públicas;
- Libertad de educación y de enseñanza, cuyo presupuesto se incrementará hasta el veinte por ciento de las rentas estatales;

(17) No consta en forma expresa la igualdad ante la ley.

(18) Antes y después de esta Constitución se dieron diversas leyes laborales que serán reunidas en el Código de Trabajo, promulgado en noviembre de 1938.

- Protección al matrimonio, a la familia y al haber familiar; la ley protegerá la maternidad y la infancia;
- Protección al niño, que contará con una partida presupuestaria especial;
- Derecho de los hijos ilegítimos a ser criados y educados por sus padres, a heredarles en la proporción que señale la ley, a investigar la paternidad.

En materia de derechos civiles la Constitución de 1929 agregó:

- El derecho de hábeas corpus (propiamente es una garantía) para proteger la libertad física;
- La extradición se concederá en virtud de una ley o de un tratado, pero nunca por infracciones políticas;
- En concurrencia de dos leyes penales se aplicará la menos rigurosa, aun si fuere posterior; y,
- Proclamó que la enumeración de derechos y garantías que hace la Constitución no es limitativa ni excluyente de otros derechos.

La Constitución de 1945 inició la sistematización de los derechos fundamentales. Siguió la orientación dada por la Carta de 1929 y desarrolló los contenidos de los nuevos derechos económicos y sociales, a algunos les dio demasiada extensión (carácter reglamentario) tal es el caso del derecho del trabajo. Hay novedad en los siguientes derechos:

- En la Familia: al inscribir los nacimientos no se exigirá ninguna declaración sobre la calidad de la filiación; se establece el patrimonio familiar inalienable e inembargable, regulado por la ley; los menores de edad están sometidos a una legislación especial protectora y no punitiva en materia penal.
- En la Educación y Cultura: la autonomía de las universidades conforme a la ley y creación del patrimonio universitario; libertad de cátedra; libertad de organización de profesores y de estudiantes; en las escuelas de población india se utilizará el quichua o la respectiva lengua aborigen, además del castellano; se establece el patrimonio cultural de la nación bajo la vigilancia y custodia del Estado.
- En la Economía: su régimen responderá a principios de justicia social, la propiedad crea obligaciones sociales, *“la utilización de la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la colectividad”*; el Estado regulará la actividad económica, la planificará; posibilidad de nacionalizar las empresas privadas que presten servicios públicos si lo exigen los intereses económicos del país; se proscribió mantener tierras incultas, se encarga a la ley su regulación; apoyo estatal para desarrollar el sistema cooperativo de explotación agrícola; protección a la propiedad comunal.
- En el Trabajo y Previsión Social: el trabajo es un deber social; las normas que reglan el trabajo son desarrolladas en veintiséis literales, también se amplía lo relativo a la previsión y asistencia sociales.

Entre los derechos civiles fueron agregados:

- La integridad personal;
- Derecho a la rectificación gratuita en el mismo medio de comunicación social en que se hicieron imputaciones falsas o calumniosas;
- Prohibición de suspender o clausurar periódicos, junto a otras disposiciones de protección a la prensa y sus trabajadores.

La Constitución de 1946 continuó con la trayectoria del constitucionalismo social y aunque con menos amplitud que la anterior Carta y con diferente esquema consagró los derechos económicos, sociales y culturales; en esta materia no hubo innovaciones.

En el campo de los derechos civiles, como aspectos nuevos pueden mencionarse:

- Nadie será obligado a declarar sobre sus convicciones políticas o creencias religiosas, salvo lo previsto en la Constitución y la ley;
- Prohibición de la pena de destierro: ningún ecuatoriano será expatriado contra su voluntad;
- No se concederá la extradición de un ecuatoriano en ningún caso (antes la prohibición era relativa y no se mencionaba la nacionalidad);
- El hábeas corpus adquirió una regulación más amplia.

La Constitución de 1967 caracterizada por su claridad y corrección idiomática, precisó los contenidos y ordenó los derechos fundamentales en forma adecuada. A los derechos civiles existentes agregó:

- El amparo jurisdiccional contra la violación de los derechos constitucionales;
- El derecho a la honra y a la intimidad personal y familiar;
- El derecho a la información y el libre acceso a sus fuentes;
- Libertad de culto individual o colectivo, en público o privado (se precisa esta consecuencia de la libertad religiosa proclamada desde 1897);
- Los documentos obtenidos infringiendo la inviolabilidad de correspondencia no hacen fe en juicio (disposición general, ya no solo para las causas por delitos políticos);
- El derecho de asilo en caso de persecución no motivada por delitos comunes.

En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales las innovaciones más sobresalientes, en orden al esquema establecido en dicha Constitución, son:

- De la Familia: el Estado protegerá al hijo desde su concepción y establecerá disminución y exención de las obligaciones tributarias según el número de hijos.
- De la Educación: *“La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad e inculcará respeto a los derechos y libertades fundamentales; favorecerá la comprensión y tolerancia entre los grupos sociales y religiosos; y el man-*

*tenimiento de la paz*”<sup>(19)</sup>. El carácter obligatorio de la educación se amplió, a más de la primaria, al ciclo básico. Se dispuso la erradicación del analfabetismo. Los recintos universitarios son inviolables.

- De la Propiedad: se estableció la reforma agraria; la abolición de las formas precarias de tenencia de la tierra; las tierras baldías (sin dueño) y las abandonadas por más de ocho años consecutivos sin causa legal son bienes del Estado, con fines de colonización y reforma agraria; también le pertenecen, además del subsuelo, el zócalo y la plataforma submarinos.
- Del Trabajo y de la Seguridad Social: se desenvuelven los principios laborales ya establecidos por las cartas anteriores con algunas variantes; incluyéndose lo relativo a la seguridad social, a la promoción popular y a la asistencia social.
- De la Economía: (no se hizo mención al sistema económico que se implantaría). El ahorro en todas sus formas será fomentado y protegido; se apoyará la integración económica regional; se insertaron en el texto sendos capítulos sobre la planificación, el régimen tributario, los regímenes monetario y bancario.

## IX. LA CONSTITUCIÓN VIGENTE DE 1978-79

La actual Ley Fundamental ecuatoriana fue aprobada popularmente mediante referéndum de opción (se presentaron dos textos constitucionales) el 15 de enero de 1978 y entró en vigor el 10 de agosto de 1979 con la posesión del nuevo Presidente de la República, poniendo fin a un gobierno militar *de facto*. Esta Carta Política para desarrollar los derechos fundamentales tomará como base las constituciones de 1945 y especialmente la de 1967, cuyo esquema fue seguido.

La Carta Magna vigente fue objeto de diversas críticas respecto de algunos aspectos organizativos de las instituciones políticas; sin embargo, sería difícil sostener que la parte dogmática relativa a los derechos haya sido deficiente, como es obvio puede ser mejorada. Con esta finalidad las reformas constitucionales introducidas en 1996 y luego las de la Asamblea Nacional Constituyente de 1998 han ampliado el esquema de los derechos y han insertado disposiciones que permitan una aplicación efectiva de los mismos.

Las reformas promulgadas en 1996 introdujeron la institución del defensor del pueblo, así como el amparo y el hábeas data; algunas disposiciones enfatizando los derechos de la mujer, otras sobre aspectos de salud y otras relativas al medio ambiente. Igualmente se insertaron normas sobre la responsabilidad del Estado en casos de violación de los derechos.

---

<sup>(19)</sup> Art. 36. Transcribimos este precepto relativo a las finalidades de la educación como una muestra del contenido claro y completo que existe en las formulaciones jurídicas de esta Carta.

Las reformas de la Asamblea Nacional Constituyente, codificadas y promulgadas el 11 de agosto de 1998, ampliaron –más que los derechos– las fórmulas de redacción, cuidando de que conste en el texto constitucional determinadas disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por el Ecuador, es decir, de normas que ya son obligatorias. La técnica constitucional de la síntesis –de lo breve y sumario– cedió el paso al anhelo de hacer de la Ley Suprema un libro abierto donde la ciudadanía encuentre sus derechos –y también sus deberes– y se eduque en ellos.

Lo más positivo en materia de derechos –en estas reformas últimas– son los derechos colectivos de los pueblos indígenas que se extienden también a los pueblos negros, minoritarios con relación a los primeros. El reconocimiento, con jerarquía constitucional, de los derechos de los pueblos indios significa un importante progreso nacional, allí se recogen disposiciones constantes en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989<sup>(20)</sup>.

Estos derechos concretan las aspiraciones de los pueblos indios a asumir el control de su forma de vida, de su desarrollo socio-económico y de sus prioridades. Se consagra el respeto a su identidad y a su cultura en todas sus manifestaciones, incluido sus conocimientos y prácticas de medicina tradicional. El derecho a mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a conservar su propiedad, salvo en el caso de utilidad pública; no pagarán el impuesto predial por estas tierras; no podrán ser desplazados<sup>(21)</sup>.

Finalmente, concluiremos señalando que las reformas constitucionales de la Asamblea, en el ámbito de los derechos humanos, abarcan diversas cuestiones que deberán ser examinadas en todo su alcance y sentido para poder valorarle debidamente.

---

(20) Aprobado por la 76a Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra junio de 1989.

(21) Artículos 83 al 85 de la Constitución codificada.

# EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN CUBA (1901-1952)

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO  
(España)

**SUMARIO:** I. El control de constitucionalidad en la primera Constitución de Cuba, de 1901. II. El control de constitucionalidad en la Ley de 31 de marzo de 1903. III. Las Leyes Constitucionales de 1934 y 1935 y el nacimiento de la acción pública de inconstitucionalidad. IV. El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales en la Constitución de 1940. V. La Ley núm. 7, de 31 de mayo de 1949, de creación del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales. VI. La Ley Constitucional de 4 de abril de 1952 y el final de la experiencia cubana del control de la constitucionalidad.

## I. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA PRIMERA CONSTITUCIÓN DE CUBA, DE 1901

La primera Constitución, de la República de Cuba, de 1901, se encontraba, en cierto modo, hipotecada por la Enmienda Platt, llamada así en recuerdo del senador norteamericano que la propuso y en la que hallaría su apoyo poco después el Tratado suscrito entre la Isla y los Estados Unidos en el año 1903 que, de alguna manera, recortaba la soberanía del nuevo Estado independiente, y que se mantuvo en vigor hasta que en 1934 fue anulado por iniciativa del Presidente Roosevelt.

La citada Constitución iba a acoger en su articulado la idea de la supremacía constitucional, atribuyendo al Tribunal Supremo la facultad de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes y normas infralegales. En efecto, el inciso cuarto de su art. 83 otorgaba al supremo órgano jurisdiccional la facultad de “decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, cuando fuere objeto de controversias entre partes”.

El proceso de elaboración de tan trascendental precepto es casi imposible de desentrañar, pues en ninguno de los trece Proyectos, totales o parciales, que se presentaron a la consideración de la Asamblea Constituyente aparece enunciado en la forma en que se plasmó definitivamente, si bien es de notar que en seis de ellos se propuso la adopción de este instituto procesal, bien que con distintos conceptos y alcances.

Merino Brito<sup>(1)</sup> ha considerado como un hecho indiscutible que los constituyentes cubanos de 1901, tanto en la elaboración de sus proyectos particulares como en el definitivo de Constitución, tuvieron como modelo la Constitución norteamericana, pues quisieron dar no sólo una Carta Fundamental similar a la de los Estados Unidos, sino también los resortes con que el pueblo norteamericano contaba para asegurarse el pleno disfrute de sus derechos constitucionales.

Tal consideración no puede, sin embargo, dejar de suscitar nos algunas precisiones y matices. Es indudable, desde luego, el fuerte influjo ejercido por el modelo constitucional norteamericano en la materia que nos ocupa y en otros diferentes aspectos del código constitucional. No es ajeno a ello el notable rol que se suele admitir que tuvo en la Asamblea Constituyente Gonzalo de Quesada, quizá el mejor conocedor en Cuba del Derecho norteamericano<sup>(2)</sup>. Sin embargo, a nuestro entender, es igualmente irrefutable que algunos modelos latinoamericanos estuvieron muy presentes, al menos en la mente de algunos constituyentes. El mejor ejemplo de esta incidencia de los sistemas acuñados, en relación con el control de constitucionalidad, por otros países del área iberoamericana lo hallamos en el Proyecto presentado por Leopoldo Berriel, inequívocamente revelador de una concepción del control de constitucionalidad muy diferente de la norteamericana.

En el Proyecto Berriel, la norma equivalente a la que acogería el inciso cuarto del art. 83 del texto final de la Constitución, preveía como atribución “peculiar” del Tribunal Supremo la de “resolver definitivamente sobre la constitucionalidad de los actos legislativos que hayan sido objetados por el Gobierno”, Tal norma había de complementarse con la previsión del art. 52, a cuyo tenor: “Cuando un proyecto de ley fuese objetado por el Ejecutivo por inconstitucional y las Cámaras insistieran en él, ratificándolo, debe pasar el proyecto al Tribunal Supremo de Justicia para que dentro de seis días decida si es o no asequible; obligando el fallo afirmativo al Ejecutivo a la sanción de la ley, y quedando archivado el proyecto en otro caso”.

El Proyecto de Berriel es claramente tributario del modelo colombiano de la Constitución de 4 de agosto de 1886, obra en gran medida de Miguel Antonio Caro quien, como reconoce Uribe<sup>(3)</sup>, trazó la arquitectura de las nuevas instituciones en los debates efectuados en el seno de la Asamblea Nacional de Delegatarios.

---

(1) Eloy G. Merino Brito: “El recurso de inconstitucionalidad y su jurisprudencia”, Cultural S.A., La Habana, 1938, pág. 10.

(2) *Ibíd.*, págs. 11 y 14.

(3) Diego Uribe Vargas: “Las Constituciones de Colombia”, vol. I, 2ª ed., Ediciones Cultura Hispánica–Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1985, pág. 190.



La Constitución colombiana, que con diversas reformas se mantuvo en vigor más de un siglo, optó por un modelo de control de constitucionalidad que el propio Caro denominó “plan de veto”. A tenor de su art. 90: “Exceptuáse de lo dispuesto en el art. 88 (obligación del Presidente de la República de sancionar todo proyecto de ley que, una vez reconsiderado en segundo debate por previa objeción presidencial, fuese adoptado por dos tercios de los votos en cada una de las Cámaras) el caso en que el proyecto fuese objetado por inconstitucional. En este caso, si las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Suprema para que ella, dentro de seis días, decida sobre su exequibilidad. El fallo afirmativo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si fuere negativo, se archivará el proyecto”. Esta norma encontraba su complemento en el inciso cuarto del art. 151, de conformidad con el cual se atribuía a la Corte Suprema “decidir definitivamente sobre la exequibilidad de actos legislativos que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales”.

El texto constitucional colombiano, de modo un tanto sorprendente, ignoraba la acción popular de inconstitucionalidad, que había sido contemplada por la Ley Orgánica de la Administración y Régimen Municipal, de 22 de junio de 1850<sup>(4)</sup>, y que no habría de ser constitucionalizada sino hasta el Acto Legislativo núm. 3 de 31 de octubre de 1910, que procedía a una profunda reforma constitucional que, según Restrepo<sup>(5)</sup>, culminaba todo el proceso de noventa y nueve años abierto con la Constitución de la Provincia de Cundinamarca de 1811 y orientado a la afirmación constitucional explícita del principio de supremacía constitucional.

El “plan de veto” de Caro no era en modo alguno una fórmula original. Por el contrario, tenía un origen bien visible en el Ecuador donde ya la Constitución de 1869 lo había establecido en términos muy similares, pasando de ahí a la Constitución ecuatoriana de 1878 que lo contempló aun con mayor nitidez<sup>(6)</sup>.

Más ampliamente aún, creemos que puede sostenerse que el control de constitucionalidad se ha vinculado con mucha frecuencia en Iberoamérica a los conflictos suscitados entre Legislativo y Ejecutivo con ocasión del procedimiento legislativo, siendo por lo mismo un control preventivo que se desencadena con ocasión de la interposición de un veto presidencial a un proyecto de ley en trámite, o ya aprobado

---

(4) *Cfr.* al respecto Allan R. Brewer-Carías: “Instituciones Políticas y Constitucionales”, tomo VI (Justicia Constitucional), Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira, 3ª ed., Caracas-San Cristóbal, 1996, págs. 541-550.

(5) Carlos Restrepo Piedrahita: “Tres ideas constitucionales”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1988, pág. 55.

(6) *Cfr.* al efecto, Hernán Salgado Pesantes: “El control de constitucionalidad en la Carta Política del Ecuador”, en el colectivo, “Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes” (núm. 4 de Lecturas Constitucionales Andinas), Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995, págs. 167 y sgts; en concreto, págs. 168-169.

por el Congreso, por razón de su supuesta inconstitucionalidad. La aparición del Tribunal Constitucional en Chile, en 1970, ilustra a la perfección sobre el rasgo que acaba de señalarse.

Si retornamos de nuevo al Proyecto de Leopoldo Berriol, se puede constatar su mimetismo con la fórmula constitucionalmente acuñada en Colombia en 1886 y, más amplia o genéricamente, su conexión con una de las pautas más comunes del control de constitucionalidad iberoamericano. Ciertamente, la fórmula de Berriol no prosperaría en el texto definitivo de la Constitución, pero su influjo no dejaría de manifestarse con claridad en ulteriores normaciones y, en menor medida, en el propio devenir inmediato del control de constitucionalidad en Cuba, con la desvinculación del mismo del modelo norteamericano. No cabe ignorar, a este respecto, la posición influyente de Berriol, miembro de la Comisión redactora del Proyecto de Constitución que a la postre sería el texto definitivo.

A todo lo expuesto ha de añadirse una reflexión adicional. El control de constitucionalidad en Cuba, ya desde su mismo origen en 1901, presentaba una diferencia sustancial en relación con el modelo norteamericano de la *judicial review*: el monopolio por parte de la Corte o Tribunal Supremo del control de constitucionalidad, rasgo que se incardina en uno de los caracteres más peculiares del control de constitucionalidad en América Latina, por lo menos durante una larga etapa de su accidentada historia constitucional, como ha significado Grant<sup>(7)</sup>. Nos referimos al extraordinario fortalecimiento del rol de la Corte Suprema de Justicia como “guardián de la Constitución”, rasgo que, a nuestro entender, es tributario en “buen grado de la acción popular colombo-venezolana de mediados del siglo XIX.

Por todo lo expuesto, no debe extrañar en exceso que, como recuerda Merino<sup>(8)</sup>, la Comisión redactora del Proyecto de Constitución definitivo manifestase dos criterios en cuanto a la significación y alcance de la norma acogida por el art. 83: uno el redactarla y otro después cuando, puesta a votación, se pidió por algún asambleísta constituyente aclaración de la misma, circunstancia en la que Leopoldo Berriol, en nombre de la Comisión, se referiría al “recurso que podrá utilizarse ante el Tribunal Supremo, que tendrá un carácter especial y en su día desenvolverá la ley procesal”. Parece claro que mientras el criterio omisivo de toda referencia a un recurso respondía a la práctica judicial norteamericana, donde la *judicial review* no se llevaba a cabo a través de un recurso específico sino como una cuestión procesal previa en el curso de una “litis” cualquiera, a instancia de una de las partes, el criterio alusivo al recurso se separaba del modelo norteamericano, incardinándose en el modelo acuñado en ciertos países iberoamericanos.

(7) James Allan Clifford Grant: “El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes” (una contribución de las Américas a la Ciencia Política), Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1963, pág. 78.

(8) Eloy G. Merino Brito: “El recurso de inconstitucionalidad...”, *op. cit.*, págs. 14-15.

No debe sorprender esta doble interpretación llevada a cabo por un miembro de la Comisión en nombre de ella si se tiene presente, además de todo lo ya expuesto, de un lado, la poca nitidez de ideas existente en esta materia entre los constituyentes, y de otro, el hecho de que ya en alguno de los Proyectos presentados se manejaba explícitamente la idea de un recurso. Así, el Proyecto del general José B. Alemán preveía en el punto que nos ocupa que: “El Tribunal Supremo enjuicia y juzga: 1º Recursos de inconstitucionalidad de una ley”. En este contexto se explica que la Ley de 31 de marzo de 1903, sobre constitucionalidad de las leyes, desarrollara con enorme amplitud el inciso cuarto del art. 83 de la Constitución, separándose frontalmente del modelo norteamericano, en lo que sería el primer paso significativo en orden a la ulterior evolución del control de constitucionalidad.

## II. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA LEY DE 31 DE MARZO DE 1903

La Ley de 31 de marzo de 1903<sup>(9)</sup>, en perfecta coherencia con la posición sustentada por la Comisión redactora del Proyecto de Constitución, expuesta por Berriel al aclarar el alcance de la norma acogida por el inciso cuarto del art. 83, vino a desarrollar este precepto con gran amplitud, contemplando una doble vía para el planteamiento de la controversia de inconstitucionalidad: la vía casacional, cuando la controversia se suscitara en el curso de una “litis”, y la vía directa, conocida como “recurso de inconstitucionalidad por vía de casación”, que, en realidad, no era, como advierte Merino<sup>(10)</sup>, sino un recurso de casación por infracción de ley constitucional. Ambas vías, aunque pudiera parecer lo contrario, se diferenciaban con claridad.

La normativización de esta doble vía suponía —y esta era la gran novedad que aportaba la Ley de 1903— la posibilidad de instar el control de constitucionalidad por parte del Tribunal Supremo al margen de actuaciones judiciales, lo que entrañaba el alejamiento definitivo del modelo norteamericano y la aproximación a otros sistemas existentes, como ya se ha significado, en algunos países de Iberoamérica. El control de constitucionalidad, en sintonía con lo dispuesto en la Constitución, se atribuía por el art. 1º de la Ley al Tribunal Supremo “exclusivamente” respecto de leyes, decretos o reglamentos.

Las controversias sobre la constitucionalidad suscitadas al hilo de una “litis” eran ampliamente contempladas, pudiendo cualquiera de las partes de un juicio civil, criminal o contencioso-administrativo, sostener o alegar la inconstitucionalidad de la norma en cuestión en cuyo caso el juez o tribunal competente para conocer del litigio se había de abstener de dictar resolución sobre ese extremo, consignándolo así en la sentencia, pudiendo las partes interponer el recurso de casación o apelación ante el Tribu-

<sup>(9)</sup> El texto legal puede verse en Rodolfo Reyes: “La defensa constitucional” (Recursos de inconstitucionalidad y amparo), Espasa-Calpe, Madrid, 1934, págs. 361-364.

<sup>(10)</sup> Eloy G. Merino Brito: “El recurso de inconstitucionalidad...”, *op. cit.*, pág. 16.

nal Supremo, fundándolo en la mencionada inconstitucionalidad. Tratándose de juicios en que no fuese posible la formalización de ninguno de esos recursos, el art. 4 de la Ley posibilitaba la interposición de un recurso de casación por infracción de ley contra la sentencia dictada en última instancia, fundándolo exclusivamente en la inconstitucionalidad de la norma legal o infralegal aplicada, “debiendo citarse –requisito procesal inexcusable– como ley infringida un precepto de la Constitución”.

El art. 8 de la Ley regulaba la que podía tildarse de “vía directa”, esto es, la controversia surgida al margen de una “litis”. A tenor del mismo: “Toda persona a quien se aplique, fuera de actuaciones judiciales, una ley, decreto o reglamento que estime inconstitucional, tendrá el derecho de manifestarlo por escrito, dentro de los cinco días siguientes a la notificación, a la autoridad o funcionario que lo haya aplicado, anunciándole su intención de acudir al Tribunal Supremo de Justicia para que decida la controversia”. En sus sucesivos párrafos, el precepto establecía una serie de particularidades procesales respecto de los acuerdos que tuvieran su origen en los Consejos provinciales, Ayuntamientos, Gobernadores de provincia. Alcaldes y funcionarios de la Administración.

En la interpretación que del art. 8 de la Ley de 1903 haría el Tribunal Supremo<sup>(11)</sup>, éste exigiría “como condición indispensable de éxito y a fin de que la contienda no degenera en un mero debate teórico, que la disposición cuya inconstitucionalidad se arguye haya sido aplicada efectivamente, sirviendo de fundamento de la denegación del derecho que al promovente, según él, la Constitución le otorga. En sintonía con esta doctrina, el Tribunal Supremo interpretaría que “carece de acción para reclamar la declaración de inconstitucionalidad que demanda como parte afectada, quien impugna una medida general legislativa o reglamentaria que modifica en un determinado aspecto el derecho positivo (...), que por su generalidad y abstracción respecto de toda persona no permite admitir que con su promulgación, dándole carácter y fuerza obligatoria para todos, se ha aplicado a un caso concreto”<sup>(12)</sup>.

En definitiva, la jurisprudencia dejaba inequívocamente claro que el recurso de inconstitucionalidad planteado a través de la vía directa no otorgaba a cualquier persona una suerte de habilitación para instar del Tribunal Supremo la depuración del ordenamiento jurídico, a semejanza de la acción popular de inconstitucionalidad; más restrictivamente, el citado recurso podía ser interpuesto por quien se viese efectivamente afectado en sus intereses por la aplicación particularizada de la norma considerada contraria a la Constitución.

Los efectos de las Sentencias dictadas por el Supremo en el ejercicio de esta facultad de control de constitucionalidad eran contemplados por el art. 23 de la Ley, de acuerdo con el cual: “Las resoluciones que dicte el Tribunal Supremo conforme a esta

(11) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 23, de 28 de marzo de 1935.

(12) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 44, de 4 de octubre de 1935.

Ley, surtirán los mismos efectos que las ejecutorias de dicho Tribunal en materia civil”. Esta norma suponía que la sentencia de inconstitucionalidad resolvía el caso particular, es decir, sus efectos se circunscribían al caso concreto, eran efectos “inter partes”.

Con todo, se puede encontrar una significativa salvedad a la anterior regla general. A ella alude Merino<sup>(13)</sup>, quien recuerda que las denominadas “declaratorias de nulidad” del Supremo, hechas al amparo del art. 37 de la Constitución, producían la invalidación total y absoluta de la ley, como norma de carácter general, contrayéndose exclusivamente a los llamados derechos individuales, circunstancia que no puede dejar de ponerse en conexión con un rasgo peculiar del nacimiento del control judicial de constitucionalidad en América Latina: su estrechísima vinculación con la tutela y salvaguarda de los derechos constitucionales.

La Ley de 17 de marzo de 1922<sup>(14)</sup> introdujo una sustancial modificación en los efectos de las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad. De conformidad con su art. 1º, cuando el Tribunal Supremo en Pleno, en virtud de un recurso fundado únicamente en la inconstitucionalidad de una ley, decreto o reglamento, declarase la inconstitucionalidad de la disposición impugnada, “anulará la resolución recurrida si mediante esa declaración no pudiera subsistir, y en su lugar dictará la que proceda”. El art. 2 habilitaba, sin embargo, al Tribunal para dejar subsistente la resolución impugnada no obstante ser declarada su inconstitucionalidad, debiendo en tal caso el Tribunal expresar en su sentencia las razones de su decisión, previsión que difícilmente encontraba justificación a nuestro modo de ver.

La cuestión fundamental que suscitaban las normas citadas era la de si la referencia del art. 1º de la Ley a la anulación de la resolución recurrida estaba consagrando la nulidad de una norma de carácter general y dando, en consecuencia, efectos *erga omnes* a la declaratoria de inconstitucionalidad. En una lectura aislada del precepto pareciera ser esa la interpretación más lógica, pero en una interpretación sistemática de la norma legal tal conclusión, a nuestro juicio, debía ser desechada.

El art. 4 de la Ley, la norma creemos que más innovadora de la misma en el punto que nos ocupa, disponía que cuando el Tribunal Supremo declarara inconstitucional en más de dos sentencias un decreto, reglamento, resolución o disposición de carácter general, la autoridad que la hubiese dictado había de proceder, en el plazo de los veinte días siguientes al de la publicación de la sentencia en la Gaceta Oficial, a derogar o modificar la disposición, salvando la infracción de la Constitución en que la norma general en cuestión hubiese incurrido. Transcurrido ese plazo sin que la autoridad actuase en uno u otro sentido, la disposición impugnada perdía toda su eficacia, dejando de ser obligatoria en todo aquello que hubiere sido declarado contrario a la Constitución.

(13) Eloy G. Merino Brito: “El recurso de inconstitucionalidad...”, *op. cit.*, pág. 17.

(14) El texto legal puede verse en Eloy G. Merino Brito: “El recurso de inconstitucionalidad...”, *op. cit.*, págs. 117-119.

Una previsión como la anterior suponía, respecto de las disposiciones de rango infralegal, y en el supuesto exclusivo de no actuación por parte de la autoridad que dictó la norma reglamentaria contraria a la Constitución, el reconocimiento de un efecto *erga omnes* a la declaratoria de inconstitucionalidad, efecto que se supeditaba asimismo a la existencia de, al menos, tres sentencias en el mismo sentido, siendo de esta forma la tercera de ellas la que desencadenaba tal efecto general transcurridos veinte días sin que la norma en cuestión fuese derogada o modificada para hacerla, en este último caso, compatible con la Constitución.

La Ley de 1922 venía de esta forma, en relación con las normas reglamentarias que no con las leyes, a separarse de la fórmula del efecto “inter partes” acuñado como regla general –que, como ya expusimos, admitía alguna excepción– en la Ley de 1903. Era un primer paso en una dirección en la que se avanzaría decisivamente doce años después.

### III. LAS LEYES CONSTITUCIONALES DE 1934 Y 1935 Y EL NACIMIENTO DE LA ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD

La Ley Constitucional de 3 de febrero de 1934 iba a crear en Cuba la acción pública de inconstitucionalidad más tarde recepcionada por la Constitución de 1940. La Ley de 1934 dejó subsistente el recurso de parte afectada regulado por la Ley de 1903, creando a la par una acción pública que podían interponer ante el Tribunal Supremo 25 ciudadanos, acción que encuentra su antecedente en el Proyecto de Reformas Constitucionales de 1928, que creaba dicha acción aunque exigía para interponerla un conjunto de 500 ciudadanos en el pleno goce de sus derechos civiles y políticos. Ello da una idea de la rápida evolución que experimenta el control de constitucionalidad en Cuba y de su radical separación del modelo norteamericano.

Junto a la legitimación de parte afectada o de 25 ciudadanos para interponer un recurso de inconstitucionalidad, el art. 38 de la Ley de 1934 establecía una nueva acción pública ejercitable en todo tiempo por un solo ciudadano con la finalidad de requerir del Tribunal Supremo la invalidación por inconstitucional de cualquier ley que disminuyera, restringiera o adulterara derechos constitucionalmente garantizados.

La norma legal que nos ocupa no se limitaba a crear estas acciones, con la subsiguiente notabilísima ampliación de la legitimación procesal activa, sino que modificaba de forma sustantiva los efectos de las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad. A tenor de su art. 78: “Declarada la inconstitucionalidad de una ley, decreto-ley, decreto, reglamento, orden, disposición o acto de cualquier clase, no podrá aplicarse nuevamente en ninguna forma ni con ningún pretexto”. Esta previsión, separándose de las determinaciones de carácter general de las Leyes de 1903 y 1922, se inclinaba de modo inequívoco en favor de los efectos *erga omnes* de toda sentencia declaratoria de inconstitucionalidad, con independencia ya de la naturaleza, legal o infralegal, de la norma declarada contraria a la Constitución.

Cabe aquí también recordar que una fórmula análoga fue recepcionada por el ya citado Proyecto de Reformas Constitucionales de 1928, bien que en este Proyecto no

cristalizado se exigía la unanimidad de los miembros del Tribunal Supremo en Pleno y, caso de no darse, los efectos generales no se producían hasta tanto la Ley no fuese objeto de una segunda sentencia declaratoria de su inconstitucionalidad.

La Ley Constitucional del 11 de junio de 1935 reprodujo en su literalidad la normación dada a los recursos de inconstitucionalidad por la Ley de 1934, con lo que vino a dejar definitivamente consolidado, sobre basamentos nuevos, el control de constitucionalidad. Un buen ejemplo de este cambio de orientación nos lo proporciona el empeño del legislador de 1934 y 1935, de que no prevaleciera por defectos de forma un vicio de inconstitucionalidad, como recuerda Nin y Abarca<sup>(15)</sup>. Ello se tradujo, a su vez, en un cambio jurisprudencial por parte del Supremo orientado a facilitar el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad con vistas a restringir el rechazo de este tipo de recursos en base a meros defectos formales, algo muy habitual bajo la vigencia de la Ley de 1903.

Esta nueva visión de los recursos de inconstitucionalidad se reflejó en un incremento sustancial del número de controversias constitucionales de que iba a conocer el Tribunal Supremo<sup>(16)</sup>. Y así, como ejemplo, mientras entre 1903 y 1908 el Pleno del Tribunal Supremo sólo dictó 31 sentencias de inconstitucionalidad, entre 1934 y 1937, ese número se elevó a 271 sentencias. Las Leyes Constitucionales de 1934 y 1935 sentaron de esta forma las bases de una nueva concepción que iba a propiciar, a nuestro juicio, la constitucionalización pocos años más tarde del que, en cierto modo, anticipa lo que años después habrán de ser los primeros Tribunales Constitucionales de Iberoamérica. Nos referimos al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, creado por la Carta constitucional de 1940.

#### **IV. EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1940**

El 8 de junio de 1940 terminaba sus trabajos la Convención Constituyente, promulgándose en La Habana el día 5 de julio la nueva Constitución<sup>(17)</sup>. La Constitución de 1940, como apunta García Belaunde<sup>(18)</sup>, representaba la concreción de diver-

---

(15) Mario Nin y Abarca: "El recurso de inconstitucionalidad en la Constitución de 1940", en Revista Cubana de Derecho, año XV, núm. 4, octubre-diciembre 1941, págs. 485 y sigs.; en concreto, pág. 489.

(16) *Cfr.* al efecto los datos que facilita Eloy G. Merino Brito: "El recurso de inconstitucionalidad...", *op. cit.*, pág. 18.

(17) La Constitución de la República de Cuba fue publicada en la Gaceta Oficial de 8 de julio de 1940. Su texto puede verse en la Colección Legislativa Cubana, vol. II, Jesús Montero, Editor, 6º ed., La Habana, 1955.

(18) Domingo García Belaunde: "El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)", en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 4, 2000, págs. 125 y sigs.; en concreto, pág. 135.

sas experiencias que venían desde atrás y ello, a nuestro entender, se iba a manifestar con meridiana claridad en lo que se refiere al control de constitucionalidad, objeto de una muy detallada regulación por la Norma constitucional.

Las grandes novedades de la Carta de 1940 en la materia que abordamos eran, de un lado, la creación en el seno del Tribunal Supremo de Justicia, a modo de Sala formalmente integrada en el mismo, de un Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales al que la Constitución dedicaba una Sección específica (la tercera) dentro de su Título XIV, relativo al Poder Judicial, y de otro, la casuística regulación, en otra Sección del mismo Título (la séptima), bajo el rótulo “De la inconstitucionalidad”, de los aspectos más relevantes del control de constitucionalidad, y entre ellos: la legitimación procesal para instar la declaración de inconstitucionalidad, los efectos de tal declaratoria, el principio de publicidad de las sentencias constitucionales, el procedimiento de interposición de los recursos de inconstitucionalidad, e incluso la habilitación de jueces y tribunales para plantear ante el Tribunal de Garantías una “consulta de inconstitucionalidad” (creemos que así se la podría llamar) respecto de cualquier norma que hubieren de aplicar en una “litis”, procedimiento que recordaba el regulado en términos muy próximos por el art. 100 de la Constitución Española de 1931, que tendría, en este punto al igual que en otros, una influencia notable sobre el texto fundamental cubano.

### A) Naturaleza del Tribunal

La primera cuestión que se suscita a la vista de la regulación constitucional es la relativa a la naturaleza del Tribunal de Garantías. Si atendemos a la literalidad del art. 172 de la Constitución hay que concluir que nos hallamos, lisa y llanamente, ante una Sala del Tribunal Supremo de Justicia, circunstancia que podría conducirnos a pensar que el modelo cubano entronizado en 1940 era el pionero en la orientación que años después, en la reforma constitucional de 1968 que se lleva a cabo en la Constitución de 1886, arraigaría en Colombia con la creación en el seno de la Corte Suprema de Justicia de una Sala Constitucional. Sin embargo, esta interpretación ha de ser desechada, pues más allá de la ubicación orgánica en el seno del Tribunal Supremo, poco o nada tienen que ver la Sala Constitucional creada en Colombia en 1968 y el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales cubano. Bástenos con señalar una decisiva diferencia que atañe a las funciones respectivas. Mientras la Sala Constitucional colombiana desempeñaba una función puramente asesora de la Sala Plena de la Corte Suprema, pues el art. 214 de la Constitución, tras su reforma de 1968, atribuía a la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena la decisión definitiva sobre las acciones de inexequibilidad, correspondiendo a la Sala Constitucional el estudio previo y, más allá de la letra de la Constitución, como advierte Restrepo<sup>(19)</sup>, la preparación de los proyectos de fallo para

<sup>(19)</sup> Carlos Restrepo Piedrahita: “Tres ideas constitucionales”, *op. cit.*, pág. 70.



la Sala Plena, el Tribunal de Garantías cubano era el órgano competente, a la vista del art. 182 de la Constitución, para conocer, entre otros asuntos, de los recursos de inconstitucionalidad. No estamos, pues, ante una Sala Constitucional en el sentido que a este tipo de órganos se ha dado en algunos países iberoamericanos por el influjo colombiano en gran medida. Estamos ante un órgano que desborda esa caracterización.

Ya su misma denominación, tributaria, como otros muchos aspectos de la institución, del Tribunal de Garantías Constitucionales creado en España por la Constitución de 1931, es bien significativa. Mientras las otras tres Salas de Justicia del Supremo reciben la denominación de: Sala de lo Civil, Sala de lo Contencioso-Administrativo y de Leyes Especiales y Sala de lo Criminal (art. 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante LOPJ– tras su modificación por el art. 7º de la Ley núm. 7 de 1949, de creación del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales –en adelante LTGC–, que suscita este comentario), esta Sala de creación constitucional “ad hoc” recibe un rótulo más propio de un verdadero Tribunal Constitucional que de una Sala de la Corte Suprema. Ciertamente, se trata de un rasgo poco sustantivo, pero que no por ello deja de encerrar un cierto significado.

Más allá de lo puramente semántico, no deja de resultar revelador que el Tribunal de Garantías fuese objeto, de igual forma que el Tribunal Supremo de Justicia, de una Sección específica en el marco del Título referente al Poder Judicial, de igual forma asimismo que el Tribunal Superior Electoral o el Ministerio Fiscal. Y también es significativo que el Tribunal de Garantías no fuese contemplado por la Ley Orgánica del Poder Judicial, siendo por el contrario objeto de regulación por una Ley “ad hoc” como es la que suscita este comentario. De otro lado, desde el punto de vista funcional, mientras las otras tres Salas de Justicia del Supremo estaban llamadas, primigeniamente, a conocer de los recursos de casación, el Tribunal de Garantías era competente para conocer de un amplio elenco de asuntos (que le encomendaba el art. 182 de la Constitución) que nada tenían que ver, o casi nada, pues se podía identificar una salvedad al respecto, con la casación. Por lo demás, de la relevancia dada por el constituyente cubano a la materia del control de constitucionalidad ilustra el hecho, ya referido, de que dedicara una de las Secciones del Título XIV, relativo al Poder Judicial, a la inconstitucionalidad, de la que había de conocer de modo específico el órgano que nos interesa.

Por cuanto antecede, parece que puede concluirse que el Tribunal de Garantías en modo alguno podía ser considerado sin mayores precisiones como una Sala del Supremo en la línea de la Sala Constitucional colombiana. Ahora bien, ¿podía ser tildado de verdadero Tribunal Constitucional, anticipándose con ello a los Tribunales Constitucionales europeos de la segunda postguerra? Un conjunto de elementos y rasgos parecen oponerse también a esta apreciación. Nos referiremos a ellos.

En primer término, el Tribunal no sólo no se presentaba como un órgano independiente del Poder Judicial, como era el caso del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República Española, sino que, bien al contrario, se incardinaba en la estructura orgánica del propio Tribunal Supremo de Justicia.

En segundo lugar, su integración se acomodaba a las reglas generales que regían la de las restantes Salas, con algunas particularidades, como la de acoger dos Magistrados más que las restantes Salas, o como la de quedar integrado de un modo peculiar cuando conociera de asuntos constitucionales, supuesto en el que había de estar presidido por el Presidente del Supremo, formando parte del Tribunal un mínimo de quince Magistrados, número elevadísimo si se tiene en cuenta que el total de Magistrados del Supremo era de veintiséis (además de los cuatro Presidentes de cada una de las Salas).

En tercer término, los integrantes del Tribunal de Garantías se elegían por idéntico procedimiento que el pertinente para los demás Magistrados del Supremo, no exigiéndoseles ninguna especialización ni gozando de un estatuto jurídico diferenciado. Por último, el Tribunal de Garantías no era un órgano jurisdiccional especializado para conocer en exclusiva de asuntos constitucionales; por contra, también eran de su competencia los asuntos relativos a la legislación social o, por poner otro ejemplo, los recursos contra los abusos de poder. Los argumentos expuestos, y algunos otros que podrían añadirse, han conducido a algún sector de la escasa doctrina que fuera de la Isla caribeña se ha hecho eco de la para nosotros muy sugestiva experiencia cubana, a considerar que el órgano que nos ocupa era una Sala Constitucional pero con otro nombre y, si acaso, un embrión de Tribunal Constitucional<sup>(20)</sup>.

Calificar este órgano de Sala Constitucional exigiría, cuando menos, reconducirlo a la categoría de las llamadas por Fix-Zamudio<sup>(21)</sup> “Salas Constitucionales autónomas”, que constituyen un paso adelante en relación a la Sala Constitucional colombiana, y entre las que podríamos recordar las de Costa Rica, El Salvador y Paraguay. Otra cuestión diferenciada es que alguna de estas Salas, aún estando integradas orgánicamente en la Corte Suprema, funciona con absoluta autonomía incluso respecto de la propia Corte Suprema. Es el caso de la Sala Constitucional de Costa Rica, creada en virtud de la reforma constitucional llevada a cabo por la Ley N° 7128, de 1989, y regulada por la Ley N° 7135, de 11 de octubre de 1989, Ley de la Jurisdicción Constitucional, cuyo art. 14 dispone que la Sala Constitucional y su jurisdicción estarán sometidos únicamente a la Constitución y a la Ley, mientras que su art. 13 establece que “la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma”. Y en tal caso ¿hasta qué punto tiene sentido hablar de que la jurisdicción constitucional la ejerce una Sala de la Corte Suprema? Esta ubicación orgánica no tendrá más consecuencias que los Magistrados de la Sala en cuestión serán elegidos de acuerdo con idéntico procedimiento que los integrantes de las demás Salas del Supremo y que estarán sujetos al mismo régimen orgánico y disciplinario, determinación que hace suya el art. 4 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica.

(20) Domingo García Belaunde: “El Tribunal de Garantías Constitucionales...”, *op. cit.*, pág. 139.

(21) Héctor Fix-Zamudio: “Los Tribunales y Salas Constitucionales en América Latina”, en el colectivo, “Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca”, UNAM, México, 1995, págs. 59 y sigs.; en concreto, págs. 71-73.

Si retornamos al Tribunal cubano, en la dirección aludida, con ciertos matices, desde luego, se ha de subrayar que éste monopolizaba el control de constitucionalidad, lo que entrañaba un sistema de jurisdicción constitucional concentrada, convirtiéndose en el único órgano jurisdiccional competente en asuntos constitucionales, lo que le situaba por encima de las otras tres Salas del Tribunal Supremo en cuanto que sus Sentencias proyectaban sus efectos, como después veremos, frente a todos. Además, en el ámbito constitucional, las demás Salas, en cuanto tribunales de justicia que eran, venían obligadas a evacuar una consulta al Tribunal de Garantías sobre la constitucionalidad de cualquier norma que hubieran de aplicar en juicio y que estimaran vulneradora de preceptos constitucionales relativos a derechos o garantías (art. 194 de la Constitución, desarrollado por el art. 77 de la Ley núm. 7/1949, LTGC). En definitiva, como afirmaba Posada en relación con el Tribunal de Garantías Constitucionales de 1931<sup>(22)</sup>, estamos ante una institución que no debe considerarse sometida a ninguna otra, sino en los términos de la Constitución misma.

Ciertamente, algún matiz se puede suscitar frente, por ejemplo, a la actual Sala Constitucional de Costa Rica. Si sus miembros (siete Magistrados propietarios y doce suplentes, de acuerdo con el art. 4º de la Ley núm. 7135) son elegidos específicamente para esta Sala, el Tribunal de Garantías cubano, al conocer asuntos constitucionales, veía complementada su composición como Sala de Justicia del Supremo con la adscripción al mismo de otros Magistrados: el Presidente del Supremo, que lo había de presidir; los tres Presidentes de las otras tres Salas de Justicia, y los dos Magistrados más antiguos del Tribunal Supremo. Ello daba un protagonismo a miembros de otras Salas en el ejercicio por el Tribunal de Garantías de su función más significada, el control de constitucionalidad, lo que desnaturalizaba un tanto ese funcionamiento como Sala autónoma a que con anterioridad nos referíamos.

Las paradojas y contradicciones que se advierten cuando tratamos de caracterizar este órgano, y que se nos presentan tanto si se intenta comparar con las Salas Constitucionales como con los Tribunales Constitucionales son deudoras de una particular evolución histórica y de un momento histórico en el que se van a recepcionar unas influencias de otros países que van a ser determinantes del diseño dado finalmente a la institución.

Parece fuera de toda duda, a la vista de la evolución histórica del control de constitucionalidad que se ha descrito, que Cuba fue progresivamente separándose del modelo norteamericano de la *judicial review*, que en realidad nunca fue recepcionado en plenitud, pese a su indudable influencia. Al influjo producido por los sistemas de otros países latinoamericanos, Colombia y Venezuela muy singularmente, se uniría el fuerte impacto que en este ámbito habría de ejercer la Constitución Española de 1931 y, por su intermedio, las nuevas doctrinas europeas sobre la “defensa constitucional”, que tan bien compendiaría entre nosotros Rodolfo Reyes.

---

(22) Adolfo Posada: “Tratado de Derecho Político”, tomo 2, 5ª ed., Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1935, pág. 548.

La Convención Constituyente de 1940 asume el que podríamos llamar modelo europeo–kelseniano, pero lo recepciona acomodándolo a uno de los rasgos que desde mediados del siglo XIX parecía ser más común y consistente en buen número de países iberoamericanos: el monopolio ejercido por la Corte Suprema en las controversias constitucionales<sup>(23)</sup><sup>(24)</sup>. Y fruto de esta mixtura nace el Tribunal cubano que, sin poder en rigor ser considerado como un Tribunal Constitucional en su sentido más propio, sí que puede ser considerado, a nuestro juicio, como la primera experiencia iberoamericana que, muy tempranamente, reflejará, parcial, impropia o desnaturalizadamente si se prefiere, el modelo europeo de los Tribunales Constitucionales. Si se piensa que en Europa, inmersa en 1940 en el fragor de la guerra, aun habrán de pasar bastantes años hasta que las primeras Constituciones de la postguerra sienten el punto de partida para la consolidación y ulterior eclosión de estos órganos de impronta kelseniana, se puede valorar aun en mayor medida la trascendencia del paso dado por los constituyentes cubanos.

## B) El perfil orgánico del Tribunal

El Tribunal de Garantías tenía una doble composición según conociera de asuntos constitucionales o sociales. En el primer caso, bajo la presidencia del Presidente del Supremo, había de quedar integrado, como ya se dijo, al menos por quince Magistrados. En el segundo, por nueve, esto es, su Presidente y los ocho Magistrados que lo integraban. La previsión constitucional (art. 172) sería desarrollada por la LTGC en el sentido que expusimos en un momento precedente.

Si se recuerda que el Tribunal Supremo en su conjunto, de acuerdo con el art. 20 LOPJ, tras su modificación por la LTGC, se hallaba integrado por un total de 31 miembros (su Presidente, los cuatro Presidentes de las Salas de Justicia y 26 Magistrados, 6 por cada Sala con la excepción del Tribunal de Garantías, integrado por 8), se puede apreciar la relevancia que se otorga al conocimiento de los asuntos constitucionales, al integrar el Tribunal de Garantías prácticamente la mitad del número de miembros del Supremo.

Aunque la Constitución de 1940 instituyó la Carrera judicial (art. 175), estableciendo la oposición como vía de ingreso en la misma, exceptuaba de ello a los Magistrados del Tribunal Supremo, que eran nombrados por el Presidente de la República de

---

(23) *Cfr.* al efecto James Allan C. Grant: “El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes”, *op. cit.*, págs. 81 y sigs.

(24) No es casual que entre las Disposiciones Transitorias de la Constitución encontremos una Disposición única a la Sección segunda del Título XIV, a tenor de la cual: “En tanto se cree la Sala de Garantías Constitucionales y Sociales a que se refiere el art. 172 de esta Constitución y se nombren sus Magistrados, continuará conociendo de los recursos de inconstitucionalidad, según se regulan en la Ley Constitucional de 11 de junio de 1935, el Pleno del Tribunal Supremo de Justicia”.

una terna propuesta por un colegio electoral de nueve miembros, designados a su vez del siguiente modo: cuatro por el Pleno del Tribunal Supremo, de su propio seno; tres por el Presidente de la República, y dos por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, debiendo reunir los cinco últimos los requisitos exigidos para ser Magistrado del Tribunal Supremo y no pudiendo pertenecer a la Facultad de Derecho los nombrados por ésta. Este colegio electoral se constituía para cada designación, no pudiendo volver a integrarlo sino transcurridos cuatro años aquellos componentes que no fueran Magistrados.

El Presidente del Tribunal Supremo y los cuatro Presidentes de Sala (y por tanto, entre ellos, el Presidente del Tribunal de Garantías;) eran nombrados por el Presidente de la República a propuesta del Pleno del Tribunal Supremo. Estos nombramientos y los de los propios Magistrados del alto órgano jurisdiccional debían recibir la aprobación del Senado.

La Constitución (art. 180) exigía que, en todo caso, la terna de entre la que el Presidente de la República había de nombrar a cada Magistrado del Tribunal Supremo comprendiera, por lo menos, a un funcionario judicial en servicio activo que hubiere desempeñado sus funciones durante un mínimo de diez años. A su vez, el art. 59 LOPJ, tras su reforma por la LTGC, dispondría que la terna para Presidente del Tribunal Supremo o para Presidente de Sala había de incluir el menos a un Magistrado del propio Tribunal Supremo que hubiera desempeñado funciones judiciales durante un mínimo de diez años.

Como puede apreciarse, y ya se indicó con anterioridad, los Magistrados y el Presidente adscritos al Tribunal de Garantías quedaban absolutamente equiparados a los restantes Magistrados y Presidentes de Sala del Supremo tanto en lo referente al procedimiento de designación, como en lo relativo a su estatuto jurídico.

### **C) Competencias del Tribunal**

La Constitución de 1940, en su art. 174, d/, atribuía al Tribunal Supremo de Justicia la competencia para “decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos–leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, órdenes, disposiciones y otros actos de cualquier organismo, autoridad o funcionario”.

La norma es reveladora de la mixtura a que antes aludiéramos. En sintonía con ese rasgo común a otros países del área, de que la Corte Suprema monopolizara el control de constitucionalidad, el precepto citado encomienda al Tribunal Supremo dicha función de control. Pero esa genérica atribución competencial no se traduce en que el Tribunal Supremo en Pleno conozca realmente de los asuntos constitucionales. El influjo del modelo europeo, acomodado a la tradición iberoamericana en la materia, se traducirá en el otorgamiento de esa función de control de constitucionalidad a una Sala específica del Tribunal que, por sus competencias, que no desde luego por su diseño orgánico, recuerda al Tribunal de Garantías Constitucionales creado en España en 1931.

Y en base a todo ello, el art. 182, a/ encomendará efectivamente al Tribunal de Garantías el control de constitucionalidad.

El art. 182, norma de apertura de la Sección relativa al Tribunal de Garantías, enumeraba los asuntos de que había de conocer el citado órgano. No se trataba de una enumeración exhaustiva, que agotara todas las competencias del referido órgano, pues otros preceptos constitucionales (así, los artículos 131, 186 y el mismo 174) también le encomendaban el conocimiento de otros asuntos constitucionales. Más tarde, la Ley núm. 7/1949, LTGC le atribuiría, adicionalmente, algunas nuevas competencias de las que no nos haremos eco ahora.

A la vista de los preceptos de la Carta de 1940 y circunscribiéndonos a los asuntos propiamente constitucionales, las atribuciones encomendadas por el Tribunal de Garantías podían ser sistematizadas del siguiente modo:

*a)* Control normativo de constitucionalidad de las normas generales por vía de acción directa. Dentro de esta modalidad de control habían de ubicarse las competencias asumidas por el Tribunal en virtud del art. 174, d), al que ya aludimos, y por mor del art. 182, a), que atribuía al Tribunal la competencia para conocer de los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos-leyes, decretos, resoluciones o actos que nieguen, disminuyan, restrinjan o adulteren los derechos y garantías consignados en la Constitución. La Carta constitucional venía así a distinguir, no sin cierta ausencia de claridad en el elemento diferencial, varias modalidades de recurso de inconstitucionalidad, algunas de las cuales, a su vez, podían ser objeto de otros subtipos, desarrollados en detalle por la Ley núm. 7/1949, LTGC.

Uno de los criterios a los que se podía atender para la diferenciación era el del vicio de inconstitucionalidad. Y así, genéricamente, podía identificarse un recurso de inconstitucionalidad contra normas de carácter general sustentado en cualquier vicio de inconstitucionalidad y, junto a él, otro recurso de la misma naturaleza aunque fundamentado esta vez de modo específico en la vulneración de derechos constitucionales. Por último, una tercera modalidad de recurso de inconstitucionalidad basado en que la norma impugnada impide el libre funcionamiento de los órganos constitucionales. Cada una de estas modalidades tendría un tratamiento particularizado en la Ley de creación del Tribunal de Garantías, siendo de recordar ahora la diversidad de legitimaciones procesales legalmente contempladas respecto de cada tipo de recurso.

*b)* Control normativo de constitucionalidad de las normas generales por vía incidental.

El art. 182, b) de la Constitución, inspirándose muy directamente en el art. 100 de la Constitución española de 1931 <sup>(25)</sup>, habilitaba al Tribunal de Garantías para conocer

---

<sup>(25)</sup> Recordemos que el art. 100 de la Constitución de la Segunda República de 1931 disponía que cuando un Tribunal de Justicia hubiera de aplicar una ley que estimara contraria a la Constitu-

de “las consultas de jueces y tribunales sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes y demás disposiciones que hayan de aplicar en juicio”. Complementando tal norma, el párrafo tercero del art. 194 de la Constitución disponía que cuando un Juez o Tribunal considerase inaplicable cualquier ley, decreto-ley, decreto o disposición por estimarla vulneradora de la Constitución, había de suspender el procedimiento y elevar el asunto al Tribunal de Garantías a fin de que éste se pronunciara sobre la constitucionalidad del precepto en cuestión.

Una modalidad “sui generis” de control incidental, esto es, de control normativo de constitucionalidad desencadenado con ocasión de la aplicación de una norma de carácter general en un juicio de que conozca la jurisdicción ordinaria o la jurisdicción especial, la hallamos en el art. 194, a) de la Constitución, que habilitaba para pedir la declaración de inconstitucionalidad a “los interesados en los juicios, causas o negocios de que conozcan la jurisdicción ordinaria y las especiales”. De esta forma ciertamente impropia, la Constitución reconocía una nueva vía incidental de control. La Norma Suprema no precisaba el instrumento procesal a través del cual podría instarse tal control de constitucionalidad. Sin embargo, este cauce de control recordaba en gran medida otra modalidad que había tenido permanente presencia en Cuba desde la Ley de 31 de marzo de 1903: el recurso de casación por infracción de ley constitucional. Y en tales términos la contemplaría a la postre el art. 22 de la Ley núm. 7/1949.

c) Control normativo de constitucionalidad de las reformas constitucionales.

A esta modalidad de control se refería el apartado d) del art. 182, que encomendaba al órgano que nos ocupa el conocimiento de “la validez del procedimiento y de la reforma constitucionales”.

d) Control normativo de constitucionalidad de los acuerdos de una o ambas Cámaras legislativas que infrinjan los preceptos constitucionales reguladores de las relaciones entre ambos Cuerpos colegisladores.

A esta competencia se refería el art. 131 de la Constitución, con cierta impropiedad, relativamente subsanada por el art. 61 de la Ley núm 7/1949, en cuanto que la norma constitucional fundaba el recurso de inconstitucionalidad en la vulneración no

---

ción, “suspenderá el procedimiento y se dirigirá en consulta al Tribunal de Garantías Constitucionales”. El espíritu de la norma no era nuevo, pues cabe asimismo recordar que ya el art. 89.2 de la Constitución Federal de la República Austriaca de 1920 había contemplado un control incidental por parte del Tribunal Constitucional a instancia de cualquier tribunal; sin embargo, este control incidental se circunscribía a la legalidad de una norma reglamentaria que el tribunal hubiera de aplicar en una “litis” de la que estuviera conociendo. Se trataba, pues, de un control de legalidad de las normas reglamentarias, no de un control de constitucionalidad de las leyes. *Cfr.* al efecto, Charles Eisenmann: *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, *Económica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille*, Paris, 1986, págs. 185-187.

de la Constitución, sino de la Ley de Relaciones entre ambas Cámaras. El citado art. 61 de la Ley núm. 7/1949 establecería como fundamento de este recurso la violación del art. 131 que, como se acaba de decir, se remitía a su vez a la Ley de Relaciones entre los Cuerpos colegisladores. A la par, el antedicho art. 61 LTGC, al hilo del mismo precepto constitucional, ampliaría el recurso que nos ocupa a cualquier acuerdo de una o de ambas Cámaras que infringiera las disposiciones constitucionales que rigen la formación de las leyes, o lo que es igual, las normas constitucionales ordenadoras del procedimiento legislativo.

e) Tutela del derecho a la libertad personal a través del cauce específico del recurso de “habeas corpus”, por vía de apelación, o cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades o tribunales (art. 182, c) de la Constitución).

Añadamos que el art. 29 de la Constitución diseñaba un procedimiento sumarísimo de “habeas corpus” ante los tribunales ordinarios de justicia a fin de que toda persona que se encontrase detenida o presa fuera de los casos o sin las formalidades y garantías previstas por la Constitución y las leyes, fuera puesta en libertad. Al margen ya de los asuntos constitucionales, el Tribunal de Garantías era competente para conocer de otras cuestiones, entre ellas: los recursos contra los abusos de poder, las cuestiones jurídico-políticas y las de legislación social que la Constitución y la ley sometieran a su consideración y, finalmente, los recursos de apelación contra determinadas resoluciones del Tribunal Superior Electoral.

El último de los recursos citados se hallaba contemplado por el art. 186 de la Constitución, si bien a él también se refería el art. 194, calificándolo como recurso de inconstitucionalidad (en su párrafo quinto) al significar que: “Los recursos de inconstitucionalidad, en los casos enumerados en los artículos 131, 174, 182 y 186 de esta Constitución, se interpondrán directamente ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales”. No obstante esta calificación, no creemos que se tratara aquí realmente de un asunto constitucional o, si se prefiere, de control de constitucionalidad, sino de una cuestión de mera legalidad ordinaria. El Capítulo VIII de la Ley núm. 7/1949, al regular estos recursos de apelación contra las resoluciones del Tribunal Superior Electoral, creemos que corroboraba inequívocamente nuestra anterior apreciación al distinguir esos recursos de apelación de los recursos de inconstitucionalidad contra resoluciones del Tribunal Superior Electoral que vulneraran preceptos constitucionales, que habrían de regirse, con carácter general, por las normas previstas por la Ley 7/1949 para los recursos de inconstitucionalidad según la modalidad de control de que se tratase.

#### **D) Legitimación procesal para accionar**

La legitimación procesal para accionar era también contemplada por la Constitución de 1940 en dos de sus preceptos: uno, el art. 83, ubicado en la Sección relativa al Tribunal de Garantías, se refería con notabilísima amplitud a quiénes podían acudir



ante el Tribunal; otro, el art. 194 aludía de modo específico a las personas que podían instar del Tribunal la declaración de inconstitucionalidad.

Esta diferenciación carecía de rigor, pues, como la regulación de la Ley 7/1949 vendría a corroborar, otras personas e instancias distintas de las mencionadas en el art. 194 quedarían legitimadas para requerir del Tribunal la declaratoria de inconstitucionalidad; además, si se confrontan las dos normas constitucionales se advierte un cierto solapamiento entre ellas. ¿A qué pudo responder, pues, esta doble y no muy rigurosa determinación de la legitimación procesal activa?

A nuestro entender, la única razón que puede explicar el primer párrafo del art. 194, norma de apertura de la Sección que llevaba por rótulo “De la inconstitucionalidad”, es la necesidad sentida por los constituyentes de reiterar la legitimación procesal que ya se estableciera por la Ley Constitucional de 3 de febrero de 1934, a la que ya aludimos. De hecho, el primer párrafo del art. 194 viene a condensar las previsiones de los artículos 38 y 78 de la referida Ley de 1934.

En efecto, a tenor del primer párrafo del art. 194, la declaración de inconstitucionalidad podía pedirse:

- a) Por los interesados en los juicios, causas o negocios de que conozca la jurisdicción ordinaria y las especiales.
- b) Por veinticinco ciudadanos que justifiquen su condición de tales.
- c) Por la persona a quien afecte la disposición que se estime inconstitucional.

En definitiva, legitimación de la parte afectada en una “litis”; legitimación para interponer una acción pública por parte de veinticinco ciudadanos al margen ya de toda afectación, con la sola finalidad de instar la depuración del ordenamiento jurídico de aquellas normas viciadas de inconstitucionalidad, y, finalmente, legitimación de una sola persona frente a una norma que le afectase (hay que presuponer que en sus derechos o intereses legítimos).

El constituyente cubano mantenía así uno de los más relevantes logros de la Ley de 1934. Pero, en realidad, iba a ir más allá de lo ya alcanzado seis años atrás, pues el art. 183 contemplaba, en términos aún más amplios, las personas, instituciones u órganos que podían acudir al Tribunal de Garantías, hay que presuponer que para instar del mismo el control de constitucionalidad o la tutela del derecho a la libertad personal.

La norma en cuestión habilitaba, sin necesidad de prestar fianza, para acudir ante el Tribunal de Garantías a:

- a) El Presidente de la República, el Presidente y cada uno de los miembros del Consejo de Gobierno (expresión con la que en algunos preceptos constitucionales –así, por ejemplo, en el art. 167– se aludía al Consejo de Ministros, a cuyo frente se situaba el Primer Ministro), del Senado, de la Cámara de Representantes y del Tribunal de Cuentas, los Gobernadores, Alcaldes y Concejales.

- b) Los Jueces y Tribunales.
- c) El Ministerio Fiscal.
- d) Las Universidades.
- e) Los organismos autónomos autorizados por la Constitución o la Ley.
- f) Toda persona individual o colectiva que haya sido afectada por un acto o disposición que considere inconstitucional.

Si la enumeración transcrita ya es reveladora de la extraordinaria amplitud con que la Constitución contempla la legitimación procesal activa, tal amplitud aún se expande más a la vista de la previsión del penúltimo párrafo del propio art. 183, que legitima a las personas no comprendidas en los incisos transcritos para acudir al Tribunal de Garantías siempre que presten la fianza marcada por la Ley. Ello significaba una legitimación prácticamente universal, que cuando se manifestaba desvinculada de cualquier interés particular específico, por tanto como acción pública, tan sólo quedaba sujeta al depósito de una fianza.

Esta amplísima visión de la legitimación procesal era en el fondo tributaria de la acción popular de inconstitucionalidad colombo–venezolana y también, qué duda cabe, de la Constitución Española de 1931, cuyo art. 123, 5) habilitaba para acudir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales a toda persona individual o colectiva, aunque no hubiere sido directamente agraviada. Como fácilmente puede apreciarse, la enumeración del art. 183 aun era más expansiva que la ya por sí amplia del párrafo primero del art. 194, circunstancia que, como ya significamos, convertía a éste en aún más innecesario. Por lo demás, la Ley núm. 7/1949 desarrollaría esta cuestión de la legitimación procesal con una enorme proyección expansiva.

## E) Efectos de las sentencias del Tribunal de Garantías

Hemos de abordar, en último término, las previsiones constitucionales en torno al valor y efectos de las sentencias del Tribunal de Garantías cubano, a la par que nos haremos eco de algún principio procedimental también constitucionalizado. El art. 194, en su párrafo sexto, prescribía que si el recurso de inconstitucionalidad adoleciera de algún defecto de forma, el Tribunal había de conceder un plazo al recurrente para que lo subsanara. Esta norma era tributaria de las Leyes Constitucionales de 1934 y 1935 que, como ya indicamos en otro momento, se inspiraban en este punto en la necesidad de que no prevaleciera por defectos formales del recurso un vicio de inconstitucionalidad en una determinada norma. Bien es verdad que, como recuerda Nin y Abarca<sup>(26)</sup>, con anterioridad a la Constitución de 1940 y bajo la vigencia de las Leyes Constitucionales de 1934 y 1935, determinados defectos de forma, catalogados como tales por la jurisprudencia,

<sup>(26)</sup> Mario Nin y Abarca: “El recurso de inconstitucionalidad en la Constitución de 1940”, *op. cit.*, pág. 489.

dencia del Supremo anterior a 1934, se habían convertido tras la entrada en vigor de la Ley de 1934 en defectos de fondo por mor de la nueva interpretación jurisprudencial, con lo que se llegaba al mismo resultado que se quiso evitar.

Es desde esta perspectiva histórica como encuentra su sentido tanto la que quizá impropriamente podríamos denominar cláusula antiformalista, como la determinación del mismo párrafo sexto del art. 194 en el sentido de que en todo recurso de inconstitucionalidad se habría de resolver siempre el fondo de la reclamación, expresión poco rigurosa con la que atisbamos se quería aludir a que el Tribunal de Garantías (aunque el párrafo en cuestión hablaba, en plural, de “los Tribunales”) había de pronunciarse sobre el asunto constitucional subyacente en todo recurso de inconstitucionalidad.

Los tres últimos párrafos del art. 194 abordaban la cuestión, de la eficacia de las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de una norma. Una cierta confusión, e incluso contradicción, subyacía en estas previsiones, fruto del mantenimiento de normas pretéritas que ya no se acomodaban a las nuevas pautas y rasgos a que respondía el modelo de control de constitucionalidad constitucionalmente diseñado en 1940.

El primero de esos tres párrafos transcribía casi en su literalidad una cláusula del art. 78 de la Ley Constitucional de 1934, a la que ya aludimos con anterioridad. A tenor del referido párrafo: “No podrá aplicarse, en ningún caso ni forma, una ley, decreto-ley, decreto, reglamento, orden, disposición o medida que haya sido declarada inconstitucional, bajo pena de inhabilitación para el desempeño de cargo publico”. Esta norma parecía decantarse por la fórmula de la inaplicación no circunscrita al caso concreto, pero inaplicación al fin y a la postre por cuanto la norma no perdía su validez formal. A efectos de lograr esa pérdida definitiva de validez, el párrafo inmediato posterior determinaba que: “La sentencia que declare la inconstitucionalidad de un precepto legal o de una medida o acuerdo gubernativo, obligarán al organismo, autoridad o funcionario que haya dictado la disposición anulada, a derogarla inmediatamente”. La falta de un cierto rigor en el manejo conceptual se aprecia aquí con mayor nitidez por cuanto si la disposición en cuestión ha sido anulada por mor de la declaratoria de su inconstitucionalidad, parece obligado entender que habrá perdido toda su eficacia y será innecesario proceder a derogarla ulteriormente.

El último párrafo del art. 194 es el que, propiamente, refleja la nueva concepción que se va a acuñar en 1940. De acuerdo con el mismo: “En todo caso, la disposición legislativa o reglamentaria o medida gubernativa declarada inconstitucional, se considerará nula y sin valor ni efecto desde el día de la publicación de la sentencia en los estrados del Tribunal”.

La inaplicación a la que con impropiedad se refería el primero de los citados párrafos no era, pues, sino la lógica resultante de que la norma declarada inconstitucional se convertía en nula y, por lo mismo, perdía su vigencia, siendo desde esta perspectiva irrelevante que la norma fuere o no formalmente derogada con ulterioridad por el

órgano o autoridad de la que procediese. Como diría Eisenmann<sup>(27)</sup>, comentando el modelo de jurisdicción constitucional austriaco, si la norma anulada (ley o reglamento) por el Tribunal Constitucional habían entrado en el ordenamiento jurídico positivo a través de su publicación, la sentencia constitucional de anulación las hacía desaparecer, de igual forma que lo haría la abrogación por la autoridad de la que una u otra norma emanaren. Por lo mismo, la autoridad competente no tenía que derogar la ley o reglamento como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional; se había de limitar a publicar la anulación.

Con todo, y pese a las imperfecciones conceptuales advertidas, lo cierto es que la Constitución de 1940 se ubicaba en una dirección análoga a la de la Constitución Austriaca de 1920, en lo que a los efectos de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad se refiere, separándose radicalmente de la fórmula acuñada en España por la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, de 14 de junio de 1933, cuyo art. 42.2 circunscribía los efectos de una sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad de una ley por vicios materiales el caso concreto del “recurso consulta”. Sólo cuando la inconstitucionalidad de la ley respondiera a vicios formales en el procedimiento legislativo, el propio art. 42, en su apartado primero, preveía la total anulación de la norma legal. Esta fórmula híbrida, incongruente y bien poco satisfactoria con el principio de primacía normativa de la Constitución y con el mismo principio de igualdad en la aplicación de la ley, sería el fruto de la transacción entre los criterios enfrentados (en el debate parlamentario del Proyecto de Ley del Tribunal de Garantías) de los Sres. Jiménez de Asúa y Sánchez Román, y como significara en su momento Arcaya<sup>(28)</sup>, reducía el recurso de inconstitucionalidad a una mera excepción de inconstitucionalidad.

Es de interés destacar que, pese al notable influjo que el modelo español ejerció sobre el cubano, en este aspecto, la fórmula acuñada por la Constitución cubana fue mucho más coherente con lo que debe de ser un sistema de jurisdicción constitucional concentrada. Quizá la influencia de la acción popular colombo-venezolana de la que conocía en exclusiva la Corte Suprema de Justicia, fallando con efectos *erga omnes*, tuviera bastante que ver con la previsión del último párrafo del art. 194, con independencia ya del influjo que, en mayor o menor medida, pudo ejercer asimismo el modelo de jurisdicción constitucional implantado en Austria por la Carta de 1920.

## V. LA LEY NUM. 7, DE 31 DE MAYO DE 1949, DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOCIALES

I. El 31 de mayo de 1949, el Presidente de la República, Carlos Prío Socarras, sancionaba la Ley núm. 7, por la que se creaba el Tribunal de Garantías Constitucionales

(27) Charles Eisenmann: La Justice Constitutionnelle et la Haute..., *op. cit.*, pág. 224.

(28) Francisco D. de Arcaya y Miravete: *El Tribunal de Garantías Constitucionales*, Editorial Reus, Madrid, 1934, págs. 24-25.

les y Sociales<sup>(29)</sup>. Desde luego, sólo impropriadamente se podía hablar de creación del Tribunal, como hacía el Capítulo primero y la norma de apertura de la propia Ley, pues tal órgano había sido creado, en rigor, por la Constitución de 1940, que era la norma que lo había institucionalizado. Con la Ley de 1949 el Tribunal cobraba vida real, efectiva, al ver normado su funcionamiento y, básicamente, el procedimiento a seguir para el conocimiento de aquellos asuntos en los que era competente. La Ley constaba de 117 artículos a los que habían de añadirse 6 Disposiciones Transitorias y una Final, estructuradas en un total de doce Capítulos.

En sus disposiciones de naturaleza orgánica, la Ley incidía, modificándolos, particularmente sobre un amplio conjunto de preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>(30)</sup>, reguladora de la estructura del Tribunal Supremo de Justicia, acomodando dicha estructura a la creación de este Tribunal, que se incardinaba como nueva Sala de Justicia de aquél, con las particularidades señaladas por la Constitución y desarrolladas por la Ley que nos ocupa, a las que ya nos hemos referido en buena medida con anterioridad.

De las normas de funcionamiento acogidas por la Ley y aun no comentadas, cabe destacar la previsión del art. 18, que exigía que los asuntos (constitucionales y sociales) sometidos a la decisión del Tribunal habían de resolverse por mayoría absoluta de votos. Cuando tal mayoría no se produjera en la primera votación, se habían de someter a una segunda votación las dos proposiciones de resoluciones que más votos hubieran obtenido en la primera, y en el caso de que los votos en dicha primera votación se hubieran dividido de tal forma que por consecuencia de un empate las proposiciones más votadas fueran más de dos, se había de repetir la votación y si, no obstante, subsistiera dicho empate entre más de dos proposiciones, el Presidente (que, recordémoslo, lo era el del Tribunal Supremo) había de resolver ese empate de modo que fueran dos tan sólo las proposiciones entre las que hubiera de decidir la Sala.

Este procedimiento de adopción de decisiones significaba la exigencia de una mayoría cualificada, como es la absoluta, para que pudiera dictarse sentencia y, por lo mismo, para que el Tribunal pudiese fallar reconociendo la inconstitucionalidad de una norma. La mayoría en cuestión era inexcusable, pero no sólo para las sentencias declarativas de inconstitucionalidad sino, más ampliamente, para cualquier tipo de sentencia. Se dejaban así de lado otras posibles fórmulas de resolución, como la de otorgar voto de calidad al Presidente para deshacer un empate (art. 90 de la Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional español), o la de llevar hasta sus últimas consecuencias el principio de presunción de constitucionalidad de las nor-

---

(29) El texto de la Ley era publicado en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, número anual 131, del martes 7 de junio de 1949, págs. 11947-11962.

(30) De hecho, con discutibilísima técnica legislativa, el Capítulo segundo de la Ley se dedicaba a "las modificaciones que en las leyes vigentes produce la creación del Tribunal de Garantías".

mas, estableciendo, como hace el art. 15.3 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 12 de marzo de 1951, en su redacción actual, que en caso de empate a votos no se podrá declarar la existencia de infracción de la Constitución. En sintonía con esta opción en favor de una mayoría inequívoca, el art. 18 regulaba con gran minuciosidad las vías conducentes a deshacer un posible empate a votos, otorgando a tal efecto el Presidente una facultad harto discutible como era la de decidir –cuando hubiera empate a votos entre más de dos proposiciones– las dos propuestas de entre las que debía la Sala pronunciarse, prescindiendo de la tercera. Digamos por ultimo, en relación con el funcionamiento del Tribunal, que la Ley se remitía, con carácter general, a las normas establecidas por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

II. El art. 13 de la Ley procedía a adicionar un nuevo artículo a la LOPJ (el art. 127 bis), norma que, a lo largo de un larguísimo listado de veintisiete apartados, enumeraba los asuntos de que había de conocer el Tribunal, que a los efectos de su tramitación, eran clasificados por el art. 16 del siguiente modo:

- 1) Asuntos constitucionales que se promuevan por acción privada, dentro o fuera de actuaciones judiciales.
- 2) Asuntos constitucionales que se promuevan por acción pública.
- 3) Consultas de Jueces y Tribunales.
- 4) Recursos contra los abusos de poder.
- 5) Recursos de habeas corpus.
- 6) Apelaciones contra las resoluciones del Tribunal Superior Electoral.
- 7) Expedientes de separación de los miembros del Tribunal de Cuentas.
- 8) Recursos de apelación o casación en asuntos de naturaleza laboral o social.
- 9) Cuestiones jurídico-políticas y de legislación social.

El propio art. 13 calificaba como asuntos constitucionales los comprendidos en los siete primeros apartados, si bien es obvio que, en rigor, no todos ellos tenían esa naturaleza, algo obvio en los supuestos contemplados por los apartados cuarto y séptimo y también, con algún matiz, en el previsto por el apartado sexto. En su estructura, la Ley era coherente con esa clasificación, bien peculiar, pues a partir del Capítulo cuarto iba regulando, concordantemente con dicha clasificación, el procedimiento a seguir para la tramitación de los diferentes asuntos.

III. El criterio de clasificación legal más relevante respecto de los procedimientos constitucionales es el relativo a la naturaleza de la acción, privada o pública, que delimita las *cuestiones constitucionales* (Capítulo cuarto) de los *recursos de inconstitucionalidad* (Capítulo quinto). Dentro de las primeras se distinguen, a su vez, las cuestiones iniciadas dentro de las actuaciones judiciales, de las promovidas fuera de ellas. En la segunda de las categorías, la Ley diferencia: los recursos de

inconstitucionalidad frente a disposiciones de carácter general; los recursos de inconstitucionalidad contra disposiciones o actos vulneradores de derechos y garantías constitucionales o que impidan el libre funcionamiento de los órganos del Estado; los recursos de inconstitucionalidad frente a acuerdos que infrinjan las normas reguladoras de las relaciones entre las dos Cámaras legislativas o las disposiciones constitucionales rectoras del procedimiento legislativo, y los recursos de inconstitucionalidad sobre el procedimiento y el contenido de una reforma constitucional.

Junto a las categorías citadas, el Capítulo sexto de la Ley acoge dos tipos de asuntos bien dispares que engloba bajo el común denominador de su tramitación por el procedimiento del recurso de inconstitucionalidad. Se trata de las consultas de Jueces y Tribunales sobre la constitucionalidad de una norma y de los recursos contra el abuso de poder. Finalmente, si nos circunscribimos a los asuntos constitucionales propiamente dichos (en el bien entendido de que alguno de los citados no lo es en rigor, como sucede, a nuestro entender, con el recurso contra el abuso de poder), nos encontramos con los recursos de habeas corpus, objeto del Capítulo séptimo.

La clasificación legal no se acomoda exactamente a la que en un momento precedente establecimos a la vista de las previsiones constitucionales. Es cierto que en alguna medida podría ser reconducida a la misma por cuanto las que la Ley núm. 7/1949 denomina “cuestiones constitucionales”, promovidas por acción privada, se situarían dentro del control por vía incidental, bien que dentro de éste también habría que ubicar las consultas formuladas por Jueces y Tribunales respecto a la constitucionalidad de cualquier norma, consultas que, como acaba de señalarse queden totalmente al margen del Capítulo cuarto. En cuanto a los recursos de inconstitucionalidad resultantes de una acción pública, pueden a su vez reconducirse al control normativo por vía de acción directa, aunque la heterogeneidad de los tipos acogidos dentro del Capítulo quinto haga difícil la búsqueda entre ellos de mayores analogías.

IV. Sin ánimo de entrar en un estudio pormenorizado de los procedimientos constitucionales regulados por la LTGC, nos vamos a referir tan sólo a algunos de sus rasgos más significativos. Dentro de las cuestiones constitucionales, promovidas por una acción privada, la Ley distingue aquellas que se inicien dentro de actuaciones judiciales de las formalizadas al margen de las mismas.

Las cuestiones surgidas con ocasión de una “litis” pueden conducir bien al planteamiento por cualquiera de las partes de un recurso de inconstitucionalidad contra la resolución dictada en última instancia, aunque no haya sido alegada la inconstitucionalidad en el juicio, bien, cuando fuere alegada (supuesto en el que el juez llamado a fallar se abstendrá de dictar resolución sobre el extremo alegado como inconstitucional, salvo que hubiere hecho una consulta al Tribunal de Garantías), a la interposición de un recurso de casación por infracción de ley ante el Tribunal de Garantías, fundándolo en la referida inconstitucionalidad. Aún tratándose de juicios en que no se conceda legalmente el recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el art. 23 LTGC permite presentarlo por infracción de ley constitucional contra la sentencia o

auto definitivo dictado en última instancia, siempre ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales.

Al margen ya de actuaciones judiciales, la Ley (art. 33) legitima a toda persona a quien se aplique, fuera de una “litis”, cualquier norma, legal o infralegal, acto o medida que estime inconstitucional para solicitar por escrito y dentro de los cinco días siguientes a la notificación, que la autoridad o funcionario que haya aplicado la norma expida un testimonio literal de la orden o resolución, manifestando en el mismo escrito el propósito de interponer un recurso de inconstitucionalidad. Entregado el testimonio solicitado, la autoridad en cuestión emplazará al solicitante para que, en el término de diez días (quince en algún caso), comparezca ante el Tribunal de Garantías Constitucionales a los efectos de formalizar la interposición del recurso de inconstitucionalidad.

V. El capítulo quinto de la Ley contempla los recursos de inconstitucionalidad que se promuevan por acción pública, categoría dentro de la cual conviven acciones muy diferentes que parecen divergir en base al tipo de tacha de inconstitucionalidad. De esta forma, los recursos de inconstitucionalidad de la Sección primera caben frente a disposiciones de carácter general vulneradoras “in genere” de la Constitución, esto es, violadoras de cualquier norma constitucional, salvo las que se especifican particularizadamente en las Secciones siguientes que desencadenan otro tipo de recursos. La legitimación, en línea con lo que ya estableciera la Ley Constitucional de 1934, se otorga a veinticinco ciudadanos bajo una misma dirección profesional, disponiendo para accionar del plazo de un año a contar desde la fecha de la promulgación de la norma.

Una segunda modalidad de recurso de inconstitucionalidad se contempla en la Sección segunda, que en realidad acoge dos recursos diferentes según sean los preceptos constitucionales supuestamente vulnerados, lo que se traduce en la existencia de una doble legitimación procesal. Frente a las leyes, normas infralegales, acuerdos o actos de cualquier tipo que vulneren derechos o garantías constitucionalmente consignados o que impidan el libre funcionamiento de los órganos del Estado, cabe recurso de inconstitucionalidad para cuya interposición quedan legitimadas (además ya de los veinticinco ciudadanos a que antes nos refiriéramos, que, según el art. 52 LTGC, pueden ejercitar cualquier acción pública de las enumeradas en el Capítulo quinto) una o más personas mayores de edad, con plena capacidad civil, que actúen bajo la misma dirección profesional, con el solo requisito de prestar una fianza que el Tribunal de Garantías ha de fijar dentro de los márgenes que establece la Ley. También el Ministerio Fiscal, en su condición de representante del pueblo ante la administración de justicia (art. 188 de la Constitución) queda legitimado para presentar este recurso de inconstitucionalidad. El plazo para recurrir es asimismo de un año, contabilizado desde la fecha de promulgación de la norma impugnada.

Tratándose de una norma que impida el libre funcionamiento de los órganos del Estado, la Ley (art. 60) amplía la legitimación procesal activa que, sin necesidad de prestar fianza, se extiende al Presidente de la República, al Presidente y cada uno de los miembros del Consejo de Ministros, cuando el órgano impedido sea el Poder Eje-



cutivo; a cada miembro del Senado y de la Cámara de Representantes, cuando el órgano impedido sea el Poder Legislativo; a los Jueces y Tribunales, cuando el órgano impedido sea el Poder Judicial, y así sucesivamente, incluyendo a los miembros del Tribunal de Cuentas, a los Gobernadores y Alcaldes, a las Universidades y a los organismos autónomos constitucional o legalmente autorizados. Como puede constatar, la legitimación se circunscribe a que sea el órgano del que se forma parte el que vea impedido el libre funcionamiento. Con todo, no deja de sorprender la amplitud con la que la Ley concibe la referencia que a los “órganos del Estado” hace el art. 182, a) de la Constitución, que no se ciñe a los órganos constitucionales sino que alcanza a instituciones – como las Universidades y los organismos públicos– que, en rigor, no pueden calificarse como “órganos del Estado”, si bien es cierto que el art. 183 de la Carta constitucional les legitima para acudir ante el Tribunal de Garantías, circunstancia que puede explicar la regulación legal.

La tercera de las modalidades de acción pública (Sección tercera) es el recurso sobre la inconstitucionalidad de los acuerdos que infrinjan los preceptos que regulan las relaciones entre ambos Cuerpos Colegisladores o las disposiciones constitucionales que rigen el procedimiento de formación de las leyes. Este tipo de recurso adquiriría su lógica en el marco de las relaciones y enfrentamientos entre Ejecutivo y Legislativo con ocasión del procedimiento legislativo. Pero la Ley es muy poco coherente con este planteamiento. En primer término, porque al contemplar la legitimación prescinde de otorgarla al Ejecutivo o a cualquier autoridad del mismo, reconociéndola, por el contrario, a veinticinco personas, a uno o más miembros del Senado o de la Cámara de Representantes y a la parte afectada. No se entiende muy bien la legitimación que se concede a los parlamentarios, individual o pluralmente considerados, salvo para el supuesto de los acuerdos infractores de las normas ordenadoras de las relaciones entre ambas Cámaras, que, por cierto, sólo parcialmente se hallan previstas por la Constitución, que se remite al efecto a la Ley de Relaciones entre ambos Cuerpos Colegisladores, Ley que, de alguna manera, se constitucionaliza, incluyéndola en lo que con una terminología actual denominaríamos el “bloque de la constitucionalidad”, pues no otra cosa significa la previsión del inciso final del art. 131 de la Constitución: “Contra cualquier acuerdo que viole dicha Ley se dará el recurso de inconstitucionalidad”.

Así las cosas, este vicio de inconstitucionalidad (vulneración de los preceptos reguladores de las relaciones entre ambas Cámaras) es el que condiciona la legitimación procesal, pasando a un segundo plano la vulneración de las normas constitucionales rectoras del procedimiento legislativo, pues si se hubiera atendido en rigor a este vicio de inconstitucionalidad, se debiera haber ampliado la legitimación, por lo menos, al Presidente de la República y al Presidente del Consejo de Gobierno.

Señalemos para finalizar que al igual que en los anteriores casos, el plazo para recurrir es el de un año, computado a partir de la fecha de adopción del acuerdo impugnado. La última modalidad de estos recursos promovidos por acción pública (Sección cuarta) es el recurso de inconstitucionalidad contra el procedimiento y la reforma constitucional. El rasgo más significativo de este recurso es que no pretende tan sólo con-

trolar el acomodo de una reforma constitucional a las reglas procedimentales que el Título XIX de la Constitución establece respecto a la reforma de la propia Constitución, sino que, mucho más ampliamente, expande ese control a “los acuerdos definitivos de la Asamblea Plebiscitaria o del Congreso que reformen la Constitución”. Es decir, no se contempla sólo un mero control formal, de acomodo de la reforma al procedimiento constitucionalmente previsto para ella, sino que se prevé asimismo un control material de la reforma operada por el poder de reforma o, si se prefiere, por el poder constituyente constituido. Y así, el art. 68 LTGC establece distintos plazos procesales para recurrir según se pretenda uno u otro control, disponiendo de modo inequívoco que “cuando el recurso se refiera a la validez de la reforma, será (el plazo para presentar el recurso de inconstitucionalidad) de noventa días a contar desde la fecha de la publicación oficial de la reforma acordada”. Una facultad de esta naturaleza convierte al Tribunal de Garantías en un órgano de fiscalización de la actuación material del poder de reforma, algo que encuentra muy difícil explicación. Veinticinco ciudadanos, una o más personas, cuando consideren que la reforma vulnera derechos o garantías constitucionales o impide el libre funcionamiento de los órganos del Estado y el Ministerio Fiscal son las instancias que quedan legitimadas para la interposición de un recurso de esta naturaleza, siendo sorprendente que del mismo queden apartados los órganos políticos del Estado.

VI. La Ley dedica una Sección específica (la quinta) dentro del propio Capítulo quinto a contemplar una serie de disposiciones comunes a los recursos de inconstitucionalidad con independencia de que hayan sido promovidos por acción pública o privada. En lo que se refiere a los efectos de las sentencias “que declaren con lugar un recurso de inconstitucionalidad”, el art. 73 de la Ley viene, básicamente, a reiterar las previsiones constitucionales de los tres últimos párrafos del art. 194, a los que ya nos referimos con cierto detalle. Como única novedad, el apartado a) del citado art. 73 precisa que las sentencias de inconstitucionalidad “dejarán sin efecto la aplicación de la disposición o regulación general o singular, legislativa, judicial o administrativa que motivó el recurso”, previsión un tanto redundante con la que incorpora el apartado b), reiterando lo dispuesto en el antepenúltimo párrafo del art. 194 de la Constitución, normas estas últimas que impiden que se aplique, en ningún caso ni forma, una ley o norma de cualquier tipo que hubiere sido declarada inconstitucional.

El art. 74 de la Ley contempla los efectos de lo que denomina declaración de inconstitucionalidad extrínseca o formal, esto es, por defecto de forma. En tal caso, la sentencia anulará siempre “pro futuro” la totalidad de la ley o norma infralegal, pudiendo, a juicio del Tribunal, tener la anulación efectos generales retroactivos (“*ex tunc*”). Es decir, la regla general es que un vicio de inconstitucionalidad formal desencadena la nulidad de la norma viciada con efectos “*ex nunc*” si bien al Tribunal se reserva la facultad de decidir la retroacción de esos efectos, convirtiéndolos, por lo mismo, en “*ex tunc*”. Ello significaba dar un paso adelante respecto, por ejemplo, la previsión del art. 42.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales español, de 14 de junio de 1933, de acuerdo con el cual, las sentencias que declararan

la inconstitucionalidad de una ley por vicios formales en el procedimiento legislativo (“que una ley no fue votada o promulgada en la forma prescrita por la Constitución o por el Estatuto regional respectivo”) producirían la total anulación de aquella, no afectando, sin embargo, a las situaciones jurídicas creadas durante su vigencia. Bien es verdad que esta fórmula parecía más acorde con el inexcusable principio de seguridad jurídica, pero la retroacción de efectos, en el caso cubano, no operaba automáticamente sino que se dejaba a criterio del Tribunal de Garantías, que razonablemente habría de ponderar los distintos intereses en juego antes de adoptar una decisión en favor de que la anulación tuviera efectos generales retroactivos.

Por último, la Ley, en su art. 75, acogía un régimen particularizado por el que se otorgaban efectos “*ex tunc*” a las sentencias que declararan la inconstitucionalidad de una ley, norma infralegal, acto, acuerdo, medida o disposición en una serie de casos concretos: los contemplados por los artículos 22, 24, 40, 104 y 257 de la Constitución, que, en síntesis, se referían a los siguientes supuestos:

- a) El otorgamiento de efectos retroactivos a una ley no incardinable en la categoría de las leyes penales de trato más favorable al delincuente, cuando el fundamento de tal retroactividad fuera considerado contrario a la Constitución.
- b) La expropiación de bienes con incumplimiento de los requisitos constitucionalmente exigidos por el art. 24.
- c) El reconocimiento de la inconstitucionalidad de una disposición legal, gubernativa o de cualquier otro género que regulen el ejercicio de derechos constitucionalmente garantizados, cuando el Tribunal de Garantías entienda que ha disminuido, restringido o adulterado tales derechos.
- d) Las disposiciones modificativas de la legislación electoral que se dicten después de la convocatoria de una elección o referendo, o antes de que tomen posesión, quienes resulten electos o se conozca el resultado definitivo del referendo, una vez sean declaradas inconstitucionales.
- e) La introducción por una ley de presupuestos de reformas legislativas o administrativas de otro orden o, en general, la trasgresión de los límites materiales que a las leyes presupuestarias les marca el párrafo primero del art. 257 de la Constitución, y de otro lado, el desencadenamiento por una ley de gastos extrapresupuestarios sin que a la par establezca alguno de los medios con los que cubrirlos a que se refiere el párrafo segundo del mismo art. 257.

La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma, acuerdo o resolución en cuestión, en alguno de los supuestos enumerados, “además de los efectos procedentes de los expresados en el art. 73 de esta Ley, producirá el de considerar que nunca tuvieron existencia legal”. Es decir, el vicio de nulidad radical suprime de raíz todo posible efecto generado por la norma o acuerdo contrario a la Constitución, lo que lógicamente entraña la retroacción de los efectos de nulidad al momento mismo en que se promulgó la norma o se adoptó la medida.

La gravedad de los vicios materiales de inconstitucionalidad en los casos expuestos es la única razón que puede explicar este régimen tan particular de los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad en estos supuestos, algo que ya tuvo un cierto precedente —en su momento comentado— en el art. 37 de la Constitución de 1901, que otorgaba a las sentencias declaratorias de nulidad por violación de derechos constitucionales un efecto de invalidación total y absoluta de la norma legal.

VII. Al margen ya de los asuntos constitucionales promovidos por acción pública o privada, como ya dijimos, la Ley se hace eco en otros Capítulos de algunos otros puntos que también pueden ser caracterizados como constitucionales. Nos haremos eco de dos de ellos ya para finalizar: las consultas de Jueces y Tribunales y los recursos de habeas corpus. Los Jueces y Tribunales queden legitimados para evacuar ante el Tribunal de Garantías consultas sobre la constitucionalidad de una ley, norma infralegal, disposición o medida que hayan de aplicar en juicio y que estimen violatoria de preceptos constitucionales que reconozcan garantías o derechos genéricamente (art. 77). Esta facultad de los órganos jurisdiccionales se ve, sin embargo, mediatizada por la determinación, del art. 78, que impide que sean objeto de consulta los preceptos de la Constitución de inmediata y directa aplicación.

La consulta se había de hacer por medio de auto contra el que no cabía recurso alguno, ni incidente que lo demorara, dentro del término legal procesalmente señalado para dictar sentencia en asuntos civiles, sociales y contencioso-administrativos. En la jurisdicción criminal la Ley era inequívoca al exigir que cuando el precepto que hubiera de aplicarse se estimara inconstitucional, el Juez o Tribunal se habían de abstener de aplicarlo hasta que se pronunciara el Tribunal de Garantías. El pronunciamiento del Tribunal se había de plasmar en un dictamen respecto al cual el art. 88 de la Ley se limitaba a señalar que no produciría los efectos señalados para las sentencias por el art. 73 de la propia Ley, no obstante lo cual, en el dictamen el Tribunal había de declarar o negar la inconstitucionalidad del precepto consultado. Lógicamente, el dictamen constitucional vinculaba al órgano jurisdiccional que hubiera planteado la consulta.

Al Tribunal de Garantías se le reconocía asimismo la competencia para conocer y resolver los recursos de habeas corpus por vía de apelación frente a la resolución dictada por el órgano jurisdiccional ordinario, o en los casos en que hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades o tribunales, quedando legitimado al efecto: la persona que hubiere sido parte en el procedimiento establecido ante el tribunal ordinario o cualquier otra persona que actué en nombre de la parte, cuando ésta se encontrara impedida para actuar por sí.

VIII. Digamos para finalizar que la Ley derogaba expresamente “las leyes sobre inconstitucionalidad de 31 de marzo de 1903 y 17 de marzo de 1922”.

## VI. LA LEY CONSTITUCIONAL DE 4 DE ABRIL DE 1952 Y EL FINAL DE LA EXPERIENCIA CUBANA DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

El golpe de Estado del general Fulgencio Batista y Zaldívar dejaba sin efecto la Constitución de 1940, sustituida por una Ley Constitucional —que en realidad era nueva Constitución hecha a la medida del general golpista— de 4 de abril de 1952<sup>(31)</sup>. Formalmente, la nueva Ley mantendría en términos casi idénticos a los de la Carta de 1940 la institución del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, ubicado en el seno del Tribunal Supremo como Sala de Justicia del mismo y con las mismas atribuciones que ya le fueran concedidas años atrás. Ese mantenimiento formal del Tribunal fue, sin embargo, como bien dice García Belaunde<sup>(32)</sup>, un mero juego de artificio, pues si bien existía el control de constitucionalidad a cargo del Tribunal de Garantías, en la práctica, y como fruto de magistrados complacientes con el sistema de corte autoritario, el control se convirtió en una pura entelequia y el Tribunal cayó en un absoluto descrédito.

Se ponía de esta forma punto final a una de las etapas más sugestivas y enriquecedoras del control de la constitucionalidad en toda América Latina. Ciertamente, el Tribunal no desapareció en los inicios de la revolución castrista. Por el contrario, la Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959 lo consagró en forma muy semejante a como lo fuera en 1940. Pero los derroteros del nuevo régimen convertirían la institución en algo puramente semántico hasta que, en 1973, sería definitivamente desarticulada, situación que adquiriría rango constitucional en la Constitución de 24 de febrero de 1976<sup>(33)</sup> que prescinde definitivamente de este órgano jurisdiccional.

(31) El texto de la Ley sería publicado en la Gaceta Oficial, núm. 32, de 4 de abril de 1952.

(32) Domingo García Belaunde: “El Tribunal de Garantías Constitucionales...”, *op. cit.*, pág. 135.

(33) El texto de la Constitución de 1976 puede verse en Juan Maestre Alfonso: “Constituciones y Leyes políticas de América Latina, Filipinas y Guinea Ecuatorial”, tomo I, vol. 2, (Cuba), ICI-CSIC, Sevilla, 1987, págs. 45 y sgts.



# EL AMPARO CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA

JOAN OLIVER ARAUJO  
(España)

**SUMARIO:** I. La incorporación del Tribunal Constitucional en el sistema político español. II. Aproximación al recurso de amparo como técnica constitucional para la protección de los derechos fundamentales. III. Valoración de que el Tribunal Constitucional tenga atribuida competencia en materia de amparo. IV. Conclusiones.

## I. LA INCORPORACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA POLÍTICO ESPAÑOL

La Constitución española de 1978, siguiendo en parte el modelo de la Constitución española de 1931, y sobre todo el ejemplo de la Ley Fundamental de Bonn, ha incorporado a nuestro sistema político la figura del Tribunal Constitucional. Este órgano constitucional encuentra su regulación básica en el título IX de la Constitución (arts. 159-165) y en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional español, definido en el artículo 1.1 de su Ley reguladora, como el “intérprete supremo de la Constitución”, está integrado por doce miembros elegidos del siguiente modo: cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados por mayoría de tres quintos de sus miembros, cuatro a propuesta del Senado por idéntica mayoría, dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial por idéntica mayoría y los otros dos a propuesta del Gobierno de la Nación. Vemos, pues, que todos sus miembros son reclutados, de forma más o menos directa, por procedimientos democráticos, lo que les debe proporcionar una determinada sensibilidad política indispensable para interpretar adecuadamente el Texto Constitucional.

Los magistrados del Tribunal Constitucional son “nombrados entre magistrados y fiscales, profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos *juristas de reconocida competencia* con más de quince años de ejercicio profesional” (art. 159.2 Constitución). De este precepto se desprende la voluntad del constituyente

de dotar al Tribunal Constitucional de la necesaria preparación técnico-jurídica. Se busca, como ha afirmado el profesor Almagro Nosete, “una decantada profesionalidad y se exige una madurez en el oficio” de jurista.

Los procedimientos de elección de sus miembros y las especiales condiciones de prestigio e integridad profesional que preceptivamente han de acompañar a los elegidos permiten esperar (y la vida del Tribunal ha confirmado con creces esta esperanza) una jurisprudencia progresiva, que asuma sin complejos y sin servidumbres con el pasado toda la carga transformadora que dimana de los preceptos de nuestra Carta Magna.

En cuanto al *ámbito de competencias* que tiene atribuido el Tribunal Constitucional español, hay que señalar que es extraordinariamente amplio. Hasta el punto de que el profesor Eduardo García de Enterría ha afirmado que, de los tribunales constitucionales existentes en la actualidad en los diversos países, el nuestro es el que tiene un marco competencial más amplio. Los cometidos más importantes del Tribunal Constitucional pueden agruparse en los siguientes bloques:

1. Los procedimientos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. Pueden ser, como es sabido, de tres tipos: recursos de inconstitucionalidad, cuestiones de inconstitucionalidad y autocuestiones de inconstitucionalidad.
2. Los recursos de amparo por violación de los derechos y libertades consagrados en los artículos 14 a 30 de la Constitución.
3. Los conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas y los de éstas entre sí. Estos conflictos pueden ser positivos (si ambos órganos –central y autonómico– reclaman la competencia en la materia) o negativos (cuando ninguno de los dos órganos se considera competente).
4. El control previo de constitucionalidad de tratados internacionales (recuerden que, hasta 1985, se admitía también el recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de estatuto de autonomía y de leyes orgánicas).
5. Los conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales del Estado.
6. La impugnación de disposiciones y resoluciones de las comunidades autónomas por la vía del artículo 161.2 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional actúa *en Pleno* o *en Sala*. El Pleno está integrado por todos los magistrados del Tribunal, en tanto que cada una de las dos Salas está compuesta por seis magistrados. Pues bien, todas las competencias que acabamos de enumerar están atribuidas al Tribunal en Pleno, a excepción del recurso de amparo cuyo conocimiento está encomendado a las Salas. Al atribuir el conocimiento de los recursos de amparo a las Salas y no al Pleno se persigue una racionalización del trabajo, evitando que todos los magistrados tengan que estudiar todos los recursos de amparo admitidos a trámite. No obstante lo anterior, el artículo 10.k de la L.O.T.C. permite al Pleno del Tribunal recabar el conocimiento de aquellos recursos que estime conve-



niente. Parece lógico pensar que esta eventualidad —esto es, que sean los doce magistrados constitucionales y no sólo seis los que resuelvan— ocurrirá en aquellos casos que ofrezcan un especial relieve.

## II. APROXIMACIÓN AL RECURSO DE AMPARO COMO TÉCNICA CONSTITUCIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### a) Concepto del recurso de amparo

Antes de aproximarnos a la noción técnico-jurídica de recurso de amparo constitucional, conviene puntualizar que, como ha señalado el profesor Rafael de Altamira, el término “amparo” tiene una significativa tradición en la lengua castellana. Dicho vocablo expresaba, en épocas pretéritas, una relación entre personas desvalidas y aquellas que pudieran protegerlas, sirviendo también para denominar el documento en el que se consignaban los mutuos derechos del protector y el elegido.

Ofrecer una *definición precisa* de lo que debe entenderse por recurso de amparo no es una tarea exenta de dificultades, pues, como tendremos ocasión de exponer, la Ley del Tribunal no ha previsto un solo recurso de amparo, sino una pluralidad de ellos, con requisitos y efectos específicos. Así, atendiendo al sujeto causante del agravio, se distinguen tres tipos de recursos de amparo: contra decisiones y actos sin valor de ley del Poder Legislativo (art. 42); contra disposiciones, actos jurídicos o simples vías de hecho del Poder Ejecutivo-administrativo (art. 43); y contra actos u omisiones judiciales (art. 44). La existencia de estas tres modalidades nos obliga, en estos momentos, a dar un concepto genérico y en algún sentido vago e impreciso de lo que es el recurso de amparo constitucional. Sólo tras haber analizado de forma sistemática y rigurosa los elementos definitorios de cada uno de estos tipos de amparo, nos será posible acceder a una noción más técnica del mismo.

Las cuatro notas que permiten acercarnos al concepto de recurso de amparo son las siguientes: 1) es un remedio procesal de carácter interno; 2) se promueve ante el Tribunal Constitucional, órgano que no forma parte del Poder Judicial; 3) tiene por finalidad proteger determinados derechos y libertades fundamentales; y 4) sólo es utilizable para combatir agravios de procedencia pública. A tenor de cuanto antecede, podemos definir el recurso de amparo constitucional con las siguientes palabras: *instrumento procesal interno, substanciado ante el Tribunal Constitucional, que tiene por objeto la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas actos lesivos, potenciales o actuales, de los poderes públicos en cualquiera de sus modalidades.*

### b) Naturaleza jurídica del recurso de amparo

Dos notas definen, a nuestro entender, la naturaleza jurídica del recurso de amparo: en primer lugar, que se trata de un auténtico proceso; y, en segundo término, que es un proceso constitucional.

### c) Finalidad del recurso de amparo

Al estudiar el concepto de recurso de amparo, ya hemos adelantado, en buena medida, cuál es la finalidad esencial y básica de este instituto: proteger, preservando o restableciendo, los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución contra los agravios, potenciales o actuales, de procedencia pública.

El tercer párrafo del art. 41 de la L.O.T.C. limita su competencia en este ámbito, afirmando que a través del amparo no es posible hacer “valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso”. En este sentido, el Auto de 20 de octubre de 1982 ha precisado que a través del recurso de amparo no puede pretenderse una declaración abstracta del Tribunal que contribuya a la depuración del ordenamiento jurídico, ya que la finalidad de dicho recurso es otorgar una protección concreta a un derecho concreto, “sin que pueda convertirse en cauce indirecto para conseguir objetivos distintos”.

Al hilo de estas reflexiones, debemos referirnos a dos cuestiones de interés: en primer lugar, a la posición jerárquica del Tribunal Constitucional en el ámbito de los derechos fundamentales; y, posteriormente, al carácter subsidiario de la tutela que proporciona dicho recurso.

- 1) Por lo que respecta al primer punto, hay que decir que *el Tribunal Supremo* es supremo en todos los campos (civil, penal, contencioso, militar, administrativo y laboral) excepto en el tema de los derechos y libertades fundamentales, en el que en realidad el verdadero tribunal supremo es el Tribunal Constitucional. En consecuencia, y dicho sin eufemismos, el Tribunal Supremo está obligado a seguir los criterios que marque el Tribunal Constitucional en este ámbito.
- 2) En la inmensa mayoría de los casos el recurso de amparo es *un medio subsidiario* de garantía, que sólo procede cuando las vías ordinarias han resultado infructuosas. En efecto, los derechos y libertades fundamentales tienen en los jueces y tribunales que integran el Poder Judicial el instrumento tutelar prioritario y básico, su guardián natural (arts. 117.3 de la Constitución y 41.1 de la L.O.T.C.) El Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo, es el supremo y más cualificado defensor de estos derechos y libertades, pero no su protector habitual.

### d) Ambito protegido a través del recurso de amparo

Como ya hemos apuntado con anterioridad, no todos los derechos reconocidos en la Constitución están respaldados por la protección extraordinaria que el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional proporciona, sino sólo los reconocidos en el artículo 14, en la sección primera del capítulo segundo (arts. 15 a 29) y en el segundo apartado del artículo 30. Estos preceptos constitucionales acogen los siguientes derechos:

- Igualdad ante la ley (art. 14).
- Derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15).

- Libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16).
- Derecho a la libertad y seguridad personales (art. 17).
- Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 y 18.4).
- Inviolabilidad del domicilio (art. 18.2).
- Secreto de las comunicaciones (art. 18.3).
- Derecho a elegir libremente la residencia, a circular por el territorio nacional, y a entrar y salir libremente de España (art. 19).
- Derecho a la libertad de expresión y a la difusión libre del pensamiento (art. 20.1.a).
- Derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica (art. 20.1.b).
- Libertad de cátedra (art. 20.1.c).
- Derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20.1.d).
- Derecho de reunión y manifestación (art. 21).
- Derecho de asociación (art. 22).
- Derecho a participar en los asuntos públicos (art. 23.1).
- Derecho de acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad (art. 23.2).
- Derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales (art. 24.1).
- Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia (art. 24.2).
- Principio de legalidad penal (art. 25.1).
- Derecho de los reclusos a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad (art. 25.2).
- Derecho a la educación y a la libertad de enseñanza (art. 27.1).
- Libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales (art. 27.6).
- Derecho a sindicarse libremente (art. 28.1).
- Derecho a la huelga (art. 28.2).
- Derecho de petición individual y colectiva (art. 29).
- Derecho a la objeción de conciencia (art. 30.2).

El Tribunal Constitucional ha reiterado que “sin violación conocida y cierta” de alguno de estos derechos o libertades no puede utilizarse el recurso de amparo, aunque se haya producido una vulneración del orden legal o incluso constitucional.

Finalmente, apuntemos que más del ochenta por ciento de las sentencias de amparo dictadas por el Tribunal Constitucional resuelven recursos interpuestos alegando presuntas violaciones al “derecho a la tutela efectiva” en alguna de sus manifestaciones (art. 24 Constitución). Tras este derecho, ha sido el principio de igualdad ante la ley (artículo 14) el que más frecuentemente ha sido invocado. La alegación de agravios en los demás derechos amparables ha sido cuantitativamente mucho menos importante.

### e) Tipos básicos de recurso de amparo

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no ha consagrado un solo recurso de amparo, sino una pluralidad de ellos, con requisitos y efectos específicos. Atendiendo al sujeto productor del acto lesionador, los artículos 42, 43 y 44 de la L.O.T.C. configuran tres tipos de recurso de amparo:

1. *Primer tipo de recurso de amparo (contra actos emanados de los órganos legislativos)*: Recurso de amparo contra decisiones o actos sin valor de ley emanados de las Cortes Generales o de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, o de cualquiera de los órganos de éstas o de aquéllas (art. 42 L.O.T.C.) Para interponer esta modalidad del recurso de amparo no se requiere agotar ningún proceso judicial previo, sino que basta con que el acto o decisión del Parlamento sea firme. El plazo para interponer este recurso de amparo es de tres meses, a contar desde que, atendiendo a las normas internas de la Asamblea presuntamente lesionadora, sean firmes.
2. *Segundo tipo de recurso de amparo (contra actos emanados de los órganos ejecutivos)*: Recurso de amparo contra disposiciones, actos jurídicos o simples vías de hecho del Gobierno de la Nación o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades, funcionarios o agentes (art. 43 L.O.T.C.). Además, interpretando correctamente el artículo 41.3 de la misma Ley, debemos incluir, junto a los actos de la Administración del Estado y de las administraciones autonómicas, los procedentes de otras administraciones territoriales (v. g. Provincias y municipios) y de las corporaciones e instituciones públicas. Para poder interponer este recurso de amparo es necesario haber agotado infructuosamente el procedimiento contencioso-administrativo ordinario o el procedimiento contencioso-administrativo especial regulado en la Ley 62/78. El plazo para interponer este recurso es de veinte días a partir de la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial.
3. *Tercer tipo de recurso de amparo (contra actos emanados de los órganos jurisdiccionales)*: Recurso de amparo contra actos u omisiones judiciales que violen de modo inmediato y directo un derecho tutelable por esta vía (art. 44 L.O.T.C.)

Para poder interponerse esta modalidad de recurso de amparo, que es la más frecuente, deben darse los siguientes requisitos: 1º) que se hayan agotado previamente todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial en la cual se ha producido la violación; 2º) que la violación del derecho o libertad sea “imputable de modo inmediato y directo” a un órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquella se produjo; y 3º) que en el proceso ordinario se haya invocado formalmente el derecho vulnerado tan pronto como haya habido lugar para ello. El plazo para interponer este recurso de amparo también es de 20 días a contar desde la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.

### III. VALORACIÓN DE QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL TENGA ATRIBUIDA COMPETENCIA EN MATERIA DE AMPARO

La razón que motivó la aparición de los Tribunales Constitucionales fue, como ha señalado el profesor Cascajo Castro, el control de constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley, declarándolas, en caso de estimarlas contrarias a la Constitución, nulas con efectos vinculantes *erga omnes*. En este sentido, los Tribunales Constitucionales nacieron como jueces de la actuación del legislativo, vigilando que las cláusulas de reforma constitucional fueran respetadas e impidiendo que los textos normativos ordinarios pudieran vulnerar la suprallegalidad constitucional. El mismo Hans Kelsen, principal artífice del modelo de justicia constitucional concentrada, afirmó de forma taxativa que “son las leyes acusadas de inconstitucionalidad lo que constituye el principal objeto de la justicia constitucional”. Dicha competencia sigue siendo, en la actualidad, la función más característica de los Tribunales Constitucionales, hasta tal punto que es inimaginable un órgano de esta naturaleza que no tenga atribuida competencia en el tema del control de la constitucionalidad de las leyes.

Si en su concepción originaria los Tribunales Constitucionales circunscribieron su función al referido control normativo, rápidamente ampliaron de forma notable su esfera de competencias. Sin embargo, ha sido tras la Segunda Guerra Mundial –con la secuela de una importante pérdida de confianza en la labor protectora del Poder Legislativo e incluso en la del Poder Judicial– cuando la justicia constitucional ha experimentado su máximo desarrollo. En la actualidad, como afirma el profesor Pedro de Vega, aquella función originaria es solamente “un apartado (si bien, importante y nada desdeñable) de una fenomenología mucho más rica y compleja”.

El modelo de justicia constitucional adoptado por la Constitución española de 1978 y por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979 está en rigurosa consonancia con esta tendencia ampliadora. Así, como hemos visto, el Tribunal Constitucional español aparece revestido de una amplia y compleja gama de funciones.

Si dentro de este dilatado conjunto de competencias resalta por su importancia *cualitativa* el control de la constitucionalidad de las leyes en sus diversas modalidades,

desde un punto de vista *cuantitativo* la función más destacada es la que tiene por objeto la resolución de los recursos de amparo, por la sencilla razón de que el número de legitimados activamente para iniciar este proceso constitucional es infinitamente mayor. Así, por ejemplo, entre el 26 de enero de 1981 y el 29 de marzo de 1985, el Tribunal Constitucional dictó 317 sentencias en resolución de recursos de amparo por sólo 59 en materias de inconstitucionalidad; sin contar el ingente número de pretensiones de amparo que son declaradas inadmisibles a través de autos (a título de ejemplo, digamos que, de los 415 autos que en el año 1982 dictó el Tribunal Constitucional, 382 –es decir, más de un 90%– tenían por objeto recursos de amparo, y la inmensa mayoría de ellos contenían resoluciones de inadmisión).

Aunque la necesidad del recurso de amparo no estuvo en el origen ideológico que sirvió de base a la aparición de los Tribunales Constitucionales y no es una competencia consustancial a estos organismos (así en Francia e Italia sus respectivos Tribunales Constitucionales carecen de atribuciones en este campo), en aquellos países en que se ha introducido (por ejemplo, Alemania, Austria o España) ha llegado a convertirse en una de sus tareas más notables. Ello no obstante, la atribución del recurso de amparo dentro de la competencia del Tribunal Constitucional español suscitó, y en alguna medida sigue suscitando, una importante polémica. La pregunta que resonaba en los foros políticos, académicos y judiciales era la siguiente: *¿No hubiera sido mejor encomendar a los tribunales ordinarios en exclusiva la resolución de los litigios individuales que versen sobre derechos fundamentales y libertades públicas?* Las voces se levantaron en uno y otro sentido. A los efectos de lograr una mayor claridad expositiva, vamos a agrupar los diversos argumentos que se esgrimieron en dos bloques: por una parte, los que se oponían a que el Tribunal Constitucional conociera del recurso de amparo; y, por otra parte, los que estaban a favor.

### **a) Argumentos en contra de que el Tribunal Constitucional conozca del recurso de amparo**

1. En primer lugar, se alegó que el tener que intervenir en la resolución de recursos de amparo entorpecería, por una sobrecarga de trabajo, el correcto funcionamiento del Tribunal Constitucional, impidiendo que pudiera cumplir con la eficacia deseable sus funciones más específicas, como son la resolución de los recursos de inconstitucionalidad y de los conflictos de competencias.
2. Por otra parte, se argumentó que la atribución del recurso de amparo al conocimiento del Tribunal Constitucional, al desnitrir las funciones de los tribunales ordinarios, era lesivo al prestigio de estos últimos.
3. Un tercer argumento, de carácter más general, apuntaba al hecho de que en la actualidad –a diferencia de épocas anteriores– el proceso contencioso–administrativo, tanto el ordinario como el especial, ofrecía garantías suficientes para la tutela efectiva de los derechos y libertades fundamentales, siendo innecesario, e incluso perturbador, consagrar este último recurso ante el Tribunal Constitucional.

## b) Argumentos a favor de que el Tribunal Constitucional conozca del recurso de amparo

A pesar de las anteriores consideraciones, en algunos aspectos muy atendibles, estimamos que existen argumentos suficientes para defender la conveniencia de que el Tribunal Constitucional asuma, además de sus funciones tradicionales, la salvaguarda suprema de los derechos y libertades fundamentales.

1. En primer lugar, y antes de entrar en el análisis de los “argumentos a favor” *stricto sensu*, quiero hacer algunas puntualizaciones en tomo al último “argumento en contra”: esto es, la creencia de que el proceso contencioso-administrativo, en vía ordinaria o en vía especial, hace totalmente innecesario el recurso de amparo. Esto, a mi juicio, no es cierto. Por una parte, porque aunque el proceso contencioso-administrativo fuera perfecto, sólo alcanzaría a una —y no la más utilizada— de las tres modalidades básicas de recurso de amparo. Pero es que además, por otra parte, el proceso contencioso-administrativo está muy lejos de ser un instrumento tutelar perfecto. Las opiniones en este sentido son muy numerosas. Así, el profesor Santamaría Pastor nos ha dicho que “en el momento actual es forzoso reconocer, aunque nos duela, que la gran masa de ciudadanos no ve ni siente el contencioso como un instrumento efectivo de protección frente a las arbitrariedades de una Administración todopoderosa”. Y en esta misma línea pesimista, el profesor González Pérez ha afirmado que la insatisfacción de la doctrina es prácticamente unánime, pues el procedimiento contencioso “no consigue la sumisión de la Administración al Derecho”. Por tanto, en este primer “argumento a favor” contestando al tercer “argumento en contra”, podemos afirmar que el proceso contencioso-administrativo no hace innecesario el recurso de amparo.
2. Por otra parte, estimamos que la atribución de competencia en el tema del amparo al Tribunal Constitucional se justifica por el carácter de decisión básica y esencial que tienen los derechos fundamentales en nuestro sistema jurídico-político. En efecto, como afirma el profesor Aguiar de Luque, nuestro ordenamiento constitucional “no descansa en una neutralidad axiológica”, sino que sitúa a estos derechos y libertades en una posición preferente; lo que, en el plano técnico, se concreta en el art. 168 de la Constitución, que dota de una especial rigidez a los artículos que consagran los derechos fundamentales y las libertades públicas, equiparando la alteración de cualquiera de estos preceptos con una reforma total de la Constitución. Todo ello justifica esta supertutela que, a través del recurso de amparo, se dispensa a los derechos fundamentales, pues, en definitiva, la eficacia de la Constitución ha pasado a ser en primer término la eficacia de estos derechos (García de Enterría).
3. Aunque la finalidad esencial del recurso de amparo es la tutela de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 30 de la Constitución, hay que tener presente que, junto a este cometido individual, también aparece “el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular” (Sentencia 1/1981, de 26 de enero). En efecto, cada vez

que el Tribunal otorga el amparo solicitado ante él, no sólo actúa en defensa del derecho específico del ciudadano lesionado, sino también en defensa de la Constitución, pues consigue que los preceptos de la misma que reconocen el derecho en cuestión prevalezcan frente a las actuaciones que lo desconocen (Tomás y Valiente).

4. Encomendar al Tribunal Constitucional la protección última de los derechos y libertades fundamentales ofrece otras importantes ventajas. Así, al configurarse como “intérprete supremo de la Constitución” puede “precisar, definir y, en cuanto sea necesario, redefinir continuamente” su contenido (Rubio Llorente). Esta función interpretativa tiene mayor trascendencia en el marco de los derechos fundamentales que en el de las otras parcelas del Derecho, por dos importantes motivos. En primer lugar –y dicho sea con todos los respetos– porque el Tribunal Constitucional ha sido más sensible que los tribunales ordinarios a los nuevos valores incorporados a nuestro ordenamiento por la Constitución de 1978. En segundo lugar, esta función interpretativa es más importante porque la Constitución de 1978, como todas las constituciones, se limita a declarar los derechos con formulaciones escuetas, que dejan un amplio margen de discrecionalidad al intérprete.
5. Otra ventaja que explica la inclusión del recurso de amparo en el abanico de competencias asignadas a la Corte Constitucional es lo que algunos autores han denominado gráficamente el “efecto educativo” de la jurisdicción constitucional. Es evidente que el paso de un régimen autoritario a un Estado de Derecho exige algo más que un cambio de Ley Fundamental. Es precisa una labor sistemática que, eliminando los hábitos y los comportamientos autoritarios, inculque en la conciencia ciudadana los valores democráticos que la nueva Constitución proclama. Pues bien, la actuación del Tribunal Constitucional en el tema de los derechos fundamentales, a través de la publicidad que puede rodear a muchas de sus resoluciones, jugará un importante papel en la realización de esta imprescindible función pedagógica, difundiendo en todo el cuerpo social los valores constitucionales, lo cual es imprescindible para la “cimentación del régimen democrático” (Embidi Irujo).
6. A mayor abundamiento, debemos señalar que el amparo se otorgará cuando el recurrente acredite una violación de un derecho o libertad “de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado” (art. 55.1.b de la L.O.T.C.). Ello significa, como afirma el profesor García de Enterría, que esta protección se concederá en los términos de cláusula general en que los referidos derechos y libertades están enunciados en la misma Constitución, sin las adherencias que a esta cláusula general puedan producirse a través de las leyes o normas reglamentarias. Este cometido sólo podía ser encomendado al Tribunal Constitucional, puesto que es el único órgano del Estado que actúa *exclusivamente* sometido a la Constitución (art. 1.1 de la L.O.T.C.); los demás órganos del Estado están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.
7. Otra consideración que vendría a justificar la introducción del recurso de amparo en nuestro sistema constitucional es que con este recurso puede producirse una



depuración residual del ordenamiento jurídico, haciendo salir del mismo algunas leyes inconstitucionales que no habían sido impugnadas ni a través del recurso de inconstitucionalidad ni a través de la cuestión de inconstitucionalidad. En efecto, cuando en el ordenamiento exista una ley inconstitucional –que por la razón que sea no haya sido impugnada por la vía directa ni por la incidental–, el instituto del recurso de amparo podrá servir de base para expulsarla del ordenamiento jurídico, al posibilitar que entre en juego el mecanismo de la autocuestión de inconstitucionalidad o cuestión de inconstitucionalidad impropia (art. 55.2 de la L.O.T.C.) A través de este mecanismo, tras conceder la Sala del Tribunal el amparo individual solicitado por entender que la ley aplicada lesiona derechos fundamentales, elevará la cuestión de inconstitucionalidad de la norma ante su Pleno, y de esta manera el Tribunal podrá eliminar la ley que había servido de cobertura para dictar el acto lesivo que motivó la interposición del recurso de amparo.

8. Finalmente, queremos recordar que las experiencias del amparo en el Derecho histórico español (nos referimos al recurso de amparo republicano) y en el Derecho extranjero (principalmente el *Verfassungsbeschwende* alemán) pueden considerarse, no obstante comprensibles ambigüedades y limitaciones, marcadamente positivas. Lo cual, lejos de ser un dato que nos ponga en guardia frente a este instituto, nos permite contemplarlo, incluso sin tener en cuenta los siete apartados anteriores, con una cierta simpatía.

#### IV. CONCLUSIONES

Tras analizar los dos bloques de consideraciones, en contra y a favor de que el Tribunal Constitucional tenga atribuida competencia en el tema del recurso de amparo, podemos sentar las siguientes conclusiones:

1. De los tres argumentos en contra que hemos recogido, sólo el primero (el que alega que esta competencia podrá provocar un exceso de trabajo y obturar el normal funcionamiento del Tribunal) es de recibo. Sin embargo, esta crítica, que pone de manifiesto los peligros que se seguirían de una regulación procesal deficiente y muestra la necesidad de buscar vías de acceso racionalizadas, no tiene suficiente entidad como para justificar la supresión de este instrumento tutelar.
2. Las ventajas, formales y materiales, que se derivan del recurso de amparo son tan numerosas y de tal importancia que parece incuestionable que su incorporación a nuestro sistema constitucional resulta altamente positiva.

Pero hay algo más. La labor que, durante estos primeros dieciocho años de vida del Tribunal, han realizado los magistrados constitucionales es de tal magnitud que, sin duda, muchos de los recelos originarios habrán hoy desaparecido. Los resultados producidos por nuestra “jurisdicción constitucional de la libertad” habrán hecho olvidar las críticas que acompañaron a su introducción, y en este olvido la capacidad técnica, la exactitud, el sentido jurídico y la sensibilidad política de los magistrados constitucionales habrán tenido una parte de mérito muy significativa.



# CONSTITUCIÓN, TRATADO DE AMSTERDAM E IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES (\*)

TERESA FREIXES SANJUÁN  
(España)

**SUMARIO:** Introducción. I. La igualdad y la Constitución española. 1. Configuración constitucional de la igualdad, la prohibición de discriminación y las medidas de promoción de los individuos y los grupos. 2. Las construcciones generales del Tribunal Constitucional sobre la igualdad, la no discriminación y las medidas de acción positiva. II. La igualdad y el Tratado de Amsterdam. 1. Los derechos humanos en la Unión Europea. 2. La igualdad entre hombres y mujeres en el Tratado de Amsterdam. 3. Los efectos de la nueva configuración de la igualdad entre hombres y mujeres. III. Nota bibliográfica.

## INTRODUCCIÓN

El 2 de octubre de 1997, los Jefes de Estado y de Gobierno de “los quince” se reunieron en Amsterdam con el objeto de firmar la modificación del Tratado de la Unión Europea. Los trabajos de la Conferencia Intergubernamental, que se inició en Turín el 29 de marzo de 1996, habían dado a su fin y el nuevo Tratado vio la luz en circunstancias radicalmente distintas a aquéllas que habían jalonado el transcurso de la negociación previa. En varios Estados europeos, significativamente en el Reino Unido y en Francia, se acababa de producir un cambio gubernamental y los problemas sociales, especialmente el desempleo, pujaban por tener una plasmación en el nuevo Trata-

---

(\*) Texto elaborado para el Seminario “Consolidación de derechos y garantías: Los grandes retos de los derechos humanos”, organizado por el Consejo General del Poder Judicial con motivo del 50 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. El trabajo se inserta en el Proyecto de Investigación DGICYT PB95-0613 sobre “Integración Europea y Derechos Fundamentales” (Universidad Autónoma de Barcelona, 1996-1999).

do posibilitando la adopción de líneas políticas dirigidas a intentar una solución que, si bien condicionada a la evolución de las economías en transición hacia el euro, permitieran una mayor cohesión social en esta Europa del cambio de milenio.

Dentro de estos condicionantes, la voz de las mujeres se hizo oír durante el transcurso de la CIG, tratando de impulsar la plasmación de los compromisos internacionales de la Unión (Pekín, CEDAW) en el nuevo Tratado. En efecto, el final de la Conferencia de Pekín prácticamente coincidió con el inicio de la puesta en marcha del Grupo de Reflexión que tenía que preparar la Conferencia Intergubernamental que culminaría la reforma del Tratado. Se emprendieron numerosas iniciativas con la finalidad de conseguir que la igualdad entre las mujeres y los hombres quedara incluida en el texto que tendría que aprobarse en Amsterdam.

Pero la voz de las mujeres no se limitó a exigir la plasmación de la igualdad en el nuevo Tratado: la eficacia de los derechos humanos en el seno de la Unión, los problemas de la ciudadanía, el reconocimiento de los derechos sociales, la profundización de la democracia, la ampliación de la co-decisión, el rechazo del racismo y la xenofobia, la necesidad de reprimir el tráfico de seres humanos o los delitos contra los niños, constituyeron sendas reivindicaciones de las mujeres<sup>(1)</sup>, canalizadas a través de distintas organizaciones sociales e instituciones públicas, con el fin de que los gobiernos decidieran una reforma del Tratado de la Unión Europea que disminuyera el déficit de legitimidad y de democracia que desde los propios órganos europeos se había constatado.

La evolución de la Unión Europea, aunque en este momento concierne sobre todo a las estructuras económicas, muestra hoy día también claramente la necesidad de avanzar hacia una superior articulación política y una mayor cohesión social. Se alzan voces incluso reclamando la elaboración de una Constitución europea con todas las consecuencias del término<sup>(2)</sup>. La reforma del Tratado de la Unión Europea, en este marco, debe permitir la ampliación de la democracia y la profundización de la legitimidad en la nueva Europa que está surgiendo. Y la igualdad entre las mujeres y los hombres constituye, en este contexto, una clave de bóveda ineludible.

---

<sup>(1)</sup> Al respecto puede verse Freixes Sanjuán, T. "Projet de reforme du Traite d'Union Européenne en matière de: Droits fondamentaux, égalité entre femmes et hommes, citoyenneté et droits économiques et sociaux", *Quaderns de Treball* n° 5, 1995. Así también *Info-Mujeres de Europa* n° 79, 1998, dedicado a la igualdad y el Tratado de Amsterdam. En el mismo sentido las resoluciones de la Première Conférence des Commissions Parlementaires chargées de la politique de l'égalité des chances des femmes et des hommes dans les états membres de l'Union européenne et au Parlement Européen, organizada por el Senado de Bélgica. Y también, entre otros, las propuestas del Lobby Européen des Femmes a la Conferencia Intergubernamental.

<sup>(2)</sup> Así el llamamiento que diversos constitucionalistas de los distintos Estados miembros han realizado con el título "Pour une Constitution européenne". El texto íntegro puede verse en *Le Monde*, del 5 de mayo de 1998.

La entrada en vigor del “euro”, de la moneda única, previsiblemente va a coincidir con el proceso de ratificaciones del Tratado de Amsterdam. El Parlamento Europeo ha emitido ya su opinión favorable<sup>(3)</sup> y los Estados lo van a ir ratificando a través de votaciones en los parlamentos nacionales o por referéndum según exijan las normas internas de cada país<sup>(4)</sup>. Si se obtienen las ratificaciones necesarias, el Tratado favorece el inicio de las negociaciones para ampliar la Unión a otros países de Europa central y oriental. Y posteriormente, cuando la Europa de los quince pase a ser la Europa de veinte tendrá que convocarse otra Conferencia Intergubernamental para volver a plantear una reforma en las instituciones de la Unión.

Para las mujeres de toda Europa, tanto las de los Estados integrados ya en la Unión como las de aquéllos otros que progresivamente se le van a incorporar, la regulación de la igualdad entre hombres y mujeres aprobada en la cumbre de Amsterdam, constituye un marco jurídico de enorme importancia para avanzar hacia la igualdad real puesto que, ineludiblemente, las previsiones del nuevo Tratado van a configurar el marco de actuación, tanto a nivel normativo como ejecutivo o jurisdiccional, en el que deberán situarse los poderes públicos y los particulares de los Estados miembros de la Unión.

Se va a imponer, en consecuencia, una nueva lectura incluso de los preceptos constitucionales sobre la igualdad, puesto que la transferencia de competencias legislativas a los órganos comunitarios, va a originar que la aplicación y la interpretación de todas las normas internas relativas al derecho a la igualdad y a la no discriminación, tengan que ser compatibles con el sistema jurídico de la Unión Europea. En este sentido, es necesario constatar que va cobrar una especial relevancia, especialmente por la novedad que ello supone, la categorización jurídica que en el Tratado de Amsterdam adoptan los derechos humanos y, dentro de ellos, la igualdad entre hombres y mujeres en todas sus dimensiones.

Pero antes de entrar en el examen concreto de la regulación del Tratado de Amsterdam acerca de la igualdad entre hombres y mujeres, entraremos, aunque sólo sea en algunos aspectos, en la configuración que adopta la igualdad en nuestro sistema constitucional de derechos.

---

(3) El Parlamento Europeo en su *Resolución sobre el Tratado de Amsterdam* (A4-0347/97) recomienda a los Estados miembros de la Unión que ratifiquen el nuevo Tratado, realizando una serie de observaciones y recomendaciones al Consejo para la puesta en marcha de todas las reformas previstas en el mismo.

(4) El Proyecto de Ley Orgánica que, a tenor de lo dispuesto en el art. 93 CE, debe autorizar la ratificación por España del Tratado de Amsterdam se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 26 de mayo de 1998. El Informe de la Ponencia de la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados se publica en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 22 de setiembre de 1998. La práctica totalidad de los Estados de la Unión Europea han puesto ya en marcha el proceso de ratificación del Tratado. En algunos, incluso se ha realizado, de acuerdo con su legislación interna, el referéndum de autorización; tal es el caso de Dinamarca en el que el “sí” a la ratificación del Tratado solamente obtuvo un 55,1 % de los votos emitidos.

## I. LA IGUALDAD Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

### 1. Configuración constitucional de la igualdad, la prohibición de discriminación y las medidas de promoción de los individuos y los grupos

#### A) *La igualdad en la Constitución española*

En la Constitución de 1978, la igualdad presenta diferentes manifestaciones, las cuales comportan diversos grados de eficacia y posibilidades interpretativas diferentes:

- a) La igualdad como valor constitucional del art. 1.1 CE y como principio constitucional. La Constitución configura, en el art. 1.1 CE a la igualdad como “valor superior del ordenamiento jurídico” que impregna todo el ordenamiento y que, en consecuencia, podría llegar a fundamentar la presentación de un recurso o cuestión de inconstitucional contra una ley infractora de valores constitucionales. Por otra parte, de la configuración que la igualdad obtiene a lo largo de todo el texto constitucional, puede desprenderse su valor jurídico de principio, con todos los efectos interpretativos y de vinculación al legislador que tienen los principios constitucionales, pudiendo fundamentarse directamente un recurso o cuestión de inconstitucionalidad contra cualquier ley que infringiera este principio constitucional.
- b) La igualdad como derecho público subjetivo del art. 14 CE, “igualdad ante la ley”, susceptible de recurso de amparo ordinario y constitucional. Cualquier derecho, fundamental o no, cuya vulneración en un caso concreto suponga asimismo la violación de la igualdad, queda protegido por el recurso de amparo al tener la igualdad una vis expansiva general. Cabe también la interposición del recurso o cuestión de inconstitucionalidad contra la ley que lo infrinja.
- c) La cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE, derecho subjetivo inserto en una cláusula de alcance general que especifica asimismo la prohibición de discriminaciones concretas por razón de nacimiento, raza, sexo, religión y opinión. Goza también de la protección del recurso de amparo. Es también susceptible de ser protegida por el recurso o cuestión de inconstitucionalidad contra la ley infractora.
- d) Las manifestaciones concretas de la igualdad y no discriminación en la Constitución:
  - el acceso a cargos y funciones públicos en condiciones de igualdad del art. 23.2 CE.
  - la exigencia del respeto a la igualdad en lo que se refiere a los deberes fiscales del art. 31.1 CE.
  - el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica del art. 32.1 CE.
  - la prohibición de discriminación por razón de sexo con relación al deber de trabajar, el derecho al trabajo, la promoción a través del trabajo y la remuneración suficiente para satisfacer las necesidades individuales y familiares, comprendida en el art. 35.1 CE.

- la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación del art. 39.2.

El acceso a cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad está directamente protegido por el recurso de amparo constitucional. Las demás manifestaciones de la igualdad y la no discriminación, en tanto en cuanto obtengan una conexión directa con el art. 14 CE, están también protegidas por el recurso de amparo. En todo caso, las distintas manifestaciones constitucionales de la igualdad, están protegidas por el recurso o cuestión de inconstitucionalidad si la ley de desarrollo vulnera el mandato constitucional.

- e) El alcance promocional de la igualdad del art. 9.2 como obligación de los poderes públicos: “promover las condiciones para que... la igualdad del individuo y los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud...”. Cláusula que potencia el alcance antidiscriminatorio y las medidas de acción positiva posibilitando de tacto el cumplimiento de las finalidades constitucionales. Dado que en este caso la igualdad no se configura como derecho subjetivo sino como bien constitucionalmente protegido, tendría que justificarse, en su caso, la interposición de un recurso de amparo a través de la conexión con el art. 14 CE. Por el contrario, es posible el recurso o cuestión de inconstitucionalidad, directamente y sin necesaria conexión con el art. 14 CE, cuando una ley no observe estas finalidades.

La igualdad, la no discriminación y la promoción de condiciones para conseguir la efectividad de la igualdad, así como la remoción de los obstáculos que la impidan o dificulten, se regulan en la Constitución en distintos artículos, con distinta estructura jurídica, función constitucional, condiciones de ejercicio, garantías y limitaciones. Y es en el contexto de esta configuración constitucional que debemos situar a la igualdad entre hombres y mujeres, como un supuesto singular de igualdad, pero que debe insertarse dentro del conjunto de las previsiones constitucionales acerca de la igualdad y en el marco general de la Constitución.

### ***B) Los principios de interpretación constitucional aplicables a la determinación de la igualdad en el contexto de la Constitución española***

Para obtener una configuración jurídicamente correcta de los derechos constitucionales a la igualdad y a la no discriminación, deben observarse una serie de criterios hermenéuticos, entre los que destacaremos como de especial atención:

- a) *La interpretación de los derechos conforme a los tratados internacionales:*

El art. 10.2 CE determina que la interpretación de las normas relativas a los derechos de la Constitución se debe realizar de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y los tratados y convenios que sobre estas materias hayan

sido ratificados por España. Este criterio de interpretación que, en palabras de Tribunal Constitucional contribuye a definir el contenido y alcance de los derechos (STC 64/1991) es decir, el perfil exacto de su contenido (STC 281/1991), no afecta sólo a las normas contenidas en la Constitución, sino a todas las normas del ordenamiento relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos por la Norma fundamental (STC 78/1992).

De entre los tratados y convenios ratificados por España y en vigor como derecho interno a la luz del art. 96 CE, cabe destacar, por una parte el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y, por otra, los tratados comunitarios, en especial el Tratado de las Comunidades Europeas y el Tratado para la Unión Europea.

Además, cabe destacar que el Convenio Europeo de 1950 establece dos órganos de garantía, la Comisión y el Tribunal Europeo, siendo este último el órgano de interpretación y aplicación del Convenio (art. 45 CEDH) y que, siguiendo las previsiones del artículo 46 CEDH, España ha declarado que reconoce como obligatoria la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) para todos los asuntos relativos a interpretación y aplicación del Convenio. No podemos dejar de destacar que el Tribunal Constitucional ha manifestado de manera rotunda (STC 245/1991) que la violación de un derecho del Convenio Europeo que también esté reconocido en la Constitución, si se declara por el Tribunal de Estrasburgo, constituye al mismo tiempo una violación de la Constitución de obligada reparación por los órganos internos.

Por otra parte, no puede olvidarse tampoco la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en aplicación de los tratados comunitarios, jurisprudencia a la que, por analogía y a los efectos interpretativos que pretendemos, podría otorgarse el mismo trato que a la del Tribunal de Estrasburgo. Pero con relación a la normativa comunitaria derivada, el Tribunal Constitucional ha dejado claro a lo largo de toda su jurisprudencia, que los reglamentos y directivas no constituyen canon de constitucionalidad a los efectos interpretativos, sino derecho interno directamente aplicable cuya trasgresión es un mero problema de legalidad que deben dilucidar los jueces ordinarios (por todas, SSTC 28 y 64/1991).

A partir, pues, de esta normativa internacional, la interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución deberá realizarse a partir de lo que dispongan la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados o convenios internacionales sobre estas materias ratificados por España, entre los que destacaremos, a los efectos que nos ocupan, el Convenio Europeo de Derechos Humanos interpretado por el Tribunal Europeo y los tratados comunitarios interpretados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades <sup>(5)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> En este trabajo, dado que lo que con el mismo se pretende es incidir en las consecuencias jurídicas que, con relación a la igualdad entre mujeres y hombres, originará la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, no vamos a examinar las sentencias emitidas por el Tribunal Europeo de



b) *La interpretación realizada por el Tribunal Constitucional respecto al sistema de derechos configurado por la Constitución:*

Siendo la igualdad un derecho subjetivo directamente reconocido por la Constitución, su interpretación debe realizarse conforme a los criterios hermenéuticos que, con relación al sistema constitucional de derechos, ha configurado el Tribunal Constitucional. Se impone, pues, señalar, siquiera sucintamente, los principales criterios de interpretación que han de ser tenidos en cuenta para que la igualdad y la no discriminación encuentren su plenitud y eficacia. Con esta finalidad, de entre los criterios interpretativos elaborados por el Tribunal Constitucional con relación al sistema constitucional de derechos, destacamos los siguientes:

- Que los derechos a analizar constituyen instituciones jurídicas constitucionalmente protegidas que no pueden ser desnaturalizadas ni por la legislación que regula su ejercicio, ni con la imposición de límites que las conviertan en impracticables, tal y como se desprende de la jurisprudencia emitida reiteradamente por parte del Tribunal Constitucional (por todas, la primera, STC 11/1981 de 11 de Abril).
- Que los derechos constitucionales, por el hecho de estar incluidos en la Norma fundamental y fundamentadora del resto del ordenamiento jurídico, deben ser interpretados teniendo en cuenta que la Constitución es toda ella normativa y de aplicabilidad directa (STC 53/1985 entre otras), originando esta normatividad que las excepciones a la aplicabilidad directa e inmediata sólo puedan derivar de la propia Constitución o de la naturaleza misma de la norma (STC 254/1993) y que las leyes deben ser interpretadas de conformidad con la Constitución, y no la Constitución de conformidad con las leyes (por todas, STC 22/1984).

---

Derechos Humanos con relación a estas cuestiones. Ello no obstante, quiero señalar que existe también una importante jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que, en aplicación de las previsiones constitucionales del art. 10.2 CE, debe ser tenida en cuenta para delimitar el “perfil exacto” y el “contenido y alcance” (en palabras del Tribunal Constitucional) de la igualdad entre hombres y mujeres. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha definido el estatuto jurídico de las madres solteras en el Asunto Marckx y el Asunto Vermeire, ambos contra Bélgica, y el Asunto Inze contra Austria, estableciendo que no puede existir discriminación alguna por razón de la inexistencia de vínculo matrimonial. También ha exigido la igualdad entre hombres y mujeres en los procedimientos de reunificación familiar de extranjeros residentes en el Asunto Abdulalziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido. Ha reconocido el derecho de las mujeres a conservar el apellido de solteras en el Asunto Burghartz contra Suiza, ha abordado las exigencias de la igualdad entre mujeres y hombres con relación a la cotización para los subsidios familiares en el Asunto Van Raalte contra los Países Bajos y con relación al derecho a obtener permisos laborales por nacimiento de hijos en el Asunto A.P. contra Austria. Así también, en el Asunto Kariheinz Schmidt contra Alemania tuvo que abordar el problema de la prestación obligatoria de servicios de extinción de incendios para los varones como originador de discriminación por razón de sexo ya que las mujeres podían quedar libres del mismo previo pago de una indemnización.

- Que la interpretación de los derechos constitucionales debe realizarse de la forma más favorable para la efectividad de los mismos (STC 88/ 1985).

Además deberemos tener en cuenta que, como consecuencia del principio de interpretación unitaria y sistemática, cada uno de los derechos se inserta dentro de un sistema de derechos que forma parte de un sistema jurídico-constitucional concreto (por todas, STC 53/1985). Este principio interpretativo origina, a su vez, que los derechos no pueden ser interpretado aisladamente, sino en concordancia con los demás derechos y con el resto del ordenamiento jurídico, y que además, no se puedan transportar automáticamente, sin ponderarlas, a nuestro sistema jurídico, construcciones hermenéuticas que tengan su origen en un sistema diferente donde responden a una lógica concreta y tienen funciones determinadas.

## **2. Las construcciones generales del Tribunal Constitucional sobre la igualdad, la no discriminación y las medidas de acción positiva**

El Tribunal Constitucional ha abordado en numerosas sentencias la configuración jurídica que la Constitución ha previsto en relación con la igualdad en su dimensión de derecho subjetivo. Por una parte ha distinguido entre igualdad formal e igualdad material, situando la igualdad formal o jurídica en el art. 14 CE y la igualdad material o de resultados, lo que también denomina igualdad real, dentro del ámbito del art. 9.2 CE. Por otra parte, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado también sobre las exigencias de la no discriminación y sobre las acciones positivas en favor de la igualdad real. Además, el Tribunal Constitucional sitúa toda interpretación relativa a derechos individuales en relación con las exigencias de la dignidad humana proclamada por el art. 10.1 CE en tanto que valores espirituales y morales inherentes a la persona que se manifiestan singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida (SSTC 53/1985 y 120/1990).

Dentro, pues, de este orden de consideraciones, hemos de precisar las diferentes acepciones que, a tenor de la doctrina constitucional, puede presentar la igualdad para luego proyectarlas, tal como viendo haciendo en estos últimos años el Tribunal Constitucional, en relación a la no discriminación y a las “medidas de acción positiva”.

### ***A) La igualdad formal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional***

Para el Tribunal Constitucional, en el art. 14 CE se contienen un doble mandato y una prohibición con distintas variantes. Un doble mandato porque la igualdad del art. 14.1 CE presenta dos significados: igualdad en la ley, es decir, en el contenido de la ley por una parte, e igualdad en la aplicación de la ley por otra. La primera vincula al legislador (de la ley y del reglamento), la segunda al aplicador de la norma (el ejecutivo y, sobre todo, el judicial). En este sentido, la desigualdad en la ley se produce cuando la norma distingue de forma irrazonable o arbitraria un supuesto de hecho específico al que anuda consecuencias jurídicas determinadas, y la desigualdad en la

aplicación de la ley se produce, en cambio, cuando un órgano aplicador del Derecho (bien un órgano de la Administración, bien un órgano judicial) interpreta la norma pertinente en un supuesto determinado de manera distinta a como lo ha hecho anteriormente en casos sustancialmente iguales (SSTC 48, 1992, 144/1988 y 73/1989 entre otras). Aplicando estos razonamientos al tema que nos ocupa, la significación de la igualdad que hemos de tener en cuenta para analizar las acciones positivas, va a ser la igualdad en la ley, puesto que tales medidas son establecidas por el legislador con la finalidad antes expuesta de conseguir una igualdad real.

Siguiendo el hilo de este razonamiento, cuando examina la igualdad en la ley, es decir, en el contenido de la ley, el Tribunal Constitucional afirma que la igualdad ante la ley que prescribe el art. 14 CE no puede ser invocada cuando se está ante personas o grupos de personas que se rigen por reglas diversas (STC 148/1990). Además, frente a distintos tratos normativos, según el Tribunal Constitucional cabe, en principio, equiparar por arriba, suprimiendo las restricciones o exclusiones injustificadas establecidas por el legislador (SSTC 103 y 104/1983), aunque, por el contrario, también se asegura una satisfacción igualitaria de derechos e intereses entendiendo que ha de desaparecer el privilegio injustificado o arbitrario (SSTC 28 y 114/1992 y 3/1993).

Las acciones positivas, en este sentido, como manifestación de un trato legislativo diferente, pueden quedar justificadas a la luz del art. 14.1 CE como normaciones que se dirigen a colectivos determinados que se rigen por reglas propias, ya sea equiparando por arriba o suprimiendo privilegios injustificados o arbitrarios, sin que se pueda considerar que ese trato diferente es discriminatorio ya que se basa en consideraciones argumentadas y objetivamente justificadas.

### ***B) La igualdad real en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional***

Para el Tribunal Constitucional, el art. 9.2 CE, cuando dispone que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, instaura un mandato a los poderes públicos que es una finalidad propia del Estado social y democrático de derecho (STC 83/1984 y 8/1986, entre otras). Esta labor de promoción, para el Tribunal Constitucional, en ocasiones exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la ley / (STC 27/1981), de tal forma que puede imponer la adopción de normas especiales que tiendan a corregir los efectos dispares que, en orden al disfrute de bienes garantizados por la Constitución, se sigan de la aplicación de disposiciones generales en una sociedad cuyas desigualdades han sido negativamente valoradas por la propia Norma fundamental (STC 18/1988).

Esta jurisprudencia sienta, con carácter general, la necesidad de que los poderes públicos actúen con la finalidad de corregir las desigualdades negativas que la inercia social ha venido produciendo en distintos ámbitos. Con esta finalidad el Tribunal Constitucional llama al legislador y al Gobierno a actuar (STC 189/1987), incluso matizan-

do el alcance literal de la igualdad formal prescrita por el art. 14 CE, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material (STC 98/1985).

Y en este orden de consideraciones, el Tribunal Constitucional, justifica como medidas encaminadas a lograr la igualdad real, las acciones positivas que el legislador pueda establecer en favor de las mujeres: “La referencia al sexo en el artículo 14 implica la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer, siendo inconstitucional la diferenciación normativa basada en dicho criterio. Con todo, en la perspectiva del artículo 9.2 CE, de promoción de las condiciones de igualdad, no se considera discriminatorio que, a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer”.

Para el Tribunal Constitucional, en consecuencia, las medidas de acción positiva no pueden ser consideradas como contrarias a la interdicción de la discriminación prescrita por el art. 14 CE sino que, por el contrario, responden a una interpretación de sistemática y unitaria de este artículo con el mandato del art. 9.2 CE, debiendo ser admitidas a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre.

### ***C) La prohibición de discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional***

En el apartado 2 del art. 14 CE se establece una prohibición de discriminación que afecta, especialmente y a los efectos de este Informe, a la discriminación por razón de sexo. El régimen laboral y el régimen de pensiones han sido las materias que, en este contexto, han obtenido una mayor atención del Tribunal Constitucional. En todas sus sentencias, para determinar la existencia o no de discriminación, el Tribunal Constitucional aplica, a veces citando la fuente y otras sin hacerlo, el test o escrutinio que hemos visto ha elaborado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un trato diferente no es discriminatorio si está objetivamente justificado y es proporcional a la finalidad perseguida.

Dentro de la ya ingente doctrina constitucional que existe acerca de la prohibición de discriminación por sexo, y antes de entrar en el examen de la jurisprudencia concreta que, en torno a la igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres, ha emitido el Tribunal Constitucional, consideramos necesario resaltar una serie de consideraciones extraídas todas ellas de la propia jurisprudencia constitucional:

- “No puede deducirse, sin más, [...] que toda desigualdad de trato que beneficie a un grupo o categoría definidos [...] por el sexo, resultará vulneradora [del artículo 14]” (STC 128/1987). El TC admite, pues, que pueden existir tratos beneficiosos que no resulten discriminatorios.
- “Es claro que tal diferencia de trato o actividad protectora [...] sólo vendrá justificada si efectivamente se dan circunstancias sociales discriminatorias, y sólo en

cuanto se den, lo que supone la necesidad de revisión periódica” (misma STC 128/1987). En este punto, es importante remarcar la transitoriedad inherente a los tratos distintos que puedan establecerse con la finalidad de superar las discriminaciones existentes.

- “La consecución del objetivo igualatorio entre hombre y mujeres permite el establecimiento de “un derecho desigual desigualatorio” [sic], es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes [...] para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer” (SSTC 128/1987, 19/1989 y 229/1992).

Para el Tribunal Constitucional, en consecuencia, no procede considerar como discriminatorias a los efectos del art. 14.2 CE las medidas consistentes en otorgar diferencias de trato, que puedan adoptarse transitoriamente, para reequilibrar situaciones sociales discriminatorias preexistentes.

#### **D) *Las medidas de acción positiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional***

Una vez examinadas las construcciones generales que se derivan del tratamiento que el Tribunal Constitucional ha otorgado a la igualdad, la no discriminación y las medidas de acción positiva, es necesario concretar en qué forma el propio Tribunal ha aplicado esta jurisprudencia a las acciones de promoción de la igualdad entre mujeres y hombres.

Dividiremos esta jurisprudencia en dos grandes bloques: el primero, lo denominaremos, siguiendo la tradición ya acuñada doctrinalmente al respecto “jurisprudencia de la equiparación”, por pretender equiparar tanto los hombres a las mujeres como las mujeres a los hombres; el segundo, constituirá la “jurisprudencia de la desigualdad justificada” y comprenderá las decisiones por las que el Tribunal Constitucional considera necesario emprender medidas de acción positiva que comportan distinto trato con la finalidad de disminuir progresivamente las desigualdades de origen o por resultar necesarias permanentemente como consecuencia de razones intrínsecas.

Señalaremos también, pese a no constituir jurisprudencia constitucional, algunas decisiones de los Tribunales Superiores de Justicia que, ya siguiendo los criterios preestablecidos por el Tribunal Constitucional, ya argumentando innovadamente a partir de los mismos, están consolidando la legitimidad constitucional de las medidas de promoción de la igualdad entre mujeres y hombres. Y en este punto advertiremos que, tras haber examinado también la doctrina que con relación a tales medidas puede desprenderse de las sentencias del Tribunal Supremo, hemos constatado la escasa sensibilidad de esta Corte al respecto (véanse, como muestra, las sentencias de 27 de marzo de 1996-Sala social, 30 de noviembre de 1995-Sala social, 4 de octubre de 1995-Sala social, 7 de octubre de 1988-Sala 5ª contencioso administrativa y 6 de julio de 1982-Sala 3ª contencioso administrativa) en las que se aprecia una concepción peyorativa de

la naturaleza de las mujeres o de su capacidad para el desempeño de puestos profesionales impropia de un Tribunal que, como suprema magistratura ordinaria, tendría que velar por la aplicación correcta de las reglas y principios constitucionales, máxime cuando la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 5.1. impone a los jueces y tribunales la interpretación y aplicación de las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

a) *La jurisprudencia de equiparación*

Dos son las principales situaciones que hecho que han originado la jurisprudencia de equiparación: por una parte, las reclamaciones de hombres que se consideraban discriminados con relación a ventajas que las normas otorgaban a las mujeres y, por otra, las reclamaciones de mujeres que reclamaban la igualdad de trato con relación a los hombres en determinados supuestos. Examinaremos, siguiera sucintamente, la doctrina que se deriva de las sentencias que abordan estos problemas de la igualdad de trato.

a1) *Equiparación de los hombres a las mujeres*

Por una parte esta jurisprudencia aborda las reclamaciones presentadas por varones, motivadas generalmente por la pervivencia de medidas preconstitucionales que daban rango legal a beneficios que se otorgaban a las mujeres, justificándose tales medidas únicamente en la condición femenina. Varias son las sentencias que podemos destacar al respecto:

- Caso ATS masculinos (STC 81/1982) que se consideraban discriminados en el salario, los turnos, etc., con respecto a los ATS femeninos. El TC les otorga el amparo argumentando que el Estado social y democrático de derecho impone que no se pueda privar al trabajador sin razón suficiente de las conquistas sociales ya conseguidas y que, en este sentido, “no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y actividad profesional”. En este caso es interesante también resaltar la argumentación de la parte demandada: “la ratio del precepto que motiva la reclamación es una medida proteccionista de la mujer ya que ningún precepto constitucional prohíbe que el legislador dicte medidas proteccionistas a la mujer en orden al trabajo nocturno; y que estas medidas están justificadas si se tiene en cuenta que la mujer y los niños desde siempre han gozado de una protección especial en orden al trabajo nocturno y a los trabajos penosos, sin que nunca se haya declarado en ningún país tal protección inconstitucional”. Es interesante remarcar esta argumentación como expresiva de la relevancia que las condiciones históricas en que se ha desarrollado la integración de las mujeres en el Estado social.

- Cuestión de Inconstitucionalidad por la que se establece la igualdad entre hombres y mujeres a los efectos de percepción de pensión de viudedad (STC 103/1983). En esta sentencia se declara inconstitucional la disposición normativa que otorga pensión de viudedad únicamente a las viudas y equipara al cónyuge hombre sobreviviente a sus homónimos femeninos a los efectos de que los viudos también puedan percibir tal pensión. El TC utilizó en esta sentencia, además del argumento de la discriminación que la legislación originaba el hecho del automatismo en la producción de la consecuencia jurídica, puesto que las mujeres siempre percibían la pensión, así como la presunción de necesidad de la misma. En este punto queremos resaltar las sentencias que, en este mismo sentido, han emitido diversos Tribunales Superiores de Justicia, así el T.S.J. de Murcia con fecha 23 de abril de 1990 y el T.S.J. de Castilla La Mancha con fecha 10 de junio de 1990, que reconocen igual derecho en la prestación por muerte y supervivencia a los familiares varones que a las mujeres, considerando que “el requisito de género (feminidad) ha de entenderse expulsado de nuestro ordenamiento por cuanto es contrario al principio de igualdad”.
- Caso de los auxiliares de vuelo masculinos (STC 207/1987) equiparándolos a los femeninos en cuanto a la opción por el retiro anticipado.
- Cuestión de inconstitucionalidad sobre el régimen del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (STC 142/1990), equiparando a los viudos con respecto a las prestaciones que tenían reconocidas las viudas.
- Cuestión de inconstitucionalidad sobre la regulación jurídica de las pensiones de orfandad (STC 3/1983), declarando anticonstitucional que ellas vengán reconocidas únicamente a hijas o hermanas.

Otras sentencias en el mismo sentido han servido para que el Tribunal Constitucional pusiera de relieve el cometido del art. 14 CE, implicando la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer, siendo inconstitucional la diferenciación normativa basada en dicho criterio. Además, desde la perspectiva del art. 9.2 CE, de promoción de las condiciones de igualdad, no se considera discriminatorio que, a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten ciertas medidas de acción positiva en favor de la mujer (posteriormente analizaremos esta jurisprudencia). La desigual situación de partida que padece la mujer, que puede ser corregida mediante este tipo singular de medidas, también puede rectificarse, como ha señalado la STC 28/1992, mediante la eliminación de normas aparentemente protectoras del trabajo femenino que puedan suponer en sí mismas una barrera al acceso real de la mujer al mundo del trabajo, en igualdad de condiciones con los varones. El Tribunal Constitucional, aprecia muy correctamente en varias de sus sentencias, que la finalidad de la legislación protectora basada en criterios de diferenciación del sexo, resulta perturbadora para lograr una igualdad efectiva entre mujeres y hombres, puesto que el privilegio instituido en favor de las mujeres se revela como una forma encubierta de discriminación que se vuelve contra ellas.

## *a2) Equiparación de las mujeres a los hombres*

Las mujeres, a su vez, también han reclamado la igualdad tratando de eliminar el peso de la tradición que, como el propio Tribunal Constitucional ha afirmado, bajo el tapiz de la protección encubría una concepción de inferioridad de las mismas. El Tribunal Constitucional obliga a examinar la legislación protectora y la relación entre esta legislación nacional y la internacional, de acuerdo con la realidad actual, para evitar que se encubra una consideración de inferioridad social femenina.

En este sentido cabe destacar:

- Caso reglamentación de trabajo de la Telefónica (STC 7/1983) que obligaba a las mujeres a quedar en situación de excedencia forzosa cuando contraían matrimonio. El Tribunal Constitucional consideró discriminatoria esta regulación.
- Caso de la reincorporación al servicio activo de los médicos (STC 241/1988) que impedía el reingreso de las mujeres que no se hubieran constituido en “cabeza de familia”. El TC consideró inadmisibles los postulados subyacentes en tal concepción, argumentando tanto en el principio de igualdad del art. 14 CE como en la legislación de la Comunidad Económica Europea.
- Caso de las limpiadoras hospitalarias (STC 145/1991) sometidas a discriminación indirecta al otorgárseles la categoría profesional de “limpiadoras” con salarios inferiores a la categoría profesional de “peones”, siendo que los hombres y mujeres que realizaban exactamente un mismo trabajo, se les daban categorías profesionales distintas como justificadoras de diferencias salariales. El Tribunal Constitucional aplica, entre sus argumentos, el concepto de “discriminación indirecta” que ha sido acuñado por el derecho y la jurisprudencia comunitarios, como base para otorgar el amparo y considerar violación de la igualdad la existencia de tal discriminación. También en la STC 198/1996 se recoge el concepto de discriminación indirecta.
- Caso de la Academia General del Aire (STC 216/1991) en el que el Tribunal Constitucional otorga el amparo a una mujer reconociendo su derecho a no ser discriminada en el acceso a tal Academia.
- Caso de las trabajadoras en las minas (STC 229/1992), por el que el Tribunal Constitucional considera discriminatoria la negativa a reconocer derecho a ocupar en igualdad con los trabajadores varones una plaza de ayudante minero, pese a haber superado las correspondientes pruebas de admisión.
- Caso Galletas Fontaneda (STC 286/1994), aplicando nuevamente la doctrina de las discriminaciones indirectas para otorgar el amparo a las trabajadoras que reclamaban igualdad salarial con sus compañeros varones que realizaban trabajos de igual valor.
- Caso de las discriminaciones “sospechosas” (STC de 16 de octubre de 1995) en el que el Tribunal Constitucional considera vulneración de la igualdad la diferen-



cia salarial basada en consideraciones de empleo de menor fuerza física, que originaban un salario menor en mujeres que realizaban el mismo trabajo que sus compañeros varones.

Asimismo es importante la diferenciación que establece el Tribunal Constitucional entre legalidad y constitucionalidad, considerando que solamente la perspectiva constitucional permite enmarcar adecuadamente el ámbito de los derechos. Así, en la STC 136/96, de 23 de julio, afirma que al detenerse los órganos judiciales en el plano de la legalidad, no enjuiciaron la conducta de la trabajadora desde la perspectiva del derecho fundamental invocado. Además, en otras sentencias, el Tribunal Constitucional distingue la acción del legislador de la acción del ejecutivo, considerando que cuando se trate de discernir la constitucionalidad de una norma reglamentaria, el juicio sobre la licitud constitucional de las diferencias establecidas por una norma reglamentaria requiere, al ser los reglamentos normas de ejecución de leyes, un juicio de legalidad (SSTC 209/1987, 78/1990, 4/1991 y 69/1992).

Y, desde otra perspectiva, también las mujeres se han visto obligadas a defender su derecho al trabajo al ser privadas del mismo por su condición de embarazadas (S.T.S. Andalucía, de 2 de febrero de 1996); su derecho a no ser discriminadas en la sucesión de títulos nobiliarios (S.T.S. 96/1996, de 13 de febrero); o a rechazar la aplicación de una ordenanza sobre moralidad de costumbres que negaba, en la licencia concedida para la explotación de un bar, el empleo de personal femenino para el servicio del público (S.T.S. de 16 de febrero de 1982). Hay que señalar en este punto que la jurisprudencia igualatoria que había consolidado el Tribunal Supremo con relación a la sucesión en los títulos nobiliarios, considerando que las disposiciones constitucionales sobre igualdad y no discriminación no permitían la preferencia del hombre sobre la mujer, ha sido rota por el Tribunal Constitucional en la STC 126/1997, declarando vigente el derecho histórico que discriminaba a las mujeres pese a su expresa oposición con la Constitución, introduciendo así un discutible precedente que, de consolidarse, rompería con el equilibrio trabajosamente conseguido por la jurisprudencia igualatoria que hasta tal sentencia se había consolidado <sup>(6)</sup>.

### ***b) Jurisprudencia de la desigualdad justificada***

El intento por llevar a la práctica el mandato constitucional del art. 9.2 CE constituye la base de la jurisprudencia que justifica la desigualdad de trato o lo que se ha llamado acción positiva. Como el propio Tribunal Constitucional manifiesta “la actua-

---

<sup>(6)</sup> En este punto hay que señalar que la Comisión Europea de Derechos Humanos ha admitido a trámite una demanda contra España en la que se argumenta que resolución discriminatoria emitida por el Tribunal Constitucional constituye una violación del art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La decisión de la Comisión y, eventualmente, la sentencia que en su caso dicte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resultan de excepcional importancia en este supuesto.

ción de los poderes públicos para remediar, así, la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo (y, cabe afirmar, en la inmensa mayoría de las veces, por la condición femenina) y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aún cuando establezca para ellas un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas” (STC 128/1987).

Así como en las anteriores consideraciones hemos puesto de relieve la discriminación que el papel consignado a la mujer supone para el disfrute de los derechos, en esta ocasión el Tribunal Constitucional valora como necesaria la intervención de los poderes públicos para favorecer la integración de la mujer en el Estado social y democrático de Derecho, reconociendo implícitamente que la función social de las mujeres no puede modificarse sin un impulso (acción) político que como hemos dicho viene fijado en el art. 9.2 de nuestra Constitución. Es por ello que estas sentencias introducen valoraciones de carácter sociológico o histórico que deben ser superadas si se pretende que las mujeres alcancen la igualdad.

En este orden de consideraciones hemos de destacar también que tales medidas de acción positiva, o promotoras de la igualdad, pueden tener un carácter coyuntural cuando se trata de superar discriminaciones históricas o, por el contrario, han de ser entendidas como medidas a tomar en forma permanente, cuando su adopción viene justificada por razones intrínsecas fundamentalmente de origen biológico. El examen de las sentencias del Tribunal Constitucional fundamenta esta doble vertiente de las medidas de acción positiva. En tal sentido, destacaremos las siguientes:

- Caso del “plus” de guardería (STC 128/1987) en el que el Tribunal Constitucional considera que mientras perdure la realidad social consistente en la mayor dificultad que tienen las mujeres, por razón del cuidado de sus hijos pequeños, para incorporarse al trabajo o permanecer en él, no puede considerarse discriminatoria una medida tomada para paliar la discriminación sufrida por ese conjunto social. La consideración que la diferencia de trato viene originada por la desigual posición del colectivo de hombres y de mujeres con relación al cuidado de los hijos pequeños, fundamenta la decisión del Tribunal para considerarla razonable.
- Caso despido de una embarazada (STC 166/1988), que considera discriminación por razón de sexo el despido de una trabajadora en estado de gravidez cuando la empresa no justificó más que en su voluntad resolutoria la extinción del contrato de trabajo. También se aborda esta cuestión en las STC 224/1992, 109/1993 y 137/1994.
- Caso baremo regulador de las prestaciones por jubilación anticipada (STC 19/1989) en el que el Tribunal Constitucional constata que la diferencia de trato (menor edad exigida a la mujer que al varón) no tenía por objeto colocar al traba-

jador varón en peores condiciones al momento de su jubilación, sino más bien compensar de algún modo la situación de inferioridad que, laboral y socialmente, venía padeciendo el personal femenino. Por otra parte, según consta en la sentencia, la diferencia que mantiene dicha regla transitoria no tiene otro objeto que evitar que el personal femenino que comenzó a trabajar con anterioridad a la nueva regulación, quede perjudicado por el nuevo sistema.

- Caso “plus” de transporte nocturno (STC 28/1992) en el que el Tribunal Constitucional no considera discriminatoria su atribución a las mujeres argumentando que “son constitucionalmente legítimas aquellas medidas que tienen a compensar una desigualdad real de partida”. Además, para el TC, “la prohibición de discriminación por razón de sexo admite la existencia de medidas singulares en favor de la mujer, que traten de corregir una situación desigual de partida, como son las medidas de acción positivas o similares, pero, al mismo tiempo, exige la eliminación, en principio, de las normas protectoras del trabajo femenino, y que pueden suponer en sí mismas un obstáculo para el acceso real de la mujer al empleo en igualdad de condiciones de trabajo con los varones”.
- Caso de no renovación de contrato temporal a mujer embarazada (STC 173/1994), donde el Tribunal Constitucional afirma que “la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para el sujeto que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia en él de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, por su carácter atentatorio a la dignidad humana”. Esta argumentación constituye el núcleo principal de la decisión del TC de otorgar el amparo.
- Caso reducción de horario por lactancia (STC 109/1993). En esta sentencia el TC no considera discriminatorio que tal reducción horaria se aplique únicamente a las mujeres argumentando que “la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección” que origina que las ventajas que por ello puedan ser otorgadas a la mujer no puedan considerarse discriminatorias hacia el hombre. Además, el TC tiene también en cuenta que tal medida tiene por objeto concreto el hacer compatible para la mujer su trabajo y el cuidado de su hijo recién nacido.

Como puede fácilmente apreciarse, para el Tribunal Constitucional, las acciones positivas, las medidas favorecedoras de la igualdad real entre hombre y mujeres son plenamente compatibles con la Constitución. Y aún más, constituyen una innegable exigencia del mandato constitucional contenido en el art. 9.2 CE en el marco del Estado social y democrático de Derecho. El Tribunal Constitucional, además de consolidar la necesaria igualdad de trato entre mujeres y hombre, equiparando al colectivo discriminado, ha construido toda una jurisprudencia en torno a las medidas de acción positiva, admitiendo la diferencia de trato favorable a las mujeres cuando ello viene justificado ya sea por la necesidad de compensar discriminaciones preexistentes o, también, por la existencia real de factores biológicos, derivados esencialmente de las cir-

cunstances que rodean la maternidad, hoy por hoy exclusivas de las mujeres. Hay que resaltar al respecto que, cuando el Tribunal Constitucional pretende reparar desequilibrios históricos, precisa que las medidas que se adopten al respecto han de tener necesariamente una vigencia transitoria y que, en consecuencia, deben cesar cuando se logre la eliminación de la discriminación que las justificaba. Por el contrario, hay que entender que si las medidas en favor de las mujeres están originadas en factores biológicos exclusivos de este colectivo, necesariamente han de tener carácter permanente puesto que, de otro modo, su inexistencia derivaría en la consolidación de situaciones de discriminación incompatibles con las exigencias de la dignidad humana.

## **II. LA IGUALDAD Y EL TRATADO DE AMSTERDAM**

La elaboración del Tratado de Amsterdam ha introducido a la “Europa de los ciudadanos” en el centro del debate sobre qué significa ser ciudadano en Europa. Ya el Tratado de Maastrich había creado una ciudadanía europea (art. 8.1 TUE) y había dotado a los ciudadanos europeos de una serie de derechos, entre los cuales cabría destacar el de poder votar y ser elegidos en las elecciones locales en todos los Estados miembros (art. 8.A, B. C y D del TUE).

En el Tratado de Amsterdam la ciudadanía consolida sus derechos al propio tiempo que se reconocen los derechos fundamentales a toda persona tal como se garantizan en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (art. F en conexión con el art. L reformado), y se incorporan los derechos económicos y sociales del Protocolo sobre la Política social al texto del Tratado (nuevos artículos 117, 118 y 119 del TUE reformado). La igualdad entre hombres y mujeres se configura en el texto de Amsterdam como misión de la Comunidad, es decir, como principio jurídico transversal del nuevo Tratado que ha de tener también su reflejo en la puesta en marcha de estas otras políticas comunitarias, como prohibición de toda discriminación por razón de sexo u orientación sexual, si bien posibilitando la adopción fundamentada de medidas de acción positiva y convirtiéndose en un elemento estructural de la política social de la Unión Europea y de los Estados miembros, tanto en el terreno de las relaciones de trabajo como en otros aspectos de la vida político-social que permitirá incluso el establecimiento de medidas que permitan asegurar la representación equilibrada de hombres y mujeres en todos los niveles de toma de decisión.

### **1. Los Derechos Humanos en la Unión Europea**

Hasta el Tratado para la Unión Europea, en el ámbito de las Comunidades Europeas no existía catálogo alguno de derechos fundamentales que obligara a que los órganos comunitarios no pudieran elaborar normas contrarias a los mismos. El Tratado para la Unión Europea reconoce en su artículo F, apartado 2, que “La Unión respeta los derechos fundamentales, tal como están garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal como resultan

de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios del Derecho Comunitario”.

La inclusión de este artículo en el TUE ha tenido una enorme significación: Por una parte, la Unión Europea, es decir, todas sus instituciones, el Parlamento, la Comisión, el Consejo... quedan vinculados a respetar unos derechos mínimos que están predefinidos en el Convenio de 1950 del Consejo de Europa y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Estos derechos, no son los derechos de contenido económico o que están destinados a proteger las finalidades económicas de la Unión, como es el caso de la libre circulación, el derecho de establecimiento o la igualdad de remuneraciones entre trabajadores masculinos y femeninos, son los derechos intrínsecos a la democracia, sin cuyo respeto y protección la esencia de la dignidad humana queda puesta en entredicho. El derecho a la vida, a la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, la libertad ideológica, la libre expresión e información, los derechos “clásicos” de libertad por un lado; el derecho a la educación, la protección de la salud, la protección de la vida familiar, los derechos que precisan de una acción de los poderes públicos para organizar su puesta en práctica por otro; y todo ello en condiciones de igualdad, sin que puedan efectuarse discriminación alguna por razón de raza, sexo u otra condición política, ideológica, económica o social. Todos estos derechos, incluidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en los sistemas constitucionales de los Estados miembros de la Unión van a obtener un progresivo reconocimiento y protección en el ámbito comunitario<sup>(7)</sup>.

Sin embargo, el Tratado para la Unión Europea no dio una respuesta jurídica convincente en relación con la eficacia de los derechos fundamentales en el seno de la Unión. Por una parte porque los derechos fundamentales fueron reconocidos como principios generales del Derecho Comunitario, es cierto, pero su eficacia no quedaba garantizada con esta declaración y, además, el artículo L del TUE impedía que el Tribunal de Justicia pudiera controlar las violaciones de derechos. Por otra parte, porque los derechos de contenido económico-social no fueron incluidos en el Tratado para la

---

(7) Hay que resaltar la enorme importancia que tiene el art. F del TUE. Por una parte, por todo lo que aquí se expone acerca de la significación que tiene el hecho de que la Unión Europea esté vinculada al respeto de los derechos humanos. Pero, por otra, y ésta es jurídicamente muy relevante, el art. F TUE establece la intercomunicación entre tres sistemas jurídicos: el Derecho Comunitario de la Unión Europea, el sistema derivado del Convenio de Roma de 1950 en el marco del Consejo de Europa y, en tercer lugar, el sistema regulador de los derechos fundamentales en cada uno de los estados miembros de la Unión, los cuales, a su vez, y con carácter previo, han firmado el Convenio del Consejo de Europa. La Unión y los estados se vinculan a los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y éste, interpretado por el Tribunal de Estrasburgo, se convierte en el eje fundamental del nivel mínimo de derechos fundamentales que han de ser garantizados tanto por la Unión Europea como por cada uno de sus estados miembros. A partir de esta triple interconexión se está produciendo una verdadera armonización de los sistemas de derechos en el marco del proceso de integración europea.

Unión Europea sino en el denominado Protocolo sobre la política social que, como todos sabemos ni tan siquiera fue firmado por todos los Estados de la Unión, ya que el Reino Unido protagonizó una férrea oposición a reconocer estos derechos. El Tratado para la Unión Europea constituyó un gran paso adelante, pero también presentó grandes déficits en cuanto que los ciudadanos europeos no pudieron ver todavía reconocidos en el ámbito de la Unión todos los derechos necesarios para el libre desarrollo de su personalidad y las exigencias derivadas del necesario progreso económico y social que constituye una finalidades más importantes de la Unión.

Hay que señalar, sin embargo, que la Unión Europea no ha permanecido ajena al respeto y la protección de los derechos fundamentales. La acción protectora del Tribunal de Justicia, aún cuando no se encontraba expresamente habilitado por las normas comunitarias para ello, ha sido decisiva. Y precisamente, en la cumbre de Amsterdam, la función de protección emprendida por este Tribunal ha encontrado su reconocimiento, ya que el nuevo Tratado sitúa los derechos fundamentales bajo su ámbito de control (nuevo art. L del TUE). Paralelamente, se han reforzado los derechos de consumidores y usuarios (nuevo art. 129 A del TUE) y se ha instaurado el derecho de acceso a los documentos de los principales órganos de la Unión (art. 191 A del TUE y otros concordantes). Todo esto, sin que queramos con ello afirmar que ya hemos alcanzado los objetivos de democracia y legitimidad que hemos de continuar reivindicando en el proceso de integración europea, constituye un gran paso adelante en la consolidación de la nueva Europa.

El Tratado de Amsterdam también es muy claro y preciso prohibiendo cualquier forma de discriminación por razón de raza y origen étnico, religión o creencias, minusvalías, edad o cualquier otra condición personal o social (art. 6 A) y se prevén disposiciones especiales para la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia, al mismo tiempo que se incorporan disposiciones especiales en relación con la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y los delitos contra los niños (art. K.1). Del mismo modo en el Tratado se dispone que si el Consejo constata la existencia de una violación grave y continuada de los derechos humanos por parte de un Estado miembro, éste puede ser sancionado con la suspensión de algunos de sus derechos, incluyendo hasta el derecho al voto (art. F.D. Y no podemos dejar de resaltar que, desde la perspectiva de los derechos humanos, la igualdad entre hombres y mujeres constituye también un auténtico derecho y que la prohibición de discriminación no alcanza sólo a aquélla que está originada por el género.

## **2. La igualdad entre hombres y mujeres en el Tratado de Amsterdam**

### **A) *Antecedentes en las normas de Derecho Comunitario***

Hasta el Tratado de Amsterdam, en el Derecho Comunitario, la única referencia a la igualdad entre hombres y mujeres que se reconocía a nivel de tratado, era la igualdad salarial, regulada en el art. 119 del Tratado CEE como principio de igualdad de remuneración entre trabajadores masculinos y femeninos por un mismo trabajo.

Esta regulación, no obstante su concreción en torno la simple igualdad de remuneraciones, ha resultado ser la norma de cobertura de todo un despliegue de normas de Derecho Comunitario derivado, de sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades y de Planes de Acción comunitarios, a favor de la igualdad, ya sea en las condiciones del trabajo, en materia de seguridad social, respecto de las acciones positivas a favor de las mujeres, de la igualdad en la educación e, incluso, de la participación equilibrada de hombres y mujeres en la toma de decisión y de la promoción de la igualdad de oportunidades con relación en la participación en los Fondos estructurales europeos. Señalaremos las normas más importantes:

- Directiva del Consejo (75/117/CEE) del 10 de febrero de 1975, relativa al acercamiento de las legislaciones de los estados miembros en lo que concierne a la aplicación del principio de igualdad de remuneraciones entre los trabajadores masculinos y femeninos.
- Directiva del Consejo (76/207/CEE) del 9 de febrero de 1976, relativa a la concretización del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que concierne al acceso al trabajo, la formación y promoción profesionales y las condiciones de trabajo.
- Directiva del Consejo (79/7/CEE) del 19 de diciembre de 1978, relativa a la progresiva realización del principio de igualdad de trato entre los hombres y las mujeres y materia de seguridad social.
- Recomendación del Consejo (84/635/CEE) del 13 de febrero de 1984, sobre las acciones positivas en favor de las mujeres.
- Resolución del Consejo (85/C166/01) del 3 de junio de 1985, estableciendo un programa de acción sobre la igualdad de oportunidades de las niñas y los niños en materia de educación.
- Directiva del Consejo (86/378/CEE) del 24 de julio de 1986, también para asegurar la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.
- Directiva del Consejo (89/391/CEE) del 19 de octubre de 1992, relativa a la instauración de medidas destinadas a promover la mejora de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas y la protección de la maternidad.
- Resolución del Parlamento Europeo (A3-0035/94) del 11 de febrero de 1994, sobre la participación de las mujeres en los órganos de decisión.
- Resolución del Consejo (186/C/CEE) del 27 de marzo de 1995, relativa a la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en la toma de decisión.
- Resolución del Consejo (96/C386/01) del 2 de diciembre de 1996, sobre la integración del principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en los Fondos estructurales europeos.

Del conjunto de esta normativa hay que resaltar que prácticamente todas las regulaciones sobre igualdad se encuentran en normas de derecho derivado que, desde la

perspectiva comunitaria, desarrollan un único precepto del Tratado CEE, el art. 119, cubriendo un espectro de situaciones materiales que exceden en mucho el ámbito originario del texto del tratado. De la igualdad salarial de los primeros años, hemos pasado a cubrir opciones tales como la igualdad en la toma de posición o en el acceso a los Fondos estructurales.

También hay que señalar que prácticamente todos los Planes de Acción en materia de igualdad de oportunidades también encontraban su cobertura en el art. 119 del Tratado CEE. Y no eran unos Planes de Acción retóricos o simplemente programáticos sino que comprendían diversas políticas transversales de las Comunidades primero y de la Unión después, al mismo tiempo que ocupaban una parte significativa del Presupuesto comunitario.

En la cumbre de Amsterdam, la normativa comunitaria a favor de la igualdad va a encontrar su máxima expresión en la introducción de diversos artículos que supondrán la elevación a nivel de Tratado lo que hasta el momento se había regulado a través del derecho derivado, originando así una nueva y significativa posición de la igualdad en el seno de la Unión Europea. Pero, antes de entrar a examinar estas cuestiones, es necesario señalar la importancia que también ha tenido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en relación con la igualdad.

### ***B) Las sentencias del Tribunal de Justicia sobre la igualdad, la no discriminación y las medidas de acción positiva***

El art. 119 del Tratado CEE, estableciendo la igualdad de remuneraciones entre trabajadores masculinos y femeninos también ha recibido una jurisprudencia extensiva, actuando como norma de cobertura de rango superior, por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades, el cual ha abordado diversas manifestaciones del mismo a lo largo de más de un centenar de sentencias. Del mismo modo que con relación a las normas de derecho comunitario derivado desarrollando el principio de igualdad de remuneraciones, el Tribunal de Justicia ha ampliado significativamente el ámbito del art. 119 del Tratado CEE en sus sentencias. De entre ellas destacaremos:

- En aplicación de la igualdad de remuneraciones entre mujeres y hombres por un mismo trabajo: *Affaire C-399/1992* y otros acumulados; *Affaire Stad Lengerich et d'autres c/. Angélica Helmig et d'autres*. A destacar el primero de todos ellos *Affaire Barber, C-262/88, Doublas Harvey Barber c/. Guardián Royal Exchange Assurance Groups*.
- Protegiendo el embarazo y considerando que el despido de una mujer embarazada alegando ausencias repetidas originadas por enfermedad, es contrario al derecho comunitario (*Affaire C-394/1 996, Mary Brown c/. Rentokil*). La protección de las mujeres embarazadas origina también que los períodos de tiempo en que se esté de baja por causa del embarazo, de enfermedad en el curso de un embarazo y como consecuencia del permiso por maternidad, tengan que contabilizarse a los



efectos de calcular las ayudas o pensiones (*Affaire C-411/96, Margaret Boyie e.a. c/. Equal Opportunities Commission*).

- Sobre la igualdad de trato con relación a las pensiones de jubilación: *Affaire C-7/1993; Bertuut van jet Algemeen burgerlijk pensioenfonds el G.A. Beune y Affaire Wolfs c/.Office National des pensions de Belgique*.
- Interpretando la igualdad de trato en relación con la libertad de circulación y la subsiguiente prohibición de discriminación: Ampliando la cobertura del derecho comunitario a los padres del trabajador migrante (*Affaire 256/86, M. Frascogna c/. Caisse des Dépôts et consignations*); aplicando las ventajas sociales al cónyuge no casado de un trabajador de un Estado miembro en otro Estado miembro (*Affaire 59/85, Pays Bas c/. An Florence Redd*); para aplicar la baja por maternidad a una madre residente en Luxemburgo en las mismas condiciones de igualdad que a los ciudadanos luxemburgueses (*Affaire C-111/91, Comission c/. Luxembourg*).
- Definiendo el concepto de discriminación indirecta: El Tribunal de Justicia declara inaplicable la discriminación indirecta contenida en un convenio colectivo en el que se argumentaba sobre la duración de la jornada de trabajo para determinar la promoción profesional, puesto que se advirtió que muy pocas mujeres tenían una jornada normal ya que para la mayor parte de ellas la jornada oscilaba entre la mitad y las tres cuartas partes (*Affaire C-184/89, H. Nimz c/. Freie und Hansestad Hamburg*). En otro caso, el Tribunal de Justicia considera discriminatorias las diferencias que no pueden explicarse por factores objetivamente justificados y únicamente se entienden, pese a no explicitarlo expresamente, como consecuencia de una discriminación basada en el sexo (*Affaire C-399/1992, Stad Lengerich et autres c/. Angelika Helmig et autres*). El Tribunal de Justicia también ha considerado como discriminación indirecta la regulación que se había realizado en el land de Bremen sobre la promoción profesional de empleadas públicas que trabajaban a tiempo parcial (*Affaire C-100/1995. Brigiyye Kording c/. Senator für Finanzen*).
- Considerando que el acceso al empleo, a la remuneración, las condiciones del trabajo, la protección social, la educación o la formación y la promoción profesionales, se manifiestan como integrantes del principio de igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres (por todas, puesto que son docenas, las sentencias siguientes: *Affaire 32/1993, Carole Louise Webb c/. EMO Air Cargo; Affaire C-13/1993, Onem c/. Madeleine Minne; Affaire C-345/89, Ministère Public c/. A. Stoeckel; Affaire 237/85, Rummier c/. Dato-Druckk; Affaire 222/84, Johnston c/. Chiel constable of the royal vester constabulay*).
- Abordando directamente las acciones positivas en favor de las mujeres: En materia de igualdad de trato, acciones positivas y no discriminación, las Comunidades primero y la Unión posteriormente, el *Affaire Kalanke C-40/1993*, y el

Affaire Marschall C-409/95, ambos en Decisión prejudicial sobre la interpretación de los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. En el asunto Kalanke se rechazaron las medidas de acción de positiva del Land de Bremen mientras que en el asunto Marschall, por el contrario, se consideran conformes a la Directiva precitada las acciones positivas previstas en la legislación del Land de Nordrhein-Westfalen. Precisamente para evitar la consolidación de una jurisprudencia restrictiva como la del caso Kalanke, en el Tratado de Amsterdam se ha incorporado el apartado 4 en el art. 119 en favor de las acciones positivas.

La cuestión de las acciones positivas ha constituido el punto más conocido del debate existente en torno a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de igualdad entre hombres y mujeres, en concreto respecto de si el Derecho Comunitario permite que se rompa el principio de igualdad de trato cuando, para alcanzar la igualdad real, se otorguen determinadas ventajas con la intención de conseguir una representación más equilibrada entre hombres y mujeres en relación con la promoción profesional. La polémica se centró en el Affaire Kalanke y en el Affaire Marschall, por la distinta apreciación que sobre el caso concreto efectuó el Tribunal de Justicia aunque, de hecho, los criterios de interpretación general que el Tribunal había utilizado eran los mismos en ambos casos. En efecto, el Tribunal de Justicia tenía ya sentada una jurisprudencia sobre el principio de igualdad de trato que se basaba en los siguientes puntos:

- El principio general es el de igualdad de trato, principio que, por su propia naturaleza, no puede tener carácter absoluto y, en consecuencia, puede admitir la existencia del trato distinto siempre que esté justificado en criterios de objetividad y proporcionalidad.
- Las excepciones al principio de igualdad de trato, por constituir una excepción, no pueden ser interpretadas extensivamente sino en sentido restrictivo.

Cuando el Tribunal de Justicia aplicó estos criterios a las acciones positivas, incluso en el controvertido Affaire Kalanke, consideró que las medidas de acción positiva constituyen una excepción al principio general de trato igual que, consiguientemente, deben justificarse con criterios de objetividad y proporcionalidad y ser aplicadas estrictamente al caso concreto. En el Affaire Marschall se consolidó la interpretación favorable a tales medidas pero, ante la falta de soporte explícito en los Tratados comunitarios, en Amsterdam se acordó incluir también en la reforma del TUE un artículo posibilitando estas medidas de acción positiva como medidas que, pese a otorgar un trato diferente, no podían ser consideradas como discriminatorias ni vulneradoras del derecho a la igualdad.

**C) *La igualdad, la no discriminación y las medidas de acción positiva en el Tratado de Amsterdam***

La introducción de la igualdad como una de las misiones fundamentales de la Unión Europea y la regulación que la igualdad entre hombres y mujeres adopta en diversos artículos del Tratado de Amsterdam constituye un hito fundamental en la nueva Europa. En concreto, el nuevo Tratado introduce la igualdad entre hombres y mujeres desde distintas dimensiones, a tenor de lo que disponen los siguientes artículos:

\* Art. 2: La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una Unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes... la igualdad entre el hombre y la mujer...

\* Art. 3.1: Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previsto en el presente Tratado: (se enuncian las distintas políticas comunitarias).

2. En todas las actividades descritas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad.

\* Art. 6 A: Sin perjuicio de las otras disposiciones del presente tratado y dentro de los límites de las competencias que éste confiere a la Comunidad, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

\* Art. 118: Para la consecución de los objetivos del artículo 117 (eficacia de los derechos sociales, lucha contra el desempleo, etc.), la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos:

La igualdad entre los hombres y las mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y el trato en el trabajo.

\* Art. 119: 1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de remuneración entre trabajadores masculinos y trabajadores femeninos para un mismo trabajo o para un trabajo del mismo valor.

2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, implica:

a) que la retribución acordada para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;

b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.

4. Con el objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

Hasta Amsterdam, ya lo hemos indicado, la igualdad únicamente se contemplaba en los tratados comunitarios desde la perspectiva de la igualdad salarial, y de esta exigua regulación se ha pasado a reconocer la igualdad como una misión de la Comunidad. Pero, cuando entre en vigor el Tratado de Amsterdam, la propia Unión podrá luchar contra cualquier forma de discriminación, ya sea por razón de sexo, de raza u origen étnico, religión o creencias, minusvalías, edad u orientación sexual. Al mismo tiempo, en ámbito de la política social, en la consecución de un empleo de calidad, en la actividad profesional, el Tratado de Amsterdam introduce disposiciones concretas en favor de la igualdad, comprendiendo acciones positivas sobre el sexo subrepresentado.

No obstante ello, la igualdad quiebra absolutamente con relación a determinados colectivos: los emigrantes de terceros países, afectando esta discriminación especialmente al colectivo de mujeres emigrantes y ello en directa proporción con su grado de pobreza. Pese a la progresiva supresión de los controles entre fronteras, pese al establecimiento progresivo de una zona de libertad, seguridad y justicia en todo el territorio de la Unión, el Tratado de Amsterdam define una política europea común de controles y permisos para entrar y salir de las fronteras comunitarias, especialmente en lo que se refiere al derecho de asilo y a los problemas de inmigración, que puede conducir a la quiebra más absoluta de los principios de igualdad y solidaridad que deben presidir las relaciones entre los pueblos.

Si a ello añadimos que la mayor parte de los derechos que en los tratados comunitarios se reconocen, salvo aquéllos incluidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos que los Estados deben garantizar a toda persona que se encuentre en su territorio, están vinculados a la exigencia de poseer la nacionalidad de alguno de los Estados miembros de la Unión, constataremos que los grados de legitimidad que Europa va consolidando por un lado, pueden perderse enteramente por otro al excluir de los avances que se están consiguiendo en los puntos que hasta ahora hemos estado exponiendo a los colectivos de emigrantes que, huyendo de las exiguas condiciones de vida de sus países de origen, viven y trabajan en Europa y pagan sus impuestos en los Estados integrantes de esa Europa que les excluye. Y no podemos dejar de constatar que tal situación de marginalidad incide con mayor fuerza y presenta caracteres más dramáticos cuando se trata de mujeres emigrantes y pobres.

### **3. Los efectos de la nueva configuración de la igualdad entre hombres y mujeres**

La nueva configuración que adopta la igualdad entre hombres y mujeres, comprendiendo sus varias manifestaciones, a partir de la aprobación del Tratado de Amsterdam presenta, insistimos en ello, una nueva dimensión jurídica, acompañada de garantías jurisdiccionales, que va a originar que tanto las instituciones de la Unión Europea y de los Estados miembros de la misma, tengan que tenerla presente en la elaboración de sus normas, en la definición de sus políticas y en la aplicación judicial de sus ordenamientos.

#### ***A) La nueva posición de la igualdad en el sistema jurídico de la Unión Europea***

Como hemos señalado repetidamente, hasta el Tratado de Amsterdam la única referencia a la igualdad entre hombres y mujeres que se reconocía a nivel de tratado era la igualdad salarial del art. 119 del Tratado CEE, con las consecuencias jurídicas que su posición concreta en el Tratado originaba. Sin embargo, en el Tratado de Amsterdam, la igualdad cobra una dimensión jurídica distinta, tanto por su contenido materialmente complejo (igualdad, no discriminación, acciones positivas) como por la singularidad de su inserción en distintas partes del Tratado dotadas cada una de ellas de una significación jurídica propia.

Desde esta perspectiva es necesario constatar, de entrada, que la introducción de las distintas manifestaciones de la igualdad en el Tratado es de una extraordinaria importancia jurídica. La igualdad entre los hombres y mujeres se regula ahora en un Tratado, en una norma jurídica comunitaria originaria, de una posición jurídica superior a las normas comunitarias de derecho derivado (reglamentos, directivas, resoluciones, etc.) que hasta el momento presente regulan las distintas situaciones de hecho en que se proyecta la igualdad y, por consiguiente, como consecuencia de la nueva regulación, todos los componentes de la igualdad tienen que ser respetados y se tienen que proyectar en todas las demás normas de la Unión Europea. La jerarquía existente entre las normas comunitarias comporta que el derecho comunitario derivado no pueda ser contrario a las disposiciones de los Tratados y, en consecuencia, todo el derecho comunitario de rango inferior al Tratado de Amsterdam que pueda ser contrario a la regulación que en éste se efectúa acerca de la igualdad entre hombres y mujeres deberá considerarse derogado por la nueva regulación o reinterpretado a la luz de las disposiciones del nuevo Tratado. Y como consecuencia de ello, todos los órganos de la Unión Europea, por una parte, y todos los poderes públicos de los Estados miembros por otra, están vinculados a lo que se aprobó en la cumbre de Amsterdam.

La igualdad entre hombres y mujeres, desde otro orden de consideraciones, presenta en el Tratado de Amsterdam dimensiones distintas y, a su vez, complementarias. Cuando el nuevo Tratado entre en vigor la igualdad deberá ser apreciada desde una perspectiva compleja:

**a) *Como finalidad interna de la acción global de la Unión Europea***

En efecto, el Tratado de Amsterdam obliga a las instituciones comunitarias a partir de la consideración de la igualdad como:

- Una misión de la Comunidad (art. 2 del TUE reformado).
- Un objetivo que la Comunidad deberá fijarse en la ejecución de todas sus políticas (art. 3 del TUE reformado).
- Una obligación de adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo y, entre otros, de orientación sexual<sup>(8)</sup> (art. 6 A del TUE reformado).

**b) *Como elemento estructural de la política social de la Unión Europea y de los Estados miembros***

Ya hemos señalado que el Tratado de Amsterdam ha significado también un giro importante en la configuración de las políticas sociales. En el marco de la inclusión de los derechos del Acuerdo sobre la política social y económica en el seno del Tratado, la igualdad cobra también una nueva dimensión. Así, la igualdad entre hombres y mujeres constituye:

- Un complemento de la acción de los Estados miembros por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y el trato en el trabajo (art. 118 del Tratado CEE reformado).
- Una garantía más precisa para el principio de igualdad de remuneraciones al incluir, además de su aplicación para un mismo trabajo, la necesidad de su aplicación para un trabajo del mismo valor (art. 119.1 del Tratado CEE reformado).
- La posibilidad de que los Estados puedan mantener o adoptar medidas de acción positiva destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de sus actividades profesionales o para evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales (art. 119.4 del Tratado CEE reformado).

**c) *La nueva dimensión de la protección de la igualdad por el Tribunal de Justicia***

A partir de esta nueva configuración jurídica, los jueces del Tribunal de Justicia, por su parte, van a tener que aplicar las nuevas regulaciones sobre la igualdad en sus

---

<sup>(8)</sup> El nuevo tratamiento jurídico que recibe la orientación sexual en el Tratado de Amsterdam posiblemente va a originar cambios en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Este, en el *Affaire C-249/1996, Lisa Jacqueline Grant c/. South West Trains Ltd*, considera que no es contraria al Derecho Comunitario la negativa a acordar una reducción sobre la tarifa de los transportes a favor de la pareja del mismo sexo. La propia Unión Europea, en el comunicado de prensa emitido tras el pronunciamiento de la sentencia advierte que tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam la situación puede evolucionar.

sentencias, sin que puedan dictarlas en sentido contrario a lo dispuesto en el Tratado. Ya no van a estar condicionados por la regulación de la igualdad únicamente como igualdad de remuneraciones, sino que van a poder ampliar el ámbito de la eficacia jurídica de la igualdad entre hombres y mujeres al control de todo el derecho de la Unión y a su cumplimiento por parte de los Estados miembros. No va ya a ser posible una resolución, aunque constituya una sentencia aislada, como la emitida al Asunto Kalanke, negando las medidas de acción positiva en favor de las mujeres. La posición garantista que hemos visto ha venido manteniendo el Tribunal de Justicia a lo largo de su existencia se refuerza todavía más con las nuevas disposiciones del Tratado de Amsterdam.

De este modo, resulta sumamente importante resaltar que el Tribunal de Justicia, como órgano controlador de la eficacia de los Tratados comunitarios, deberá dictar sus sentencias teniendo en cuenta la nueva configuración jurídica de la igualdad entre hombres y mujeres prevista en el Tratado de Amsterdam, puesto que, como hemos visto, en éste, la igualdad, en dependencia del caso concreto de que se trate, podrá comprender diversas manifestaciones.

Las normas de derecho derivado (directivas, resoluciones, etc.) van a cobrar también una nueva dimensión interpretativa a partir de la entrada en vigor del nuevo Tratado, puesto que muchas de ellas van a tener una cobertura directa en los nuevos artículos incorporados en Amsterdam, dejando de tener como único referente normativo de rango superior al principio de igualdad de remuneraciones del antiguo art. 119 del Tratado CEE. Desde esta perspectiva, la acción del Tribunal de Justicia cobrará también un alcance significativamente diferente puesto que podrá interpretar la normativa ya vigente de acuerdos con nuevos parámetros. Así, la igualdad podrá entenderse como igualdad de trato, como prohibición de discriminaciones y como necesitada de adopción de medidas de acción positiva, comprendiendo incluso la promoción de las mujeres en los órganos o instituciones encargados de la toma de decisión.

#### ***d) Los efectos de la nueva configuración de la igualdad entre hombres y mujeres en las políticas de la Unión Europea***

La Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros, cada uno dentro del ámbito de sus propias competencias, tendrán también que desarrollar con nuevas normas las previsiones del Tratado de Amsterdam sobre la igualdad, que se añadirán a las ya existentes y no podrán realizar ninguna política comunitaria sin tener en cuenta lo que el Tratado dispone. Los órganos comunitarios tendrán que tener en cuenta que la igualdad constituye una misión, un objetivo transversal en todas las políticas que emprendan las Comunidades.

De este modo, la configuración de la igualdad como una política de la Unión va a poder ampliar el marco de los Programas de Acción plurianuales, tanto en sentido transversal, puesto que todos ellos, tengan el objetivo que tengan, deberán responder a las exigencias de igualdad previstas en el Tratado de Amsterdam, como puntualmente, es decir, justificando la adopción de medidas favorecedoras de la igualdad más profun-

das y eficaces en los programas que se propongan específicamente el avance en la igualdad entre hombres y mujeres. Ya no se va a poder argumentar, como se hizo para la reducir el presupuesto del IV Programa de acción para la igualdad de oportunidades, que la igualdad entre hombres y mujeres no tenía el rango jurídico suficiente para justificar la cuantía inicialmente presupuestada.

Pero, a medida que se vayan aplicando las disposiciones del nuevo Tratado, ¿va a ser más democrática la Unión Europea?, ¿los ciudadanos, estarán más protegidos en sus derechos y libertades fundamentales?, ¿qué sucederá en las fronteras exteriores de la Unión en aplicación de las normas reguladoras de las políticas migratorias?, ¿qué progresos tendrán lugar en el ámbito del empleo y de los derechos sociales?, ¿se avanzará realmente en la lucha contra las discriminaciones y las desigualdades que afectan a las mujeres?

La respuesta a estos interrogantes es compleja. Por una parte, no se puede negar que el Tratado de Amsterdam constituye un claro avance respecto de la situación anterior del derecho comunitario con relación a la mayor parte de los interrogantes que acabamos de plantear y, en especial, con relación a la igualdad entre los hombres y las mujeres. Pero, por otra parte, el reconocimiento que el Tratado de Amsterdam realiza sobre la igualdad y la no discriminación ha recibido fuertes críticas. Así, la regulación de las acciones positivas con carácter general, afectando a ambos sexos, es criticada desde posiciones feministas. La inclusión del sexo en la cláusula antidiscriminatoria relativa a diversas minorías ha sido también objeto de rechazo generalizado desde las organizaciones de mujeres. La no formulación de la igualdad entre mujeres y hombres como derecho fundamental en sentido estricto ha constituido también un punto débil en la reforma de Amsterdam. Ciertamente, por poner unos ejemplos, las propuestas de la Conferencia de las Comisiones parlamentarias encargadas de la política de igualdad de oportunidades en los Estados miembros y en el Parlamento europeo, o las del Lobby Europeo de Mujeres, eran mucho más ambiciosas que los resultados obtenidos. Pese a los avances, queda todavía buena parte del camino por recorrer para que la igualdad cobre toda su eficacia.

### ***B) La vinculación de los Estados de la Unión a la igualdad proclamada en Amsterdam***

Todas estas previsiones del Tratado de Amsterdam, cuando entren en vigor, tras el proceso de ratificaciones que acaba de comenzar (en cumplimiento del mandato constitucional del art. 93 CE, ha entrado ya en el Congreso de Diputados el Proyecto de Ley Orgánica autorizando la ratificación), van a suponer cambios importantes para el sistema jurídico de los Estados miembros de la Unión.

En efecto, el derecho comunitario, tanto el originario (los Tratados) como el derivado (los reglamentos, directivas, resoluciones, etc.), además de formar el núcleo jurídico de rango superior en el sistema normativo de la Unión, es derecho interno de los Estados miembros, que éstos tienen que aplicar directamente. Por una parte, las pro-



pias disposiciones del nuevo Tratado de Amsterdam surtirán sus efectos directos. Por otra parte, el Tratado, lógicamente va a obtener progresivamente desarrollo a través de otras normas de derecho derivado las cuales, ciertamente, también deberán ser derecho aplicable en los Estados miembros, ya sea directamente como en el caso de los reglamentos y resoluciones, ya indirectamente y previo desarrollo (salvo sentencia del Tribunal de Justicia dictando la aplicación directa) en el supuesto de las directivas.

Además, cuando nos encontremos ante una norma jurídica de cualquier Estado miembro contraria a las disposiciones del Tratado de Amsterdam, la fuerza jurídica del Tratado obliga a que los órganos internos de los Estados (los jueces, los órganos administrativos) no puedan aplicar las normas internas contrarias al Derecho Comunitario y que tengan que aplicar lo que en el Tratado de Amsterdam, y en las nuevas normas que lo desarrollen se disponga. Y si los jueces dudan de la compatibilidad de las normas internas con las normas comunitarias, pueden plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Y los abogados, las partes, podemos solicitarles que planteen la cuestión. De este modo, el Tribunal de Justicia controlará los casos en los que las normas internas sobre la igualdad presenten problemas de compatibilidad con las nuevas normas comunitarias.

De la misma manera, el Poder Legislativo de los Estados se encuentra vinculado al Derecho Comunitario. Los parlamentos no pueden aprobar leyes que sean contrarias a las normas comunitarias. Incluso es necesario a veces reformar las constituciones de aquéllos Estados que tengan disposiciones contrarias a los Tratados comunitarios. Algunos Estados tendrán que emprender una reforma constitucional o convocar un referéndum para poder ratificar el Tratado de Amsterdam. Los ciudadanos, en estos casos, tenemos la última palabra. La adopción del nuevo Tratado vinculará a los parlamentos de los Estados de tal forma que las normas que en ellos se aprueben sean compatibles con las nuevas previsiones.

Y lo mismo va a suceder con relación a los ejecutivos de los Estados miembros de la Unión Europea puesto que su poder reglamentario y sus facultades de ejecución estarán sujetos también a las nuevas regulaciones comunitarias. Y todo ello bajo control judicial.

Visto todo ello, podemos concluir que aunque el resultado de la cumbre de Amsterdam no sea absolutamente satisfactorio en relación con las aspiraciones de las mujeres, la incorporación de la igualdad entre hombres y mujeres a nivel de Tratado constituye indudablemente un notable avance en el proceso de integración europea. Aunque Europa todavía presente importantes déficits de legitimidad, algo se ha movido en ella para hacerla más sensible a las aspiraciones de la ciudadanía. El nuevo planteamiento jurídico sobre la igualdad entre hombres y mujeres que se incluye en el Tratado de Amsterdam constituye un significativo paso en este sentido.

### III. NOTA BIBLIOGRÁFICA

Pese a que el presente trabajo no ha sido concebido como exponente de posiciones doctrinales, sino que se ha marcado como objetivo la descripción de la importancia que va a tener en el futuro la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, es necesario señalar algunas publicaciones de entre las ya numerosas que plantean los problemas que presenta la interpretación de la igualdad, la no discriminación y las acciones positivas en el marco de la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres:

- Azcarate-Askasua Albeniz, A. C., *mujer y discriminación: del Tribunal de Justicia de las Comunidades al Tribunal Constitucional*. Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.
- Favoreu, L., “Principio de igualdad y representación política de las mujeres”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 50, 1997.
- Freixes Sanjuán, T., “Projet de reforme du Traite pour l’Union Européenne en matière de: droits fondamentaux, citoyenneté, égalité entre femmes et hommes et droits économiques et sociaux”. *Quaderns de Treball*, Nº 5, 1995.
- “La sentencia Kalanke”, *Mujeres* Nº 21. Instituto de la Mujer. Ministerio de Asuntos Sociales, 1996.
- “Las mujeres en la nueva sociedad europea”. *Info-Mujeres de Europa* (traducido a todas las lenguas de los Estados miembros de la Unión Europea). Comisión Europea-Dirección General X, Bruselas, 1998.
- García Vidal, M. y Vila Costa, B., “L’influence du droit dommunautaire sur l’égalté hommes/femmes en Espagne”. L. Dubouis (dir.)
- *Droit communautaire et protection des droits fonctamentaux dans les états membres*. Económica, Paris, 1995.
- Rey Martínez, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- “La discriminación positiva de mujeres (Comentario a STJ de la Comunidad, de 17 de octubre de 1995. Asunto Kalanke). *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 47, 1996.
- Rodríguez Pinero, M. y Fernández, M.F., *Igualdad y discriminación*. Tecnos, Madrid, 1986.
- Rosenfeld, M., *Affirmative Action and Justice*. Yale University Press, New Haven and London, 1991.
- Sevilla, J., “La mujer, sujeto constitucional de derechos: el derecho al trabajo”. Informe presentado a la IX Jornada de Coordinadores de Defensores del Pueblo. Alicante, 1994.
- Verwitghen, M., *L’égalté juridique entre femmes et hommes dans la Communauté Européenne*. Louvain-La-Neuve, Presses Universitaires, 1987.

# LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS PERSONAS JURÍDICAS DE ÁMBITO PATRIMONIAL. EL ESPECIAL CASO DEL DERECHO AL HONOR

JOSÉ CARLOS REMOTTI CARBONELL  
(España)

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La determinación de la titularidad. III. La titularidad de los derechos por parte de las personas jurídicas. El especial caso del derecho al honor. A) El punto de partida. El carácter personalísimo del derecho al honor. B) Un paso intermedio. El honor de colectivos sociales, culturales, étnicos o religiosos sin personalidad jurídica. C) El derecho al honor de las personas jurídicas patrimoniales. 1. La compatibilidad de la naturaleza del derecho al honor con la titularidad del mismo por parte de las personas jurídicas 2. El derecho al honor como necesario para la consecución de los fines sociales de las personas jurídicas. IV. A modo de conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

Frente a un acto u omisión que vulnere nuestros intereses legítimos, o el rechazo de una instancia que consideramos fundada y legítima, los ciudadanos, y muchos de los operadores jurídicos, solemos generalmente manifestar que se nos está conculcando un derecho. Ello jurídicamente no siempre es así, por muchas razones que pueden ser de forma y fondo. En este trabajo pretendo limitarme a analizar sólo una de estas razones, que es la falta de titularidad del derecho por parte de quién pretende ejercerlo.

La titularidad es uno de los elementos dogmáticos más importantes en la configuración constitucional de los derechos<sup>(1)</sup>, puesto que nos permite determinar qué personas pueden ejercitar legítimamente cada uno de los derechos, ya que no todos los derechos pueden ser ejercitados por todas las personas. En otras palabras no todas las personas somos, jurídicamente hablando, titulares de todos los derechos, sino que por el contrario sólo lo somos de determinados.

Así encontramos que determinados derechos son configurados por los distintos niveles del ordenamiento jurídico<sup>(2)</sup> de forma tal que tienen como titulares a todas las personas que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la norma de reconocimiento del derecho, independientemente de su nacionalidad, edad, sexo, condición laboral, etc., pero a su vez encontramos también derechos que sólo podrán ser ejercidos por determinadas personas o colectivos, como por ejemplo los españoles (incluyendo desde la entrada en vigor del Tratado de Unión Europea a los extranjeros comunitarios)<sup>(3)</sup> y no por los extranjeros no comunitarios; otros derechos sólo podrán ser ejercidos por los ciudadanos mayores de edad (derecho al voto en las elecciones políticas). Otros derechos sólo podrán ser ejercidos por los padres de familia (que sus hijos reciban una educación religiosa y moral de acuerdo a sus convicciones); o por los trabajadores (derecho de huelga y de negociación colectiva); o por los empresarios (libertad de empresa); o por trabajadores y empresarios (posibilidad de adoptar medidas de conflicto colectivo); o por los pertenecientes a la tercera edad (gozar de pensiones adecuadas de jubilación y atención especializada a sus problemas de salud, vivienda, cultura y ocio); o por los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (recibir la atención especializada que requieran); o por último para terminar con los ejemplos, los consumidores y usuarios en defensa la seguridad, salud y de sus legítimos intereses económicos.

La determinación de la titularidad de los derechos resulta, pues, jurídicamente un tema de especial importancia, puesto que establece en cada caso concreto las personas a las que jurídicamente le corresponden cada uno de los derechos. La titularidad de los

---

(1) Sobre la configuración constitucional de los derechos, ver Teresa Freixes Sanjuán “La Constitución y el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas”. *Administraciones Públicas y Constitución (Commemoración del XX aniversario de la Constitución)*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1998.

(2) Debemos tener presente la configuración de nuestro sistema jurídico como propio de los estados compuestos, en el cual encontramos normas de ámbito estatal, autonómico, local, europeo o internacional. En este sentido el ámbito de protección jurídica del derecho estará vinculado, no a criterios de universalidad, sino al ámbito de aplicación de la norma que lo reconoce y garantiza.

(3) El art. 8 del Tratado de la Unión Europea (conocido como Tratado de Maastricht y que fuera firmado el 7 de febrero de 1992) crea la ciudadanía de la Unión que corresponderá a toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro, reconociéndoles la titularidad de los derechos previstos en dicho Tratado.

derechos, en este sentido, no ha de ser confundida con la capacidad o legitimación procesal para ejercer los derechos. Así por ejemplo una persona detenida, gubernativa o provisionalmente o como resultado de una condena, se encuentra privada (del ejercicio) de la libertad pero no del derecho a la libertad, del que sigue siendo titular aún cuando no lo pueda ejercer (y por ello puede, por ejemplo, presentar un procedimiento de habeas corpus si la situación de privación de libertad en que se encuentra deviene en ilegal).

En este sentido la determinación de la titularidad es un paso previo, un presupuesto, que permitirá en su caso, determinar posteriormente la legitimación o capacidad procesal para ejercitar el derecho. Así pues, como señala el Tribunal Constitucional, dicha capacidad procesal deriva de la titularidad y puede ser ejercitada por el mismo titular del derecho o, a partir de ella, por terceros. Ejemplo de ello lo encontramos en el ejercicio del derecho de huelga, el cual puede ser ejercitado por las entidades sindicales, pero cuya titularidad corresponde a los trabajadores de forma individual<sup>(4)</sup>, o en lo que respecta al ejercicio por parte de los descendientes de la defensa del derecho a la intimidad del padre o cónyuge muerto<sup>(5)</sup>. En esta misma línea diferenciadora de lo que es la legitimidad procesal de lo que es la titularidad de un derecho encontramos también al artículo 12.1 de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona cuando atribuye la legitimación activa para recurrir en amparo a las personas naturales o jurídicas que previamente sean “titulares de un derecho subjetivo”.

## II. LA DETERMINACION DE LA TITULARIDAD

Para determinar jurídicamente la titularidad de determinado derecho hay que recurrir, necesariamente, a su texto normativo de reconocimiento<sup>(6)</sup>. En este sentido hay que

---

(4) Ver a este respecto la sentencia al Recurso de Inconstitucionalidad contra el Decreto Ley 11/1977 regulador del derecho de huelga, STC nº 11/1981, del 8 de abril. En dicha sentencia el Tribunal Constitucional señala que: «Si bien la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores y que a cada uno de ellos corresponde el derecho de sumarse o no a la huelga, en cuanto acción colectiva y concertada, corresponde tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales». Además, y a mayor abundamiento, dicho Tribunal añade que «...si bien la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores, el derecho puede ser ejercitado por las organizaciones sindicales con implantación en el ámbito laboral al que se extiende la huelga» (FJ. 11).

(5) Ver también la sentencia al Caso *Isabel Pantoja contra Prographic, por la difusión de la agonía y muerte de Paquirri*, STC nº 231/1988, del 2 de diciembre (FsJs. 2 y 3). Así también los artículos 4 a 6 de la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (nº 1/1982, del 5 de mayo, BOE nº 115 del 14 de mayo de 1982).

[Nota del autor: Para una mejor identificación de los casos estudiados hemos añadido a la tradicional cita del número y fecha de la sentencia la identificación del Caso a partir de las partes que participaron en el proceso judicial previo, poniendo en primer lugar a la parte que posteriormente interpuso el Recurso de Amparo].

(6) A este respecto diferenciamos lo que es una pretensión consistente en determinadas aspiraciones, demandas o solicitudes individuales o grupales, a través de las que se expresa la intención

tener presente que uno de los elementos indispensables para poder considerar a una pretensión como un derecho jurídicamente hablando es que se encuentre recogida y garantizada en un texto normativo de reconocimiento, en el cual no es necesario que se señale expresamente que “se reconoce el derecho a...”, “se protege el derecho a...”, o que “se tiene derecho a...”, bastando con que en su redacción se deduzca que se otorga atribuciones, competencias o facultades a los ciudadanos. Por ejemplo se está reconociendo derechos cuando la Constitución señala que “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias” (art.16.2 CE), o cuando dice que “la detención no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones y en todo caso no podrá durar más de 72 horas” (art. 17.2 CE). En esta misma línea de ejemplos encontramos también la configuración de determinados derechos cuando la Constitución dice que “toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligado a declarar” (art. 17.3 CE); o cuando dice que “el domicilio es inviolable” (art. 18.2 CE). En ninguno de los ejemplos señalados la Constitución utiliza la expresión “se tiene derecho a...”, sin embargo todos, al otorgar facultades, atribuciones o competencias, constituyen el reconocimiento jurídico de derechos.

Es pues, en primera instancia, el texto normativo de reconocimiento del derecho el que nos indicará quienes deben ser considerados como titulares del mismo. Para ello por lo general se utilizan tres técnicas. Una primera que, podríamos denominar como determinación específica, consiste en que al momento de efectuar el reconocimiento

---

de hacer o no hacer determinada acción, o que se proteja determinado interés u objeto pero todavía no recogida por el ordenamiento jurídico, de lo que denominamos un derecho (jurídicamente hablando) que requiere no sólo del reconocimiento jurídico (a nivel constitucional, legal, infra legal, europeo, internacional) de dichas pretensiones, sino del establecimiento de garantías jurídicas eficaces (judiciales, jurisdiccionales, institucionales, nacionales, europeas o internacionales) que permitan y garanticen plenamente su ejercicio o que, en todo caso, lo repongan cuando sea objeto de violación. No basta, pues, con el mero reconocimiento jurídico, sino que, además, han de estar dotados de garantías eficaces de carácter preventivo y reparador. Es cierto que hablar de derechos en este sentido jurídico-positivo, sólo resulta válido en Estados democráticos en los que la selección de las pretensiones a proteger por el ordenamiento no se efectúa de manera arbitraria, sino que por el contrario se hace respetando a las diversas minorías, respetando la dignidad de las personas. Estados democráticos en los que el reconocimiento de los derechos no sólo es formal sino que implica el respeto por los poderes públicos, sus agentes y autoridades, así como por los ciudadanos en particular. Y, además, en Estados democráticos en los que los mecanismos jurídicos de garantía son realmente eficaces (y no meros formalismos), en los que el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional actúan con independencia y no se encuentran sometidos a injerencias o intimidaciones de otros poderes del Estado. En los que se puede presentar una querrela contra el Estado o sus representantes sin temor a represalias de cualquier tipo; en los que por último, el Estado está al servicio de los ciudadanos y no éstos al servicio del Estado. De no ser así y encontramos ante un Estado autoritario en el que no se reconocen los derechos; o sólo se procede a su reconocimiento formal sin establecerles garantías; o se les establecen garantías inocuas o ineficaces, sería comprensible tomar como referente a las pretensiones o hacer valer sobre los derechos planteamientos, por ejemplo, iusnaturalistas.

concreto de cada uno de los derechos, se establece simultáneamente y de forma específica la determinación de qué personas serán sus titulares. En este sentido, cada derecho indicaría en forma expresa quienes serán sus titulares. Ejemplo de ello lo encontramos cuando la Constitución señala que “todos tenemos derecho a la vida”; o cuando dispone que “los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos políticos, directamente o por medio de sus representantes libremente elegidos”; o “se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores en defensa de sus intereses”. Esta es la técnica utilizada en la mayoría de los casos para la determinación de la titularidad de los derechos, tal y como por ejemplo lo hace la Constitución española de 1978.

Una segunda técnica consiste en la utilización de una cláusula general, es decir que ante el reconocimiento de determinados derechos se dicta una disposición en el sentido siguiente: “Los derechos enumerados anteriormente”; o, “Los derechos que serán enumerados a continuación”; o remitiéndose a otra norma señala que, “los derechos que han sido señalados en una norma anterior”, podrán ser ejercidos por todas las personas o, en caso contrario, por determinadas personas o colectivos. Ejemplo de ello lo encontramos en el artículo primero del Convenio Europeo de Derechos Humanos al disponer que “Las altas partes contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio”<sup>(7)</sup>.

Una tercera técnica se da en casos especiales en los que, ni de forma general ni específica, se establecen indicaciones expresas respecto de la determinación de la titularidad del derecho, sino que su determinación deviene implícitamente. Ejemplo de tales casos los encontramos cuando se expresa que “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen” (art. 18.1 CE); o cuando se dispone que “El domicilio es inviolable” (art. 18.2 CE); o cuando “Se garantiza el secreto de las comunicaciones” (art. 18.3 CE); o, en el mismo sentido se señala que se reconocen y protegen los derechos a “Expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, mediante palabra, escrito o cualquier otro medio” (art. 20.1.a CE), y “a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de comunicación” (art. 20.1.d CE). Como vemos, todos estos derechos vienen reconocidos por la propia Constitución, sin que ella determine mediante alguno de los mecanismos antes mencionados, a quién le corresponde su titularidad. En tales casos, y siendo derechos constitucionales, la titularidad deberá ser entendida en sentido amplio, abarcando a todas las personas, por cuanto lo contrario sería establecer a dichos derechos, límites no establecidos en la Constitución. Si la Constitución hubiera querido limitar o restringir la titularidad de dichos derechos tendría que haberlo dispuesto expresamente. En este sentido, el operador jurídico, el intérprete, o

---

(7) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, fue suscrito en Roma el 4 de Noviembre de 1950. Ratificado por España el 26 de setiembre de 1979. Publicado en el Boletín Oficial del Estado n° 243, de 10 de octubre de 1979.

aplicador de la norma no puede imponer a la titularidad de los derechos constitucionales límites no previstos por la Constitución<sup>(8)</sup>.

En aquellos casos en los que se utilizando la primera o segunda de las técnicas antes mencionadas, la titularidad de algún derecho venga determinada de forma general o específica, y muy en especialmente cuando se trata de derechos establecidos por la Constitución, se ha de considerar, a su vez, que tal determinación de titularidad asume la condición de nivel mínimo, que puede ser ampliada, pero en ningún caso disminuida. En este supuesto, por ejemplo, si un derecho está reconocido a los miembros de la tercera edad, su titularidad podrá ser ampliada a fin de que pueda ser requerido por personas ajenas a dicho ámbito (jóvenes, infantes, trabajadores, etc.), pero lo que no podrá hacerse es reducir su ámbito garantizado a todos los miembros de la tercera edad, excluyendo a determinado colectivo de entre ellos, por ejemplo, los que no estén afiliados a determinado sindicato o asociación.

Ahora bien, la ampliación de la titularidad de un derecho constitucional podrá ser dispuesta, según corresponda, por el legislador, central o autonómico, de acuerdo con la distribución competencial sobre la materia, el Tribunal Constitucional mediante el dictado de una sentencia interpretativa, por la integración directa de un determinado Tratado internacional (art. 96 CE)<sup>(9)</sup>, o por la interpretación del derecho conforme a los Tratados internacionales conforme lo dispone el art. 10.2 CE<sup>(10)</sup>.

### **III. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS POR PARTE DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. EL ESPECIAL CASO DEL DERECHO AL HONOR**

Un problema de especial importancia que trae aparejada la determinación de la titularidad de los derechos constitucionales se corresponde con el hecho de decidir si dentro del concepto de persona titular de un derecho se ha de incluir también, además de las personas naturales, a las personas jurídicas de base patrimonial, pues sobre ello la Constitución española no ha establecido cláusula general alguna<sup>(11)</sup>. La falta de tal

---

(8) Ello no implica que el legislador, por ejemplo, no pueda, al regular el ejercicio del derecho imponerle determinadas restricciones o limitaciones, las que, debiendo ser constitucionales, operaran sobre el ejercicio del derecho pero no sobre la titularidad que ya viene prefijada constitucionalmente.

(9) Hay que recordar que el artículo 96 CE dispone que los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional.

(10) Por su parte el artículo 10.2 CE establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

(11) Destacamos la falta de dicha cláusula general en la Constitución española a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en la Ley Fundamental de Bonn que en su artículo 19.3 dispone que los



precisión no puede ser tomada a priori como elemento definitorio para negar la titularidad de derechos constitucionales por parte de las personas jurídicas, puesto que de la no autorización expresa no se deriva necesariamente su prohibición, más aun cuando el artículo 162 CE dispone que tales personas jurídicas podrán interponer recurso de amparo en defensa de los derechos comprendidos entre los artículos 14 y el 29 CE, ambos inclusive, así como de la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.2 CE<sup>(12)</sup>. De otro lado, hay que reconocer que no todos los derechos reconocidos entre esos artículos de la Constitución resultan predicables de las personas jurídicas, como por ejemplo sucede con el derecho a la vida o a la libertad personal (arts. 15 y 17 CE).

Todo ello nos conduce ante la improcedencia de establecer un criterio general (afirmativo o negativo) aplicable a todos los casos y por el contrario nos obliga a analizar cada derecho en concreto a fin de comprobar si su naturaleza y configuración constitucional permite, o no, a las personas jurídicas alegar su titularidad. En esta misma línea el Tribunal Constitucional ha considerado que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos constitucionales “siempre que se trate de derechos que puedan ser ejercitados por este tipo de personas”<sup>(13)</sup>. Es pues, el análisis de la naturaleza y configuración constitucional de cada uno de los derechos lo que ha de servir de pauta para determinar si sobre ellos procede, o no, la titularidad por parte de las personas jurídicas. Es a partir de tal consideración que haremos una aproximación a la posible titularidad del derecho al honor por parte de las personas jurídicas, en especial aquellas de ámbito patrimonial.

## **A) El punto de partida. El carácter personalísimo del derecho al honor**

En lo que respecta al derecho al honor hay que señalar que la jurisprudencia constitucional ha experimentado un cambio radical en su doctrina. En un principio el Tribunal Constitucional consideró que el derecho al honor previsto en el art. 18.1 CE gozaba de un elemento subjetivo y personalista y que por lo tanto sólo resultaba predicable respecto de las personas naturales perfecta y debidamente identificadas (*ad*

---

derechos fundamentales rigen para las personas jurídicas nacionales en tanto y en cuanto, por su naturaleza, sean aplicables a las mismas. Dicha previsión la encontramos también en el art. 3 de la derogada Constitución peruana de 1979.

(12) En este sentido P. Salvador señala que la no estipulación de cláusula general alguna reconduce el problema a una mera cuestión de interpretación. Salvador Coderch, Pablo (Dir.), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 217.

(13) Ver por ejemplo la STC al Caso Derivados de Hojalata contra la administración tributaria. Inviolabilidad del domicilio, nº 137/1985 del 17 de octubre de 1985, (FJ. 2) y la STC al Caso Mercedes Jiménez Bautista contra el Instituto Nacional de Seguridad Social. Pago de pensión de jubilación, nº 64/1988 del 12 de abril de 1988, (FJ. 1). A este respecto ver, también, Cruz Villalón, Pedro: “Dos cuestiones de titularidad de derechos: Los extranjeros; Las personas jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 35, mayo - agosto, 1992, págs. 74 a 76 y 83.

*personam*)<sup>(14)</sup>. Tal posición jurisprudencial, referida al carácter personalísimo del honor, si bien fue adoptada analizando la posible titularidad del derecho al honor por parte de instituciones públicas (y no mercantiles) la encontramos por ejemplo representada por la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) al Caso *Navazo Gancedo contra la administración de justicia. Injurias contra el Poder Judicial*, Nº 107/1988 del 8 de junio de 1988, en la que dicho Tribunal señaló que:

“es preciso tener en cuenta que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde un punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral<sup>(15)</sup>, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental ...” (Fundamento Jurídico-FJ-2).

Postura que es reiterada por el Tribunal Constitucional en la STC al *Caso Rodríguez Lozano contra el Ejército. Injurias contra el Ejército*, nº 51/1989, del 22 de febrero de 1989, en la que señala que:

“ha de tenerse en cuenta que en la ponderación previa a la resolución del proceso penal no puede confundirse el derecho al honor, garantizado también como derecho fundamental por el art. 18.1 de la Constitución, y que tiene un significado personalista referible a personas individualmente consideradas, con los valores de dignidad, reputación o autoridad moral de las instituciones públicas y clases del Estado, los cuales sin mengua de su protección penal, gozan frente a la libertad de expresión de un nivel de garantía menor y más débil que el que corresponde al honor...”.

Vemos, pues, como punto de partida que el Tribunal Constitucional al analizar la posible titularidad del derecho al honor por parte de instituciones públicas (pero todavía no respecto de personas jurídicas), rechazó tal posibilidad al considerar que el

---

<sup>(14)</sup> La consideración del derecho al honor como personalista y por tanto sólo predicable de las personas físicas es, a su vez, defendida por autores como por ejemplo Balaguer Callejón, María Luisa: *El derecho fundamental al honor*; Tecnos, Madrid, 1992, págs. 144 a 147; O’Callaghan Muñoz, X.: “La libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen”. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1991, págs. 70 y sgts.; Vives Antón, T.S. *Derecho Penal, Parte especial*, Valencia, 1990, pág. 695.

<sup>(15)</sup> Hay que tener presente que la utilización de los términos “dignidad” y “autoridad moral” están referidos en esta Sentencia respecto del Poder Judicial (institución pública) y no respecto de personas jurídicas privadas de ámbito patrimonial.

derecho al honor era personalísimo y por tanto solo referible a personas naturales individualmente consideradas (*ad personam*).

## **B) Un paso intermedio. El honor de colectivos sociales, culturales, étnicos o religiosos sin personalidad jurídica**

Como ya hemos señalado, este inicial criterio jurisprudencial establecido por el Tribunal Constitucional de considerar, que la titularidad del derecho al honor sólo corresponde a las personas naturales, pues es de ámbito personalísimo, ha variado radicalmente. En efecto en la actualidad dicho Tribunal ha procedido a reconocer la titularidad del derecho al honor por parte de las personas jurídicas de ámbito mercantil. Ahora bien, para llegar a ello el Tribunal Constitucional fue incorporando determinados cambios en su jurisprudencia que le han permitido, en primer lugar, ir allanando el camino que le permitiera, en segundo lugar, justificar la aceptación de la titularidad del derecho al honor por parte de las antes mencionadas personas jurídicas de ámbito mercantil.

El primer paso que el Tribunal Constitucional dio en esta nueva dirección lo encontramos en la sentencia al Caso *Violeta Friedman contra Degrelle. Injurias contra el comunidad judía*, STC N° 214/1991, del 11 de noviembre de 1991, en el cual se discutía, entre otras cosas, si un colectivo social, étnico, religioso, o cultural (no persona jurídica) podía ser considerado como titular del derecho al honor<sup>(16)</sup>. En esta sentencia, y luego de reproducir los criterios antes señalados respecto al carácter personalísimo del derecho al honor, el Tribunal Constitucional considera que:

“lo anterior no ha de entenderse en sentido tan radical que sólo admita la existencia de lesión del derecho al honor constitucionalmente reconocido cuando se trate de ataques dirigidos a persona o personas concretas e identificadas, pues también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos dentro de la colectividad. Dicho en otros términos, el significado personalista que el honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan que estar perfecta y debidamente individualizados *ad personam*, pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de substrato personalista, y admitir, en todos los

---

<sup>(16)</sup> Se trataba de manifestaciones vejatorias e insultantes contra la comunidad judía efectuadas en un reportaje periodístico en el que se negaba la existencia del holocausto. La Sra. Friedman recurrió, primero, ante los tribunales ordinarios y luego ante el Tribunal Constitucional para defender el honor del colectivo judío en España.

supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa” Caso Violeta Fridman contra Degrelle (FJ. 6).

Como podemos apreciar, de esta sentencia se desprende que el Tribunal Constitucional efectúa un importante matiz sobre su propia concepción del significado personalísimo que la Constitución atribuye al derecho al honor. En este sentido, considera que dicho carácter (personalísimo) no implica necesariamente la vinculación a una persona *ad personam*, perfecta y debidamente individualizada, sino que ha de incluir a los colectivos de personas (étnicos, sociales, religiosos, culturales), cuando la ofensa se dirija contra todo el colectivo<sup>(17)</sup>. Pero, además, y a los efectos del presente trabajo resulta trascendente, en esta sentencia referida a colectivos “sin personalidad jurídica” y que “en cuanto tales, carecen de órganos de representación” (FJ. 3), añade que el no reconocimiento de dicho matiz implicaría “la negación del reconocimiento del derecho al honor para las personas jurídicas, incluidas las de substrato personalista” (FJ. 6). Así encontramos, pues, que en esta sentencia en la que el Tribunal Constitucional reconoce el derecho al honor de tales colectivos sociales, deja abierta (como *obiter dicta*) también la puerta para el reconocimiento de dicho derecho a las personas jurídicas.

---

<sup>(17)</sup> A partir del reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional del derecho al honor de los colectivos sociales étnicos, religiosos o culturales, que no gozan de personalidad jurídica, el mismo Tribunal establece que la legitimación procesal para actuar en defensa del honor de dicho colectivo, le corresponde a cualquiera de sus miembros residentes en nuestro país. En este sentido el Tribunal señala que: «Tratándose, en el presente caso, de un derecho personalísimo, como es el honor, dicha legitimación activa corresponderá, en principio, al titular de dicho derecho fundamental. Pero esta legitimación originaria no excluye, ni la existencia de otras legitimaciones (v. gr. La legitimación por sucesión de los descendientes, contemplada en los arts. 4 y 5 de la LO 1/1982, de protección al derecho al honor), ni que haya de considerarse también como legitimación originaria la de un miembro de un grupo étnico o social determinado, aun cuando la ofensa se dirigiera contra todo ese colectivo, de tal suerte que, menospreciando a dicho grupo socialmente diferenciado, se tienda a provocar del resto de la comunidad social sentimientos hostiles, o cuando menos, contrarios a la dignidad, estima personal o respeto al que tienen derecho todos los ciudadanos con independencia de su nacimiento, raza, circunstancia personal o social (arts. 10.1 y 14 CE). En tal supuesto, y habida cuenta que los tales grupos étnicos, sociales e incluso religiosos son, por lo general, entes sin personalidad jurídica y, en cuanto tales, carecen de órganos de representación a quienes el ordenamiento pudiera atribuirles el ejercicio de las acciones civiles y penales, en defensa de su honor colectivo, de no admitir el art. 162.1.b CE, la legitimación activa de todos y cada uno de los tales miembros, residentes en nuestro país, para poder reaccionar jurisdiccionalmente contra las intromisiones en el honor de dichos grupos, no sólo permanecerían indemnes las lesiones a este derecho fundamental que sufrirían por igual todos y cada uno de sus integrantes, sino que también el Estado español de Derecho permitiría el surgimiento de campañas discriminatorias, racistas o de carácter xenófobo, contrarias a la igualdad que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama (art. 1.1 CE) y que el art. 20. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresamente proscribire toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley». Caso *Violeta Friedman*, (FJ. 3).

En esta misma dirección, vuelve a manifestarse el Tribunal Constitucional en la sentencia al *Caso Publicación Hitler-SS contra Amical Mauthausen y B’Nai B’Rith de España. Publicación ofensiva contra la comunidad judía*, nº 176/1995, del 11 de diciembre de 1995, en el cual se le vuelve a plantear la discusión de, entre otros temas, si un colectivo social, cultural, étnico o religioso, sin personalidad jurídica, podía ser considerado como titular del derecho al honor<sup>(18)</sup>. A este respecto, y reiterando su posición anterior, dicho Tribunal manifiesta que:

“La titularidad de este derecho subjetivo (al honor) se asigna, en la ley y en la doctrina legal del Tribunal Supremo, a la persona, en vida o después de la muerte por transmisión de ese patrimonio moral a sus descendientes. Desde una perspectiva constitucional, los individuos pueden serlo también como parte de los grupos humanos sin personalidad jurídica pero con una neta y consistente personalidad por cualquier otro rango dominante de su estructura y cohesión, como el histórico, el sociológico, el étnico o el religioso, a título de ejemplos. Por ello, pueden a su vez, como reverso, resultar víctimas de la injuria o la calumnia, como sujetos pasivos de estos delitos contra el honor... Aquí y ahora, es el pueblo judío en su conjunto no obstante su dispersión geográfica, identificable por sus características raciales, religiosas, históricas y sociológicas, desde la Diáspora al Holocausto, quien recibe como tal grupo humano las invectivas, los improperios y la descalificación global. Parece justo que si se le ataca a título colectivo, pueda defenderse en esa misma dimensión colectiva y que estén legitimados para ello, por sustitución, personas naturales o jurídicas de su ámbito cultural humano. En definitiva, es la solución que, con un planteamiento inverso, desde la perspectiva de la legitimación activa, aceptó este Tribunal Constitucional en su STC 214/1991”. STC al Caso Publicación Hitler=SS contra Amical Mauthausen y B’Nai B’Rith de España (FJ. 3).

Vemos, pues, como el Tribunal Constitucional analizando la posible titularidad del derecho al honor por parte de colectivos (todavía no sobre personas jurídicas) señala que si bien ha de mantenerse la consideración del derecho al honor como de ámbito personalísimo ello no significa que sólo puedan ser titulares del mismo personas naturales perfecta y debidamente identificadas, sino que también lo pueden ser colectivos sociales cuando éstos sean identificables dentro de la sociedad, dejando a su vez abierta (mediante *obiter dicta*) la posibilidad del reconocimiento del dicho derecho para las personas jurídicas.

---

(18) Se trataba de la publicación de un cómic en el que se distorsionaba y/o negaba la existencia de los campos de exterminio nazis, utilizando manifestaciones vejatorias e insultantes contra la comunidad judía. En este supuesto fueron las Asociaciones Amical Mauthausen y B’Nai B’Rith de España, las que recurrieron en defensa del honor de la comunidad judía en España.

## C) El derecho al honor de las personas jurídicas patrimoniales

No es hasta la sentencia al *Caso Revista Interviu contra Lopesan Asfaltos*, STC n° 139/1995, del 26 de setiembre, que el Tribunal Constitucional aborda, entre otros temas, si una persona jurídica de ámbito patrimonial podía ser considerada como titular del derecho al honor<sup>(19)</sup>, llegando a dar una respuesta positiva. Este criterio jurisprudencial ha sido posteriormente confirmado por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia al *Caso Luxury contra el diario de la Mañana, por publicación engañosa de fotografía*, STC n° 183/1995, del 11 de diciembre<sup>(20)</sup>.

Hasta ese momento se mantenía presente la consideración del derecho al honor como predicable sólo respecto de las personas naturales y por lo tanto ajeno a las personas jurídicas, quienes resultaban titulares de bienes jurídicos tales como el prestigio, el crédito comercial, el buen nombre, la reputación, a partir de los cuales dichas personas jurídicas podían alcanzar diversos niveles de protección jurídica frente a la divulgación de hechos difamantes o de desmerecimiento en la consideración de los demás. En todo caso tales bienes jurídicos resultarían encuadrables dentro del artículo 38 CE en cuanto garantiza la libertad de empresa<sup>(21)</sup>, pero no dentro del derecho al honor previsto por el artículo 18.1 CE, puesto que, como ya hemos señalado, según el Tribunal Constitucional, éste gozaría de un elemento subjetivo y personalista sólo predicable de las personas naturales o, evolutivamente, de los colectivos o grupos.

---

<sup>(19)</sup> Los hechos giran alrededor de una publicación efectuada por la Revista Interviu en la que se imputaba a la empresa Lopesan Asfaltos el pago de sumas de dinero a determinados miembros de la Guardia Civil a fin de que no le impusieran diversas multas y encubrieran determinadas actuaciones ilegales de la empresa.

<sup>(20)</sup> En el *Caso Luxury contra el diario de la Mañana, por publicación engañosa de fotografía*, se discutía entre otras cosas, si la discoteca Luxury, cuya fotografía se había adjuntado en un reportaje periodístico sobre la venta de drogas en dichos centros de fiesta, pero sin que tuviera nada que ver con el contenido de las informaciones, podía invocar la vulneración del derecho al honor. En ella no se produce una argumentación explícita sobre el porqué de la aceptación de la titularidad del derecho al honor por parte de las personas jurídicas, sino que remite a lo manifestado en el fundamento jurídico 5 de la sentencia al *Caso Revista Interviu contra Lopesan Asfaltos* al señalar que «La cuestión así planteada ya ha sido resuelta –en su estricta dimensión constitucional– por la reciente STC n° 139/1995, cuyos fundamentos jurídicos deben tenerse ahora por reproducidos, y en la que expresamente se declaró que el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas» (FJ. 2).

Resulta interesante señalar que entre ambas sentencias (a los *Casos Revista Interviu contra Lopesan Asfaltos* y *Luxury contra Diario de la mañana*) hay un lapso de tiempo inferior a los tres meses. Ambas fueron dictadas por la misma Sala primera del Tribunal Constitucional, aun cuando con ponente distinto.

<sup>(21)</sup> El artículo 38 CE dispone: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación».

Hay que resaltar la especial importancia que en el ordenamiento jurídico español tiene dejar de lado dicha forma restrictiva de entender la titularidad del derecho al honor, puesto que al aceptarse que las personas jurídicas son titulares del derecho al honor se les habilita para que, a su vez, puedan, ante una posible vulneración del mismo y si no se alcanza previamente su tutela efectiva por los tribunales de justicia ordinarios, recurrir por medio del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por el contrario, si se mantiene la concepción anterior y se considera que las personas jurídicas sólo son poseedoras de prestigio o crédito comercial, buen nombre, reputación, entendidos éstos como bienes jurídicos (encuadrables dentro del artículo 38 CE) tendrían garantizada su protección mediante la vía judicial ordinaria, pero a su vez, vedado el acceso al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo, ya que el art. 38 CE no cuenta, a tenor de lo dispuesto por el artículo 53.2 CE, con dicha protección jurisdiccional constitucional<sup>(22)</sup>. Vemos, pues, que la opción por una u otra posición no sólo trae consecuencias dogmáticas, sino también de especial importancia práctica puesto que según la que se escoja se permitirá o se negará la utilización de los medios de protección y defensa propios de los derechos fundamentales.

Ahora bien, ¿qué criterios utiliza el Tribunal Constitucional para concluir reconociendo que las personas jurídicas son también titulares del derecho al honor? En primer lugar, analiza, conforme ya lo adelantamos, si la naturaleza del derecho al honor permite que éste sea atribuido a las personas jurídicas. Sentencia al Caso *Revista Interviu contra Lopesan asfaltos* (FJ. 4)<sup>(23)</sup>. En segundo lugar el Tribunal introduce un nuevo nivel de análisis al considerar preciso determinar si el derecho reivindicado resulta necesario o no, para la consecución de los fines para los que han sido constituidas las personas jurídicas. En este sentido el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“Si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizacio-

---

(22) A este respecto hay que recordar que mediante el Recurso de Amparo se puede alcanzar, ante el Tribunal Constitucional, la protección no de todos los derechos constitucionales sino de aquellos derechos que siendo reconocidos por la Constitución, se encuentren comprendidos entre los artículos 14 y 29, ambos inclusive, de dicha norma fundamental, a los que se hay que añadir el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio previsto en el art. 30.2 CE. En este sentido el artículo 53.2 CE dispone que « cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo (arts. 15 a 29) 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».

(23) El Tribunal Constitucional resalta en esta sentencia que «ha venido considerando aplicable, implícitamente y sin oponer reparo alguno, el art. 14 CE (derecho a la igualdad) a las personas jurídicas de nacionalidad española, como titulares del derecho que en él se reconoce como se pone de manifiesto, entre otras, en las SSTC n° 99/1983, 20 y 26/1985 y 39/1986, sin que existan razones para modificar esta doctrina general». Caso *Revista Interviu contra Lopesan Asfaltos* (FJ. 4).

nes que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas” *Caso Revista Interviú contra Lopesan Asfaltos* (FJ. 4).

A mayor abundamiento, en dicha sentencia el Tribunal Constitucional agrega que:

“Ciertamente es que, por falta de una existencia física, las personas jurídicas no pueden ser titulares del derecho a la vida, del derecho a la integridad física, ni portadores de la dignidad humana. Pero si el derecho a asociarse es un derecho constitucional y si los fines de la persona colectiva están protegidos constitucionalmente por el reconocimiento de la titularidad de aquellos derechos acordes con los mismos, resulta lógico que se les reconozca también constitucionalmente la titularidad de aquellos otros derechos que sean necesarios y complementarios para la consecución de tales fines” (FJ. 4).

Como es de apreciar para el Tribunal Constitucional la determinación de la titularidad de estos otros derechos por parte de las personas jurídicas, no obliga a analizar cada caso en concreto, cada persona jurídica en particular y justificar que para la consecución de sus fines sociales le resulta necesario contar con la titularidad del derecho alegado, puesto que éste análisis particular se hará al entrar sobre el fondo del asunto, al ponderar el derecho al honor y los derechos u otros bienes jurídicos con los que se haya producido el conflicto. En el caso que nos ocupa, que es la determinación de la titularidad, bastará, pues, con constatar la necesidad del derecho respecto de las personas jurídicas en general.

De esta forma encontramos que pasan a ser dos los elementos que exige el Tribunal Constitucional para considerar a las personas jurídicas como titulares de un derecho fundamental que la Constitución no les haya atribuido expresamente. En primer lugar que la naturaleza del derecho cuya titularidad se reclama permita ser atribuido a las personas jurídicas. En segundo lugar que el derecho sea necesario para la consecución de sus fines sociales<sup>(24)</sup>. Corresponde, pues, analizar si el derecho al honor cumple con tales características, y por tanto si las personas jurídicas pueden alegar válidamente su titularidad.

## **1. La compatibilidad de la naturaleza del derecho al honor con la titularidad del mismo por parte de las personas jurídicas**

Como acabamos de señalar, el primero de los elementos que el Tribunal Constitucional exige para considerar a una persona jurídica como titular de un derecho funda-

---

<sup>(24)</sup> En este sentido el Tribunal Constitucional señala que «no sólo son los fines de una persona jurídica los que condicionan su titularidad de derechos fundamentales, sino también la naturaleza concreta del derecho fundamental considerado, en el sentido de que la misma permita su titularidad a una persona moral y su ejercicio por ésta...». *Caso Revista Interviú contra Lopesan Asfaltos* (FJ. 5).



mental está referido a que la naturaleza del derecho permita su atribución a dichas personas. En este sentido el derecho al honor, como todas las instituciones jurídicas tiene unos contenidos que, sin ser absolutos han ido evolucionando y adecuándose a las nuevas consideraciones sociales, evitando así quedar petrificados y obsoletos.

La concepción social de las cosas cambia, evoluciona, se transforma. Ello también sucede respecto de los derechos, sobre los que no tenemos ahora la misma forma de entenderlos que la que tenían nuestros padres o abuelos. La forma de entenderlos ha cambiado, sin embargo los cambios que se produzcan sobre cada uno de ellos han de respetar unos contenidos mínimos identificadores sin que, manteniéndoles el nombre se les vacíe de contenido o se les asigne otro totalmente diferente al originario, es decir sin que sean desnaturalizados ni transformados hasta tal punto que de la institución original sólo quede el nombre, y que el contenido sea totalmente diferente. En todo caso si se pretende modificar una institución hasta este extremo, el legislador debería manifestar claramente su voluntad de eliminarla del ordenamiento jurídico al considerar que ya no responde a los intereses sociales, procediendo en tal caso a derogarla y a aprobar, si lo cree necesario, otra nueva. Lo que no puede hacer es, manteniendo el nombre, ir cambiando ilimitadamente los contenidos identificadores de una institución hasta el extremo de su desnaturalización<sup>(25)</sup>.

En esta línea, y como ya lo hemos apuntado, el contenido del derecho al honor, manteniendo unas características mínimas pero esenciales en su configuración, ha ido evolucionando conjuntamente con las circunstancias sociales, culturales y económicas de cada época y por lo tanto no pueden utilizarse para su análisis criterios o referencias del honor no acordes con la realidad actual<sup>(26)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> Ejemplo de la evolución en la forma de entender los derechos lo encontramos en el derecho a la propiedad el que ha variado desde su consideración en el pasado como un derecho sagrado e inviolable que permitía el uso y abuso sobre el objeto, a tener en la actualidad una función social que a su vez le impone límites a su ejercicio, que no es absoluto, que no puede ser abusivo, llegando en determinados casos a poder ser expropiado. Ante toda esta evolución en la forma de entender el derecho a la propiedad se puede apreciar que éste mantiene todavía su núcleo esencial configurador y diferenciador de otras instituciones, consistente en el uso, disfrute y disposición del bien. En este sentido la propiedad ha cambiado, pero no ha cambiado tanto que sus contenidos sean irreconocibles.

<sup>(26)</sup> En este mismo sentido se expresa el Tribunal Constitucional cuando señala que: «En una primera aproximación no parece ocioso dejar constancia de que en nuestro ordenamiento no puede encontrarse una definición de tal concepto, que resulta así jurídicamente indeterminado. Hay que buscarla en el lenguaje de todos, en el cual suele el pueblo hablar a su vecino y el Diccionario de la Real Academia (edición 1992) nos lleva del honor a la buena reputación (concepto utilizado por el Convenio de Roma), la cual —como le ocurre a palabras afines, la fama o la honra— consiste en la opinión que las gentes tienen de una persona, buena o positiva si no van acompañadas de adjetivo alguno. Así como este anverso de la noción se da por sabido en las normas, éstas en cambio pretenden aprehender el reverso, el deshonor, la deshonra, la difamación, lo infamante. El denominador común de todos los ataques o intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (art. 7.7 LO 1/1982) como consecuencia de expresiones

Resulta, pues, necesario determinar si la ampliación a las personas jurídicas de la titularidad del derecho al honor es fruto de la adecuación del concepto a las circunstancias actuales sin que con ello se vulnere la esencia del derecho, o, si por el contrario, con dicha ampliación se estaría produciendo una desnaturalización del mismo que resultaría incompatible con nuestro sistema constitucional de derechos.

Para ello primero debemos determinar si la reputación, el buen nombre, o el crédito comercial, bienes jurídicos cuya titularidad si es predicable para las personas jurídicas, tienen unos contenidos que resultan radicalmente diferentes de lo que se entiende como derecho al honor, o si por el contrario tales instituciones, con algunos matices diferenciadores, vienen a proteger unos contenidos semejantes. A este respecto debemos señalar que en ambos casos (sea la configuración como tales bienes jurídicos o sea como derecho) el interés protegido está centrado en resguardar la buena reputación, la fama, la opinión positiva que sobre uno tienen las demás personas, con el objeto de evitar la formulación de expresiones difamatorias, afrentosas o de menosprecio destinadas al descrédito de la opinión que las demás personas tienen sobre uno. De esta forma encontramos que no existe una radical diferencia entre los contenidos de dichas instituciones sino que por el contrario protegen contenidos similares, con la diferencia de que, hasta la fecha de las mencionadas sentencias, se consideraba que la titularidad del derecho al honor correspondía a las personas naturales, mientras que las personas jurídicas eran titulares de los bienes jurídicos antes mencionados para proteger tales contenidos, sin contar por ello con los mecanismos de protección jurisdiccional reservados por la Constitución para la garantía de los derechos fundamentales.

Visto ello, nos corresponde en segundo lugar, determinar si la ampliación de la titularidad del derecho al honor, a las personas jurídicas, implicaría un cambio sustancial que desnaturalizaría los contenidos al derecho al honor. En este sentido, si lo que se pretende con el derecho al honor es resguardar la buena reputación, la fama, la opinión positiva que sobre uno tienen las demás personas, con el objeto de evitar la formulación de expresiones difamatorias, afrentosas o de menosprecio destinadas al descrédito de la opinión que las demás personas tienen sobre uno, no vemos en qué, dicho contenido, se vería desnaturalizado por la ampliación de la titularidad a las personas jurídicas, a las que no se les niega que puedan tener reputación o buena fama, sino que, para ellas, ello no se considera como honor. Ello no niega que reconociendo

---

proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público como afrentosas. Todo ello nos sitúa en el terreno de los demás, que no son sino la gente, cuya opinión colectiva marca en cualquier lugar o tiempo el nivel de tolerancia o de rechazo. El contenido del derecho al honor el lábil y fluido, cambiante y, en definitiva, como hemos dicho en alguna otra ocasión, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento ». SSTC a los *Casos Círculo de Católicos contra Punt Diari de Girona*, STC nº 223/1992 del 14 de diciembre de 1992 (FJ. 3); *S.P.R. y A.R.C. contra Málaga. Diario de la Costa del sol*, STC nº 170/1994, del 7 de junio (FJ. 3); *Publicación Hitler=SS contra Amical Mauthausen y B'Nai B'Rith de España*, (FJ. 3); Sentencia 185/1989; Sentencia al Caso *Revista Interviú contra Lopesan Asfaltos*, (FJ. 5).

la titularidad del derecho al honor a las personas jurídicas, en virtud de las nuevas circunstancias sociales, culturales y económicas, se está efectuando un cambio profundo en la concepción del mismo, pero hay que reconocer a su vez que éste es un cambio que no afecta al contenido institucional del derecho al honor.

## **2. El derecho al honor como necesario para la consecución de los fines sociales de las personas jurídicas**

En segundo lugar, y con relación a determinar si el derecho al honor es necesario para la consecución de los fines sociales de las personas jurídicas constatamos que hasta el dictado de la sentencia al *Caso Revista Interviu contra Lopesan asfaltos* dichas personas jurídicas no es que a este respecto se encontraran desprotegidas, sino que la defensa de su prestigio, crédito comercial, buen nombre, reputación, se encarrilaba a través de los mecanismos judiciales propios de la defensa de los bienes jurídicos. Ahora bien, hay que señalar que el mantenimiento de tal opción, al considerar que las personas jurídicas eran titulares de bienes jurídicos pero no del derecho al honor, implicaba para ellas el no poder acceder a los mecanismos judiciales específicos ni a los jurisdiccionales propios de la defensa de los derechos fundamentales. Tal es el caso de lo establecido, por ejemplo, en la vía judicial del procedimiento preferente y sumario establecido por el artículo 53.2 CE<sup>(27)</sup>, o en su caso, en la vía jurisdiccional, ante el Tribunal Constitucional, del recurso de amparo<sup>(28)</sup>.

Ante ello el Tribunal Constitucional consideró que el sólo reconocimiento a las personas jurídicas de los bienes jurídicos antes mencionados resultaba a estos efectos, invalidado por inconstitucional al vulnerar derechos fundamentales, por cuanto si bien les garantizaba determinados instrumentos de protección, al desconocer a las personas jurídicas la titularidad de un derecho fundamental les cerraba el acceso a defender sus intereses sociales, y por tanto su buen nombre, reputación, etc., por medio de los procedimientos propios de defensa de tales derechos, especialmente del recurso de ampa-

---

<sup>(27)</sup> La Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (nº 62/1978, del 26 de diciembre, BOE nº 3, del 3 de enero de 1979) es en virtud de lo dispuesto por el segundo apartado de la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (nº 2/1979, del 3 de octubre de 1979, BOE nº 239, del 5 de octubre) la que regula el procedimiento judicial específico de defensa de los derechos fundamentales, en tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo 53.2 CE, lo que no se ha efectuado hasta la fecha. Por su parte el artículo 12.1 de la referida Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales dispone que están legitimados para actuar como demandantes el Ministerio Fiscal y las personas naturales y jurídicas titulares de un derecho subjetivo. Es entonces la previa titularidad del derecho la que habilita el uso de esta vía.

<sup>(28)</sup> Ya hemos señalado que en el ordenamiento jurídico español el Recurso de Amparo tiene como objeto la protección de los derechos comprendidos entre los artículos 14 al 29 más la objeción de conciencia regulada en el artículo 30.2 CE. En este sentido, es también la previa titularidad de uno de aquellos derechos la que posibilita la protección por parte del Tribunal Constitucional mediante el Recurso de Amparo.

ro, al que las personas jurídicas tendrían acceso si se les considera que son titulares del derecho al honor. No son pues dos opciones equivalentes entre las que se pueda escoger, pues el descarte de una de ellas (el desconocimiento de la titularidad del derecho al honor de las personas jurídicas) implica la realización de una inconstitucionalidad al “excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de substrato personalista, y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques e intromisiones en el honor...” STC al Caso *Revista Interviú contra Lo pesan asfaltos* (FJ. 5) <sup>(29)</sup>.

Este criterio de considerar inconstitucional la limitación de la titularidad del derecho al honor para las personas jurídicas, al implicar la negación de poder acceder a los mecanismos constitucionales de defensa de los derechos fundamentales a los que, por el contrario, sí podrían acceder si se les reconociera la titularidad del derecho al honor <sup>(30)</sup> (reconocimiento que como hemos visto anteriormente no resulta incompatible con la naturaleza de tal derecho), se ve reforzado por el Tribunal Constitucional al señalar que:

“Resulta evidente, pues, que, a través de los fines para los que cada persona jurídica ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos:

tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor. En tanto que ello es así, la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena” Caso *Revista Interviú contra Lopesan asfaltos* (FJ. 5).

De esta forma el derecho al honor resulta necesario para las personas jurídicas ya que para alcanzar sus fines sociales han de contar de buena reputación, fama, opinión positiva sobre ellas, y a partir de ello poder acceder a los medios constitucionales que les permitan defender su identidad frente a la divulgación de hechos o informaciones en los que se las difame o se les desmerezca en la consideración de los demás.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

De las líneas que anteceden se desprende la importancia que tiene la titularidad de los derechos fundamentales, en cuanto elemento que determina quién o quiénes

---

<sup>(29)</sup> En este punto la STC al Caso *Revista Interviú contra Lopesan Asfaltos*, como hemos señalado, reproduce como argumento principal lo que en la STC al Caso *Violeta Friedman* se indicaba como *obiter dicta*.

<sup>(30)</sup> Hay que tener presente que el artículo 162.1.b) de la Constitución dispone que están legitimados para interponer el recurso de amparo, «toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo...».

podrán ejercitar cada uno de los derechos, lo que a su vez no puede ser confundido con la mera capacidad o legitimación procesal. Por otra parte, el reconocimiento de la titularidad de un derecho no implica, tampoco, pronunciamiento alguno sobre el fondo del asunto.

La determinación de la titularidad de derechos respecto de las personas jurídicas es un tema complejo y en el cual intervienen múltiples variables, que obligan a analizar cada uno de los derechos a fin de poder determinar los titulares en cada caso concreto. Para ello, y con relación a las personas jurídicas, hay que determinar la compatibilidad de la naturaleza del derecho con la posible titularidad del mismo por parte de tales entidades, así como si el derecho analizado es necesario para la consecución de los fines sociales.

A este respecto, y sobre el especial caso del derecho al honor, debemos destacar que la naturaleza de este derecho resulta compatible con los contenidos de la reputación, buena fama, opinión positiva, bienes jurídicos, generalmente aceptados para las personas jurídicas, así como que el derecho al honor resulta necesario para que ellas puedan defender su identidad frente a la divulgación de hechos o informaciones en las que se las difame o se les desmerezca en la consideración de los demás. Es en aplicación de estos criterios que llegamos a la conclusión de que las personas jurídicas patrimoniales han de ser consideradas como titulares del derecho al honor.



# ACERCA DEL PLAZO DE INTERPOSICIÓN DE LA ACCION ABSTRACTA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EUROPA

JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ  
(España)

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El sentido jurídico del plazo. Su insuficiencia. III. La ausencia de plazo. IV. La existencia de plazo. V. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

El tiempo es una realidad que preside tanto la vida del ser humano individual como el devenir de la sociedad en su conjunto. Los acontecimientos tienen lugar en un espacio temporal concreto, que aparece como un medio homogéneo en el que los eventos se suceden unos tras otros. Toda cosa y todo acontecimiento tienen su duración, por lo que también presentan un tiempo concreto propio, esto es, un tiempo físico. La sucesión temporal supone un extenderse continuo desde el pasado al futuro a través del presente. El tiempo es continuo, ilimitado, infinito, con una sola dirección y una sola dimensión<sup>(1)</sup>. El Derecho, al encargarse de la regulación de la sociedad, también es tributario de semejante articulación temporal, lo cual, pese a su cotidianidad, no deja de presentar puntos problemáticos. En las líneas que siguen pretendemos reflexionar sobre una pequeña dimensión de este inmenso tema. Para ello no podemos dejar de

---

<sup>(1)</sup> Walter Brugger nos indica que “el tiempo es un tipo de duración” y ésta “significa la propia identidad en la existencia”. “Lo que no existe –prosigue–, tampoco dura” (Brugger, Walter, *Diccionario de Filosofía*, Herder, Madrid, 1988, pág. 539). Son múltiples las aproximaciones a la idea del tiempo. Así, encontramos análisis metafísicos, ontológicos, históricos, epistemológicos, psicológicos, físicos, biológicos, lógicos, etc. No parece posible sistematizar todas estas aportaciones y extraer una concepción unificada. En efecto, poco tienen que ver, por poner algún ejemplo, la idea kantiana de tiempo como “forma *a priori* de la sensibilidad” con “el yo es el tiempo” hegeliano o con la noción aristotélica del tiempo como la medida del movimiento según el antes y el después o con el “orden de sucesiones” de Leibniz.

lado la crítica constructiva de la faz iuspositiva y la problematización de la realidad, lo cual forma parte esencial de la ciencia.

Así las cosas, las distintas posibilidades de actuación que ofrece el Derecho en su vertiente sustantiva son estructuradas temporalmente, con lo que entra en escena el Derecho adjetivo. Este resulta imprescindible como garantía de realización y de ejecución de las previsiones sustantivas. El Derecho Constitucional no es ajeno a lo que acabamos de decir. En efecto, las materias reguladas en la Constitución se ven acompañadas de las oportunas especificaciones adjetivas para asegurar su cumplimiento. De este modo, diversos principios constitucionales presentan hoy en día mecanismos adjetivos a su servicio. Una parte importante de ellos integra el denominado Derecho Procesal Constitucional. En su interior nos hallamos con el control jurisdiccional de la constitucionalidad, que persigue la salvaguarda del primero de los principios constitucionales: la supremacía de la Constitución. También suele presentar procedimientos que buscan la defensa de los derechos fundamentales y que tratan de solventar los conflictos entre el Estado y los entes territoriales que lo integran. El Derecho Procesal Constitucional no es un mero apéndice del Derecho Procesal, una especificación, sino que hoy en día ya se nos presenta con rasgos diferenciadores y característicos, con una “idiosincrasia” particular, en expresión de Häberle<sup>(2)</sup>, que lo ve como Derecho Constitucional concretizado. Su contenido debe ser interpretado desde una óptica netamente jurídico-constitucional.

En las reflexiones que siguen nos vamos a centrar en la que podríamos denominar genéricamente acción abstracta de inconstitucionalidad, que recibe distintas denominaciones en los diversos ordenamientos en los que existe. Se trata del denominado en el mundo jurídico germánico *abstrakte Normenkontrolle*. Su existencia es controvertida en algunos casos, pues se considera perturbadora de la buena marcha de la democracia parlamentaria al permitir la continuación de la disputa política fuera del órgano legislativo<sup>(3)</sup>. Sus características son tres: es, como se acaba de decir, una acción abs-

---

<sup>(2)</sup> Häberle, Peter, “Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts”, *Juristenzeitung*, 1976, págs. 451 y sgts.; idem, “Verfassungsprozess als konkretisiertes Verfassungsrecht”, *Juristenzeitung*, 1976, págs. 377 y sgts. Para este autor la estructura del Derecho Procesal Constitucional debe disponerse a la apertura de la Constitución, expresión del paradigma de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución. La interpretación y concreción de la Constitución en los procedimientos especiales del Derecho Procesal Constitucional es parte de la Constitución como proceso público, que impone unas específicas exigencias de racionalidad y aceptabilidad. Una postura que aboga por un Derecho Procesal Constitucional más próximo al Derecho Procesal puede verse en García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Marsol, Trujillo, 1998, y en González Pérez, Jesús, *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1980.

<sup>(3)</sup> De ahí las importantes dosis de politicidad que se le achacan al control abstracto. En este sentido Stone sostiene que al ejercer el control abstracto los tribunales constitucionales se comportan como tercera cámara del Parlamento (Stone, A., *The Birth Of Judicial Politics in France. The Constitutional Council In Comparative Perspective*, Oxford University Press, 1992, pág. 253. A



tracta (análisis de la compatibilidad lógica entre dos normas, la Constitución y el precepto legal cuestionado), por lo que se halla desvinculada de un caso concreto que se sustancie ante los tribunales ordinarios; es una acción directa, no incidental, dado que la pretensión procesal consiste en la impugnación de la inconstitucionalidad de la ley; y es una acción objetiva, pues con ella se persigue defender el interés general y no un interés particular del legitimado activamente, o sea, no se defienden competencias propias del que lo interpone. De esta forma, la legitimación se encuentra, en principio, restringida a una serie de sujetos predeterminados que por la posición y cargo que ocupan están llamados a defender ese interés general. Sólo estas autoridades, políticas o independientes, podrán acudir al Tribunal Constitucional correspondiente. No obstante, la conexión entre carácter objetivo y restricción de legitimación no se produce siempre dado que hay supuestos en los que se puede hablar de acción popular al concederse legitimación a toda persona (Austria, Bélgica, Eslovaquia, Hungría). La acción sigue siendo objetiva porque se entiende que el particular actúa en interés del buen funcionamiento del Estado.

En este sentido, resultan clarificadoras las palabras de Rubio Llorente, por lo que ruego me excuse el lector por la extensión de la cita: “La impugnación de la ley se hace en términos puramente abstractos, sin relación con ninguna aplicación concreta, y frecuentemente antes incluso de que haya sido aplicada a caso alguno y, en consecuencia, interpretada por el juez ordinario”. Y prosigue: “Lo que en el recurso se debate es, por tanto, la adecuación a la Constitución de dos concepciones políticas contrapuestas, una de las cuales, la que sustenta el recurso, niega la legitimidad constitucional de la mantenida por el legislador. La ley se combate no en nombre del derecho lesionado, y ni siquiera a partir del juicio razonado que sobre ella hizo en un caso concreto el juez encargado de aplicarla, sino desde la parcialidad política”<sup>(4)</sup>.

Estas notas de abstracción, objetividad y de carácter directo permiten separar esta competencia de otras también características de los órganos de justicia constitucional, como los específicos procedimientos de defensa de los derechos fundamentales (que son concretos y subjetivos), los conflictos entre órganos y entes territoriales (que presentan una naturaleza subjetiva al defenderse competencias propias del legitimado activamente), y las dudas acerca de la constitucionalidad de una ley que los tribunales ordinarios remiten al Tribunal Constitucional (que son un tipo de control concreto e incidental).

Los supuestos de control previo<sup>(5)</sup> no entran en las consideraciones que ofrecemos a continuación dado que en este tipo de control el sentido del plazo es muy diferente al no

---

este sentir responde parte de la doctrina alemana, que piensa que los debates parlamentarios pueden llegar a finalizar de esta forma: “Wir sehen uns in Karlsruhe wieder” (“nos veremos en Karlsruhe”).

(4) Rubio Llorente, Francisco, “Tendencia actuales de la jurisdicción constitucional”, en *Homenaje académico a Manuel Fraga*, vol. II, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1997, págs. 1419-1420.

(5) Francia, art. 61 de la Constitución de 4 de octubre de 1958 y arts. 17 y sgts. de la Ley Orgánica del Consejo Constitucional, de 7 de noviembre de 1958 —reformada en 1959, 1974 y 1995—

hallarse la norma enjuiciada en vigor<sup>(6)</sup>. La fiscalización se produce tras la aprobación de la ley, pero antes de su promulgación. Además, en algunos casos el examen por parte del órgano de justicia constitucional resulta obligatorio, aunque no automático (leyes orgánicas y reglamentos en Francia en virtud del art. 61 de la Constitución). Tampoco merecen consideración, obviamente, los ordenamientos en los que no existe jurisdicción constitucional (Finlandia, Gran Bretaña, Holanda, Islandia, Luxemburgo) o, de existir, ésta no ostenta competencia sobre una acción abstracta y objetiva de constitucionalidad (en Irlanda, Grecia, Noruega y Suiza<sup>(7)</sup> el juez ordinario, tradicionalmente y dicho con generalidad, controla la constitucionalidad de los actos públicos –entre los que se incluye la ley–; Dinamarca, vía jurisprudencial, y Suecia, tras la reforma de su Constitución en 1975, siguen un modelo similar al norteamericano).

## II. EL SENTIDO JURÍDICO DEL PLAZO. SU INSUFICIENCIA

La necesidad de que las reclamaciones procesales no estén indefinidamente abiertas, lo cual llevaría de forma inexorable a la inseguridad jurídica, determina que las acciones procesales deban ejercitarse en un período temporal determinado. Cada acto procesal debe practicarse o bien en un plazo o período determinado, o bien en un momento concreto para su actuación, que es lo que se conoce en castellano con el nombre de término, figura esta que ahora no nos interesa. En el plazo el acto procesal puede realizarse en cualquiera de los momentos que componen dicho plazo. Sin duda, la seguridad jurídica es uno de los principios claves en el funcionamiento de cualquier sistema jurídico, que, más allá de una mera visión positivista y estrictamente formal del mismo (que sólo exige claridad y precisión de las normas), se ha convertido en un auténtico valor enraizado en el propio Estado Democrático, con un fuerte contenido material lleno de estabilidad y paz social, de seguridad y certeza. El ciudadano debe conocer o tener la posibilidad de conocer las consecuencias jurídicas de sus acciones u omisiones y, de este modo, hacer sus previsiones de futuro y poder situarse en su sociedad. El Derecho debe permitir al conjunto de personas a las que rige una actitud de confianza en su devenir. De este modo, el conocer las calificaciones jurídicas de los hechos que acontecen permite situarse y orientarse en el mundo jurídico. Ha habido autores (Ihering) que han calificado a la seguridad jurídica como el fin último del

---

; Rumanía, art. 144 de la Constitución de 8 de diciembre de 1991 y arts. 17 y sgts. de la Ley sobre la organización y el funcionamiento del Tribunal Constitucional, de 18 de mayo de 1992; y, en parte, Portugal (art. 278 de la Constitución), Hungría (art. 33 de la Ley del Tribunal Constitucional) y Polonia (art. 27.5 de la Constitución), puesto que en estos países también hay control abstracto *a posteriori*.

<sup>(6)</sup> Así, por ejemplo, en Rumanía se establece un plazo de cinco días para las leyes aprobadas por el procedimiento ordinario, y de dos días para las adoptadas por vía de urgencia.

<sup>(7)</sup> Suiza es el primer país europeo que importó, en el siglo XIX, el control difuso norteamericano.

Derecho, para cuyo logro la lucha contra la injusticia aparece como un medio de consecución de dicho fin. Para Legaz y Lacambra, en suma, “el Derecho no ha nacido para rendir culto a la justicia sino para colmar la exigencia de seguridad, de certeza en la vida social”<sup>(8)</sup>.

La existencia de plazos procesales es uno de los elementos claves para la salvaguarda de la aludida seguridad jurídica. Plazos que también están presentes, en general, en el Derecho Procesal Constitucional, y, en particular, en la acción abstracta de inconstitucionalidad. Pero no podemos trasladar sin más las categorías y justificaciones utilizadas por el Derecho Procesal para fundamentar la existencia de semejantes plazos dado que, al hablar de control de la constitucionalidad de las leyes, se produce un salto cualitativo. Estamos, por supuesto, en el ámbito jurídico (los tribunales constitucionales presentan carácter jurisdiccional), pero también en el campo político, que no partidista. Por lo tanto, para tratar de desentrañar de forma cabal el tema que nos ocupa resulta imprescindible completar las reflexiones hechas en este apartado con otra serie de consideraciones ofrecidas en los epígrafes siguientes. Con ello, la explicación en términos jurídicos “tradicionales” (por decirlo de algún modo) resulta insuficiente para hacer suya en su totalidad la dimensión explicativa del fenómeno estudiado. El Derecho Procesal Constitucional, como se indicó más arriba, requiere una óptica en su aproximación y tratamiento que lo individualiza del Derecho Procesal.

### III. LA AUSENCIA DE PLAZO

En algunos supuestos, cuantitativamente los más numerosos en el Derecho Comparado europeo, la interposición de la acción de inconstitucionalidad puede tener lugar en cualquier momento. Por lo tanto, el legitimado activamente no se encuentra constreñido a la necesidad de actuar en un período temporal determinado, con lo que, si es el caso, la oposición parlamentaria o los estados federados opuestos políticamente al poder federal tendrán siempre a su disposición este poderoso instrumento jurídico, que despierta el interés de los medios de comunicación y cuyas consecuencias llegan al predio político y social.

Esta solución parece más acorde, desde el punto de vista exclusivamente técnico, con los efectos de una declaración de inconstitucionalidad en tanto en cuanto ésta suele significar que la normativa es nula (nulidad absoluta y no solamente anulable o nulidad relativa). A pesar de que la original construcción kelseniana preveía la sanción de anulabilidad para las leyes inconstitucionales, en lógico correlato con su concepción de Tribunal Constitucional como legislador negativo (la derogación opera *ad futurum*)<sup>(9)</sup>,

---

(8) Legaz y Lacambra, Luis: *Filosofía del Derecho*, 2ª ed., 1961, pág. 583.

(9) Todos los proyectos de Kelsen de Constitución para la Austria de la primera postguerra, que servirán de base para el proyecto “oficial” elaborado por el Secretario de Estado Mayr, prevén efectos *ex nunc* para las declaraciones de inconstitucionalidad.

este modelo teórico se encuentra desde hace décadas superado. Y ello es debido, en parte, a la incorporación de elementos propios de la tradición norteamericana de control de constitucionalidad, hasta el punto de que hoy la tradicional separación entre sistema concentrado y difuso de control carece de sentido. Así las cosas, la sedimentación de la idea de supremacía de la Constitución como base para eliminar la ley contraria a ella (idea esta que no se encuentra en el esquema de Kelsen sino que procede del mundo jurídico de Estados Unidos) determinó que la sanción debía ser la de la nulidad de pleno derecho, esto es, la de entender que la norma inconstitucional no ha existido nunca. Los efectos de la sentencia que declara tal inconstitucionalidad son, por lo tanto, retroactivos y su naturaleza declarativa<sup>(10)</sup>. La nulidad es un régimen de ineficacia indisponible que viene exigido por la efectividad de la ley imperativa (en este caso la Constitución) en interés de los valores que ésta trata de salvaguardar. Miranda indica que la Constitución al ser fundamento de validez y base de la fuerza intrínseca de la norma en causa, debe prevalecer incondicionalmente desde el momento en que ésta es emitida o en que ocurra la contradicción o disconformidad<sup>(11)</sup>.

De este modo, la inexistencia de plazo de interposición es la consecuencia correcta (insisto, desde el punto de vista técnico-jurídico, no político) de la sanción de nulidad con la que puede acabar ese procedimiento. Si el vicio es tal que hace que la ley afectada se tenga por no existente, si impone una naturaleza declarativa a la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad porque implica sacar a la luz un defecto intrínseco y consustancial a la norma desde su origen, en este orden de cosas no debe cerrarse temporalmente el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad<sup>(12)</sup>. Este razonamiento,

---

<sup>(10)</sup> No obstante, a pesar de que lo dicho es la tónica general, no existe unanimidad en este sentido ni en el campo de la legislación nacional ni en el de la doctrina. El debate se cifra en el efecto *ex tunc* o *ex nunc* de la declaración de inconstitucionalidad. Nosotros, como acabamos de indicar, entendemos que el efecto debe ser *ex tunc* al ser éste más acorde con la actual configuración técnica del tema. Efecto *ex nunc*, en cambio, se defiende, por ejemplo, en Austria y Polonia. De todos modos, lo que siempre se protege son las sentencias firmes anteriores a la declaración de inconstitucionalidad. En este tema no deja de haber opiniones de todo tipo, como la de Brewer-Carías, con la que disintimos, que señala que la nulidad es la garantía de la Constitución que conduce al sistema difuso de control de la constitucionalidad y la anulabilidad es la que conduce al método concentrado (*sic*) (Brewer-Carías, Allan, “La jurisdicción constitucional en América Latina”, en García Belaunde, Domingo, Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997, pág. 136.

<sup>(11)</sup> Miranda, Jorge: *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, Coimbra Editora, 3ª. ed., Coimbra, 1991, pág. 489.

<sup>(12)</sup> En las enmiendas presentadas al proyecto de ley orgánica del Tribunal Constitucional español figura una, la 218, cuyo firmante era el Grupo Andalucista, en la que se proponía que “el recurso de inconstitucionalidad en vía principal o directa ni caduca ni prescribe”. La justificación que se aportaba era la siguiente: “Parece claro que no prescribiendo la nulidad civil mucho menos podrá hacerlo la inconstitucionalidad de las leyes. Igualmente absurdo es someter el recurso contra las mismas a un plazo de caducidad, y mucho menos de la brevedad del contemplado”. Tal enmienda, al

válido para otros ámbitos, tampoco es por sí solo suficiente en el mundo de los contenciosos constitucionales, aunque bien es cierto que tiene una apoyatura inmediata en la mejor salvaguarda del principio de supremacía constitucional. Por lo tanto, es necesario utilizar también otros argumentos.

No obstante, a lo dicho no se puede aplicar en todos sus términos la construcción de la nulidad. En efecto, la nulidad consiste en una ineficacia automática, originaria, estructural, absoluta e insanable. A la que se deriva de la acción de inconstitucionalidad se le pueden aplicar los caracteres de automática (el pronunciamiento judicial es declarativo), originaria e insanable, pero no resulta estructural (originada por un defecto que afecta a alguno de los elementos estructurales de un contrato) ni absoluta (puede ser hecha valer por cualquiera que tenga un interés legítimo, incluso de oficio por el juez). El carácter objetivo de la acción elimina la necesidad del interés del actor y de la actualidad de dicho interés.

La ausencia de plazo también puede verse como más acorde con la naturaleza objetiva y abstracta de la acción analizada. La existencia de plazo puede originar que la disputa entre partidos que se produce al elaborarse la ley continúe en sede de la justicia constitucional. Así, la ausencia de partes litigantes que exige el carácter objetivo llega a relativizarse por el conflicto entre partidos. La carga política de este tipo de juicios logra poner en entredicho semejante carácter objetivo<sup>(13)</sup>. Tal riesgo es sin duda menor cuando no existe plazo. En este sentido se expresa García de Enterría al señalar que “esta posición (control abstracto de normas y proceso objetivo) está facilitada en Alemania por la circunstancia de que este recurso directo no está sometido a plazo”, a lo que añade que “en España, donde la disponibilidad del recurso se limita a tres meses desde la publicación de la ley, en la práctica se visualiza un verdadero conflicto interpretativo de la Constitución entre partidos o entre órganos, aunque el conflicto no se refiera a intereses concretos de los recurrentes; es una prolongación a la vía jurisdiccional de un conflicto interpretativo que se habrá iniciado y debatido al elaborarse la ley”<sup>(14)</sup>.

El ejemplo más importante de ausencia de plazo de interposición lo encontramos, como se acaba de decir, en Alemania. Ni en el art. 93 de la Ley Fundamental de Bonn, 23 de mayo de 1949, ni en la Ley del Tribunal Constitucional Federal, de 12 de marzo

---

margen de la incorrección que presentaba en la medida en que hablaba de prescripción cuando tenía que hacerlo de caducidad, no prosperó y el texto definitivo fijó un plazo de tres meses para la interposición, no alterando, en este punto, lo que establecía el proyecto.

<sup>(13)</sup> Diversas posiciones sobre la elevada politicidad del control abstracto pueden verse en Brage Camazano, Joaquín: *La acción de inconstitucionalidad*, UNAM, México D. F., 1998, págs. 83 y sgts.

<sup>(14)</sup> García de Enterría, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, 3ª ed., Madrid, 1991, pág. 138 (nota 37).

de 1951 (texto actualizado de 11 de agosto de 1993), se encuentra sometido a plazo la acción abstracta de inconstitucionalidad (art. 93.1.2º de la *Bonner Grundgesetz* y arts. 76 y ss. de la *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*).

En Austria tampoco hay plazo para ejercitar el control abstracto de constitucionalidad (art. 140 de la Constitución de 1929 –que procede de la famosa *Oktoberverfassung* del año 20<sup>(15)</sup>– y arts. 62 y ss. de la Ley del Tribunal Constitucional –*Verfassungsgerichtshofgesetz*–, de 1953). Otro tanto sucede con Portugal (art. 281 de la Constitución y 62 de la Ley del Tribunal Constitucional, de 15 de noviembre de 1982), aunque con mayor rotundidad ya que el mencionado art. 62 de la Ley del Tribunal afirma literalmente que “podrán presentarse en cualquier momento las peticiones de examen de inconstitucionalidad” relativas a la fiscalización abstracta sucesiva.

Otros casos en los que existiendo acción abstracta y objetiva no se prevé plazo para su ejercicio son los siguientes: Bulgaria (art. 149.1 de la Constitución de 1991 y Ley del Tribunal Constitucional, de 30 de julio de 1991); Croacia (art. 125 de la Constitución de 22 de diciembre de 1990 y Ley del Tribunal Constitucional, de 21 de marzo de 1991); Eslovaquia (art. 125 de la Constitución de 1 de septiembre de 1992 y arts. 18 y ss. de la Ley sobre la organización del Tribunal Constitucional, los procedimientos ante el Tribunal y el estatuto de sus jueces, de 20 de enero de 1993); Eslovenia (art. 160 de la Constitución de 1991 y arts. 22 y ss. de la Ley del Tribunal Constitucional de 1994); Estonia (art. 152 de la Constitución de 22 de junio de 1992 y art. 10 de la Ley sobre el procedimiento de control judicial de constitucionalidad, de 5 de mayo de 1993<sup>(16)</sup>); Hungría (Ley del Tribunal Constitucional, de 30 de octubre 1989<sup>(17)</sup>); Lituania (art. 105 de la Constitución de de 25 de octubre de 1992 y arts. 63 y ss. de la Ley del Tribunal Constitucional, de 3 de febrero de 1993); Letonia (art. 85 de la Constitución –producto de una enmienda de 5 de junio de 1996– y arts. 18 y ss. de la Ley del Tribunal Constitucional, de 5 de junio 1996); Polonia (art. 188 de la Constitución de 2 de abril de 1997 y arts. 41 y ss. de la Ley del Tribunal Constitucional, de 1 de agosto de 1997); República Checa (art. 87 de la Constitución de 16 de diciembre de 1992 y arts. 64 y ss. de la Ley del Tribunal Constitucional, de 16 de junio de 1993); Rusia (art. 125 de la Cons-

---

<sup>(15)</sup> En los proyectos que Kelsen hizo para esta Constitución su postura es oscilante en este punto porque en el primero y el cuarto se preveían plazos de ocho semanas (cuatro para anunciar la impugnación y cuatro para formalizarla) y en el resto no existía límite de tiempo.

<sup>(16)</sup> En dicho precepto se indica expresamente que toda demanda dirigida al Tribunal Supremo con el objeto de decidir si una ley es conforme a la Constitución “puede ser presentada a partir de la fecha de entrada en vigor de dicha ley”, no haciéndose ulteriores precisiones.

<sup>(17)</sup> En Hungría, donde, como ya hemos señalado más arriba, coexiste control *a priori* y *a posteriori*, se han levantado voces reclamando una reducción de las competencias del Tribunal Constitucional con la finalidad de que preste mayor atención a las que se consideran más importantes: el control *a posteriori* y la interpretación de la Constitución. Se busca, así, reducir la sobrecarga que tiene que soportar y la excesiva politización a la que se ve sometido.

titución de 12 de diciembre de 1993 y arts. 36 y ss. de la Ley constitucional sobre el Tribunal Constitucional, de 24 de junio de 1994); y Ucrania (art. 150 de la Constitución de 28 de junio de 1996 y arts. 38 y ss. de la Ley relativa al Tribunal Constitucional de Ucrania, de 16 de octubre de 1996).

Creemos correcto afirmar que la influencia germana ha sido determinante a la hora de configurar los nuevos tribunales constitucionales de Europa Central y Oriental, tribunales que están llamados a jugar un papel esencial en la consolidación democrática de unas sociedades que han salido de décadas de autoritarismo. Un ejemplo de esta influencia es, como se puede ver, el tema que ahora nos ocupa. Como indica Häberle, el Tribunal Constitucional alemán, tanto en conjunto como respecto a alguno de sus aspectos específicos (organización, procedimiento, función y jurisprudencia), se ha considerado “modelo fuera de Alemania, en especial en Europa, sobre todo desde que los países del este han emprendido la tarea de construir el Estado Constitucional mediante procesos de transformación en parte dolorosos”<sup>(18)</sup>.

#### IV. LA EXISTENCIA DE PLAZO

A diferencia de lo visto en el apartado precedente, en otros ordenamientos europeos está fijado un plazo para la interposición de la acción de inconstitucionalidad. Con él no sólo se trata de servir al mencionado principio de seguridad jurídica sino también se busca evitar situaciones políticas inestables puesto que la ausencia de plazo pone de modo indefinido en manos de la oposición un instrumento de ataque a la mayoría parlamentario-gubernamental que ha aprobado la ley. Las leyes, de lo contrario, siempre estarían sometidas a una eventual impugnación, que las sumiría en una provisionalidad continua. En un sentido similar se expresa Jiménez Campo cuando, al comentar el plazo que existe en España, indica que se trata de “una limitación temporal del todo coherente con el origen político del recurso de inconstitucionalidad —la acción abstracta española— en nuestro Derecho, pues el debate político-constitucional así encauzado debe tener, en garantía de la propia posición de la ley, un término cierto”<sup>(19)</sup>. En esta línea, Almagro Nosete ve elementos políticos en la conveniencia de plazo al entender que, dado el carácter preferentemente político de los órganos legitimados para interponer la acción, “pudiera ocurrir que los cambios que se operaran en los titulares de los mismos fueran influyentes con el transcurso del tiempo para promover, más por razones políticas que jurídicas, recursos directos de inconstitucionalidad”. A lo que añade: “Siempre estará a disposición de los órganos legislativos el ejercicio de la facultad de derogar

---

(18) Häberle, Peter: “El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional”, en García Belaunde, Domingo, Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en América Latina*, op. cit., pág. 233.

(19) Jiménez Campo, Javier: “Consideraciones sobre el control de la constitucionalidad de la ley en el Derecho español”, en *La jurisdicción constitucional en España*, CEC, Madrid, 1995, pág. 82.

leyes, modificarlas o dictar otras nuevas, sin necesidad de acudir a remedios como el recurso de inconstitucionalidad”<sup>(20)</sup>.

A mayor abundamiento, y ya desde una óptica no política, cabe mencionar la bondad de la existencia de un plazo para impedir una situación tan sumamente perturbadora como la que vendría originada por la impugnación futura de una ley asentada y aceptada de manera plena en el tráfico social para el que fue destinada. Cuanto más se demore en el tiempo tal impugnación más efectos negativos provocará en las relaciones jurídicas suscritas al amparo de la ley impugnada.

La limitación *ratione temporis* hace que la acción abstracta aparezca, en opinión de Jiménez Campo, “como una oportunidad de los legitimados para combatir la constitucionalidad de la ley, oportunidad que, caso de ser desaprovechada, hace inatacable la ley a través de este mismo cauce”<sup>(21)</sup>. De esta forma, en tales ordenamientos, transcurrido el plazo fijado sin actuar se cierra la posibilidad de acceso por la vía de la acción abstracta al Tribunal Constitucional, lo que no quiere decir que éste no pueda llegar a enjuiciar esa ley dado que pueden existir otras vías, en especial la acción concreta de inconstitucionalidad. Dicha acción, más aséptica políticamente, es elevada por un tribunal ordinario al constitucional cuando se le presenta una duda acerca de la constitucionalidad de la ley que va a aplicar al caso que está resolviendo. La apertura temporal indefinida de la acción concreta forma parte de su misma naturaleza en tanto en cuanto busca ser un cauce de depuración continua del ordenamiento en el que existe. También pueden utilizarse, con el objeto de examinar una ley que no se recurrió vía acción abstracta, conversiones procesales en conflictos de atribución o competencia o lo que se llama en España autocuestión de inconstitucionalidad. La imposibilidad de enjuiciar una ley a través de la acción abstracta una vez agotado el plazo es una imposibilidad formal. Alude a la ley en sí y no a su contenido. Así las cosas, una ley ulterior que repitiese normas de una ley anterior no recurrida sí podría ser llevada al Tribunal Constitucional por medio del control abstracto.

Este plazo es un plazo de caducidad, y no de prescripción, por lo que no puede ser interrumpido. La caducidad, que se sitúa en el terreno del Derecho sustantivo, es el efecto que se produce cuando no se insta el proceso durante el tiempo que el ordenamiento señala para ello. En el campo del Derecho Privado se tiene dicho, de manera válida para nosotros en este momento, que la caducidad protege un interés general<sup>(22)</sup>, a diferencia de la prescripción que protege intereses particulares. De esta forma, el transcurso del plazo de caducidad se apreciará de oficio sin necesidad de ser alegado por las

---

<sup>(20)</sup> Almagro Nosete, José: *Justicia constitucional*, Tirant lo blanch, Valencia, 1989, pág. 202.

<sup>(21)</sup> Jiménez Campo, Javier: “Consideraciones...”, *op. cit., ibidem*, pág. 81.

<sup>(22)</sup> Ese interés general es “el interés comunitario en la pronta certidumbre de una situación jurídica, que se encuentra pendiente de una posible o eventual modificación” (Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Tecnos, 7ª ed., Madrid, 1989, pág. 481).



partes. En ocasiones se diferencia entre los plazos para el ejercicio de acciones (que sería el caso ahora contemplado) y los plazos para la realización de actos procesales en un proceso ya iniciado. A estos últimos se conecta la idea de preclusión, idea que es diferente a la de caducidad puesto que aquélla es de Derecho adjetivo y ésta sustantivo.

Como *dies a quo*, es decir, como inicial del cómputo, se puede tomar, en principio, una de estas tres fechas: promulgación (sanción), publicación o entrada en vigor de la ley impugnada. Estas posibilidades pueden verse en la práctica reducidas por coincidencia temporal. La solución más extendida es la de la publicación. Optar por la promulgación no parecería adecuado en casos en los que hoy ha perdido sentido. Así, en una monarquía parlamentaria la promulgación aparece como un acto debido que coincide con la sanción real y sobre la que el monarca no tiene disponibilidad. En cambio, en un régimen republicano aún puede resultar operativa como arma política de un presidente que ostenta discrecionalidad respecto a la función legislativa. Pero, en todo caso, tampoco sería la comunicación solemne y el mandato de cumplimiento de antaño.

Al tomar como referencia la publicación pueden plantearse problemas cuando las leyes se publican en dos instrumentos oficiales distintos, por lo general uno perteneciente al Estado central y otro al ente dotado de autonomía. En esta tesitura habrá que estar a lo que disponga el ordenamiento concreto de que se trate con relación a la publicación que perfecciona la eficacia de la norma, que será la que se tome como *dies a quo*. En España, respecto a las leyes autonómicas, se ha optado por el diario oficial de la Comunidad Autónoma, que marca el punto de partida de todos los efectos jurídicos de la norma (Auto del Tribunal Constitucional 179/1989, de 28 de noviembre). La publicación en el diario oficial de cada comunidad concede plena eficacia. La segunda publicación en el Boletín Oficial del Estado tiene efectos puramente instrumentales o para reforzar la publicidad material. Para los reglamentos parlamentarios, se tiene en cuenta el Boletín Oficial del Estado, y no el boletín de la Cámara, dado que aquél es el que determina los efectos fuera del ámbito interno de esa Cámara.

La medición del período de tiempo que dura el plazo, dicho ahora sólo en términos generales y sin introducirnos en particularidades de cada ordenamiento, variará en función de las unidades que lo integran, esto es, los plazos fijados por días, en principio, empiezan a correr al día siguiente al inicial del cómputo descontándose los inhábiles, y los establecidos por meses se cuentan por meses naturales sin excluir los inhábiles. El último día del plazo no podrá ser inhábil, y si lo es en un plazo señalado por meses habrá que entenderlo prorrogado al siguiente día hábil. Normalmente, las leyes que regulan los tribunales constitucionales remiten a la legislación procesal ordinaria para la determinación de estas cuestiones.

Al objeto de proceder al análisis de estos casos hemos considerado oportuno llevar a cabo una clasificación basada en la duración de dicho plazo. Con esta variable entendemos que sólo resulta operativo distinguir dos únicos tipos: los plazos “cortos” y los plazos “largos”. Otra suerte de clasificación, con más elementos, no parece tener valor

interpretativo para el fin que perseguimos, que no es otro que determinar las consecuencias del establecimiento de un plazo. Parece que en uno y otro supuesto el sentido y alcance del plazo resulta un tanto diferente.

A pesar de lo dicho, no hay que olvidar que la fijación de un plazo determinado puede no tener ninguna significación especial, al margen de la que viene dada por la existencia del plazo en sí, con lo que la clasificación propuesta supondría, para esos supuestos, una falacia, al carecer de virtualidad explicativa. Además, fijar la frontera entre lo que es un plazo “corto” y uno “largo” posee elevadas dosis de relatividad que únicamente pueden soslayarse acudiendo a datos subjetivos, y pidiendo disculpas por anticipado si se entiende que la fijación de ese lindero resulta demasiado forzada y carente de fundamento objetivo. El límite lo hemos fijado en tres meses. En todo caso, siempre quedan los motivos didascálicos para justificar la clasificación propuesta.

## 1. Plazo “corto”

Dejando ya atrás las precisiones anteriores, diremos que los plazos de interposición iguales o menores de tres meses los introducimos en la categoría de plazos “cortos”. En principio, la opción por un plazo “corto” facilita que la disputa política entre la mayoría parlamentario-gubernamental y la oposición en torno a la norma legal cuya constitucionalidad se examina continúe en el órgano de justicia constitucional. Así, tal disputa sale de la arena que le es propia para llevar a cabo un conjunto de presiones que, dependiendo del contexto y de las distintas correlaciones de fuerzas, puede llegar a ser disfuncional en extremo. En este sentido, se tiene indicado que limitar el control abstracto sucesivo a un plazo muy breve lo aproxima al control preventivo. Y en él, según Fromont, al desarrollarse el procedimiento en el marco del proceso de elaboración de la norma, “le lien avec le contentieux du fonctionnement des pouvoirs publics est particulièrement étroit”<sup>(23)</sup>. La aproximación al control preventivo se ve reforzada si existe la posibilidad de ordenar la suspensión de la aplicación de la ley bajo sospecha<sup>(24)</sup>.

No obstante, semejante riesgo debe saber sobrellevarlo el juez constitucional en la medida en que sus decisiones, además de jurídicas, son también políticas. He aquí la necesidad de una adecuada formación de los integrantes de los tribunales constitucionales. Esta formación tiene que ir más allá que la del juez ordinario porque, como apunta sagazmente Bachof, “la labor, llena de responsabilidad, de interpretación normativa de la Constitución y de protección de su sistema de valores, necesita una instancia especializada en estas cuestiones, requiere personas de notoria experiencia en cues-

---

<sup>(23)</sup> Fromont, Michel: *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, París, 1996, pág. 70. En el control preventivo también ve que la protección de los valores constitucionales se halla en un segundo plano.

<sup>(24)</sup> Marcou, Jean: *Justice constitutionnelle et système politiques*, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 1997, pág. 99.

ciones de Derecho y de práctica constitucionales; una experiencia —en definitiva— que no tiene el juez ordinario, ni puede tenerla”<sup>(25)</sup>. El juez constitucional debe ser consciente de las implicaciones y consecuencias que tiene su labor.

En otro orden de cosas, puede verse que el plazo “corto” imposibilita fácticamente dos acciones abstractas sucesivas cuyo objeto sea la misma disposición. No obstante, bien es verdad que hay ordenamientos en los que esta posibilidad ya está vedada legalmente<sup>(26)</sup>.

Asimismo, un plazo excesivamente “corto” puede dificultar la preparación seria y rigurosa de la acción que se quiere interponer. En opinión de Brage Camazano jugaría en contra de la bondad de un plazo corto “la necesidad de sopesar en frío las ventajas e inconvenientes que podrían derivarse del ejercicio de la acción”<sup>(27)</sup>. Para precisar estas ideas habría que analizar las circunstancias de cada caso concreto, tanto relativas a la dificultad y complejidad del asunto en sí como a las posibilidades de los legitimados. Una reflexión de índole genérica como la que estamos haciendo ahora no puede ir más allá en este punto.

Un plazo de este tipo lo encontramos en España, en donde el art. 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece tres meses a partir de la publicación de la ley para la interposición del llamado “recurso de inconstitucionalidad”. Como justificación para tomar la fecha de la publicación como *dies a quo* se tiene argüido que al depender “el recurso de inconstitucionalidad de la vigencia de la norma, el plazo de interposición sólo puede empezar a contar a partir del momento en que aquella norma tiene capacidad para producir efectos jurídicos”<sup>(28)</sup>.

Igualmente, en Turquía se prevé, en el art. 151 de la Constitución de 7 de noviembre de 1982 (modificada en 1995), un plazo de sesenta días a partir de la publicación de la ley. Este plazo se reitera en el art. 22 de la Ley sobre la organización y el funcionamiento del Tribunal Constitucional, de 10 de noviembre de 1983. En este precepto se reduce a diez días el plazo cuando lo que se está recurriendo es una enmienda

---

<sup>(25)</sup> Bachof, Otto: *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1987, pág. 55.

<sup>(26)</sup> V. gr. España, en donde el art. 38.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 3 de octubre de 1979, preceptúa que “las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión en la misma, vía, fundado en infracción de idéntico precepto constitucional”.

<sup>(27)</sup> Brage Camazano, Joaquín: *La acción de inconstitucionalidad*, UNAM, México D. F., 1998, pág. 206. En este mismo lugar cita a Carpizo, que comenta la brevedad del plazo de interposición de la acción en México: “Realizar un estudio constitucional serio y profundo bien puede necesitar un plazo mayor y también probablemente, antes de ejercitar la acción, sea conveniente escuchar opiniones y el debate, en su caso, de los principales constitucionalistas del país”.

<sup>(28)</sup> García Martínez, Asunción: *El recurso de inconstitucionalidad. El proceso directo de inconstitucionalidad*, Trivium, Madrid, 1992, pág. 165.

constitucional. En Bélgica, siendo el plazo ordinario, como veremos, un plazo “largo”, existe un supuesto especial en el que la acción debe ejercitarse durante los sesenta días posteriores a la publicación de la norma. Se trata de normas por las cuales un tratado internacional es objeto de asentimiento (art. 3.2 de la Ley Especial del Tribunal de Arbitraje, de 7 de enero de 1989). En Italia, pese a que no existe propiamente la acción de inconstitucionalidad que venimos examinando, podemos citar algún procedimiento que permite enjuiciar leyes, procedimiento ya inserto en los predios de la distribución territorial de competencias (por lo tanto, aunque tendrá, como la acción de inconstitucionalidad, naturaleza abstracta y directa, es subjetivo, no objetivo como dicha acción). Así, se fija un plazo de treinta días, contados a partir de la publicación en la *Gazzetta Ufficiale*, para que los gobiernos regionales (y los de las provincias autónomas de Trento y Bolzano) acudan a la *Corte Costituzionale* con el objeto de aducir la inconstitucionalidad de las leyes del Estado que invaden el ámbito de competencia de la propia región (art. 32 de la Ley por la que se aprueban normas sobre la Constitución y el funcionamiento del Tribunal Constitucional, de 11 de marzo de 1953). De idéntico modo, el Estado y las regiones podrán impugnar las leyes de otras regiones dentro de los sesenta días que siguen a su publicación en el respectivo boletín oficial (art. 39 de la Ley citada).

## 2. Plazo “largo”

Los plazos de interposición superiores a tres meses los incluimos en la categoría de “largos”. Cuando ello es así, el peligro de la continuación de la disputa política en el terreno del contencioso constitucional, aun siendo existente por la presencia de un plazo y por la propia dinámica del control abstracto, se reduce y, por lo tanto, también las presiones son, en teoría, menores. El simple transcurso de un mayor período de tiempo desde que se produjo el debate parlamentario lleva a la afirmación precedente, aunque, sin duda, ese transcurso temporal no es el elemento verdaderamente decisivo a la hora de evitar posibles presiones políticas o, al menos, no es tan determinante como otras variables (la trascendencia del asunto, su propia naturaleza, el momento por el que pasa la disputa partidista, la actitud de los “*mass media*”, etc.) No obstante, el mayor distanciamiento temporal coadyuvará, en todo caso, a enfriar la polémica política que se hubiera generado meses atrás.

Como ejemplo podemos traer a colación a Bélgica, cuyo control directo (*recours en annulation*, art. 142 de la Constitución, cuyo texto refundido data del 17 de febrero de 1994) deber ser ejercitado en el plazo de seis meses<sup>(29)</sup> a partir de la publicación de la norma enjuiciada (ley, decreto o una de las normas previstas en el art. 134 de la Constitución), salvo el caso especial citado más arriba de las normas por las cuales un

---

<sup>(29)</sup> Antes de 1989, con la anterior ley que regulaba el Tribunal de Arbitraje, ley que databa de 1983, el plazo era de un año desde la publicación de la norma (art. 2.1).

tratado internacional recibe asentimiento (art. 3.1 de la citada Ley Especial del Tribunal de Arbitraje). Además, existen tres supuestos excepcionales en los que se abre un nuevo plazo de seis meses, a saber: primero, cuando se interpone la acción de inconstitucionalidad contra una norma que tiene el mismo objeto que la recurrida en el plazo ordinario y que ha sido aprobada por un legislador diferente al que había adoptado la anterior; segundo, cuando el Tribunal, resolviendo una cuestión prejudicial, declaró que la norma impugnada viola el art. 10 (igualdad de los belgas ante la ley), 11 (no discriminación) o 24 de la Constitución (libertad de enseñanza); y tercero, cuando el Tribunal anuló una norma que tenía, en todo o en parte, el mismo objeto de la ahora impugnada en el plazo especial y que había sido aprobada por un legislador diferente al que adoptó la norma anulada. El día inicial del cómputo varía de unos supuestos a otros: en el primero, la fecha de publicación en el “*Moniteur belge*” de la notificación que indica el autor y el objeto de la acción de inconstitucionalidad; y en el segundo y en el tercero, la fecha de notificación de la sentencia dada por el Tribunal, según el caso, al Primer Ministro y a los presidentes de los ejecutivos. En estos supuestos excepcionales la legitimación no es tan amplia al quedar limitada al Consejo de Ministros y al ejecutivo de una comunidad o de una región, a diferencia de lo que sucede en los casos ordinarios en los que también se extiende a los presidentes de las asambleas legislativa (a petición de dos tercios de sus miembros) y a todo individuo que justifique un interés en recurrir, sea persona física o jurídica. Igualmente, se prevé que el Tribunal, en asuntos de menores e incapacitados, puede librar a éstos de la caducidad que produciría el transcurso del plazo cuando se prueba que su representación no había sido asegurada antes de la expiración de dicho plazo (art. 120 de la Ley Especial del Tribunal de Arbitraje).

Anteriormente también era reseñable el caso de Polonia, en donde se fijaba un plazo de cinco años desde la publicación de la norma para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Sin embargo, la ley que contenía esta previsión, de 29 de abril de 1985 (el artículo del plazo era el 24), ha sido derogada por el art. 92 de la Ley de 1 de agosto de 1997, ley que desarrolla las previsiones acerca del Tribunal Constitucional regulado en los arts. 188 y ss. de la Constitución de 2 de abril de 1997. Esta nueva normativa, como ya se reflejó más arriba, ya no prevé plazo de interposición.

## V. CONCLUSIONES

Como se ha puesto de relieve, el Derecho Comparado ofrece en Europa soluciones diversas y diferentes en lo que ahora nos ocupa. En la mayoría de los ordenamientos no se prevé plazo alguno, detrás de lo cual vemos con claridad la influencia del sistema alemán. Por contra, en algunos casos, el contencioso constitucional se trata de ordenar y encuadrar temporalmente desde antes de su propio nacimiento a través del establecimiento de un plazo para la interposición de la acción correspondiente, en nuestro caso de la acción abstracta de inconstitucionalidad. Con este proceder, en principio, se intenta dar respuesta a una lógica exigencia de seguridad jurídica. Ello no es óbice para

atribuir una lectura de otro signo a la existencia de dicho plazo, lectura que se añadiría a la realizada en clave de seguridad jurídica. De este modo, el plazo, además de eliminar la sensación de provisionalidad que podría dar a la ley su inexistencia, permite que la interposición de susodicha acción no sea un arma que se encuentra de manera indefinida en las manos de la oposición política, lo cual podría llegar a ser un factor demasiado elevado de inestabilidad política y crispación.

Jugando en contra de la necesidad del plazo también existen varios argumentos. Así, en primer lugar, se halla el hecho de que la continuación de la disputa político-partidista se vería favorecida por la existencia de un plazo, especialmente por un plazo “corto”. El plazo “largo”, aun favoreciendo también dicha disputa, no lo haría con la intensidad que provoca el plazo “corto”. De igual modo, este plazo para incoar el proceso constitucional por esta vía, no deja de despertar dudas desde una óptica técnico-jurídica. Si la gravedad del vicio de inconstitucionalidad, por mor de la misma supremacía jerárquica de la Carta Magna, es tal que merece una respuesta por parte del ordenamiento cifrada en términos de nulidad, la solución más correcta en este sentido es mantener siempre abierta la posibilidad de interponer la acción de inconstitucionalidad a los legitimados activamente. Así se aseguraría mejor la hipotética limpieza de ese tipo de vicios. No obstante, como queda dicho, esto no sucede en muchas ocasiones, por lo que en tales supuestos la construcción del instituto de la acción de inconstitucionalidad presenta, en este sentido, incorrecciones técnicas <sup>(30)</sup>.

Frente a ello puede argumentarse, volviendo de nuevo en defensa de la existencia de plazo, que, precisamente porque la sanción es de especial gravedad, debe encuadrarse temporalmente la posibilidad de ejercicio de la acción. A ello hay que añadir la importancia de la norma enjuiciada, una norma con rango de ley. Si siempre existe el riesgo de poner su validez en tela de juicio, la inseguridad generada sería muy elevada (imagínese la situación de una ley que produce efectos durante años y que después se declara inválida). Evidentemente, la retroactividad de la declaración de inconstitucionalidad se limita ante los efectos de cosa juzgada, pero aún así el caso seguiría siendo perturbador. Ello lleva, como se ha visto, a la conveniencia no sólo política sino también jurídica del plazo de interposición. Sin embargo, este mismo argumento también tienen réplica en algunos supuestos ya que allí donde existe una acción concreta de inconstitucionalidad la posibilidad de que los jueces eleven sus dudas al Tribunal Constitucional está indefinidamente abierta, como no podía ser de otro modo en función de la naturaleza de esta figura. Por lo tanto, en estos casos sigue

---

<sup>(30)</sup> También existen otros procedimientos que pudiendo acabar con la sanción de nulidad están sometidos a plazos de interposición. Es el caso de la impugnación de normas reglamentarias por la jurisdicción ordinaria. En España se conceden dos meses contados desde la publicación de la norma (art. 44 de la Ley regulador de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 13 de julio de 1998).

existiendo siempre el riesgo de que se elimine la norma legal. Así las cosas, la limitación de los efectos retroactivos es esencial para la garantía de la seguridad jurídica.

Como es sabido, existen ordenamientos en los que el control de constitucionalidad de las normas legales no va a estar limitado temporalmente ni por la acción abstracta ni, claro está, por la acción concreta. La sensación de provisionalidad que ello genera en el entramado normativo va a ser importante. En los ordenamientos en los que, existiendo acción concreta, la abstracta esté sometida a plazo de interposición, esa permanente percepción de provisionalidad será mucho menor o, incluso, inexistente. Puede decirse, con Almagro Nosete, que imperan dos criterios en principio opuestos. “Ambos criterios obedecen a sistemas de justicia constitucional diferentes que se yuxtaponen por razones pragmáticas (...) pero la cuestión debe abordarse con un sentido de utilidad social a la que el Derecho sirve, con independencia de las construcciones doctrinales puras”<sup>(31)</sup>.

En definitiva, son diversos los pros y los contras de la existencia de plazo de interposición. Sopesando unos y otros nos inclinamos por la conveniencia de dicho plazo. Amparamos la incorrección técnica que ello implica con relación a la sanción de nulidad en las peculiares características y necesidades a las que responde el Derecho Procesal Constitucional. Este es un ejemplo de cómo, al examinar temas de Derecho Procesal Constitucional, se hace necesario utilizar una óptica interpretativa específica que lo individualiza y lo dota de caracteres propios.

La conveniencia del plazo la basamos en razones jurídicas y políticas: primero, en la seguridad jurídica; segundo, en el rechazo de la provisionalidad continuada que supondría su inexistencia; y, tercero, en la necesidad, valorada desde un punto de vista jurídico-político, de que la acción abstracta de inconstitucionalidad no sea un instrumento permanente en las manos de los legitimados para su interposición. El plazo evita esta posibilidad, plazo que *de lege ferenda* es preferible “largo” para así tratar de atenuar el elevado riesgo de la continuación del enfrentamiento partidista en el propio proceso constitucional. Esta idea resulta siempre suscribible habida cuenta la potencial carga de elevada politicidad que ostenta el control abstracto.

---

<sup>(31)</sup> Almagro Nosete, José: *Justicia constitucional*, op. cit., pág. 202.





# LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS EN LA ‘L’ CONMEMORACIÓN DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS

ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO  
(España)

**SUMARIO:** I. Planteamiento. II. La universalidad en la génesis de los derechos humanos. III. La universalidad y sus enemigos. IV. Las buenas razones del universalismo. V. Conclusión: la universalidad como principio y como resultado. VI. Bibliografía.

## I. PLANTEAMIENTO

El curso incesante de los tiempos, en que se explicita la historia, nos sitúa año tras año ante la evocación de determinadas efemérides. Una de ellas, relevante para quienes sienten un compromiso solidario hacia la humanidad oprimida, es la que conmemora el Aniversario de la *Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*. Se cumplen con éste cincuenta años desde que, en un diez de diciembre de 1948, la Asamblea General de la ONU promulgara esta Carta universal de libertades.

El recuerdo de esa fecha suscita sentimientos de contrapuesto signo. De un lado, conforta comprobar la creciente instalación del espíritu que informó ese texto en la conciencia cívica de los hombres y de los pueblos. Pero, ese logro se ve contrapuntado por un hecho insoslayable: la marginación de grandes sectores de la humanidad del goce pleno de los derechos y libertades allí proclamados. La Declaración sigue, por tanto, siendo una bella promesa incumplida para importantes sectores de la humanidad todavía no emancipados de la dominación, el temor, el hambre o la ignorancia.

Conviene llamar la atención sobre el calificativo que adjetiva y define el texto de Naciones Unidas. Se trata del carácter de su “universalidad”. Es necesario no resbalar

sobre este punto porque, como la doctrina internacionalista ha subrayado certeramente, ese rasgo representaba una prolongación de los ideales conformadores de la génesis de la Carta fundacional de San Francisco y de los propios Tribunales de Nuremberg. Con esa dimensión de universalidad se quería afirmar, sin resquicio a dudas, que la protección de los derechos humanos y, consiguientemente, su violación no constituían ámbitos reservados a la soberanía interna de los Estados (a tenor de las célebres tesis del *domaine réservé*, o de su versión anglosajona de la *domestic question*, sino problemas que afectan a toda la humanidad) (*vid.*, por todos, Carrillo Salcedo, 1995, 77 ss.; Truyol y Serra, 1981, 145 ss.).

En fecha reciente se ha indicado que la universalidad es una cuestión de importancia prioritaria por afectar al propio núcleo o “corazón” de los derechos humanos (Imbert, 1989, 2). Quizás, por ello mismo, se trata de una cuestión difícil y controvertida. Consciente de ello, dividiré su planteamiento en tres aspectos, que abordaré en aproximación sucesiva:

- 1) La universalidad como elemento constitutivo de la génesis de la idea de los derechos humanos;
- 2) Las diferentes tesis que coinciden en impugnar la universalidad en nuestro tiempo;
- 3) El carácter de universalidad como rasgo básico del concepto de los derechos humanos y, por tanto, la respuesta a las críticas avanzadas en su contra.

## II. LA UNIVERSALIDAD EN LA GÉNESIS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos, en contra de lo que en ocasiones se sostiene, constituyen una categoría histórica. Nacen con la Modernidad en el seno de la atmósfera intelectual que inspirará las revoluciones liberales del siglo XVIII. Los derechos humanos son, por tanto, una de las más decisivas aportaciones de la Ilustración en el terreno jurídico y político (Peces-Barba, 1995).

Son ingredientes básicos en la formación histórica de la idea de los derechos humanos dos direcciones doctrinales que alcanzan su apogeo en el clima de la Ilustración: el iusnaturalismo racionalista y el contractualismo. El primero, al postular que todos los seres humanos desde su propia naturaleza poseen unos derechos naturales que dimanen de su racionalidad, en cuanto rasgo común a todos los hombres, y que esos derechos deben ser reconocidos por el poder político a través del derecho positivo. A su vez, el contractualismo, tesis cuyos antecedentes remotos cabe situar en la sofística y que alcanza amplia difusión en el siglo XVIII, sostendrá que las normas jurídicas y las instituciones políticas no pueden concebirse como el producto del arbitrio de los gobernantes, sino como el resultado del consenso o voluntad popular.

Ambas concepciones tienen en común el postular unas facultades jurídicas básicas comunes a todos los hombres. Por tanto, el rasgo básico que marca el origen de los derechos humanos en la modernidad es precisamente el de su carácter universal; el de

ser facultades que deben reconocerse a todos los hombres sin exclusión. Conviene insistir en este aspecto, porque derechos, en su acepción de *status* o situaciones jurídicas activas de libertad, poder, pretensión o inmunidad (Hohfeld, 1991) han existido desde las culturas más remotas, pero como atributo de sólo alguno de los miembros de la comunidad. Se ha hecho célebre al respecto la tesis sobre la evolución jurídico-política de la humanidad avanzada por Hegel, a tenor de la cual en los imperios orientales sólo un hombre (el Faraón, el Sátrapa, el Emperador...) era libre. En el mundo clásico greco-latino algunos hombres serán libres, si bien persistirá la esclavitud, es decir, la no libertad para otros muchos seres humanos. Sólo en el marco de la cultura germano-cristiana tomará cuerpo el principio de la libertad para todos los hombres (1821, §§ 341 ss.). Pues bien, resulta evidente que sólo a partir del momento en el que pueden postularse derechos de todas las personas es posible hablar de derechos humanos. En las fases anteriores se podrá hablar de derechos de príncipes, de etnias, de estamentos o de grupos, pero no de derechos humanos en cuanto facultades jurídicas de titularidad universal. El gran invento jurídico-político de la modernidad reside, precisamente, en haber ampliado la titularidad de las posiciones jurídicas activas, o sea, de los derechos a todos los hombres; y, en consecuencia, de haber formulado el concepto de los derechos humanos.

Corroboran esta tesis algunos textos básicos en los que se plasman los ideales de la revolución burguesa y, consiguientemente, de la génesis del Estado liberal de Derecho. Con ligeras variantes terminológicas la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, ambos de 1776, o bien la célebre Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano promulgada por la Asamblea constituyente francesa en 1789, proclaman enfáticamente que todos los hombres, desde su nacimiento, poseen algunos derechos como la libertad o la igualdad, que ningún poder político puede negar o desconocer. Se trata de derechos innatos, imprescriptibles, inviolables y, en definitiva, universales (*vid.*, sobre todo ello Pérez Luño, 1995a, 114 ss.).

Se refuerza también la tesis del carácter básico de la idea de universalidad en la génesis de los derechos humanos, si tenemos presente el pensamiento de uno de los autores clave de la filosofía jurídico-política de la Ilustración, de un pensador que en cierto modo resume y culmina la cultura de ese periodo: Immanuel Kant. Kant sitúa en el centro de su filosofía moral la idea de la universalidad. Su imperativo categórico obligará a actuar a partir de reglas universalizables. Lo que hace que unas reglas de conducta sean morales; lo que distingue, en definitiva, la auténtica de la falsa moralidad es el que sus principios sean susceptibles de universalización (Kant, 1985).

Kant realiza una transposición de estas ideas al plano jurídico-político en dos de sus más relevantes opúsculos. En sus *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita*, que data de 1784, pretenderá responder a la concepción de la historia avanzada por Herder. Para éste la historia consistía en el descubrimiento de las propias señas de identidad de cada pueblo en el tiempo, mientras que para Kant la historia supondrá la

elucidación racional de los rasgos constitutivos del género humano. Kant apunta que lo que la razón desvela como rasgos informadores básicos del género humano, aquello que permite considerar a todos los hombres como miembros de una gran familia ideal, es la sociabilidad. Esa sociabilidad se manifiesta en cada persona como una tendencia racional hacia el cosmopolitismo (Kant, 1784; *cf.*, Truyló y Serra, 1996, 137 ss.).

Esta tesis será desarrollada por el propio Kant en su monografía sobre *La paz perpetua* de 1795, en la que aboga por una ciudadanía universal y una hospitalidad cosmopolita como fundamentos de una paz sólida entre los hombres y los pueblos (Kant, 1795).

### III. LA UNIVERSALIDAD Y SUS ENEMIGOS

La idea de universalidad que, como se desprende de lo expuesto, constituyó un presupuesto fundamental de la propia génesis de los derechos humanos en la modernidad, es objeto en el presente de una serie de recelos, críticas e impugnaciones cuya referencia resulta aquí insoslayable. Nunca como hoy se había sentido tan intensamente la necesidad de concebir los valores y derechos de la persona como garantías universales, independientes de las contingencias de la raza, la lengua, el sexo, las religiones o las convicciones ideológicas. Se siente hoy con mayor intensidad que en cualquier etapa histórica precedente la exigencia de que los derechos y las libertades no se vean comprometidos por el tránsito de las fronteras estatales. Estos requerimientos vienen impuestos por esos procesos de mutua implicación económica que reciben el nombre de la “globalización”; y porque vivimos en el seno de sociedades interconectadas a escala planetaria, cuyo testimonio más evidente es Internet (*cf.*, Pérez Luño 1997b). En un mundo interdependiente, en el seno de sociedades interconectadas, la garantía de unos derechos universales se ha hecho más perentoria que nunca. Pero, como contrapunto regresivo, a los ideales humanistas cosmopolitas se oponen ahora el resurgir de particularismos y nacionalismos radicales de zafio cuño tribal y excluyente que, como los nacionalismos de cualquier época, han hecho cabalgar de nuevo a “los cuatro jinetes del Apocalipsis”: el hambre, la peste, la guerra y la muerte, en aquellos lugares en los que la barbarie nacionalista violenta ha impuesto su sinrazón.

No es sólo en el plano de los movimientos políticos donde se producen estos ataques contra el universalismo, también en el plano de las ideas han aparecido tesis y doctrinas que coinciden en erosionar la idea de la universalidad de los derechos. Tomando en préstamo el célebre título de una obra de Karl Popper (*La sociedad abierta y sus enemigos*, 1967) podríamos hablar aquí de la “universalidad de los derechos y sus enemigos”, para hacer referencia a las críticas que en el plano filosófico, político y jurídico se avanzan hoy contra la universalidad de los derechos humanos.

1) En el plano filosófico, hace algunos años el autor francés Jean-François Lyotard con su obra *La condición posmoderna*, publicada al declinar la década de los setenta, tuvo el acierto de acuñar un término que ha hecho fortuna. Con la expresión

“posmodernidad”, Lyotard quería hacer referencia a ese movimiento de revisión crítica de los valores que habían sido el eje de gravitación del pensamiento moderno. Si la modernidad se había expresado a través de postulados o valores tales como la racionalidad, la universalidad y la igualdad, en nuestro tiempo la “condición posmoderna” plantea como valores alternativos, las pulsiones emocionales, el particularismo y la diferencia (Lyotard, 1989; Denninger, 1996; Ballesteros, 1989).

El interés por esa inversión de los valores propia de nuestra época hallará reflejo en otra obra del propio Lyotard cifrada en el estudio de *La diferencia*. En ese libro indicará que aquello que enaltece en mayor medida al ser humano es su esfuerzo por destacar aquellos rasgos que le hacen diferente de los demás (Lyotard, 1988). Esa misma idea late y halla expresión en otro pensador francés, en uno de los más caracterizados exponentes de ese grupo denominado “nuevos filósofos”, me refiero a Bernard-Henri Lévy, el cual retomando la idea de la revalorización de la diferencia, dice que la racionalidad y la dignidad del ser humano se manifiesta a través de su esfuerzo por diferenciarse del grupo. Lo que contribuye al desarrollo de una personalidad auténticamente humana es su esfuerzo deliberado por no parecerse a los demás. Conformarse en ser como los otros, o en ser tratado como los otros, implica renunciar a la propia identidad genuina e intransferible. La universalidad y la igualdad pueden ser pautas par la organización de un hormiguero o un rebaño, pero aplicadas a los hombres constituye una forma de “barbarie con rostro humano” (Lévy, 1978).

En las batallas actuales contra la universalidad de los derechos humanos resulta inevitable aludir al denominado movimiento “comunitarista”. En el seno de este movimiento se asistiría a un desplazamiento de los derechos universales hacia unos derechos contextualizados, en función del carácter histórico y culturalmente condicionado de los valores que los informan. El comunitarismo se opone a una visión abstracta, ideal y desarraigada de los derechos y libertades, tal como, según sus partidarios, habrían sido forjados en la modernidad. En definitiva el comunitarismo situaría el fundamento de los derechos humanos en la identidad homogénea comunitaria que se expresa en el *ethos* social, es decir, la *Sittlichkeit*, como alternativa a la universalidad abstracta del racionalismo ilustrado moderno. Sin referencia a la comunidad en la que han surgido y que los reconoce, los derechos son entidades ideales y abstractas, porque es cada comunidad histórica la que va a dotar de unos perfiles específicos y concretos a los derechos de cada persona (De Castro, 1995, 399 ss.).

Conviene recordar que el movimiento comunitarista no constituye una escuela monolítica. En su propia significación como movimiento cultural emblemático de la postmodernidad se pueden advertir dos direcciones. La primera, representada por autores como Taylor y Walzer, entraña una relectura de las tesis hegelianas y, en cierto sentido, desea recuperar los valores de la modernidad y de la ilustración a través de una lectura en clave comunitaria que intenta evitar la interpretación individualista. La segunda, que tiene su máximo exponente en Alasdair MacIntyre, reivindica una vuelta a la tradición aristotélica en cuanto opuesta a la modernidad y defiende un proyecto

anti-ilustrado, nostálgico de la concepción premoderna de la comunidad. ( *Vid.*, Pérez Luño, 1995 a, 535ss.;  *id.*, 1997a, 242 ss.).

Es necesario advertir que esta concepción de los derechos y libertades no es nueva. En los inicios del siglo XIX, el más caracterizado representante del pensamiento contrarrevolucionario francés, Joseph de Maistre en sus  *Consideraciones sobre Francia*, saliendo al paso de lo que había sido la concepción de los derechos propia de la Ilustración y culminadas en la Revolución francesa, escribía:

“La Constitución de 1795, como las precedentes, está hecha para el  *hombre*. Ahora bien;  *el hombre* no existe en el mundo. Yo he visto, durante mi vida, franceses, italianos, rusos..., y hasta sé, gracias a Montesquieu,  *que se puede ser persa*: en cuanto al hombre, declaro que no me lo he encontrado en mi vida; si existe, lo desconozco” (De Maistre, 1797, 142).

2) Desde premisas políticas se combate hoy también la universalidad como nota conformadora de los derechos humanos. Las más de las veces, estas críticas tienen como soporte una actitud de relativismo cultural. Desde sus premisas se afirma que cada pueblo, a lo largo de su devenir histórico, ha forjado un tejido institucional propio y que ese conjunto de formas de vida e instituciones no se puede juzgar ni mejor, ni peor que el de cualquier otro pueblo.

No existen, por tanto, hegemonías en el plano de la cultura, ni en el de las formas políticas. De ello se infiere la impropiedad de querer juzgar las instituciones culturales y políticas desde un único parámetro o modelo ideal, porque tal modelo no existe. La idea de un modelo ideal/universal de cultura o de política capaz de servir de canon para todas las sociedades y, en consecuencia, exportable a todas ellas, es una falacia; se trata de una hipóstasis destinada a enmascarar la imposición coactiva y/o ideológica de un modelo histórico y concreto, por tanto, de una forma de particularismo político cultural: el modelo europeo occidental en su versión forjada en la modernidad.

Cuando en nombre del universalismo se trata de imponer unos determinados valores o instituciones políticoculturales, lo que se está haciendo es eurocentrismo, neoimperialismo o neocolonialismo, por más que ello se pretenda disfrazar de retórica universalista. Por eso, algunos líderes del Tercer Mundo denuncian que tras la universalidad de los derechos humanos se ha ocultado, en muchas ocasiones, el interés de las multinacionales por crear hábitos “universales” de consumo (sobre el conjunto de estas actitudes,  *vid.*, Sebrelí, 1992).

Sin adscribirse al relativismo cultural y con mayor dosis de envidia teórica, desde algunos enfoques actuales, se pretende poner de relieve algunos riesgos del universalismo. Así, por ejemplo, se indicará que las sociedades libres y pluralistas, precisamente por serlo, no deben imponer sus instituciones a otros pueblos. El derecho de gentes no expresaría el principio de tolerancia si impidiera la existencia de formas juridicopolíticas razonables, aunque ajenas al modelo occidental. Sólo los regímenes

tiránicos y dictatoriales no pueden ser aceptados como miembros de una comunidad de pueblos razonables... (Rawls, 1993).

En otras ocasiones, se apelara a la necesidad de no establecer mecanismos discriminatorios o de evitar cualquier actitud de xenofobia en los cauces de tutela de los derechos humanos. Desde esta perspectiva se quiere evitar que el ideal de la universalidad actúe como un rodillo que desconozca las diferencias y peculiaridades de los hombres y de los pueblos y que, en consecuencia, ignore la exigencia de establecer mecanismos especiales de protección para quienes sufren situaciones especialmente dramáticas de explotación, marginación o subdesarrollo (De Lucas, 1992; id., 1994; Espada Ramos, 1997).

Se ha recordado también, certeramente, que una comunidad internacional asimétrica en la que existen enormes diferencias de poder entre los distintos Estados que la integran, no pueden pretender allanar o ignorar esas diferencias ocultándolas bajo la pantalla encubridora de los derechos universales. Desde esta óptica no se pretende negar la universalidad de los derechos, sino la utilización abusiva de esa idea para tratar de encubrir las profundas desigualdades reales que existen todavía en el seno de la comunidad internacional (Pureza, 1996).

3) Desde el punto de vista jurídico, algunos constitucionalistas al cotejar el Derecho Constitucional Comparado de la actualidad, comprueban que los derechos y libertades reconocidos en los diversos textos constitucionales difieren notablemente entre sí. Incluso entre los Estados pertenecientes a la cultura occidental, aquellos que obedecen al modelo político del Estado de Derecho, se dan divergencias notables. Así, mientras en algunos de ellos, los que siguen fieles al tipo del Estado liberal de Derecho, sólo reconocen las libertades de signo individual, o sea, los derechos personales civiles y políticos; en otros, los que obedecen al modelo del Estado social de Derecho, amplían el catálogo de las libertades para incluir en él también a los derechos económicos, sociales y culturales.

La doctrina constitucionalista insiste, al propio tiempo, que en los Estados sociales de Derecho los derechos sociales no gozan de la misma protección jurídica que las libertades individuales. Resulta elocuente al respecto el sistema de protección establecido en el artículo 53 de nuestra propia Carta constitucional que, como es notorio, prevé un sistema de tutela de distinta intensidad para las libertades y para los derechos sociales. Estos últimos son reconocidos bajo la rúbrica de “Principios rectores de la política social y económica” en el Capítulo III del Título I de la Constitución.

Desde estos enfoques se indica que, la distinción, que no necesariamente oposición, entre libertades individuales y derechos sociales se hace patente cuando se considera que mientras los derechos individuales vienen considerados como derechos de defensa (*Abwehrrechte*) de las libertades del individuo, que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se tutelan por su mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa; los derechos eco-

nómicos, sociales y culturales, se traducen en derechos de participación (*Teilhaberechte*), que requieren una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio, y se realizan a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos.

La posibilidad de hacer efectivo el disfrute de las libertades personales a escala universal, no guarda parangón con los medios para hacer real y efectivo el disfrute de los derechos sociales. Sería precisa una profunda transformación de las estructuras socio-económicas a escala internacional, para que los derechos sociales pudieran contar con los pertinentes instrumentos de garantía. Es más, no sólo su realización en los países del Tercer Mundo resulta, hoy por hoy inviable, sino que incluso en las democracias occidentales la plena garantía de los derechos sociales es más que problemática. Baste pensar en las dificultades que conllevaría el hacer inmediatamente justiciable, en el seno de nuestro propio ordenamiento jurídico, garantías tales como la del pleno empleo, la calidad de vida o el derecho a una vivienda digna...

Se infiere de ello que dada la heterogeneidad de los derechos reconocidos en los textos constitucionales, y también el carácter heteróclito de los sistemas de garantía previstos para ellos, no parece que responda a la realidad la idea de la pretendida universalidad de los derechos (*vid.*, sobre todo ello: Pérez Luño, 1991a; id., 1995a, 83 ss. y 120 ss.; Sommermann, 1996; Tomuschat, 1985).

Al recapitular el sentido básico de cada una de estas perspectivas pudiera concluirse que: mientras para la crítica filosófica la universalidad es impugnada por su carácter ideal y abstracto; para la crítica política se la reputa nociva, porque intenta allanar y desconocer las diferentes tradiciones políticas de las distintas culturas; en tanto que, desde la crítica jurídica se insistirá en que la universalidad es imposible, al no existir un marco económicosocial que permitiera satisfacer plenamente todos los derechos humanos a escala planetaria.

#### IV. LAS BUENAS RAZONES DEL UNIVERSALISMO

Las críticas y reservas hasta aquí expuestas, al margen de su distinto calado, conforman el controvertido contexto actual de la universalidad. Al evaluar algunas de estas aporías un atento estudioso de esta temática se ha preguntado si la universalidad significa hoy sólo un dogma o un mito, es decir, si se trata, a la postre, de un postulado racional para ocultar las profundas divergencias que se dan lo mismo en el disfrute que en la fundamentación de los derechos humanos (De Castro Cid, 1995). No obstante, entiendo que siguen existiendo buenas razones para mantener la universalidad como nota definitoria de los derechos humanos y, en consecuencia, para replicar a esas críticas.

1) Conviene aclarar, desde el principio, que cuando empleamos expresiones tales como las de “posmodernidad”, la de “nuevos filósofos”, estamos utilizando estos términos en su acepción cronológica y no axiológica. La posmodernidad es un movimiento cultural que es posterior a la modernidad, los nuevos filósofos se denominan



así porque pertenecen a la hora presente. Ello no significa en absoluto que la posmodernidad sea cualitativamente mejor, en cuanto a los ideales y valores que la informan, que la modernidad; ni que los nuevos filósofos enseñen doctrinas intrínsecamente novedosas o más perfectas que las de otros filósofos que les han precedido, o que coexisten con ellos en otras direcciones de pensamiento de la hora presente.

Es fácil comprobar cómo tras esa exaltación del ego, tras ese culto a los rasgos singulares de la individualidad y tras esa defensa obsesiva de la diferencia; tras toda esa retórica posmoderna de los nuevos filósofos, subyace o se reitera mucho de lo que ya expuso, con mayor envidia, en el pasado siglo Friedrich Nietzsche. Incluso se ha llegado a indicar, con ironía punzante, que muchas de las actuales posturas antiigualitarias y antiuniversalistas de los filósofos posmodernos, tienen como trasfondo no tanto a un Superhombre autónomo y diferente, sino al mito consumista de “Superman” (Eco, 1978).

Respecto a las posturas comunitaristas, entiendo, que el *ethos* social puede ser un marco de referencia más adecuado que el reducto de la moral individual para plantear determinados problemas ético-jurídicos contemporáneos: el significado y alcance de los valores y principios constitucionales, el fundamento de las libertades, el deber de obediencia del derecho... Pero esas apreciaciones de los aspectos más progresistas del comunitarismo actual, pienso, que no deben hacerse extensivas a aquellos enfoques conservadores que conciben el *ethos* social comunitario como una vuelta a las identidades colectivas nacionalistas o tribales. Frente a estos últimos enfoques hoy más que nunca se precisa una fundamentación de los sistemas constitucionales y de los derechos humanos basada en un *ethos* universal síntesis de valores multinacionales y multiculturales; un *ethos* que haga posible la comunicación intersubjetiva, la solidaridad y la paz (cfr. Pérez Luño, 1995a, 535 ss.).

El nacionalismo radical constituye un absurdo lógico y ético, no obstante lo cual ha gozado en el pasado y goza en el presente de una amplia aceptación política (López Calera, 1995). Desde el punto de vista *lógico* el nacionalismo representa una de las manifestaciones más burdas de la falacia naturalista (*Naturalistic Fallacy*), que hace referencia a la inconsecuencia lógica que entraña derivar el “deber ser” del “ser; denunciada por David Hume y expresamente formulada por George Edward Moore). El discurso nacionalista parte siempre de la descripción de una serie de obviedades fácticas: que determinadas personas o grupos tienen rasgos distintivos en función del color de su epidermis, o de sus cabellos, o de los sonidos guturales que emiten, o de su sistema de creencias, apetitos o temores colectivos. Tras esos hechos notorios inmediatamente derivan prescripciones sobre la superioridad de determinadas razas, o el mejor derecho de unas tribus sobre otras. En todo caso, lo que hace de esas derivaciones algo *éticamente* inaceptable es que la apelación a la diferencia tiende siempre a establecer discriminaciones en favor de quienes la postulan.

2) El relativismo cultural que sirve de soporte a determinadas críticas políticas a la universalidad, debe ser contemplado con serias reservas. Determinados organismos

especializados de la ONU, así como diferentes ONG'S, de modo especial los Informes anuales de Amnistía Internacional –que constituyen un auténtico inventario del horror–, denuncian la perpetración de la inconcebible práctica de la circuncisión o mutilación genital femenina (ablación del clítoris) a millones de mujeres de países africanos y asiáticos; asimismo, se inculpa a diversos países islámicos que condenan a la mujer al analfabetismo; se detectan también otras dramáticas violaciones de la dignidad, la libertad y la igualdad de los seres humanos por parte de diferentes tipos de tiranía. En casi todos estos casos los crímenes contra los derechos humanos se justifican a partir de la idea de que esas prácticas responden a tradiciones culturales y políticas de los países que las realizan.

La actitud más cómoda ante esos auténticos crímenes contra la humanidad es la de la inhibición en nombre del relativismo cultural. Pero, como se ha denunciado certeramente, el derecho a la diferencia, no puede convertirse en una cómoda coartada que se traduzca en una especie de “derecho a la indiferencia” (Imbert, 1989, 24).

Es evidente que el relativismo cultural no puede servir de pantalla ocultadora de violaciones sistemáticas de los derechos humanos, ni servir de cómodo expediente legitimador para la impunidad de tiranos y de déspotas. Los clásicos españoles del Derecho natural y de gentes, que contribuyeron decisivamente a la génesis del moderno Derecho internacional, sentaron las premisas de una institución que hoy se considera básica en el Derecho internacional humanitario: la intervención por razones de humanidad (Pérez Luño, 1995c). Cuando se violan sistemáticamente los derechos humanos, la comunidad internacional no puede ni debe inhibirse sino que, precisamente en nombre de la universalidad de tales derechos, tiene la obligación de poner fin a tales violaciones (Ramón Chornet, 1995).

Hay que convenir que en nombre de la universalidad no se puede imponer coactivamente un modelo político cultural eurocéntrico a países que cuentan con instituciones culturales y políticas propias heredadas de una tradición que responde a exigencias de racionalidad y que, por tanto, no representan formas, más o menos encubiertas, de dictaduras o tiranías. Pero convendrá no perder de vista que las propias nociones de “tiranía” y de “dictadura” han sido forjadas en la historia de la teoría política occidental. La tiranía, al margen de otros precedentes en la cultura griega, constituye una de las formas típicas “impuras” de gobierno a tenor de la célebre tipología aristotélica. La dictadura es una categoría política forjada por el Derecho público romano... La propia noción de racionalidad tiene tras de sí el espesor de una larga tradición filosófica occidental que desemboca en las dos críticas kantianas, que constituyen uno de los signos emblemáticos de la modernidad.

Es cierto que a esa noción eurocéntrica occidental cabe oponer otras versiones de racionalidad, de forma que se puedan tener presente la denominada “racionalidad del otro” (Dussel, 1992, 17 ss. y 95 ss.). Pero al admitir esto se corre el riesgo de confundir la propia idea de racionalidad, al hacer inciertos y vagos sus perfiles hasta el punto de que no se sepa muy bien de que tipo de “racionalidad” estamos hablando. El pluralis-

mo cultural, o sea, el reconocimiento de una realidad plural de tradiciones e instituciones políticas y culturales, no debe confundirse con el relativismo cultural, es decir, con el mito de que todas las formas culturales poseen idéntico valor. Constituye una evidencia histórica insoslayable que no todas las culturas han contribuido en la misma medida a la formación, desarrollo y defensa de los valores de la humanidad. El coro plural de voces culturales no significa que todas las voces posean la misma intensidad y eco (*vid.*, sobre todo ello: Bueno, 1996, 171 ss.; Sebrelí, 1992, 23 ss.).

No huelga advertir que las expresiones “cultura occidental” y “eurocentrismo”, poseen una inevitable carga de ambigüedad y, en cierto modo, de ambivalencia. A Europa y Occidente, junto con su contribución innegable a la causa del humanismo, les incumbe una responsabilidad directa en episodios nada edificantes. La quema de herejes, la explotación de mujeres y niños durante la primera revolución industrial, la segregación y discriminación raciales, o el Ku-Kux-Klan son productos genuinamente occidentales; como fueron experiencias trágicas europeas Auschwitz y Dachau. Por eso no todo lo occidental y europeo ha contribuido a forjar o fundamentar los derechos humanos, muchos de los cuales surgieron, precisamente, como respuesta a determinadas negaciones de la libertad occidentales o europeas. Ahora bien, existe una tradición humanista occidental que culmina en la modernidad y que es un ingrediente insoslayable de la idea de universalidad de los derechos humanos y, en consecuencia, un elemento conformador del espíritu de la Declaración Universal de la ONU.

3) Por último, en cuanto a las críticas jurídicas a la universalidad, debe señalarse que en buena parte de ellas, se desliza la confusión entre las categorías de los derechos humanos y la de los fundamentales. Estas dos categorías de derecho no significan lo mismo, por más que exista una profunda interrelación entre ambas. Los derechos humanos poseen una insoslayable dimensión deontológica. Se trata de aquellas facultades inherentes a la persona que deben ser reconocidas por el derecho positivo. Cuando se produce ese reconocimiento aparecen los derechos fundamentales, cuyo nombre evoca su función fundamentadora del orden jurídico de los Estados de Derecho (Pérez Luño, 1995, 29 ss.; *id.*, 1995, 43 ss.).

De esta distinción se desprende que no todos los derechos humanos son objeto de una recepción en los ordenamientos jurídicos estatales, ni siquiera en los Estados de Derecho. Es más, incluso los derechos humanos reconocidos como derechos fundamentales pueden gozar de distintos mecanismos de garantías. Por eso, el carácter de la universalidad se postula como condición deontológica de los derechos humanos, pero no de los derechos fundamentales.

Frente a las críticas y reservas jurídicas contra la universalidad, cabría también aducir la distinción entre dos posibles formas de predicarla respecto a los derechos humanos: como universalidad *en* los derechos humanos; y como universalidad *de* los derechos humanos. La primera, en sentido extensivo y descriptivo haría referencia a si los derechos humanos son universales, porque han sido acogidos en todos los ordenamientos jurídicos. La segunda, en sentido intensivo y prescriptivo, plantearía si

la universalidad es un rasgo inherente o constitutivo del concepto de los derechos humanos. A tenor de esta distinción se puede precisar y clarificar el significado de las críticas jurídicas, ya que éstas tienen sentido cuando cuestionan la universalidad *en* los derechos humanos, pero sigue manteniendo intacta validez el carácter necesariamente universal *de* los derechos humanos (se ha referido a la distinción entre: universalidad *en* el Derecho y la universalidad *del* Derecho, aunque con un alcance y en un contexto de investigación diverso de esta exposición, Di Lucia, 1997, 9 ss.).

## V. CONCLUSIÓN: LA UNIVERSALIDAD COMO PRINCIPIO Y COMO RESULTADO

Los debates actuales sobre la universalidad no pueden ser considerados estériles u ociosos. Gracias a ellos puede percibirse mejor su sentido y el plano orbital de su relevancia para el concepto de los derechos humanos.

Quienes, con razón advierten del peligro de hipostasiar la universalidad para convertirla en una mera justificación de intereses políticos, o en una pantalla encubridora de discriminaciones o desigualdades fácticas, han contribuido en forma muy positiva a clarificar el discurso actual sobre la universalidad.

La universalidad no puede ser un dogma o un mero principio apriorístico ideal y vacío, de contornos tan etéreos que terminen por no significar nada. En este punto, entiendo que no está de más recordar una anécdota que narra Ortega, sin insistir demasiado sobre la realidad del hecho. Refiere Ortega que, al celebrarse el jubileo de Víctor Hugo, se organizó una fiesta en el Palacio del Eliseo, a la que concurrieron representantes de diversas naciones para participar en el homenaje. Los embajadores culturales iban ofreciendo sus presentes, atendiendo a la voz estentórea de un ujier, que los anunciaba:

“– *Monieur le représentant de l’Angleterre!*

Y Víctor Hugo, con voz de dramático trémolo, poniendo los ojos en blando, decía:

– *L’Angleterre ! Ah, Shakespeare !*

El ujier prosiguió:

– *Monsieur le représentant de l’Espagne !*

Y Víctor Hugo:

– *L’Espagne ! Ah, Cervantes !*

El ujier:

– *Monsieur le représentant de l’Allemagne !*

Y Víctor Hugo:

– *L’Allemagne! Ah, Goethe!*

Pero entonces llego el turno a un pequeño señor, achaparrado, gordinflón y torpe de andares. El ujier exclamó:

– *Monsieur le représentant de la Mésopotamie!*

Víctor Hugo que hasta entonces había permanecido impertérrito y seguro de sí mismo pareció vacilar. Sus pupila ansiosas, hicieron un gran giro circular como buscando en todo el cosmos algo que no encontraba. Pero pronto se advirtió que lo había hallado y que volvía a sentirse dueño de la situación. En efecto, con el mismo tono patético, con no menor convicción, contestó al homenaje del representante diciendo:

– *La Mésopotamie! Ah, L'Humanité!*" (Ortega y Gasset, 8, 19-20).

Determinadas apelaciones actuales, tan solemnes como retóricas, a la universalidad suscitan la inquietud de si su significado no será tan inane como la apelación a la humanidad en el relato orteguiano. Para evitarlo, será necesaria completar la dimensión deontológica de la universalidad, en cuanto ingrediente básico del concepto de los derechos humanos, con el compromiso para su vigencia a través de la comunicación y el consenso entre hombres y pueblos. Las dificultades de ese proceso constructivo no deben conducir a la aceptación, sin resistencia, de las tesis posmodernas que reputan la universalidad como un principio ilusorio o inalcanzable.

Tiene razón Habermas cuando indica que la modernidad constituye un proyecto inacabado, y que en lugar de abandonar ese proyecto como una causa perdida, deberíamos aprender de los errores de aquellos programas extravagantes que trataron o tratan de negar la modernidad (Habermas, 1988, 279 ss.). Sigue, por tanto, en pie el reto de fundamentar los ordenamientos internos y las relaciones internacionales en valores éticos compartidos, es decir, universales, porque como advierte Hans Küng "sin un talante ético mundial, no hay orden mundial... Si queremos una ética que funcione en beneficio de todos, ésta ha de ser única. Un mundo único necesita cada vez más una actitud ética única. La humanidad posmoderna necesita objetivos, valores, ideales y concepciones comunes" (1991, 52-53).

Desde la génesis de los derechos humanos en la modernidad a su actual significación que se desprende de la Declaración de la ONU, la universalidad es un rasgo decisivo para definir a estos derechos. Sin el atributo de la universalidad nos podemos encontrar con derechos de los grupos, de las etnias, de los estamentos, de entes colectivos más o menos numerosos, pero no con derechos humanos. Precisamente el gran avance de la modernidad reside en haber formulado la categoría de unos derechos del género humano, para evitar cualquier tipo de limitación o fragmentación en su titularidad. A partir de entonces la titularidad de los derechos, enunciados como derechos humanos, no va a estar restringida a determinadas personas o grupos privilegiados, sino que va a ser reconocida como un atributo básico inherente a todos los hombres, por el mero hecho de su nacimiento.

Por eso, sigue siendo actual la dimensión de universalidad de los derechos humanos, que ha sido reafirmada en el Acta Final de la Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos de Viena, así como a la Resolución de la Asamblea General de la ONU que crea la figura del Alto Comisionado para la protección de los Derechos Humanos (*cf.* Carrillo Salcedo, 1996), en ambos textos, que datan de 1993, se reafirma el carácter “universal e indivisible” de los derechos humanos. Esta misma exigencia fue reconocida en el Seminario de Lund convocado por el Instituto Raoul Wallenberg celebrado en diciembre de 1997 sobre “Derechos Humanos y Derecho Humanitario”, en el que se consideró que tal universalidad debería ser el fruto de un diálogo abierto entre las distintas culturas. También representa un reconocimiento de la universalidad de los derechos la creación en julio del año en curso del Tribunal Penal Internacional, para sancionar los crímenes más graves contra los derechos humanos.

Concluyo, los derechos humanos o son universales o no son. No son derechos humanos, podrán ser derechos de grupos, de entidades o de determinadas personas, pero no derechos que se atribuyan a la humanidad en su conjunto. La exigencia de universalidad, en definitiva, es una condición necesaria e indispensable para el reconocimiento de unos derechos inherentes a todos los seres humanos, más allá de cualquier exclusión y más allá de cualquier discriminación.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Ballesteros, J., (1989): *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid.
- Bueno, G., (1996): *El mito de la cultura*, Prensa Ibérica, Barcelona.
- Carrillo Salcedo, J.A., (1984): *El Derecho Internacional en un mundo en cambio*, Tecnos, Madrid.
- Carrillo Salcedo, J.A., (1995): *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid.
- Carrillo Salcedo, J.A., (1996): *El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos: una visión crítica*, en el vol. col. *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons, Madrid.
- De Castro Cid, B., (1995): *La universalidad de los derechos humanos: ¿dogma o mito?*, en “Derechos y libertades”, n. 5, pp. 385/404.
- De Lucas, J., (1992): *Europa: ¿convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Tecnos, Madrid.
- De Lucas, J., (1994): *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid.
- De Maistre, J., (1797): *Consideraciones sobre Francia*, se cita por la trad. cast. de C. Gutiérrez de Gamba, con Estudio preliminar de R. Gamba, Rialp, Madrid, 1955.

- Denninger, E. (1996): *Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y Derecho postmoderno*, en el vol. col. *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons, Madrid.
- Di Lucia, P. (1997): *L' universale della promessa*, Giuffrè, Milano.
- Dussel E., (1992): *1492 El encubrimiento del otro. (Hacia el origen del "mito de la Modernidad")*, Antropos, Santafé de Bogotá.
- Eco, U., (1978): *Il superuomo di massa*, Bompiani, Milano, 2ª ed.
- Espada Ramos, M.L., (1997): *¿Europa, ciudad abierta? La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Instituto Municipal de Formación y Empleo. Ayuntamiento de Granada, Granada.
- Habermas, J., (1988): *La modernidad: un proyecto inacabado*, en su vol. *Ensayos políticos*, trad. cast. de R. García Cotarelo, Península, Barcelona.
- Hegel, G. W. F., (1821): *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, ed., a cargo de K. H. Ilting, se cita por la trad. cast. de C. Díaz, Libertarias, Madrid, 1993.
- Hohfeld, W. N., (1991): *Conceptos jurídicos fundamentales*, ed. cast. a cargo de G. Carrió, Fontamara, México.
- Imbert, P. H., (1989): *L' universalité des Droits de l' Homme*, en Actas del "Colloque sur l' universalité des Droits de l' Homme, dans un monde pluraliste" (Estrasburgo, 17-19 de abril 1989), Conseil de l' Europe, Strasbourg.
- Kant, I., (1784): *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita*, cito por la trad. cast. de C. Roldán y R. Rodríguez Aramayo, Tecnos, Madrid, 1987.
- Kant, I., (1785): *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, cito por la trad. cast. de M. García Morente, Espasa-Calpe, 1996.
- Kant, I., (1795): *La paz perpetua*, cito por la trad. cast. de J. Abellán, con Presentación de A. Truyol y Serra, Tecnos, Madrid, 1985.
- Küng, H., (1991): *Proyecto de una ética mundial*, trad. cast. de G. Canal, Trotta, Madrid.
- Lévy, B.H., (1978): *La barbarie con rostro humano*, trad. cast. de E. Simons, Monte Avila, Caracas.
- López Calera, N., (1995): *El nacionalismo, ¿culpable o inocente?*, Tecnos, Madrid.
- Lyotard, J.F., (1988): *La diferencia*, trad. cast. de A. Bixio, Gedisa, Barcelona.
- Lyotard, J.F., (1989): *La condición postmoderna*, trad. cast. de M. Antolín, Cátedra, Madrid.
- Ortega y Gasset, J., (1983): *Obras Completas*, Alianza Editorial & Revista de Occidente, Madrid, 12 vols.

- Peces-Barba, G. con la colaboración de De Asís, R; Fernández Liesa, C. R; y Llamas, A, (1995): *Curso de derechos fundamentales, (I). Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid & Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- Pérez Luño, A.E. (1991a): *Las generaciones de derechos fundamentales*, en “Revista del Centro de Estudios Constitucionales”, n° 10, pp. 203-217 (trad. ita. *Le generazioni dei diritti umani*, en el vol. col. a cargo de F. Riccobono, *Nuovi diritti dell’età tecnologica*, (Atti del Convegno tenuto a Roma presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 5 e 6 maggio 1989), Giuffrè, Milano, 1991, pp. 139-155).
- Pérez Luño, A. E. (1991 b): *¿Qué moral? Sobre la justificación moral de la obediencia al Derecho*, en “Sistema”, n. 102, pp. 83-97.
- Pérez Luño, A. E. (1993): *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla.
- Pérez Luño, A. E. (1994): *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 2ª ed.
- Pérez Luño, A. E. (1995a): *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 5ª ed.
- Pérez Luño, A. E. (1995b): *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 6ª ed.
- Pérez Luño, A. E. (1995c): *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 2ª ed. (existe trad. alem. a cargo de R. Zimmerling, *Die klassische spanische Naturrechtslehre in 5 Jahrhunderten*, Duncker & Humblot, Berlín).
- Pérez Luño, A. E. (1996): *Manual de informática y derecho*, Ariel, Barcelona.
- Popper, K., (1967): *La sociedad abierta y sus enemigos*, ver. cast. de E. Loedel, Paidós, Buenos Aires, 2 vols.
- Pureza, J.M., (1996): *¿Derecho cosmopolita o uniformador? Derechos humanos, Estado de Derecho y Democracia en la posguerra fría*, en el vol. col. *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons, Madrid.
- Ramón Chornet, C., (1995): *¿Violencia necesaria? La intervención humanitaria en Derecho Internacional*, Trotta, Madrid.
- Rawls, J., (1993): *The Law of Peoples*, en “Critical Inquiry”, vol. 20, n° 1.
- Sebrelli, J. J., (1992): *El asedio a la modernidad*, Ariel, Barcelona.
- Sommermanm, P.K., (1996): *El desarrollo de los derechos humanos desde la Declaración Universal de 1948*, en el vol. col. *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons, Madrid.



- Tomuschat, Ch., (1985): *Human Rights in a World-Wide Framework Some Current Issues*, en “*Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*”, n. 45/3, pp. 547-584.
- Truyol y Serra, A., (1981): *Théorie du Droit International Public. Cours général*, en “*Recueil des cours de la Académie de Droit International*”, 1981-IV, tomo 173.
- Truyol y Serra, A., (1996): *La idea europea de género humano*, en el vol. col. *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons, Madrid.



# ¿CRISIS DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN? LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA ENTRE LA NORMA Y LA REALIDAD

PABLO LUCAS VERDÚ (†)  
(España)

**SUMARIO:** I. El concepto de crisis en la teoría de la Constitución. II. Intentos de recuperar el concepto y función de la Constitución en una época crítica. III. Incongruencia entre la normatividad y le realidad constitucionales. El ejemplo italiano. IV. La Constitución española de 1978, ¿en crisis? V. Futuro de la Constitución.

## I. EL CONCEPTO DE CRISIS EN LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

### La “crisis” como término polisémico

Si consultamos el *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*: Vigésima Primera Edición, Madrid, 1992, Volumen 1º, página 59, encontramos, entre otros significados, éstos que interesan para nuestro estudio. Veamos.

“Mutación importante en el desarrollo de otros procesos, ya de orden físico, ya históricos o espirituales”. “Situación de un asunto o proceso cuanto está en duda la continuación, modificación o cese”. “Juicio que se hace de una cosa después de haberla examinado cuidadosamente”. Cada una de estas acepciones es aplicable a la crisis del concepto de Constitución y del mismo modo a las relaciones entre la normatividad constitucional y la realidad subyacente.

En efecto, el concepto de Constitución experimenta una mutación importante en tanto que proceso histórico y espiritual, más perceptible cuando nos encontramos en un momento finisecular. Del mismo modo ese concepto suscita dudas sobre su continuación, modificación y cese. Y, por último, abundan las opiniones sobre aquel después de examinarle con cuidado<sup>(1)</sup>.

---

(1) Sobre la crisis de la Constitución, de su concepto, función, finalidad, efectividad y cumplimiento, así como sobre la crisis del Estado, la literatura es oceánica. Remito a mis escritos: *La*

## La Constitución como sismógrafo

Con esta expresión indico la enorme sensibilidad que toda Constitución manifiesta ante los cambios, transformaciones, más o menos drásticos, acaecidos en la Sociedad. ¿Por qué?

Los motivos que confirman lo anterior son, entre otros, estos:

- a) En cuanto Ley Fundamental suprema (Artículo 9.1. CE), todo instrumento constitucional registra, enseguida, el impacto de movimientos y cambios estructurales socioeconómicos, políticos, nacionales e internacionales que afectan, intensamente, al concepto de sobre y en de aquella. En este sentido, sus disposiciones, articulaciones y relaciones constitucionales pueden cambiar sea desintegrándolas, sea instrumentalizándolas, sea convirtiéndolas en normas más o menos obsoletas.
- b) Si reflexionamos, atentamente, sobre las afirmaciones preambulares de nuestra Constitución y las comparamos con la realidad presente fácilmente comprobaríamos que todas ellas apenas armonizan con las realidades políticas, socioeconómicas y tecnológicas presentes. No vale decir que esos enunciados carecen de eficacia normativa, aunque proceden del "...uso de su soberanía (de la Nación Española) que... proclama su voluntad...", porque la doctrina es pacífica en reconocer su función interpretadora de todo el Texto Fundamental.
- c) Hay que añadir la intersección de los partidos políticos, constitucionalizados, por vez primera, en nuestro país (artículo 6) que de modo lamentable ha interceptado los procesos electorales y parlamentarios y han conseguido establecer cuotas de poder en diversos órganos estatales.
- d) Por último, salvo en el Reino Unido y en los Estados Unidos del Norte de América, se detecta, en la práctica, la carencia, o al menos debilitamiento, del sentimiento constitucional<sup>(2)</sup>, cuestión relacionada con la fe en la Constitución<sup>(3)</sup>. Esto contrasta con la invocación de numerosos ciudadanos, incluyendo algunos juristas, a la Constitución para fundar pretensiones absurdas lo cual contrasta con el hecho de que algunos ciudadanos han leído, con algún detenimiento, el documento fundamental<sup>(4)</sup>.

---

*Constitución en la encrucijada (palingesia iuris policiti)*, Discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Contestación del Excmo. Sr. Don Miguel Herrero de Miñón, Madrid, 1994 y *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La Teoría constitucional de Rudolf Smend*, Tecnos, Madrid, 1987.

(2) Cfr. Pablo Lucas Verdú: *El sentimiento constitucional. (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, Reus, S.A., Madrid, 1985.

(3) Cfr. Sanford Levinson: *Constitutional faith*, Princeton University Press, 1988.

(4) Por ejemplo, recurrir al Defensor del Pueblo y al Tribunal Constitucional solicitando su amparo con peticiones infundadas y a veces grotescas.

## a) La crisis del concepto de la Constitución en función de su consideración formalista

Las observaciones anteriores podrían suscitar críticas que conviene matizar. Ante todo, tal vez se me *objetará de pesimismo*. Es decir a tenor de mi argumentación el concepto, y en consecuencia la necesidad de una Constitución, sería una rutina académica que a la postre conduce a la tesis de su inutilidad. Examinemos esos reparos:

### El concepto de Constitución como rutina académica

Según esto, los profesores de Derecho Constitucional se limitarían a ofrecer una descripción de la Constitución como una Ley Fundamental, por lo general escrita y difícilmente reformable, que reconoce, y garantiza, los derechos humanos limitando a los poderes públicos, e interrelacionándolos con normas e instituciones en una estructura social. Estamos ante lo que denomino un concepto de Constitución fácilmente retenible, didáctico, pero insuficiente porque según mi *teoría preposicional de la Constitución* es menester añadir los conceptos sobre la Constitución y en la Constitución<sup>(5)</sup>.

Mi posición no es pesimista en esta cuestión, es *realista*. Describo lo que sucede en muchos países. Habría, pues, que excluir no sólo, como dije antes, a Gran Bretaña y a los Estados Unidos, sino también a los Estados Escandinavos y Suiza, países que *tienen y están* en Constitución. Sostengo que es posible superar el concepto de Constitución que se infiere de la estructura y funcionamiento del Estado –aparato en su interrelación con el Estado– comunidad; fortalece el pluralismo político-social; hacen efectivos los derechos socioeconómicos contenidos en el Capítulo III del Título I, artículos 39 y ss., de modo que esos principios de la política social y económica se inspiran en el artículo 9.2, cláusula de transformación social. Rechazo la inercia constitucional, apoyándome en el profesor noruego Jan-Erik Lane<sup>(6)</sup>.

La inercia constitucional es cierta incapacidad de los textos fundamentales para cambiar las condiciones de su escasa o insuficiente fuerza de adaptación a nuevas realidades antes no previstas. Dicho de otro modo: los contenidos organizativos de las constituciones, por un lado, no se acomodan a las pretensiones de los nuevos derechos de índole socioeconómica porque no los hacen efectivos. Su parte orgánica esta envejecida; en cambio la dogmática, y principalmente los nuevos derechos humanos, no son debidamente protegidos ni dotados de medios eficaces para su cumplimiento. La dinámica constitucional es más fuerte e innovadora en el sector de los derechos humanos; en cambio el dinamismo orgánico progresa más lentamente aunque se establezcan institutos foráneos, por ejemplo el Defensor del Pueblo (artículos 54; 70.1; 162.1.a; 162.1.b.).

---

<sup>(5)</sup> Cfr. mi *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, Dykinson, Madrid, 2ª edición, 1988, págs. 47 y sgts.

<sup>(6)</sup> Jan-Erik Lane: *Constitutions and political theory*, Manchester University Press, Manchester and New York, 1996, págs. 114-117; 117-172; 261-262.

**b) A mayor abundamiento, no secundo la tesis de Burdeau<sup>(7)</sup>, que considera a la Constitución como una supervivencia. Hace años, en 1974, comenté esta posición<sup>(8)</sup>. Reproduzco lo que antes expuse**

Si se acepta la Constitución como supervivencia ello significa "...cuan difícil es fundamentar sobre supervivencias la regulación de la convivencia política". Efectivamente, la experiencia política vacilante manifiesta una evidente disociación entre los textos constitucionales y la realidad político-social a medida que se confirma el desplazamiento del Estado liberal por las democracias masificadas de nuestro tiempo.

Los cambios sociales correspondientes agudizan ese proceso de modo que parece natural, como advierte Burdeau<sup>(9)</sup>, que un Estado tenga dos formas de gobierno: una valedera para los catálogos, conforme a los cánones clásicos que respetan los manuales, y la otra innominada, tributaria de las contingencias, sometida a las fluctuaciones de las relaciones de fuerza o a los métodos cambiantes de los dirigentes. A la vista de estos hechos indiscutibles el dictamen del profesor francés es pesimista, puesto que ve en la crisis de la Constitución nada menos que la inadaptación de un concepto a una realidad para la cual no fue imaginado<sup>(10)</sup>. De todo lo anterior se desprende que el concepto de crisis de la Constitución entraña la decadencia ínsita en la concepción formalista de la misma.

**c) Cuando hablamos de crisis del concepto de Constitución es importante subrayar que tal crisis versa sobre ciertos tipos de Constituciones, sobre las diferentes definiciones que se den de ella, en definitiva sobre su diverso grado de efectividad**

La dogmática constitucional iniciada por los autores germanos de finales del siglo XIX se caracterizó, sin mengua de su elevado nivel teórico, por su excesiva formalización de los factores reales del poder, como señaló con cierta exageración

---

<sup>(7)</sup> Georges Burdeau: "Une survivance: la notion de Constitution" en *L'évolution du droit public. Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, Sirey, París, 1956.

<sup>(8)</sup> Pablo Lucas Verdú: *Curso de Derecho Político*, Vol. II, Tecnos, Madrid. 2ª reimpresión, 1986, págs. 445-446.

<sup>(9)</sup> Burdeau, loc., cit. pág. 55.

Burdeau, loc., cit. pág. 445-446.

<sup>(10)</sup> Más adelante Hans Peter Schneider: "La Constitución. Función y estructura" en *Democracia y Constitución*, (Prólogo de Luis López Guerra, trad. de K. J. Albiez Dohrmann y M. Saavedra López), Centro de Estudios Constitucionales, págs. 35 y sgts. escribe: "en busca de cuáles son las premisas de esta conciencia de crisis, se choca con la idea nostálgica de que la Constitución jurídico-política sociológica ya con la Revolución francesa encuentra su forma definitiva y unidad por lo que el Estado constitucional, como símbolo perecedero, no puede disociarse de sus funciones históricas (división de poderes, aseguramiento de las libertades)".

Lassalle<sup>(11)</sup>. Efectivamente, la Teoría del Estado y de la Constitución de los autores alemanes de esa época, en el fondo enmascaraban el Kaisertum. Esto se percibe en los escritos de Gerber, Laband y Jellinek con su teoría dualista del Estado (Teoría jurídica y Teoría social del mismo atenuó el constructivismo formalista de los anteriores. Empero, Kelsen basándose en su postulado de la pureza metódica, supuso el apogeo de la geometrización del Estado y de la Constitución<sup>(12)</sup>. Hay que esperar a los tiempos de la República de Weimar para que surja la “ofensiva” contra el positivismo formalista con Schmitt, Smend, Heller y otros para rescatar el concepto sustancial de Constitución precisamente en época de crisis. Me interesa aquí señalar que en 1905 el ilustre James Bryce<sup>(13)</sup> sostuvo que el estudio de la Constitución puede hacerse tanto considerando su forma y, además, como resultado de ciertas fuerzas políticas. A mayor abundamiento, Bryce<sup>(14)</sup> escribió: “El interés y valor de la Constitución radica no tanto en la maestría de sus detalles técnicos y de la construcción de cada una de sus disposiciones, sino en la relación de cada una de ellas con la historia de la nación que vive bajo ella. Ha de estudiarse considerando los anales de la vida política y económica del pueblo...”.

En nuestros días Jacques Chevalier<sup>(15)</sup> estima que la Constitución debe considerarse “menos como un dalo definitivo que como una construcción que lleva la marca de su génesis y de sus usos” –según sostiene B. Lacroix–<sup>(16)</sup>. Toda Constitución es producto de *hechos sociales y políticos*. Es como el acto del bautismo de un grupo que consigue prevalezca su concepción del mundo. En definitiva, la configuración del concepto de la Constitución y el enfoque de la naturaleza del Derecho Constitucional desde finales del siglo XIX hasta la Segunda Guerra Mundial, exceptuando los autores mencionados antes, del período weimariano fueron examinados desde una perspectiva formalista constructiva<sup>(17)</sup>. Enmascararon las relaciones de poder mediante construcciones lógico-jurídicas. Los factores políticos, económicos y las estimaciones valorativas, fueron rechazados porque se estimaron extrajurídicas. En el fondo latía

---

(11) Ferdinand Lassalle: *Qué es una Constitución*, Introducción de Fronz Mehring, Traducción de W. Roces, 1975.

(12) Pablo Lucas Verdú: “El orden normativista puro. Supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 68, Madrid, 1990, págs. 7 y sgts.

(13) James Bryce: *Constitutions*, reimpresión por Scientia Verlag Alen, 1980, pág. VII del Prefacio. Sobre Bryce, *cf.* mi estudio: “La teoría constitucional de J. Bryce”, en *Constituciones flexibles y rígidas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, págs. IX y sgts.

(14) Bryce, *ob. cit.*, págs. IX y X.

(15) Jacques Chevalier: *Institutions politiques*, L.G.D.J., París, 1996, pág. 58.

(16) B. Lacroix: *Ordre politique social et ordre social en traité de science politique*, Tomo 1°, págs. 469 y sgts.

(17) No obstante, León Duguit con su concepto de regla del derecho expresión de la solidaridad por semejanzas y de la solidaridad por división del trabajo, tomada de Durkheim y el institucionalismo de Hauriou pueden considerarse como excepciones.

cierto grado de hipocresía, que subrayó Lasalle, cuyo influjo es patente en Jellinek y más adelante en Loewenstein con su conocida clasificación de las constituciones en normativas, nominales y semánticas<sup>(18)</sup>.

Por su parte Greve y Helene Fabri<sup>(19)</sup> estiman, rotundamente, que la Constitución forma parte de las nociones falsamente claras de la Ciencia Jurídica. El término común evoca, a la vez, la creación y las cualidades sustanciales de un fenómeno. En el plano jurídico se traduce por una pluralidad impresionante de dimensiones y de sentidos cuyo denominador común parece residir en la superioridad y estabilidad de su texto. Ahora bien, estos dos atributos heredados del constitucionalismo, se han fundado en las teorías, concepciones y en las traducciones textuales más diversas. Por último, el concepto de Constitución y su denominación manifiestan cierta ambigüedad, es decir suscitan dudas, incertidumbres y confusiones que entorpecen su comprensión<sup>(20)</sup>.

## II. INTENTOS DE RECUPERAR EL CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN UNA ÉPOCA CRÍTICA

### A) ¿Por qué en la Europa continental persiste la crisis de la Constitución?

La respuesta a esta interrogación es ardua. Por un lado es innegable la rica experiencia constitucional y la doctrina correspondiente que es cuantiosa. No es menester enumerar la abundancia de textos constitucionales en Francia desde la Revolución hasta nuestros días y su influjo en toda Europa. Sin embargo, esa riqueza constitucional contrasta con la escasa duración de sus documentos fundamentales a pesar del propósito de sus autores para conseguir su permanencia<sup>(21)</sup>. Es cierto que hay que exceptuar algunos textos. Por ejemplo, el Estatuto Albertino (Italia) de 1848; las Leyes constitucionales de la Tercera República francesa de 1875 y la Constitución de la Monarquía española de 1876 que incluso careció de cláusula de reforma<sup>(22)</sup>.

(18) Karl Loewenstein: *Teoría de la Constitución* (traducción y estudio sobre la obra de Alfredo Gallego Anabitarte), Editorial Ariel, Barcelona, 1976, págs. 216 y sgts.

(19) Constance Greve y Helene Fabri: *Droits constitutionnel seuropéens*, Presses Universitaires de France, París, 1995, pág. 33.

(20) Cfr. Pablo Lucas Verdú: *La Constitución en la encrucijada...* passim y posteriormente las atinadas consideraciones que hace Jan Erik Lane en *Constitutions and political theory*, cit., págs. 5 y sgts.

(21) Sin embargo, el ímpetu del constitucionalismo francés en alguna medida se intentó frenar en el artículo 30 de la Declaración de derechos del hombre adoptada por la Convención Nacional de 20 de mayo de 1793, que afirmó: «Una generación no tiene derecho de someter a sus leyes a las generaciones futuras». El artículo 24 de 29 de junio de 1793, repitió al anterior.

(22) Denominada por algunos autores españoles: Constitución *pétrea*. Expresión que no considero acertada.



La contestación a la pregunta que plantea este epígrafe exige la referencia a diversos factores, entre ellos figuran los siguientes:

- a) Las profundas transformaciones de índole política y socioeconómica. En efecto, el lento pero continuado proceso de cambio del liberalismo clásico en la medida que se fueron aceptando criterios democráticos, llegándose a una síntesis entre el liberalismo y la democracia, la democracia liberal o demoliberalismo.

Así, las leyes electorales que establecieron el sufragio universal, libre, igual, directo y secreto. La progresiva incorporación de los partidos políticos de los sindicatos y del derecho a la huelga pasando de su repulsa; ignorancia, legislación ordinaria a los textos constitucionales como señalaron Triepel<sup>(23)</sup>, Biscaretti de Ruffia<sup>(24)</sup> y por el autor de este estudio<sup>(25)</sup>.

En el orden socioeconómico, después de la Primera Guerra Mundial, las viejas constituciones liberales fueron complementadas por una legislación que recogió las aspiraciones de los estratos desposeídos. Otras nuevas incorporan a la parte dogmática los derechos socioeconómicos, pero la crisis de Wall Street repercutió, enseguida, en la situación económica de países europeos aumentando la desocupación, la inflación y los extremismos de derecha e izquierda.

- b) Los primeros años de la Segunda Guerra Mundial, después del período de *Welfare State*, reprodujeron los malestares de amplias capas de la sociedad, como es bien sabido.

En los países descolonizados se adoptaron modelos occidentales en su estructura gubernamental, pero es notorio que estos flamantes textos fundamentales fueron constituciones semánticas. Casi todos estos nuevos Estados *tenían o tienen* constituciones pero no están en ellas. En cierta medida puede sostenerse lo mismo en las naciones iberoamericanas, que han sufrido, o sufren, dictaduras militares o la denominación de grupos con poder económico impresionante, sean indígenas o extranjeros. Mientras esos grupos sigan disponiendo arbitrariamente de su poder la situación general de sus respectivos pueblos, seguirá siendo precaria o desesperada, como es bien sabido.

- c) Parece también claro que la doctrina constitucional de los países descolonizados o no existe o es escasa. Entre los trabajos dedicados a las constituciones o leyes fundamentales de dichos países, cuando existen, se limitan a descripciones formales. Se deben a autores extranjeros o a algunos exiliados.

---

(23) Heinrich Triepel: *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien Berliner Rektorandsrede* del 3 de Agosto de 1927, Berlín, 1928, págs. 29 y sgts.

(24) Paolo Biscaretti di Ruffia: "I partiti politici nell'ordinamento costituzionale", en *Il Politico*, año XV, N° 1.

(25) Pablo Lucas Verdú: *Curso de derecho político*, Tecnos, Madrid, Vol. IV, págs. 558 y sgts.

En cuanto a los Estados en vías de transición al régimen democrático<sup>(26)</sup>, conviene señalar lo siguiente: la fascinación por el modelo parlamentario europeo o el presidencialismo norteamericano; la importación de instituciones occidentales y de sus correspondientes declaraciones de derechos. Ahora bien, tales inclinaciones pueden ser excluidas o retrasadas por diferencias antropológicas (situación de las personas de color, variedad de creencias, odios étnicos y fundamentalismos exagerados, fundados en factores religiosos). Los conflictos latentes y continuos, en Argelia, en los Balcanes, en Asia, en Sudáfrica y en algunas Repúblicas Iberoamericanas son, por ahora insolubles. Además, sobre ellos se cierne el apetito de grandes potencias para conseguir espacios a disposición de sus intereses estratégicos, industriales y económicos. En definitiva, donde existen millones de seres hambrientos, víctimas de enfermedades, sin techo donde guarecerse, presa de otras calamidades, no existen ciudadanos y aunque sus derechos se registren en las correspondientes cartas fundamentales de carácter semántico, insisto, no hay ciudadanía sino súbditos aterrorizados.

## **B) La situación de la ciudadanía en los países con constituciones normativas no es del todo satisfactoria**

Si nos referimos, ahora, a los países cuyo Derecho Constitucional se ajusta a los valores de la cultura política occidental, es indudable que algunas de ellas no sólo *tienen* Constitución, sino que además *están* en ella.

Es indudable que media entre ellas y las que se encuentran en vías de desarrollo, una considerable distancia. Naturalmente es verdad que el Derecho Constitucional – como cualquier otra rama jurídica – no se cumple en todo momento y en todas sus partes. En este orden de cosas, la presuntuosa afirmación de Otto Mayer: “El Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece” es inexacta. ¿Por qué? Por la sencilla razón que hay constituciones como la británica, y la norteamericana que permanecen registrando, por supuesto, modificaciones que no afectan a su *ratio* y *espíritu* mediante mutaciones constitucionales e interpretación. La frase de Mayer puede tolerarse como explicable orgullo por la substantivación y desarrollo científico de su disciplina y por la vigencia todavía del famoso Consejo de Estado implantado en diversos países continentales europeos cuya actividad es muy estimable. Nadie se atrevería a poner en duda el estatuto científico del Derecho Administrativo. Es evidente que el Derecho Constitucional, las constituciones, son como sismógrafos que detectan enseguida cualquier conmoción en la sociedad porque dada su dimensión ideológica, estimativa y su finalidad experimentan, directamente, los cambios más o menos drásticos que se den en la realidad social.

---

(26) Me remito al interesante artículo del académico Miguel Herrero de Miñón: *Democratic Transition and choices in Constitution making as instruments of democratic transition*, Council of Europe, 1993, págs. 20 y sgts.

Me interesa recordar al insigne Lorenz von Stein que estudió en Alemania, y vivió varios años en París donde conoció a Proudhon, Blanc y Cabet. Estos contactos le permitieron estudiar a fondo los movimientos sociales franceses. Escribió una Teoría de la Administración. Con este bagaje de conocimientos en su obra más relevante<sup>(27)</sup> emitió juicios importantes sobre la Constitución de la reforma social y las conmociones correspondientes.

A su juicio, “Si la Constitución es la expresión del orden social existente, todo dominio de una teoría, aunque sólo sea en una parte importante del pueblo, que quiere derribar la Constitución existente, es imposible si no corresponde a ella un conflicto dentro de la sociedad y viceversa, donde existe ese conflicto, es igualmente imposible destruir el dominio de tal teoría”.

### **C) Desarmonía entre la normatividad constitucional y la realidad política social después de la Segunda Postguerra Mundial. Circularidad Constitucional**

Después del segundo conflicto bélico mundial se manifestó, en varios países europeos, el anhelo no sólo de tener Constitución sino además el deseo de estar en Constitución. Entonces se estimó por las corrientes socialdemócratas y por las formaciones democristianas, que para estar en Constitución era imprescindible no sólo incorporar a los documentos fundamentales los derechos socioeconómicos contenidos en la Constitución de Weimar de 1919, sino además hacerlos más efectivos.

Así, por ejemplo, el Preámbulo de la Constitución francesa de la Cuarta República, confirmado por la actualmente vigente de 1958 (Quinta República), afirmó solemnemente: “Tras la victoria conseguida por los pueblos libres sobre los regímenes que han intentado esclavizar y degradar la persona humana, el pueblo francés proclama de nuevo que todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ni fe, es poseedor de derechos inalienables y sagrados”. Reafirma solemnemente los derechos y libertades del hombre y del ciudadano consagrados por la Declaración de derechos en 1789 y los principios fundamentales reconocidos por las Leyes de la República. Proclama, además, como particularmente necesarios para nuestra época, los principios políticos, económicos y sociales siguientes...

Entre esos principios, la Constitución de 1946 (IV República) menciona: El derecho y el deber del trabajo y el derecho a obtener un empleo; el derecho a la acción sindical y de adherirse, libremente, a un sindicato, el derecho de huelga, la participación de los trabajadores a establecer por medio de sus delegados las condiciones colectivas del trabajo, así como la gestión de las empresas; a la protección de la salud

---

<sup>(27)</sup> Lorenz von Stein: *Movimientos sociales y Monarquías*, (Prólogo de Luis Díez del Corral y traducción de Enrique Tierno Galván), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pág. 212.

principalmente a los niños, a las madres y a los trabajadores para que accedan a la seguridad material, al descanso y al ocio debido. “Todo ser humano que por razón de su edad, estado físico o mental, o por su situación económica, se encuentre en la incapacidad de trabajar, tiene el derecho a obtener de la colectividad los medios convenientes para su existencia”.

En definitiva, se proclamaron los derechos o libertades para (*freedom for*) que exigían un intervencionismo estatal encaminado al llamado *Welfare State* aplicando las doctrinas de Keynes y el plan Beveridge cuyo ejemplo más notorio se dio en la Alemania Occidental<sup>(28)</sup>.

Caso emblemático es el de la Constitución italiana de 1948. Veamos. En Italia, después del ventenio fascista y recordando los tiempos más lejanos del Estado liberal<sup>(29)</sup>, se produjo cierto entusiasmo al ampliar a capas sociales los derechos socioeconómicos considerando que la República, recién establecida, suponía la recuperación de las libertades y la apertura a una sociedad democrática más justa. En efecto, suele ocurrir que en los períodos constituyentes, con algunas excepciones, se extienda un entusiasmo constitucional que, lamentablemente, se debilita y termina por entrar en crisis difícil de superar. Fenómeno parecido sucedió en España con la transición, no violenta del régimen franquista a la democracia. Recordemos la multiplicación de los partidos políticos; el clima electoral preconstituyente; la esperanza que al inaugurar un período nuevo se lograría una Constitución satisfactoria para todos. No mucho tiempo después de la promulgación de la Constitución se inició el desencanto exceptuando el movimiento de las masas de adhesión a la Constitución y al régimen democrático cuando se abortó la intentona reaccionaria del 23 de febrero de 1981 y el espectacular éxito del Partido Socialista Obrero Español el 28 de octubre de 1982. Por desgracia, poco después, retornó el desaliento. Esto fue reflejado por los medios y tratado por la doctrina. Volviendo a Italia cuya Constitución influyó, como es bien sabido, en la española. Es curioso observar que, a su vez, la Constitución republicana de 1931 fue mencionada en los debates constituyentes italianos de manera que se produjo una *circularidad de influencias*: Constitución de la república española de 1931 –Constitución italiana de 1948– Constitución española de 1978<sup>(30)</sup>.

(28) La literatura sobre el tema es copiosa, así como su expresión jurídica: El Estado social de Derecho. Remito a mis escritos *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975. *Estimativa y política constitucionales (Los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español)*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1984. Elías Díaz: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Edicursa, Madrid, 1972. Ramón García: *Del Estado del bienestar al Estado del malestar*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986. Jorge Reinado A. Vanossi: *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*.

(29) Sobre este punto *cfr.* Umberto Allegretti: *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato iberale*, Il Mulino, Bologna, 1989.

(30) No es menester recordar que la Constitución de Cádiz de 1812 fue traducida en el reino de Nápoles.

## D) Circularidad constitucional

El fenómeno de la circularidad constitucional merecía un estudio particular que aquí no vamos a hacer. Basta, ahora, sugerir algunas ideas:

- a) ¿Por qué se produce —y cabe suponer que se repita en otras naciones— este proceso?
- b) Se dan estos casos dentro de un mismo país (circularidad *ad intra*, o entre dos o más ordenamientos, circularidad *ad extra*).
- c) Hay que distinguir, dicha circularidad, de los influjos de Constituciones foráneas.
- d) ¿Qué efectos origina la circularidad constitucional? Veamos:
  - a' El fenómeno de circularidad constitucional se debe en parte, al prestigio que determinadas constituciones gozan en el extranjero. Es el caso, antes mencionado, de la Constitución gaditana. Las elites políticas liberales la consideraron simbólica frente a la contraposición de los partidarios del absolutismo. Claro está que la circularidad constitucional no consiste en la reproducción de preceptos de otras Constituciones como sucede, por ejemplo, en el artículo 3.2 de la Constitución italiana y el 9.2 de la española porque este caso implica la apertura de la Constitución correspondiente a los ordenamientos fundamentales que participan de la misma cultura política constitucional euroatlántica.
  - b' La circularidad constitucional *ad intra* se da en el caso de la Constitución de 1812. Es el resultado parecido a los *corsi e ricorsi* según la aportación del genial napolitano Giambattista Vico (1688-1743) aplicada a la historia de la humanidad<sup>(31)</sup>. Tal circularidad universal puede darse no sólo *ad intra*, también *ad extra*.
  - c' Ya en el apartado a', digo que su análisis corresponde a los estudios del Derecho Constitucional Comparado y a la política. Por ejemplo, la clasificación de las formas políticas.
  - d' En cuanto a los efectos estamos ante un resultado que, en principio, puede ser útil. Consiste en que corrobora la vinculación de los ordenamientos nacionales a un modelo de cultura político-constitucional democrático mediante el reconocimiento de los valores y finalidades de las constituciones receptoras de esa circularidad y el aumento de prestigio de las que son recibidas.

Las consideraciones que, sucintamente, he expuesto sobre el fenómeno de circularidad constitucional me parecen interesantes porque parten del concepto de apertura constitucional y de su correspondiente receptividad por otras leyes fundamentales patente, sobre todo, en los países que integran la Unión Europea. A mi juicio, la

---

<sup>(31)</sup> Giambattista Vico: *Principios de una Ciencia Nueva en torno a la naturaleza común de las Naciones* (Prólogo y traducción de José Carner), El Colegio de México, 1941.

circularidad constitucional no es un simple mimetismo, sino una reviviscencia, a saber: La Constitución, imitada revive en la Constitución receptora, siempre, claro está, que cuente con la adhesión de los ciudadanos que la estiman como propia.

Por otro lado, la circularidad constitucional con su correspondiente interpretación y no tanto porque alude al llamado círculo hermenéutico<sup>(32)</sup>, sino porque el intérprete de esa circularidad ha de comprobar en primer lugar si es auténtica y no un simple mimetismo. Es decir, si el proceso circular arranca de una Constitución pasando a otra interna o externa para retornar a la primera. En cambio, el *mimetismo constitucional* se limita a reproducir, *mutatis mutandis* uno o varios preceptos de otra Carta Fundamental, como es el caso, que recordamos, de la Constitución de Cádiz traducida por la del Reino de Nápoles<sup>(33)</sup>.

### III. INCONGRUENCIA ENTRE LA NORMATIVIDAD Y LA REALIDAD CONSTITUCIONALES. EL EJEMPLO ITALIANO<sup>(34)</sup>

#### A) El caso de la Constitución italiana

Muestra ejemplar de esa incongruencia es el caso de la Constitución italiana. En efecto, al poco tiempo de promulgarse comenzó a señalar la doctrina el hiato existente entre sus disposiciones y la realidad subyacente. Muestra significativa de lo anterior es la controversia entre los profesores Lavagna<sup>(35)</sup> y Giuseppe Ugo Rescigno<sup>(36)</sup>. Mientras el primero de éstos apuntó la apertura de la Constitución italiana a contenidos y finalidades sociales, su discípulo Rescigno, apoyándose en postulados marxistas, negó tal posibilidad.

No voy a detenerme en analizar dicha disputa. Lo que interesa es apuntar la respectiva referencia a disposiciones concretas de dicha Carta fundamental. Así, por ejemplo, el famoso artículo 3.2 reproducido, con ligeras variantes, por el 9.2 español. De todos modos se percibe en sus escritos su referencia a dos ideologías contrapuestas: la socialdemocrática de Lavagna y la comunista aún más avanzada (la del Partido comu-

---

(32) Sobre el círculo hermenéutico, *cfr.* Pablo Lucas Verdú: *Teoría general de las articulaciones constitucionales*, Editorial Comares, Granada, 1998 y *Teoría general de las relaciones constitucionales*, de próxima aparición.

(33) Caso distinto es la *reviviscencia* de los artículos de la Constitución de Weimar: 136-141 de la Constitución Anexo a la Ley fundamental de la República Federal de Alemania. Sobre la *repristinación* *cfr.* Mari Helene Diniz; *Norma constitucional e suos efectos*, Editora Saraiva, Sao Paulo, 1989.

(34) Sobre esta cuestión, *cfr.* mi *Curso de derecho político*, Vol. IV, Tecnos, Madrid, cit.

(35) Carlo Lavagna: *Costituzione Italiana e socialismo*, Il Mulino, Bologna, 1977.

(36) Giuseppe Ugo Rescigno: *Costituzione Italiana e Stato borghese*, Savelli, Roma, 1977.

nista de unidad proletaria de Rescigno)<sup>(37)</sup>. Sobre todo en este último, se manifiesta algún despegue del formalismo positivista. Hay que recordar la posición de Piero Calamandrei opuesto a la inserción en la Constitución de una tabla de derechos socioeconómicos porque, a su entender, su seguro incumplimiento sería un sarcasmo contra los trabajadores. Suerte distinta cupo al artículo 3.2 que se debe al socialista y constitucionalista Lelio Basso. Norma evidentemente progresista aunque su efectividad ha sido escasa. No obstante, ambas disposiciones pueden denominarse como auténticas cláusulas de transformación social. Son normas promotoras y renovadoras y no simplemente programáticas ya que la *promoción* y la *remoción* son expresiones más significativas aunque a tenor del artículo 53,3 de nuestra Constitución su aplicación, mediante la *interposito legislatoris* se retrase *ad calendas graecas*<sup>(38)</sup>.

Por su parte, Lelio Basso, en una obra sugestiva poco conocida en España, cuyo título es significativo<sup>(39)</sup>, argumenta una crítica aguda de la Constitución italiana afirmando, apoyándose en Calamandrei, que la Constitución de 1948 en realidad no se ha aplicado tal como se escribió de modo que, poco a poco, cedió el paso a un régimen totalmente distinto del diseñado por aquella. Según Basso, el Derecho Constitucional representa en general el intento de revestir, jurídicamente, racionalmente, de modo dogmático, los principios políticos y las relaciones sociales y políticas nacidas y desarrolladas a través de la lucha de clases, de clases medias, de grupos, de partidos, de fuerzas sociales y políticas enfrentadas en el combate por el poder político y su correspondiente uso.

Las palabras de libertad, democracia, sufragio universal, la separación de poderes, la misma noción del Estado han surgido del arsenal de los políticos antes de ser aceptadas, analizadas y codificadas por los juristas. Son elaboraciones de los políticos antes que lo hicieran los juristas, con una diferencia: que los juristas tienden a ver el aspecto estático; en cambio los políticos el dinámico<sup>(40)</sup>. El propósito del autor estriba en presentar un cuadro político de lo que debería ser el ordenamiento estatal italiano conforme a la Constitución en lugar del que es efectivamente después de diez años de vida constitucional<sup>(41)</sup>.

Varias reflexiones sobre esta obra me sugieren estas ideas:

- a) Su pensamiento crítico de la democracia italiana recuerda la argumentación de Ferdinand Lassalle, que influyó también en las obras de Lavagna y de Rescigno

---

<sup>(37)</sup> Conviene señalar que en conversaciones que mantuve hace años, con Rescigno, éste me aclaró que la «agresividad» de su escritorio se debía a que fue destinado a los seguidores del partido al que entonces apoyaba.

<sup>(38)</sup> Remito a mi monografía *Teoría general de las articulaciones constitucionales*.

<sup>(39)</sup> Lelio Basso: *Il Principe senza scettro. Democrazia e sovranità popolare nella costituzione e nella realtà italiana*, Feltrinelli Editore, Milano, 1958.

<sup>(40)</sup> Basso, ob. cit., pág. 12.

<sup>(41)</sup> Basso, ob. cit., pág. 13.

aunque, por supuesto, las situaciones politicosociales de estos autores no fueron idénticas a las del activista alemán.

- b) La posición de Lelio Basso se aproxima más a la de Lavagna que a la de Rescigno, que es muy drástica.
- c) Son interesantes las páginas dedicadas a la resistencia italiana de lo cual se sabe poco en España, sobre sus ideas constitucionales <sup>(42)</sup>. Considero que el pensamiento político de la resistencia es importante en la medida que corrobora la posición social de la misma y de sus proyectos un tanto utópicos.
- d) Ahora bien, tales utopías no pueden ignorarse. Matizadas de su maximalismo pueden servir para reconstruir ordenamientos fundamentales más o menos anquilosados. Las utopías presentes pueden ser realidades futuras.
- e) La tesis del autor sobre el carácter estático del derecho y el dinámico de la política me parece sugestiva.

En efecto, nunca me cansaré de decir que la dogmática jurídica imprescindible para ordenar la evolución de la sociedad, avanza en progresión aritmética mientras que la realidad política, social, económica y tecnológica lo hace, sobre todo en los tiempos recientes, en progresión geométrica de suerte que la normatividad, en el caso constitucional, tropieza con retos novísimos que a duras penas, si es que lo logra, puede encauzar. No es menester indicar ejemplos claros que he estudiado en otros trabajos. Si esto es así los documentos constitucionales de nuestros días no traduce siempre con disposiciones claras esos retos, sea porque los contemplan con evidente retraso, o los omiten, aunque se recurra en la doctrina y en las Constituciones portuguesa y brasileña a la inconstitucionalidad por omisión legislativa <sup>(43)</sup>.

### **Breve referencia del constitucionalismo británico, norteamericano, e iberoamericano**

Mientras las constituciones continentales sufren en grados diversos, crisis significativas <sup>(44)</sup> sin llegar a casos más graves a lo que sucede en casi todos los Estados

<sup>(42)</sup> Basso, ob. cit., págs. 85 y sgts. y 102 y sgts.

<sup>(43)</sup> Cfr: J. Gomes Canotilho: *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 1998, págs. 917 y sgts. Paolo Bonavides: *Reflexões. Política e Direito*. Malheiros Editores, 1998, págs. 427-428. Luis Roberto Barroso: *Limites e possibilidades da Constituição brasileira*, Editores Renovar, 1990, págs. 152 y sgts. Regina Maria Mecedo Nery Ferrari: *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1990, págs. 148 y sgts. En España entre la escasa bibliografía cfr. José Julio Fernández Rodríguez: «Consideraciones en torno a la jurisprudencia constitucional de 1994 sobre la televisión en relación a la inconstitucionalidad por omisión» en Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, págs. 227 y sgts.

<sup>(44)</sup> No es necesario mencionar que los países escandinavos que gozan de estabilidad política y la Confederación Helvética.



Iberoamericanos, que todavía registran el predominio de las fuerzas armadas, excluyendo Costa Rica que no cuenta, como, es sabido, con ejército, o el de grupos socioeconómicos poderosos con frecuencia apoyados por la política exterior norteamericana. Contrasta la longevidad y estabilidad de la Constitución británica, modelo singular que no tiene Constitución pero *está* en Constitución y la de los Estados Unidos de América del Norte cuyas particularidades son difíciles de importar. En el caso del Reino Unido es obvio que es imposible aplicarla a la Europa continental<sup>(45)</sup>.

En cuanto a la Constitución norteamericana de 1787 influyó en varios Estados suramericanos: modelo federal; sistema presidencialista; tribunales constitucionales, empero estos influjos no han resuelto la inestabilidad crónica de las Naciones receptoras. Hay un caso excepcional. Me refiero al constitucionalismo argentino. En este caso a pesar de los períodos dictatoriales de las juntas militares, y sin olvidar la falta de sintonía entre los Textos Fundamentales y la realidad, está latente el ejemplo de la Constitución de 1853 inspirada en las ideas del insigne J. B. Alberdi<sup>(46)</sup> autor de una obra clásica: “Bases y puntos de partida para la organización de la República Argentina”, que según la doctrina de numerosos maestros de dicha Nación es la Constitución sustancial de la República, y está latente en la mente de los reformadores del ordenamiento constitucional. *Mutatis mutandis* equivale, por su prestigio, a lo que representa el orgullo francés: La Declaración de derechos del hombre de 1789.

#### IV. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978, ¿EN CRISIS?

##### A) Precisiones sobre el término crisis

Al comienzo de este escrito aclaré el significado del término crisis. Ahora conviene precisar si nuestra Carta Fundamental atraviesa momentos críticos. Veamos.

a) Ante todo, nuestra Constitución ha cumplido veinte años de vigencia. Es un período en principio estimable si lo comparamos con otros textos propios y extranjeros. Es cierto que la Constitución de 1876 duró mucho más tiempo pero la crisis socioeconómica y política le afectó gravemente a finales del siglo diecinueve y en los primeros de nuestro siglo hasta 1931.

---

(45) Se ha dicho que la Constitución belga de 1831 es la transcripción de la británica. Ahora bien, esta afirmación ya no es válida –suponiendo que en esa fecha lo fuera– porque es arduo transcribir la historia, las *convenciones* y los usos del modelo típico de Gran Bretaña. En la actualidad las recientes revisiones –como indica– Germán Gómez Orfanel: «Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea». Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pág. 157 de 1970, 1988 y sobre todo de 1993 establecen un Estado federal: Artículo I: «Bélgica es un Estado federal compuesto por comunidades y regiones».

(46) El pensamiento del ilustre tucumano lo he estudiado con cierta extensión en un trabajo que aparecerá en Argentina.

Como vimos, la Constitución, como sismógrafo, detecta enseguida, las conmociones sociales. La cuestión depende de la capacidad de resistencia de la normatividad constitucional. Mientras las constituciones predominantemente consuetudinarias, como la británica, soportan tales desafíos, muchas de las escritas, no resisten las grandes transformaciones. Hay que exceptuar a la Constitución norteamericana pero aquí los usos y la brevedad de su texto resuelven la desarmonía entre la Norma Fundamental y la realidad subyacente<sup>(47)</sup>. Si bien es sabido que la escritura y la codificación intentan asegurar su estabilidad esto no ocurre siempre. Además, las cláusulas para su reforma, dada su rigidez en sentido técnico-jurídico, no cooperan a esa tarea en todos los casos. En este sentido, es notorio que sólo una vez, por exigencia de la Unión Europea a la que pertenecemos, fue revisada nuestro Texto Básico.

b) La vocación del texto escrito es permanecer. La objeción contrarrestada (De Maistre) que redactar una Constitución es un desafío para que otros elaboren, a su juicio, otra mejor, no me parece exacta. Hay que distinguir entre la crisis de la Constitución en cuanto documento intangible, de la crisis de la Constitución sustancial (Corona, valores y pluralismo político). Mientras las eventuales reformas del Texto escrito respeten su *ratio*, *telos* y espíritu, esos cambios no suponen crisis alguna.

c) Hay que hablar, por tanto, de la crisis de ciertos operadores políticos cuya actividad a veces hieren a la *ratio*, al *telos* y al espíritu constitucionales, sin olvidar a los valores.

No es menester insistir en el fenómeno partidocrático, las cuotas partidistas en órganos estatales importantes: Tribunales Constitucionales, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal de Cuentas. A mayor abundamiento, los partidos políticos vulneran los preceptos constitucionales, a saber: el artículo 6 que exige la democraticidad de su organización y funcionamiento internos y como lógica consecuencia de esa disposición, la exigencia que la relaciones interpartidarias sean democráticas rechazando el transfuguismo y el *submarinismo* (incrustación de personas de ideas contrarias a la ideología del partido en que se instalan para espiándoles informar al que pertenecen). Del mismo modo el artículo 67.2 no se cumple realmente porque los miembros de los partidos operan antes como servidores de su partido que como representantes de la Nación.

La doctrina española no aclara la naturaleza jurídica de las formaciones partidarias: ¿órganos del Estado? ¿Entes auxiliares de aquel? No conozco una posición convincente sobre el significado del artículo 6. Así, pues, la crisis partidaria repercute en la Constitución y esto se convierte en instrumento partidista<sup>(48)</sup>. Cuando se habla de crisis de la Constitución hay que precisar que esta depende de la crisis del actual sistema partidario.

---

(47) Sobre las *usages* de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. *cfr.* las acertadas observaciones de Hsü Dau-Lin, discípulo de Rudolf Smend, en su *Die Verfassungswandlung*, Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig, 1932, págs. 131 y sgts.

(48) No es menester indicar que una democracia liberal necesita los partidos. El Estado de partido único es, o se aproxima al Estado totalitario. El Estado sin partidos es una máscara que oculta

d) Es significativo que dos años antes de aprobarse la Constitución italiana el profesor Antonio Amorth<sup>(49)</sup> apoyándose en el método técnico-jurídico definía así el contenido jurídico de la Constitución. Quiere decir conocer la estructura de sus normas, sus sujetos destinatarios. Significa saber, en particular, los efectos que tales normas son capaces de captar.

La posición de este autor es más bien reticente respecto a la incorporación al Texto Fundamental de las disposiciones relacionadas con la vida social. Del mismo modo sostiene que todos los preceptos constitucionales que establecen desde el punto de vista constitucional el ordenamiento de la comunidad (el Estado-comunidad), se refieren a la subsistencia de su organización autoritaria (Estado-aparato)<sup>(50)</sup>.

Esta posición de Amorth significa que la igualdad –a la que se refiere– y los derechos socioeconómicos quedan sometidos a la organización estatal careciendo de sustantividad. Así, esos derechos giran en torno al Estado, y no al revés como mantiene parte de la doctrina germana y algunos profesores españoles a los que me sumo<sup>(51)</sup>.

## **B) ¿Culpabilidad de la Constitución española cuando se la acusa de su crisis?**

- a) Es evidente que los autores de la vigente Constitución se esforzaron en elaborar un instrumento constitucional aceptable. Es sorprendente que muchos que la alababan con el tiempo se han convertido en acusadores de las situaciones lamentables que atravesamos.
- b) Así, pues, se oyen y se leen opiniones contrarias urgiendo su reforma<sup>(52)</sup>.
- c) Es cierto que su Título VIII sobre la Organización Territorial del Estado es muy defectuoso.
- d) Del mismo modo, el desarrollo legislativo de los Principios rectores de la política social y económica (Capítulo III del Título 1º), no se ha cumplido.

---

la acción de los grupos de presión. Lo que importa es que los partidos en su organización y fundamento interno y en sus relaciones con los otros sean democráticos. Si no lo son terminan por apoderarse plenamente del Estado, que, lógicamente, dependerá de los resultados electorales. Los partidos más importantes se adueñan del Estado, tienden a manipular la Constitución a su capricho.

<sup>(49)</sup> Antonio Amorth: *Il contenuto giuridico della Costituzione*.

<sup>(50)</sup> Amorth, cit., pág. 34.

<sup>(51)</sup> Amorth, cit., págs. 37-38, aunque algunos ejemplos que expone pudieran considerarse como «falsamente constitucionales», como con términos drásticos califica.

<sup>(52)</sup> El académico Gonzalo Fernández de la Mora en su artículo: «Por qué voté negativamente la Constitución de 1978», expone las razones que le movieron a oponerse al referéndum constitucional. Sus reflexiones son interesantes. Respeto su opinión inteligentemente argumentada aunque, salvo algunas, no las comparto.

### C) Intentaremos matizar tales acusaciones

a) La mudanza de opiniones y juicios antes laudatorios y ahora denigratorios es propio de la condición humana.

Ahora bien, en el caso español no puede afirmarse que la *única y gran causa* de todos los males que sufrimos a veces exagerados por sus críticos es la Constitución. No parece lógico, ni justo, que al *sismógrafo constitucional* se le achaque errores y disfunciones. El detectar movimientos sísmicos, el predecir el tiempo atmosférico, a veces es inexacto. El Derecho Constitucional equidista, tanto del cumplimiento inexorable de las leyes físicas-naturales, como del incumplimiento sistemático propio de las constituciones semánticas. Los constituyentes realizaron una ardua labor: pasar de un Derecho Político de dominación política a otro defensor de la libertad. Ignoro por qué ahora se desacredita este evento.

b) No me parece acertado sustituir la presente Constitución por otra nueva o modificar diversas partes de ella.

Creo más prudente recurrir a una interpretación adecuada, a la legislación orgánica y ordinaria; a la costumbre y a las mutaciones constitucionales que modificar la Constitución vigente. Siempre que se respeten, su *ratio*, el *telos* y su espíritu. Es cierto que, por ejemplo, el Senado no es una auténtica Cámara de representación territorial, y no ha satisfecho a una gran mayoría. Ahora bien, es fácil saber cómo empieza una revisión constitucional pero no es calculable como acaba. Las soluciones de *cirugía constitucional* sólo sirven para casos extremos. La reforma constitucional abre la puerta a riesgos graves: autodeterminación secesionista, enfrentamientos políticos, desasosiegos de la ciudadanía. Es ingenuo pensar que con la revisión de la Constitución se resolverá el terrorismo, el paro, el desencanto ciudadano, etc.

c) El Título VIII constitucional ha sido perfeccionado, en parte, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lo importante es aceptar y cumplir con la *fidelidad a la Constitución*, principio capital de todo Estado integral y, además, terminar con las transferencias a las Comunidades Autónomas que aún no las han recibido. Es obvio que esa fidelidad, técnicamente podrá llamarse *Vereinbarung*: pacto normativo fundamental según el término germano explicado por Triepel.

d) El desarrollo del Capítulo III del Título Primero requiere el desarrollo de una legislación de índole socioeconómica que haga efectivos esos principios, derechos o compromisos estatales y económicos iluminados por la cláusula de transformación de la sociedad de modo progresivo.

### D) ¿Quiénes son responsables de la crisis actual?

a) Los partidos políticos incumplen, como vimos, los mandatos constitucionales. Su organización y funcionamiento internos no son siempre democráticos. Tampoco las interrelaciones partidarias. Es menester consolidar un *ethos* partidista que anteponga los intereses nacionales a los partidistas.

- b) Algunos medios de comunicación no operan correctamente. No discuto que los periodistas sean los intermediarios entre las noticias y la opinión pública. Alguno de ellos, son ávidos de sucesos por lo general escandalosos que afectan a la intimidad personal de políticos, artistas, modelos, etc. No abogo por una ley de prensa pues para casos injuriosos o calumniosos están los tribunales. La responsabilidad de los medios es fundamental en toda democracia. Igualmente, es importantísimo que los poderes públicos respeten la libertad de información, la cláusula de conciencia. En primer lugar porque el estamento de los comunicadores de la opinión pública pueden reaccionar de modo drástico produciendo un clima de tensión que no favorece a nadie.
- c) La educación pública y privada (escuela, instituciones, fundaciones públicas y privadas) tienen gran responsabilidad. Sin educación básica, profesional, universitaria los ciudadanos serán débiles ante la *poderosidad* del Estado, ante el abuso de las instituciones. Esto es todavía, lamentablemente, una cuestión pendiente cuya mejoría corresponde a los poderes públicos tanto estatales como de las Comunidades Autónomas.

## V. FUTURO DE LA CONSTITUCIÓN

Si la Constitución Española está en crisis ¿cómo hablar de su futuro?<sup>(53)</sup>

De entrada el interrogante anterior debe precisarse. Es evidente que cuando una Constitución es afectada en su entraña, es decir sufre su *ratio, telos y espíritu*, entonces el pronóstico es pesimista.

Aunque sobre futuribles la prudencia aconseja no aventurar opiniones firmes, ni natural optimismo, me inclino a pensar que nuestra Constitución tiene futuro. ¿Por qué?

### A) Porque creo bastante en el pueblo español del cual emanan todos los poderes del Estado (art. 1,2 C.E.)

A pesar del *déficit* de atención a actividades culturales, de la desatención sanitaria, de los escándalos políticos, de insuficiencia de lecturas, etc., todavía conserva el pueblo un estimable grado de virtudes cívicas y sobre todo un sentido común. Es un capital político-social que hay que incrementar mediante la acción de los poderes públicos. Estos aspectos positivos es menester alentarlos. Dicho con terminología académica; es menester que el Estado-aparato armonice con el Estado-comunidad mediante interrelaciones fluidas, constantes y eficaces. En este orden de cosas es imprescindible

---

<sup>(53)</sup> Cfr. Dieter Grimm: *Die Zukunft der Verfassung en Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des politischen*, ed. por Ulrich K. Preuss. Fischer Taschenbuch Verlag. Frankfurt and Main, 1994, págs. 277 y sgts.

cuidar, con esmero el *sentimiento constitucional* o sea la vinculación de los ciudadanos a las instituciones básicas como lazo intenso de carácter ético.

En conocidas situaciones el pueblo español reaccionó con energía ante sucesos conocidos: manifestación clamorosa contra la intentona yugulada del 23 de febrero de 1981; manifestaciones multitudinarias en Ermua, espíritu de Ermua, por desgracia con riesgo de desvanecerse. Son ejemplos esclarecedores. Todo esto me impulsa creer, y defender el futuro de nuestra Carta Fundamental.

## B) La Constitución como “religión civil”

Sobre este asunto voy a decir poco porque lo he tratado al estudiar los derechos humanos<sup>(54)</sup>. La doctrina norteamericana ha insistido en este punto. En efecto, Levinson<sup>(55)</sup> y Richards<sup>(56)</sup> han estudiado, con rigor, este asunto. Cuando un texto constitucional, como el norteamericano, o la famosa Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789, orgullo de Francia, llega a nuestros días se convierten en documentos, sacralizados; son un punto de referencia constantes, una religación entre aquellos y la ciudadanía. En 1906 escribió Georg Jellinek: “A los americanos les gusta decir que en la historia mundial sólo hay tres documentos cuyas palabras han sido interpretadas tan a fondo como su Constitución: la Biblia, el Corán y el Digesto”<sup>(57)</sup>.

## C) Sentimiento constitucional y lucha por la Constitución

Tampoco me detendré, por extenso, en este epígrafe puesto que lo estudié en otros libros: *El sentimiento constitucional*, Reus, S.A., Madrid, 1985 y *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.

Cuando el vínculo moral que une a los ciudadanos con las instituciones que diseña la Constitución apenas existe o es muy débil, entonces *tendremos Constitu-*

---

(54) Pablo Lucas Verdú: *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, Dickinson, 2ª. ed. Corregida y aumentada, Madrid, 1988, págs. 291 y 292.

(55) Sanford Levison: *Constitutional faith*, Princetown University Press, 1988, págs. 9 y sgts.

(56) David A. J. Richards: *Toleration and Constitution*, Oxford University Press, New York, Oxford, 1986, págs. 67 y sgts., 103 y sgts. Los precedentes de la religión civil son: J. J. Rousseau: (Capítulo VII, Libro IV de su *Contrato Social*). Alexis de Tocqueville en su inmortal: *De la démocratie en Amerique*. 13 edición, París, Pagnerre Edition 1850, Tomo I, pág. 348, escribió paginas memorables sobre la religión como institución política que sirve poderosamente para mantener la República democrática entre los americanos, Tomo I, págs. 348 y sgts. y 354, Tomo II, págs. 20 y sgts.

(57) G. Jellinek: *Reforma y mutación de la Constitución*, Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, Traducción de Christian Föster y revisada por mí, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 27.

*ción* pero no *estaremos en* ella. Cuando no se cumplen los contenidos del Estado social y democrático de Derecho entonces la Constitución es una *hoja de papel*. Ya hemos hablado de religación y de lucha, en el sentido que le dio el gran Ihering y como soy optimista, creo que nuestra Constitución vale y, por ello deseo que permanezca. Merece luchar por ella.





# EL DERECHO DE LA CONSTITUCIÓN (\*)

GIUSEPPE DE VERGOTTINI  
(Italia)

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La individualidad del concepto: criterios ideológicos, formales y sustanciales. III. La concepción garantista. IV. La concepción tradicionalista. V. La concepción positivista. VI. La concepción decisionista y la normativista. VII. La concepción material. VIII. La concepción de la Constitución como tabla de valores. IX. La Constitución: una valoración realista.

## I. INTRODUCCIÓN

La Constitución es un concepto que expresa una ordenada y normal disposición del poder político de una comunidad, y por tanto, se encuentra estrechamente relacionada al supuesto de un orden social natural, en contraposición a aquéllas decisiones normativas, asumidas fuera de las reglas pre-ordenadas en momentos de desorden, ligadas a movimientos sociales, revoluciones y emergencias de distinta naturaleza. En este sentido, la Constitución coincide con un sistema de reglas que siempre se pueden individualizar, toda vez que en el curso de la historia es posible comparar sociedades organizadas. Aún en la Edad moderna y contemporánea, el concepto de Constitución ha asumido un significado más puntualmente jurídico, como conjunto ordenado de reglas dirigidas a garantizar las libertades, encontrando distintas interpretaciones condicionadas por diversos postulados ideológicos. Es necesario, por tanto, considerar cuáles son las distintas interpretaciones dadas al concepto de Constitución, a fin de encuadrar mejor la evaluación de la Constitución italiana vigente.

---

(\*) El presente texto constituye la “premesa” de la obra del autor *Diritto Costituzionale*, 2ª ed., CEDAM, Padova, 2000, quien expresamente nos ha autorizado a traducir y publicar en el presente Libro-Homenaje. (Domingo García Belaunde)

## II. LA INDIVIDUALIDAD DEL CONCEPTO: CRITERIOS IDEOLÓGICOS, FORMALES Y SUSTANCIALES

El Derecho Constitucional nace como una disciplina, que tiene como objetivo conocer y analizar la Constitución concebida como disposición racional de las garantías jurídicas que el Estado asegura al ciudadano. Es el fruto de una época histórica precisa, ligada a la subversión del *Ancien régime*, y a la difusión de los principios de la Revolución francesa. (Compagnoni G., *Elementi di diritto costituzionale democratico*, Venezia, 1797, reimpresión, Florencia, 1987).

Pero el estudio de la Constitución no está necesariamente ligado a los estudios de las instituciones, justificadas por una cierta opción política e ideológica, propia de un determinado momento histórico. En realidad, esto puede abarcar ordenamientos de Estados profundamente diversos entre sí. Por lo tanto, se presenta un primer dilema que puede ser tomado como término de referencia para acercarnos al estudio del Derecho Constitucional: ¿la Constitución es tal, porque se refiere a ordenamientos políticos que han hecho suyos ciertos valores habitualmente definidos como democráticos, o puede referirse también a la disciplina de base de ordenamientos profundamente distintos que, a lo más, niegan tales valores? Inmediatamente relacionado con esta interrogante, se encuentra aquello de la identificación de la Constitución en virtud de criterios formales o también sustanciales.

En efecto, las constituciones históricamente consolidadas, de las cuales habitualmente aquí nos ocupamos, están contenidas en documentos que son formalmente calificados como “constituciones”, por lo que se establece una relación indisoluble entre institución democrática y Constitución escrita.

Pero existen también constituciones no escritas, o no completamente escritas. Por lo que aquí tenemos un ulterior dilema: ¿la Constitución es sólo aquella formalizada en un documento solemne?, ¿o puede estar también contenida en actos legislativos ordinarios, o ser también identificada en la sociedad casi en estado difuso, sin que se pueda hacer referencia a un texto escrito? La primera interrogante se refiere a la definición del contenido de la Constitución, el segundo, a su forma.

Otra interrogante, más compleja que las anteriores y en general resuelta por los juristas con conclusiones que dejan amplios márgenes de opinión, es aquella de la *justificación* o del *fundamento* de una Constitución, en el momento en el cuál se verifica que la misma, está efectivamente considerada como tal por una cierta sociedad. La Constitución puede ser observada basándonos en la voluntad divina, en la tradición, en la voluntad popular y sobre la base de otros valores tomados como referencia, en el cambio de las condiciones histórico-políticas de una sociedad. Según doctrinas que han tenido éxito, el fundamento debería buscarse en una norma externa a la Constitución; según otras, en una decisión política también externa, o también en la voluntad de las fuerzas políticas, que en un cierto momento caracterizan a la sociedad. Este dilema es el de la legitimación de una Constitución.

### III. LA CONCEPCIÓN GARANTISTA

El acercamiento más simple para comprender el significado de la Constitución, es partir de lo que sería el modo más difundido y consolidado de entenderla, y desde aquellas que son las constituciones históricamente consolidadas, entre el final del siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX; basado en el modelo de la Constitución norteamericana (1787), de la Declaración de Derechos (1789) y de la Constitución francesa de 1791.

Estas constituciones inauguran un período en el cual la Constitución tiene un contenido esencial que conlleva la definición: *a)* de la igualdad y de los derechos de la persona como valores fundamentales; *b)* del principio organizador de la separación de los poderes; *c)* de los límites jurídicos al poder político. La Constitución tiene además forma escrita. Los contenidos forman la Constitución sustancial y el texto escrito es la Constitución formal. Contenidos y formas son expresiones de una concepción garantista de la Constitución que aún hoy, es considerada actual.

Inciendo en la potencial contraposición entre Constitución formal y Constitución sustancial, nos hemos acercado al tema de la concepción garantista de la Constitución, formalizada en un documento solemne escrito, concepción que es típica de un momento histórico particular.

En efecto, mientras que no se puede negar que cada ordenamiento político tiene su propia Constitución sustancial (admítase o no ciertas formas para la disciplina de institutos que lo caracterizan), se debe reconocer que sólo en una determinada situación histórica, se ha afirmado una ideología (el “constitucionalismo”), que ha visto en la formalización de la Constitución, la esencia misma del ordenamiento social y político, disciplinando la forma de gobierno, de modo que a los individuos le fuesen reconocidos y garantizados en la confrontación del poder político, los derechos de libertad; que el poder fuese condicionado por límites jurídicos, que la misma organización del poder fuese distribuida según un módulo que asegurase las libertades fundamentales (por ej., separación de los poderes). Valor emblemático asume en tal sentido, el conocido artículo 16 de la Declaración de Derechos francés de 1789, que señala que: *“cada sociedad en la cual no sea asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, no tiene Constitución.”* En tal modo, se identificaba el concepto mismo de Constitución, con una Constitución formal que tuviese un específico contenido garantista, que respondiese a la ideología liberal. El concepto de Constitución que se afirmaba entonces, tendía a ser absoluto, en cuanto a eventuales ordenamientos que se hubiesen dado constituciones con inspiraciones y contenidos distintos, que eran considerados “no constitucionales”.

Es por tanto evidente, cómo la Constitución formal o escrita indica desde sus orígenes, aquella particular disposición del poder que las revoluciones liberales burguesas, introdujeron en Norteamérica y Europa a finales del siglo XVIII y la mitad del siglo XIX: es la Constitución antifeudal y antiabsolutista, que garantiza las libertades

individuales y limita el poder político para garantizar la emancipación y el desarrollo de la burguesía, consagrado en un documento solemne, votado por una asamblea, o entregado por el monarca bajo la presión de hechos revolucionarios. La ideología mencionada, y el carácter global de la Constitución como diseño orgánico de reestructuración de la sociedad, propio de las constituciones liberales, distinguen éstas últimas de los viejos documentos constitucionales que habían asegurados privilegios a grupos, corporaciones, ciudades, desde el medioevo en adelante, en modo que no es posible, salvo por aspectos particulares, relacionar las constituciones escritas de fines del setecientos con estas premisas históricas. La idea de la forma escrita se consolida durante la Revolución francesa, mantenida también cuando la restauración preferirá abandonar el término “Constitución”, evocador de la ideología revolucionaria, a favor del de “Carta” (Francia, 1814) o de “Estatuto” (España, 1834; Cerdeña, 1848). No es distinta la situación que se encuentra cuando el documento escrito no tiene pretensiones de ser completo, pero disciplina sólo algunos institutos constitucionales (leyes constitucionales francesas de 1875; leyes fundamentales de Israel desde 1958, Acto Constitucional sobre la forma de gobierno finlandés de 1919), y también está considerado en el momento en que es elaborado, como solución constitucional transitoria (Ley Fundamental de Bonn de 1949, en espera de la reunificación alemana: preámbulo y artículo 146).

En la base de la concepción garantista que se encuentra en la Constitución norteamericana y en las francesas, está la premisa de su carácter racional y normativo. La Constitución es una elección ordenada y coherente de los principios fundamentales basados en la razón, que ofrece una justa posición al rol del individuo y al del poder organizado que está a ella misma subordinado. La forma escrita asegura una garantía de racionalidad y de certeza que no poseerían, por el contrario, las constituciones consuetudinarias tradicionales. Siempre en el período de la Revolución francesa, se afirma el concepto de poder constituyente, como distinto de los poderes constituidos; el primero, expresión total de la soberanía, está libre de condiciones; los segundos (ejecutivo, legislativo, judicial) son condicionados de distintas formas por la decisión constituyente inicial. Así aparece con evidencia en los escritos de Hamilton y de Madison (*The Federalist*, N<sup>os</sup>. 49 y 85) en América y en aquellos de Sieyès y de Condorcet en Francia. El mismo poder de revisión constitucional termina por volver al ámbito del poder constituido, en cuanto debe respetar los fundamentos esenciales de la Constitución y además está disciplinado por la misma Constitución (por ej. Poder constituyente “constituido”). La Constitución está considerada como sistema orgánico de normas jurídicas, sobre las cuales se basa la organización de los órganos constitucionales, el conjunto de sus competencias, el reconocimiento de la esfera jurídica del individuo, la relación entre autoridad pública y libertad individual. La acentuación del carácter normativo de la Constitución, lleva a sostener la completa despersonalización de la soberanía estatal, que de los gobernantes pasa del concepto abstracto de Nación, y luego a la Constitución.

La forma escrita es por sí misma una garantía, sea bajo el perfil de la certeza de las disposiciones normativas, como bajo el de la estabilidad de las instituciones previs-

tas en el texto constitucional. Ulteriores garantías pueden ser puestas previendo el agravamiento de procedimientos para revisar la Constitución e instituyendo el control de constitucionalidad de las leyes, adoptadas sobre la base de la Constitución.

*El agravamiento del procedimiento* de revisión, consiste en volver incómodo el cambio del texto constitucional, previendo mayorías calificadas, o votaciones repetidas en ocasión del procedimiento de revisión, y prohibiendo la modificación de algunos institutos particularmente calificados. Se previene por tanto en algunas constituciones, procedimientos reforzados, o sea, distintos del seguido para la legislación ordinaria, haciendo posible individualizar una diversificación respecto a aquellas constituciones en las cuales tal protección no está prevista (contraposición entre constituciones *rígidas* y *flexibles*). Pero la tendencia a tan particular formalización de los preceptos constitucionales, no significa que éstos sean necesariamente limitados a aquellos incluidos en un texto *ad hoc*, ni que aquellos formalmente individualizados, mantengan siempre su presentación original. Es indudable, que el recurso a las formas agravadas para la revisión, puede hacer presumir que las normas protegidas cubran un contenido de principios realmente esenciales para un cierto ordenamiento. Pero eso no está en condiciones de asegurar la perfecta coincidencia entre forma y sustancia constitucional.

La institución del control de constitucionalidad significa obligar al Parlamento, que es el legislador por excelencia, a preocuparse de observar la Constitución todas las veces que adopta el texto de una ley, en cuanto es instituido un juez que tiene la tarea de examinar las leyes bajo este particular perfil, llegando a invalidar a aquellas que violan los preceptos constitucionales. Esta forma de control, a veces centralizada en un juez único, y otras de manera difusa, se ha revelado como una ayuda potente a la afirmación de una efectiva superioridad de la Constitución.

Corresponde en particular a la experiencia norteamericana, haber introducido con claridad la conciencia de dos niveles de legalidad: aquel primario de la Constitución y el otro subordinado de la ley, confiando a los jueces la tarea de verificar el respeto de la primera por parte de la segunda. Esto fue previsto por Hamilton (*The Federalist*, N° 78), y activado por la jurisprudencia de la Corte Suprema (en *Marbury vs. Madison* en 1803).

La forma escrita –netamente consolidada, no obstante la permanencia de constituciones predominantemente consuetudinarias, y la presencia de costumbres constitucionales en cada tipo de ordenamientos– responde a evidentes razones de técnica de organización de los ordenamientos políticos, en cuanto tiende a asegurar una estabilidad de la estructura.

Por otra parte, la forma escrita tiene un significado instrumental, por las ideologías de las cuales un ordenamiento es portador, sea en el caso de las llamadas *constituciones-balance*, en la cual en polémica con el pasado, se hace notar sobre los resultados obtenidos en sede política, o en el caso de las llamadas *constituciones-programa*, que expresan un sistema orgánico de directivas a cumplir en breve, medio o largo

plazo. La forma escrita es el vehículo por el cual se difunden los principios acogidos en las distintas tendencias políticas de las constituyentes, y tal exigencia propagandística, ha llevado a una progresiva pesantez de los textos constitucionales, que han ampliado especialmente las disposiciones en materia económica y social, yendo más allá de las simples disposiciones organizadoras relativas al reparto y al uso del poder político (contraposición entre constituciones *largas* y constituciones *breves*).

Según una cierta interpretación doctrinal, sólo la Constitución garantista puede ser definida como “Constitución” (o Constitución en sentido “absoluto” o “ideal”). La Constitución garantista se manifiesta inicialmente a través de dos modelos, americano y francés, que tendrán constante aceptación no sólo entre los defensores de tales concepciones constitucionales, sino también entre quienes se oponen el modelo garantista, porque la concepción liberal de la Constitución será en ese caso, tomada como parámetro para ser criticada o demolida. Ambos modelos individualizan la Constitución como un acto deseado: el modelo norteamericano, como contrato entre los individuos para organizar la sociedad y el Estado; el francés, como acto unilateral, deseado por el poder constituyente, expresión directa de la Nación, entidad colectiva ya formada, en la cuál se reconoce la totalidad de los ciudadanos. En este último caso, estando la sociedad ya estructurada, la Constitución tendrá por objeto sólo la disciplina del poder político estatal (Sieyès J.E., *Che cos'è il terzo stato?* [1789], traducción al italiano, Roma 1972).

#### IV. LA CONCEPCIÓN TRADICIONALISTA

La concepción liberal de la Constitución, como acto de voluntad dotada de contenidos que tenían un profundo significado innovador, en cuanto comprende nuevos valores superiores de referencia (la igualdad y los derechos del hombre), se ponía en contraste con la anterior concepción de la Constitución, propia del *Ancien régime*, que concebía la Constitución como “herencia nacional”, o sea, como Constitución tradicionalmente aceptada en un país (Mc. Ilwain, *Costituzionalismo antico e moderno* [1947], trad. al italiano, Bologna 1990, pág. 44).

La concepción tradicionalista tuvo su rol en la fase de la restauración. Las doctrinas de la restauración consideraban la Constitución como no reconducible a un acto de voluntad del constituyente, negando su naturaleza “artificial”. La Constitución era, por tanto, considerada como originada en la divinidad, en cuanto lo que es fundamental y esencial en la vida de una Nación no podría ser llevado a un texto escrito, por su naturaleza frágil y destinado al olvido, poniendo en riesgo a la Nación misma (De Maistre J., *Saggio sul principio generatore della costituzioni politiche* [1809], trad. al italiano, Milano 1975). También era valorada y exaltada, la espontánea estratificación de usos y costumbres que se crearon en siglos de organización social (Burke E., *Riflessioni sulla rivoluzione francese* [1790], trad. al italiano, en *Scritti politici*, Torino 1963, pág. 151).

La concepción tradicionalista consideraba por tanto la Constitución, como un conjunto de reglas transmitidas o derivadas, no producidas específica y casualmente por una voluntad humana puntual.

Junto a las doctrinas dirigidas a rebatir de forma radical a la Constitución como acto de voluntad del constituyente, se ubicaron otras que, acogiendo la idea de Constitución-acto, la interpretaban como ejercicio de la restaurada soberanía monárquica, que se manifestaba a través de las constituciones “otorgadas” (*octroyées*), o a través de pactos constitucionales entre monarquía y clases sociales, calificadas por el rol correspondiente a la clase o al patrimonio, y que en los textos de la Constitución establecían el reconocimiento de garantías para la libertad y la propiedad (monarquía constitucional).

## V. LA CONCEPCIÓN POSITIVISTA

La concepción de la Constitución como acto de voluntad, también se mantiene en la fase de consolidación del Estado liberal, cuando se pierde relación con la doctrina de la Revolución francesa, que veía en el poder constituyente de la Nación, el fundamento del acto constitucional, y el elemento central de la disciplina del Estado se individualiza en el Estado mismo, que se considera como algo ya constituido y continuamente vivo. La decisión constituyente existe siempre, pero es expresión del “Estado” ya existente y por tanto “constituido”. Desde tal óptica, lo que se obtiene es únicamente la Constitución *positiva* (Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'état* [1922], II, Paris, 1992, pág. 499).

No obstante las profundas diferencias, también la doctrina positivista del Derecho considera la Constitución como *acto deseado*, a través del cual, son establecidas reglas obligatorias de organización y comportamiento, pero se limita a considerar el texto formal de la Constitución, en cuanto normativa vigente.

En la práctica, durante todo el siglo XIX la doctrina liberal del Estado estuvo decididamente orientada a alejar el concepto de Constitución del de poder constituyente, que evocaba una situación de inestabilidad revolucionaria, dirigiendo su atención sobre la legislación, actividad normativa que resaltaba la presencia de ordenamientos estatales, ordenados y establecidos. De aquí la atención con la que los juristas ponían énfasis en la importancia del Derecho, caracterizado por la certeza y estabilidad asegurados por el Estado, y sobre el rechazo y la marginación de la política, considerada como privada de reglas e inestable: la sospecha con relación al poder constituyente, individualizable en situaciones de traspaso de un ordenamiento a otro en un clima de cambio, era acompañado por la unión de tal poder a la esfera dudosa de la política, en cuanto se realiza fuera de reglas previamente constituidas.

En el Estado Liberal de Derecho, la Constitución existe porque presupone el Estado, y no porque genere el Estado que ya existe y es autosuficiente. La Constitución es de todas formas útil en cuanto a un ordenamiento del poder político, punto de equili-

brio y mediación entre el rol del monarca o de los órganos de gobierno republicano, y de los ciudadanos con su libertad. En este Estado, la Constitución disciplina siempre la separación de los poderes, pero los límites al poder no son considerados como impuestos por la Constitución, sino aceptados por el Estado en vía de autolimitación y formalizados por tanto en el texto constitucional (Orlando V. E., *Studi giuridici sul governo parlamentare* [1886], ahora en *Diritto pubblico generale. Scritti vari coordinati in sistema*, Milano, nueva edición 1954, págs. 354 y siguientes. Además para el período giolittiano: Romano S., *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988, volumen inédito de principios del 900, y por tanto recientemente publicado).

La doctrina positivista de la Constitución ha tenido un gran éxito, y aún hoy, produce sus efectos. De todas formas, sobre todo en el período entre los dos conflictos mundiales, ha sido criticada y superada, en su tentativa de dar respuesta a por lo menos dos problemas importantes: el de la justificación de la naturaleza suprema de la Constitución como fundante de todo el ordenamiento, porque no todos se contentaban con detenerse sólo en el texto constitucional y se interrogaban por tanto, por la contemporaneidad de los fenómenos sociales organizadores o de principios normativos que condicionaban la subsiguiente Constitución. Y el de la vigencia de reglas constitucionales no formalizadas, que sin embargo, tenían una sustancial relevancia en la vida global del ordenamiento del Estado, integrando o sustituyendo los formales. Los dos problemas están entre sí relacionados y sobrepuestos, pero son distintos: uno observa el fundamento que justifica una Constitución, en caso que se rechace la idea de que la Constitución del Estado es válida en cuanto esté en condición de justificarse a sí misma; el otro consiste en explicar el valor de reconocer principios y reglas no incluidas en el texto constitucional (y que en parte pueden ser introducidas entre los criterios justificadores externos a la Constitución, ya mencionados).

## VI. LA CONCEPCIÓN DECISIONISTA Y LA NORMATIVISTA

Una doctrina que estará destinada a tener seguidores, es aquella que separa el concepto sustancial de Constitución, entendido como la “*decisión política fundamental del titular del poder constituyente*” de su formalización en un texto (definido como “ley constitucional”).

La Constitución sustancial es por tanto, externa y prioritaria respecto a la Constitución formal y es la suprema decisión sobre la forma del poder, expresada por el titular del poder, titular que preexiste a la decisión, porque ya ha alcanzado un suficiente grado de identidad y de unidad política. La unidad política es conseguida por el sujeto político más fuerte, que ha logrado imponerse prevaleciendo sobre los demás que quedan por tanto excluidos, y la decisión es puesta directamente por quien decide, sin necesidad de utilizar el expediente de la representación, propio de la concepción francesa de la soberanía popular. Esta doctrina pone por tanto, una clara distinción entre decisión constitucional presupuesta y el orden jurídico positivo, donde está com-



prendido el texto de la Constitución, que no es sino una consecuencia (Schmitt C., *Dottrina della costituzione* [1928], traducido al italiano, Milano, 1984).

En la concepción decisionista, el supuesto del ordenamiento positivo es la unidad política. En una concepción distinta, habitualmente definida como normativista, la hipótesis está individualizada en una norma base (Kelsen H., *La dottrina pura del diritto* [1960], traducción al italiano, Torino, 1966, págs. 223 y siguientes).

Se individualiza en efecto una norma fundamental, que constituye el deber de reconocer como compromiso para todos de un cierto derecho sobre la base de la convicción, espontánea o forzada, pero objetivamente verificable, de todas las formas efectivamente seguidas en una comunidad política, que la Constitución sea norma obligatoria. De la convicción de la obligatoriedad de la norma, sale la validez de la Constitución para todos los sujetos de un ordenamiento. Es ésta la *Constitución en sentido lógico-jurídico*, sobre la cual se funda la Constitución positiva. En esta última, están diferenciadas las normas positivas que regulan la producción de normas jurídicas generales, (Constitución en sentido material) de otras normas que pueden tener como objeto, contenidos variados y que tienen por tanto, únicamente forma constitucional (Constitución en sentido formal).

La concepción de Schmitt y la de Kelsen, siendo profundamente distantes, estaban unidas por la exigencia de individualizar el fundamento de la validez de la Constitución-acto: uno individualiza el supuesto justificativo en la *decisión* del sujeto político; el otro, en la *norma*. Ha sido advertido, cómo las dos concepciones tienen justificaciones y posibles utilidades distintas y divergentes. Quien justifica la Constitución sobre la base de la decisión del sujeto que está en posibilidad de excluir a los demás participantes políticos, en cuanto impone la unidad política, abre un camino a la afirmación de cualquier régimen político, comprendidos aquellos basados en la voluntad de una persona o de un movimiento político. Quien en cambio hace referencia a la norma jurídica, pone en la base de la Constitución una elección “neutra” que puede llenarse con contenidos diversos, fijando reglas procesales del juego político que ofrecen la posibilidad a distintas partes políticas, de competir e imponerse con base a las reglas de la mayoría. En la práctica, la decisión schmittiana forma una Constitución que es imputable a la parte política que se ha impuesto, y por tanto, es una Constitución cerrada, sin opciones alternativas; mientras, la norma kelseniana presenta una Constitución *abierta*, que tolera contenidos diferenciados. Con una lectura simplificadora, se ha entendido que el decisionismo conviene a la forma de Estado autocrático, mientras el normativismo consiente la forma democrática.

## VII. LA CONCEPCIÓN MATERIAL

Aparte del perfil de la justificación o del fundamento de la Constitución, se presentaba el de la insuficiencia del solo texto formal para explicar y comprender el aspecto complejo de la sociedad. Muchas instituciones que regulan el quehacer social,

no necesariamente están disciplinadas en el texto de la Constitución. De aquí la distinción-contraposición de la Constitución formal, respecto a la “Constitución material” y, bajo distinto ángulo, a la “institución”.

Entre las distintas doctrinas dedicadas a dar realce a la realidad de las relaciones de fuerza en un ordenamiento, se puede citar la elaborada por Lassalle (Lassalle F., *Sulla natura delle costituzioni* [1862], traducido al italiano, Milano, 1945), que enfrentaba la Constitución escrita con la Constitución real, dada por la forma de las relaciones reales entre las fuerzas sociales. La Constitución real es transformada en Constitución jurídica escrita, pero la que termina por prevalecer, en caso de desconformidad, es la real, porque son las fuerzas sociales y sus relaciones, las que al final cuentan.

La idea de predominio del orden real de las relaciones económicas y políticas de interés para las fuerzas sociales en el texto escrito, será retomada en la doctrina de la *Constitución-balance*, propia de la doctrina soviética del Derecho y del Estado, según la cual, la Constitución era considerada como documento que reflejaba la efectiva realidad social y económica en cada fase histórica del desarrollo del socialismo. Como el programa del Partido era evaluado como una exposición científica de los problemas reales de la clase obrera y del Partido para la realización del comunismo, era inevitable que la Constitución tuviese en cuenta la “línea general política”, trazada por el programa, y que los textos constitucionales se adecuaran a la continua actualización de los programas. La Constitución consistía por tanto, en el *registro* de los progresos y de las innovaciones en todos los campos, comprendido el institucional, obtenidos en el progreso hacia el comunismo, y por tanto, las constituciones eran concebidas casi como un “proceso verbal” de las realizaciones obtenidas, mientras correspondía al programa del Partido trazar las líneas de desarrollo futuro. La doctrina de la Constitución-balance, fue expresada con claridad por Stalin, en la exposición sobre el proyecto de Constitución de 1936, en el cual se precisaba que: “*La Constitución no debe ser confundida con un programa*”, y que “*el programa observa sobre todo el futuro, la Constitución observa el presente*”. En su preámbulo, la Constitución de Vietnam de 1980, afirma textualmente: “*la exigencia de que una Constitución institucionalice la línea política actual del Partido comunista vietnamita*”.

La contraposición entre el rol político de hecho ejercido por las fuerzas sociales, y en particular por su núcleo dominante, y la Constitución formal, está en la base de la *doctrina de la Constitución material* de Mortati, que ha tenido muchos seguidores en Italia (Mortati C., *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940). Tal doctrina pone una tilde determinante en el papel desarrollado por las fuerzas políticas en la fijación de los principios organizadores y funcionales, esenciales para la vida de un ordenamiento. De tal modo, es efectuada una revalorización del rol desarrollado por la realidad social, ya no más confinada en lo pre-jurídico. El elemento social del Estado se perfila como ya ordenado en torno a un núcleo de principios, que contribuyen a darle una configuración política. En su seno se puede delinear un elemento dominan-

te, titular y gestor del poder, distinto del que es dominado, también –en los ordenamientos democráticos, se tiende a negar por lo menos en línea teórica, una contraposición así rígida– una participación necesaria de toda la base social en el poder político tentado de obtener la mayor correspondencia entre Estado-comunidad y Estado-aparato: en ambos casos, son las fuerzas políticas las que están en grado de caracterizar el ordenamiento que expresan los principios y los fines que forman la Constitución material.

Sobre la base de tal orientación, se sabe cómo existen en cada ordenamiento normas constitucionales –en general formalizadas en un texto *ad hoc*, pero también contenidas en textos distintos o teniendo carácter meramente consuetudinario o convencional– relativas a las elecciones fundamentales en el tema de organización del Estado-aparato (en particular: recurso al principio de concentración y de separación en la distribución de las competencias, a aquel paritario y a aquel progresivo en la utilización de las mismas), en el tema de organización del Estado-comunidad (régimen de las autonomías públicas y privadas), en el tema de las relaciones entre el aparato y la comunidad (régimen de las relaciones autoridad-libertad), en el tema de las relaciones entre Estado-ordenamiento y comunidad internacional y afines. Tales normas derivan y son condicionadas por un principio auténtico, que constituye el núcleo efectivo de toda la organización constitucional. Este principio es el resultado del juego de las fuerzas políticas que se mueven en el ordenamiento, la elección de base que condiciona todos los otros principios del quehacer social y jurídico, o también, las mismas fuerzas políticas dominantes que son en sí mismas principios.

Por las razones expuestas, la doctrina de la Constitución material indica que, el principio normativo que origina y justifica un ordenamiento, o sea, la Constitución por excelencia, consiste en la *fuerza normativa de la voluntad política*, con aplicación realista del principio de efectividad (principio que en perspectiva distinta, es también utilizado en última instancia por la misma doctrina normativista en la búsqueda de individualizar, en vía de retroceso, una última justificación de las normas adecuadas al sistema). La Constitución material está, por tanto, en condiciones de ser presentada como la verdadera fuente de validez del sistema (y por tanto, también de la Constitución formal), de garantizar la unidad en el momento de la evaluación interpretativa de las normas existentes, y de completar las lagunas, de permitir individualizar los límites de la continuidad y de los cambios del Estado, teniendo en cuenta la misma como parámetro de referencia. Son entonces, los principios constitucionales sustanciales, de los que se hace alusión, los que asumen un papel esencial para la comprensión de una Constitución. Es a éstos, a los que se debe hacer referencia para individualizar su íntima esencia. Las normas constitucionales formales, ahí existentes, constituyen en general, un punto de partida necesario en el proceso interpretativo; pero sería imposible basarse sólo en ellos, porque muchas instituciones que formalmente no han sufrido cambios en el tiempo, han asumido un significado útil sólo si se tiene en cuenta el valor efectivo que han venido asumiendo.

El condicionamiento de la Constitución por parte de elementos pre-jurídicos, es propio también de la *doctrina institucionalista*: según tal concepción, la organización social (*institución*) preexiste al Derecho positivo, y no se agota en éste (Romano S., *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, 1918 e *Principi di diritto costituzionale generale*, 2ª edición, Milano, 1946). La Constitución “real” (social) y la “formal” (jurídica), a causa de la conexión entre institución y ordenamiento, son así diferenciadas, pero unitarias. También en tal concepción, es importante el elemento inherente al hecho de la capacidad de las fuerzas políticas de imponerse y, adquiriendo estabilidad, legitimar el ordenamiento y por tanto, su Constitución sobre la base del principio de *efectividad*.

### VIII. LA CONCEPCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN COMO TABLA DE VALORES

Las doctrinas recordadas con anterioridad, han sido puestas bajo crítica, porque dejarían de considerar la importancia de reconocer a la persona y los valores éticos conectados a la misma. La doctrina decisionista, sería la sublimación de la fuerza en el conflicto político, que se expresa en la decisión del vencedor, que impone su propia concepción en el ordenamiento social y jurídico. Pero también la doctrina de la Constitución material, ofrece un realce determinante a la simple resultante del juego de las fuerzas políticas. Bajo otro perfil, la doctrina normativista, se limitaría a dar realce a la norma fundamental, que está en condición de justificar un conjunto de reglas procesales que constituyen el marco dentro del cuál se desarrolla cualquier ordenamiento. La insatisfacción por estas orientaciones doctrinales, ha sido acentuada por el hecho de que, en el período entre los dos conflictos mundiales, se afirmaron e impusieron ordenamientos estatales que sistemáticamente han desconocido o violado las exigencias elementales de la persona, y que parecen haber plenamente confirmado la idea de la mera identificación entre fuerza estatal y Derecho, por un lado, y de la reducción del Derecho a simple envoltura formal-procesal de la fuerza, por el otro.

Las múltiples interpretaciones del significado de la Constitución que se han confirmado en los tiempos más recientes, concuerdan en la valoración de la persona humana y de sus derechos, los que resultan centrales en la concepción del Estado y de su Constitución. En el modo más persuasivo se cree que el Estado no puede no tener en cuenta una serie de valores que trascienden al Estado mismo y su Constitución.

Estos valores, y en particular aquellos que se refieren al papel de la persona humana, son previstos por la Constitución estatal, que da por cierta la existencia de *principios éticos* que constituyen el fundamento de la legitimación del Estado y de su Derecho. Tales principios son compartidos por los miembros de la comunidad estatal, pero también de la comunidad internacional, como prevé el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. El dato importante es, que tales principios éticos no están confinados al área del viejo Derecho Natural, sino que son considerados “principios jurídicos” del Estado y de su Constitución. Se convierten por lo tanto, o son considerados, normas de Derecho positivo (Heller H., *Dottrina dello stato*, 1934-1971,

traducido al italiano, Napoli, 1988, págs. 335 y siguientes). Los principios son las *concepciones dominantes* de la realidad social (por ej., el principio de igualdad), que constituyen entonces, la Constitución material en sentido estricto y son traspasados a la Constitución formal escrita (id; págs. 422 y siguientes).

La doctrina recién señalada, abre una vía a la *positivación de los principios-valores éticos*. En este camino se han movido algunas constituciones de la segunda postguerra: la italiana (1948), la alemana (1949), y más recientemente, la portuguesa (1976) y la española (1978). De la misma forma, la doctrina de los valores ha influenciado la jurisprudencia de algunos Tribunales Constitucionales, entre ellos, la Corte Constitucional italiana. Sobre la base de tal orientación, los principios-valores éticos (el valor “persona” en todas sus más significativas dimensiones), son compartidos por la sociedad y recepcionados por la Constitución que les atribuye una posición fuerte e inmodificable en el seno del ordenamiento. Según algunos, en el ordenamiento constitucional está integrado una verdadera y propia *moral constitucional*, que tiende a conciliar las exigencias concentradas en los principios éticos sentidos por la sociedad y las concentradas en los mismos principios “adaptados” a las exigencias de las instituciones (la moral institucional es una moral ideal “relativa”, respecto a las exigencias de las instituciones políticas). (Dworkin R., *I diritti presi sul serio* [1977], traducción al italiano, Bologna, 1982).

## IX. LA CONSTITUCIÓN: UNA VALORACIÓN REALISTA

Al final de la tentativa de reconstrucción de algunas, entre las más significativas concepciones de la Constitución, se puede proponer una síntesis de lo que es la concepción compartida de una Constitución, teniendo en cuenta el perfil histórico y positivo, que no puede ser ignorado por quien estudia el actual Derecho Constitucional.

La Constitución es considerada como máximo principio normativo y, desde un tiempo, como conjunto orgánico de principios normativos. La concepción garantista de la Constitución, mantiene aún hoy su validez. Se recuerda que no es la única posibilidad, porque existen ordenamientos dotados de Constitución que responden a distintos principios. En efecto, *Constitución es un conjunto de principios ideales y principios organizativos y procesales*. Los principios ideales (ideologías) varían. Aparte de la ideología liberal, se han afirmado la autoritaria, la socialista, la modernizadora y la tradicional, en Estados de reciente independencia y salidos del proceso de descolonización. Si bien el moderno constitucionalismo está íntimamente ligado a la ideología liberal, no se puede negar que existan ordenamientos supremos del poder político, y por tanto constituciones en Estados que han elegido ideologías distintas y conflictivas, con respecto al garantismo liberal.

En sistemas políticos como el italiano, que expresan ordenamientos que se reclaman del constitucionalismo liberal, en la actual concepción de la Constitución junto a los principios organizadores y procesales, la disciplina relativa a los derechos de la

persona y de los grupos sociales, ha asumido un significado particular. Todos esos principios que asumen una presentación particularmente calificadora, y que se consideran intangibles, también como obra de un legislador que quisiera revisar la Constitución, son considerados como *valores*, valores que una vez que son constitucionalizados, son *jurídicos* aparte de éticos. Por eso hoy, la concepción garantista no implica únicamente una disciplina positiva de la organización y del funcionamiento del Estado y de las relaciones entre poder político y ciudadanos, sino presupone la aceptación de una serie de principios-valores que justifican el ordenamiento, y no son considerados modificables ni en sede de revisión, ni luego de la puesta en ejecución de relaciones negociadas con la Iglesia Católica (Concordato), ni tampoco de la adhesión a organismos internacionales y a la misma Unión Europea.

En la concepción predominante, la Constitución asume la forma escrita. El alcance garantista de esta elección es evidente. Aparece también claro que no toda la Constitución puede o debe encerrarse en el texto formal. Pueden por lo tanto existir partes de la Constitución no incluidas en el texto. Es ésta la contraposición entre Constitución *formal* y *sustancial*. Así por ejemplo, una costumbre que complementa la Constitución, no forma parte del texto, pero es Constitución en sentido sustancial (tal término es sólo convencional: se puede también encontrar quien hable de Constitución en sentido real o material). Hay ordenamientos que no tienen Constitución en el sentido habitualmente usado como documento orgánico: Israel tiene distintas leyes fundamentales a partir de la resolución de Harari de 1950, dedicada a distintas instituciones constitucionales. Esas son esencialmente la Constitución. Austria tiene una Constitución de 1920, en la versión de 1929, muchas veces modificada, pero de su Derecho Constitucional en el sentido del art. 149, 1 c., son parte numerosas leyes relativas a los derechos. Las declaraciones de los derechos anexadas a algunas constituciones, forman un cuerpo sustancial con el mismo texto constitucional. Partes importantes del ordenamiento inglés, por ejemplo, las relaciones entre órganos constitucionales, son confiados a normas consuetudinarias, pero son siempre regulados sustancialmente por normas constitucionales.

Partiendo de la evidencia de lo incompleto de la Constitución formal, puede también notarse la frecuente discrepancia entre forma y sustancia en el funcionamiento de instituciones, que están disciplinadas formalmente por la Constitución. El caso más recordado es el de la disciplina constitucional de las regiones de estatuto ordinario, previstas desde 1948 e instituidas efectivamente sólo en 1970: en tal caso, la disciplina formal no encontraba su referente hasta su institución en la realidad. La divergencia entre forma y sustancia puede ser reclamada en los múltiples ejemplos de falta de actuación de disposiciones puntuales de la Constitución.

La contraposición entre perfil formal y perfil sustancial, está justificada por la exigencia de hacer comprender la importancia que tienen los textos escritos, en un marco de garantías para los ciudadanos. Pero debe quedar bien claro que, cualquier

ordenamiento político no puede no ser “*sustancial*” y por tanto, en la realidad, los principios esenciales de orden son su Constitución.

Para algunas corrientes doctrinarias, el concepto de Constitución sustancial, coincide con el de Constitución material, que es muy usado, sobre todo en la línea de elaboración de Mortati. Se cree de todas formas, oportuno limitar el concepto de *Constitución en sentido material* a aquel conjunto de principios-valores, sean procesales o sustanciales, que constituyen el núcleo que identifica el ordenamiento en base a las opciones primarias de los constituyentes, y que asumen una posición preferencial en la construcción constitucional tal, que los hace inmodificables, bajo pena de la subversión del ordenamiento.

Obviamente, los principios de la Constitución material por algunos definidos como “superconstitución” o “núcleo duro” están fijados en el texto formal o están latentes. Los principios que se refieren a la forma republicana, los derechos fundamentales de las personas, la igualdad, el pluripartidismo, por ejemplo, están textualmente indicados en cláusulas constitucionales. La alternativa entre principio proporcional y principio mayoritario como fundamento del Derecho electoral político, no está resuelta explícitamente por el texto formal, y está por tanto, obtenida en forma interpretativa por el contexto sistemático de la Constitución. Por medio siglo la tendencia generalizada ha sido, la de individualizar el principio proporcional que caracteriza en modo absoluto la Constitución material, y la reforma electoral de 1993, unida a los resultados del *referéndum*, parcialmente ha incidido en el anterior equilibrio sin lograr superarlo, innovando decididamente en sentido mayoritario.

De cuanto se ha dicho, se desprende que la Constitución en sentido material, o sea, los principios que caracterizan la Constitución, pueden estar seguramente incluidos en el texto formal: no se trata por tanto, de nociones que se excluyen, si bien compatibles aunque no necesariamente coincidentes. La Constitución formal incluye principios característicos, esenciales, inmodificables al momento de revisión, y también disposiciones no indispensables que podrían ser revisadas. Por otra parte, algunos principios esenciales pueden ser externos al texto formal.

Con estas precisiones, es evidente que el reclamo a la Constitución entendida en sentido material, es útil en la tentativa de individualizar los perfiles de la efectiva o real vigencia de una norma inferior a la disposición formal de la Constitución, sea que se entienda poner en realce una convergencia entre forma y sustancia. En tal sentido, el reclamo a la Constitución en sentido material, es un modo para ofrecer una interpretación de la Constitución. Es por lo tanto evidente, que el uso que se hace en tal caso del concepto es profundamente distinto de aquel destinado a individualizar un principio normativo que funda la Constitución formal y es externo a la misma, en el sentido indicado por Mortati.

Característica de la Constitución, encerrada en el texto formal o no, en el sentido último especificado, que individualiza los principios materialmente relevantes, es el de

su *vigencia*, en cuanto al grado de aplicación y de observancia. En el uso adoptado, se habla también de Constitución *viviente*, sobre todo para indicar el modo a través del cual las jurisdicciones interpretan y aplican el Derecho de la Constitución. Mientras el concepto de Constitución vigente está unido a la validez formal del ordenamiento y tiende a significar la obligación de adecuarse a las disposiciones constitucionales, el de Constitución *viviente*, está unido a la aplicación, sobre todo en la práctica judicial, haciendo referencia a las normas efectivamente aplicadas, teniendo en cuenta costumbres, convenciones, prácticas. La Corte Constitucional ha hecho referencia muchas veces, en general al concepto de *derecho viviente*, al considerar la presentación de atribuir al significado a las normas sometidas a su examen. Para tal fin, ha considerado que debería tenerse en cuenta el significado atribuido a las mismas, por la jurisprudencia en modo de integrar de significado normativo actualizado (viviente) las disposiciones escritas de los textos, sobre los cuales ejerce su control de legitimidad.

La Constitución viviente, como emergente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, es compatible con el núcleo de los principios esenciales (Constitución material), y con la redacción escrita del texto (Constitución formal) de la que tiende a constituir una actualización/integración.

Esa, probablemente, es sólo la consecuencia del hecho general de elasticidad que está íntimamente radicado en los textos constitucionales escritos, como el actualmente vigente en Italia, y que en realidad forma parte, desde siempre, de las modalidades lógico-sistemáticas que los intérpretes utilizan para consentir la permanencia en el tiempo, de la utilización de los textos escritos, que de lo contrario serían inutilizables, luego de sus adopciones, como superados por la evolución de la realidad político social.

La Constitución vigente es tal, y por tanto es respetada y seguida en cuanto *legitimada* por instituir un sistema de fuentes *legales* y *válidas*. Los dos conceptos son importantes y constituyen uno de los puntos centrales de cualquier doctrina de la Constitución. La Constitución es válida porque está justificada por un principio pre-constitucional o extraconstitucional (*legitimación*); las fuentes subconstitucionales son válidas porque son justificadas por la Constitución (*legalidad*).

El concepto de *legalidad-validez*, es el más próximo al enfoque que tiende a considerar la Constitución como base del ordenamiento global del Estado, como producto del poder constituyente ya perfeccionado y por tanto, autosuficiente.

El concepto de legalidad se refiere a las fuentes sub-constitucionales, que se basan por tanto en los principios ya expresados en la Constitución. El concepto de legitimación, se remonta a los orígenes del fenómeno jurídico e individualiza lo que es el principio que justifica la Constitución, el presupuesto *de la validez* de la misma y de las fuentes legales subordinadas. Tal presupuesto puede ser la voluntad divina, la decisión de un jefe y en los ordenamientos que se reclaman de la tradición liberal, la voluntad de la Nación o del pueblo. Hoy, a este último principio, están agregados como



factores legitimantes que no se pueden eliminar, los principios-valores que han sido recordados. Por tanto, constituciones como la italiana, tienen una suerte de *dobles legitimación* política-popular y ética. En cuanto al reclamo tradicional del fundamento sobre la soberanía popular (art. 1), se agrega el fundamento sobre los derechos inviolables del hombre (art. 2), y en los otros principios fundamentales inicialmente proclamados en el texto. Por lo tanto, la Constitución es legitimada sobre la base del principio de soberanía popular y de los principios-valores indicados, y por eso resulta válida y vigente.



# MÉXICO: ¿SISTEMA PRESIDENCIAL O PARLAMENTARIO?

JORGE CARPIZO (†)  
(México)

*Los griegos en los tiempos antiguos  
solían preguntar al sabio Solón:  
“¿Cuál es la mejor Constitución?”.  
El solía contestar:  
“Decídme primero para qué pueblo  
y para qué época”.*

CHARLES DE GAULLE en 1946.

**SUMARIO:** I. Preocupaciones respecto al sistema de gobierno. II. Sistemas de gobierno y partidos políticos. III. El principio de no-reelección. IV. La discusión doctrinal. V. La tesis de Juan Linz. VI. Las críticas a la tesis de Juan Linz. VII. La fórmula de Giovanni Sartori. VIII. Las ideas de Dieter Nohlen. IX. Las propuestas de Alonso Lujambio. X. El pensamiento de Diego Valadés. XI. Manuel Aragón: “parlamentarizar” el sistema parlamentario. XII. Mis razones y mis proposiciones.

## I. PREOCUPACIONES RESPECTO AL SISTEMA DE GOBIERNO

A) Existe actualmente preocupación o profunda preocupación por diversos temas político-constitucionales, en algunos sectores de la sociedad mexicana. Uno de ellos se refiere al sistema de gobierno: si de nuestro presente sistema presidencial debemos transitar a uno parlamentario. Es decir, existe la inquietud real de conocer si nuestro sistema presidencial es el más adecuado para el México de hoy y para el de los años venideros.

¿Por qué existe esta preocupación o inquietud? En mi opinión por que en las últimas décadas: *a)* El equilibrio de poderes se ha inclinado decididamente a favor del Ejecutivo. *b)* El Poder Legislativo no ha ejercido muchas de sus facultades constitucionales. *c)* El presidente de la república ha realizado atribuciones metaconstitucionales que lo convierten en columna vertebral de todo el sistema político. *d)* Los pesos y contrapesos constitucionales no han operado. Y, *e)* Las libertades y derechos de los mexicanos han quedado en ocasiones a la discreción del Ejecutivo.

¿Es posible que resolvamos estos y otros problemas con un cambio al sistema parlamentario? En los últimos diez años, dos de los más importantes países de América Latina: Argentina y Brasil también se plantearon la mencionada posibilidad y por causas parecidas a las de México, las que se pueden sintetizar en el anhelo de mayores y mejores controles al Ejecutivo federal para alcanzar un verdadero equilibrio de poderes que fortalezca a los sistemas democráticos.

Esa discusión en Brasil fue muy importante. La Asamblea Constituyente de 1987, basada en el proyecto de reformas de la Comisión Arinos se inclinaba por el sistema parlamentario. Empero, dicha Asamblea ratificó el sistema presidencial, pero no en forma definitiva ya que las fuerzas políticas que se inclinaban por el régimen parlamentario no podían ser ignoradas. El artículo segundo transitorio de la Constitución brasileña de 1988 ordenó que el día 7 de septiembre de 1993, el electorado definiría a través de un referendo la forma y sistema de gobierno de ese país: monarquía o república, sistema parlamentario o presidencial. El pueblo brasileño se decidió por las segundas posibilidades: república y presidencial.

En Argentina la reforma constitucional de 1994 también se inclinó por el sistema presidencial pero atenuado o con sujeción parlamentaria –en la expresión de Nogueira Alcalá<sup>(1)</sup>– primordialmente con la creación, en el artículo 100 constitucional, de un jefe de gabinete de Ministros, con responsabilidad política ante el congreso federal y cuyas principales facultades se relacionan con la administración general del país y los expedientes de los proyectos de ley. En consecuencia, éste no es un tema fácil y lo vamos a comprobar en este ensayo; las discusiones que se realizaron en Argentina y Brasil nos lo confirman.

*B)* El mencionado profesor chileno nos recuerda ideas que son ciertas y muy extendidas: que el tipo de gobierno de un país no lo definen únicamente los preceptos constitucionales, sino que es necesario considerar también la “Constitución extrajurídica”, la que se basa en prácticas, tradiciones culturales, actitudes y expectativas de los actores políticos, el sistema electoral y el régimen de los partidos políticos <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “Los presidencialismos puros y atenuados. Los casos de Chile y la Argentina” en “Boletín Informativo”, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, año XIV, número 144, Buenos Aires, 1998, pág. 5.

<sup>(2)</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, obra citada, pág. 3.

El eminente constitucionalista Jorge Reinaldo Vanossi nos alerta con su habitual agudeza que:

“En los sistemas constitucionales hay una regla de oro subyacente, no necesariamente escrita pero que se infiere de la propia estructura de equilibrio que suponen los sistemas de democracia constitucional, según la cual a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un vigorizamiento de los controles, un mejoramiento de las garantías y un acentuamiento de las responsabilidades. Dicho con otras palabras: a más poder más control, mejores garantías y superiores responsabilidades. Esta regla, que exige un correlato entre los problemas de dimensionamiento del poder y los problemas de cualificación de las garantías que hacen al equilibrio de ese poder, está señalando la necesidad de una equivalencia que si se rompe altera la funcionalidad del sistema y ésta entra en una pendiente. Es eso que los sociólogos llaman propiamente casos de anomia, en los cuales va gradualmente desapareciendo el marco de referencia, la sociedad se desencanta, se desmotiva, se desentiende. Hasta la suerte misma que pueda correr el sistema deja de interesarle y se termina en lo que los niños con su inocencia, pero con su gran y certera claridad dicen en dos palabras: todo vale. Es decir no hay ya marco de referencia o parámetro entre el bien y el mal, entre lo lícito y lo ilícito, entre lo permitido y lo prohibido. Estos son los procesos de deslegitimación que tienen por lo general un punto de arranque en el debilitamiento de los sistemas de garantías”<sup>(3)</sup>.

Exactamente aquí se encuentra el gran problema del sistema presidencial mexicano: la falta casi absoluta en la realidad de controles y el desequilibrio colosal que se da entre los poderes en nuestro país, situaciones a las cuales me he venido refiriendo desde 1978 cuando se editó mi libro sobre este tema<sup>(4)</sup>.

## II. SISTEMAS DE GOBIERNO Y PARTIDOS POLÍTICOS

A) Ahora bien, el sistema de gobierno<sup>(5)</sup>, ya sea presidencial, parlamentario o semi-presidencial, opera con la misma Constitución en forma muy diferente de acuer-

<sup>(3)</sup> Vanossi, Jorge Reinaldo, “El ‘Habeas data’: no puede ni debe contraponerse a la libertad de los medios de prensa” en “El Derecho”, año XXXII, número 8580, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires 1994, pág. 1.

<sup>(4)</sup> Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, Siglo veintiuno editores. México 1978, última edición en 1996.

<sup>(5)</sup> Respecto a las características de los sistemas presidencial y parlamentario, véase Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ediciones Ariel, Barcelona 1965, págs. 105-107; Carpizo, Jorge, “Derecho Constitucional” en *Las Humanidades en el Siglo XX. El Derecho*, UNAM, México, 1976, págs. 120-121; Carpizo, Jorge, primera obra mencionada, pág. 14. Duverger, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Ediciones Ariel, Barcelona 1962, pág. 319.

do al número real de partidos políticos que existen en ese país y en ese número influye determinadamente el sistema electoral.

Es decir, el funcionamiento de los poderes, específicamente del Ejecutivo y del Legislativo, asentado en la Constitución, operará en forma diversa según sea el sistema de partido o partidos políticos en esa sociedad. O sea, el sistema de gobierno es una estructura en la cual se desarrolla un proceso político que está en una muy buena parte marcado por el número de los partidos políticos y el sistema electoral.

Así, diferente funcionará ese sistema de gobierno, si hay bi o multipartidismo, un solo partido o un partido predominante<sup>(6)</sup>. En México, por décadas, hemos conocido el sistema de un partido predominante o hegemónico, en el cual la abrumadora mayoría de los legisladores federales y locales pertenecían a ese partido del cual el presidente de la República es el jefe real. Este solo dato es más que suficiente para explicar entre nosotros la carencia de controles por parte del Poder Legislativo respecto al Ejecutivo y el notorio desequilibrio entre ellos.

Aún no está claro cómo quedará definido el nuevo sistema de partidos en México, pero actualmente al existir tres grandes partidos políticos y otros pequeños y al no contar el PRI con la mayoría absoluta en la Cámara federal de diputados, estamos viendo como comienzan a ejercerse algunos de los controles que establece nuestra Constitución desde 1917, como es el caso del denominado “poder de la bolsa” que es tan importante.

En otras palabras, todavía no sabemos con precisión cómo operará en la realidad nuestra actual Ley Fundamental y su sistema presidencial con un sistema tripartito de partidos sumados a otros de tamaño pequeño.

B) A su vez, cualquier sistema presidencial funcionará muy diferente, dependiendo de si:

- a) El presidente y la mayoría de los legisladores en las dos cámaras legislativas – donde existen dos– son del mismo partido.
- b) En las dos cámaras legislativas el partido del presidente no cuenta con la mayoría legislativa.
- c) El presidente y la mayoría de los legisladores en una de las cámaras legislativas pertenecen al mismo partido pero esa no es la situación en la segunda cámara. Aquí tiene relevancia si se trata de la cámara alta o de la baja. Esta es la situación que se presenta ahora en México, el presidente de la República y la mayoría de los senadores pertenecen al mismo partido, pero en la otra cámara –la de diputados, que es la más importante por sus facultades respecto al “poder de la bolsa”– ningún partido tiene la mayoría, pero una coalición de partidos diversos al del presidente puede configurarla.

---

<sup>(6)</sup> Carpizo, Jorge, *Derecho Constitucional*, obra citada, pág. 124.

En los Estados Unidos de Norteamérica actualmente, en las dos cámaras legislativas federales, la mayoría de los legisladores son del partido contrario a aquel del presidente Clinton. Claro está que ese sistema funciona en forma diversa a si la situación fuera la contraria de la señalada, pero las dos diferencias que entonces acontecen, son que los controles legislativos que indica la Constitución operan con mayor rigidez y con toda plenitud y el Ejecutivo está obligado a negociar mucho más con el Congreso y a tomar en cuenta a éste en forma tal que sea factible que logre sacar adelante su agenda legislativa. Negociación y más negociación y el resultado es un mejor equilibrio entre los poderes.

C) En el sistema parlamentario acontece idéntica situación que en el presidencial. La operación real del sistema depende del número de partidos existentes en el país: dos, tres, cuatro o más y si el partido político que integra el gobierno cuenta o no con la mayoría de los legisladores en el Poder Legislativo, específicamente en la cámara baja.

En el sistema parlamentario clásico, el inglés, que realmente es bipartita, si uno de los partidos tiene la mayoría de los legisladores en la Cámara de los Comunes, entonces el primer ministro —que es una parte del Poder Ejecutivo— es el líder de ese partido y por ese carácter, por la disciplina de partido y porque los legisladores del partido mayoritario no desean elecciones anticipadas, el primer ministro tiene realmente el control del Parlamento<sup>(7)</sup> o si se quiere no existe ningún control del legislativo respecto al Ejecutivo<sup>(8)</sup>; situación que se atenúa si ninguno de los dos grandes partidos consigue la mayoría en la Cámara de los Comunes y resulta necesario coaligarse con un tercer partido pequeño para conseguirla. Entonces, la negociación real se da entre los dos líderes de los partidos que se coaligan para poder formar un gobierno y dentro del marco de la fuerza política que sus partidos tienen en esa cámara. En estos momentos ya quisiera el señor Clinton poseer el diez por ciento del control efectivo que el señor Blair tiene respecto al Poder Legislativo de su país.

Por el contrario, si en el sistema parlamentario existen múltiples partidos y para poder formar gobierno es indispensable la conformación de coaliciones que no resultan estables; entonces, surgirá un gabinete tras del otro, creándose una inestabilidad

---

(7) Jennings, W. Ivor, *The British Constitution*, University of London Press, Londres, 1966, págs. 179-184. Wade, E.C.S. y Phillips, G.G, *Constitutional Law*, séptima edición corregida con A.W. Bradley, Longmans, Londres, 1966, págs. 95, 102, 123, 125, 126, 191 y 192. Carpizo, Jorge, *Lineamientos constitucionales de la Commonwealth*, UNAM, México, 1971, págs. 37-45.

(8) Duverger, Maurice, *La Monarchie Republicaine*, Editions Robert Laffont, París, 1974. A partir de la pág. 109 se refiere al gran poder que tiene el primer ministro inglés quien encabeza una monarquía republicana más eficaz que la de los Estados Unidos de Norteamérica. Actualmente en Gran Bretaña —sostiene— las elecciones legislativas se han convertido en elección por el primer ministro, el cual posee una gran autoridad sobre el parlamento a través de su partido mayoritario y la disciplina del propio partido. El parlamento aprobará o desechará los proyectos de ley de acuerdo a la voluntad del primer ministro, pág. 118.

política que repercute negativamente en el país, como aconteció en la Francia de la IV República y en Italia a partir de la segunda guerra mundial. Así, la preocupación en esos países fue la de introducir en sus sistemas elementos del régimen presidencial con la finalidad de otorgarles estabilidad.

D) Lo mismo que he afirmado de los regímenes presidenciales y de los parlamentarios respecto al sistema de partidos, es válido en lo referente al llamado régimen semi-presidencial cuyo ejemplo clásico en la actualidad es la Constitución francesa de la V República de 1958<sup>(9)</sup>, que ha funcionado bien en la realidad y en las circunstancias políticas de ese gran país, pero esa Constitución en ocasiones funciona casi como un sistema presidencial y en otras ocasiones casi como un sistema parlamentario<sup>(10)</sup>. Probablemente fuera más acertado suprimir el “casi”.

Funciona casi como un sistema presidencial cuando el partido político o partidos afines del presidente de la República cuenta o cuentan con la mayoría de legisladores en la Asamblea Nacional, porque entonces él designa con libertad al primer ministro,

---

<sup>(9)</sup> Véase Ardant, Philippe, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, L.G.D.J. Paris, 1996, págs. 432-519. Planas, Pedro, *Regímenes Políticos Contemporáneos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, págs. 293-320. Prélot, Marcel y Boulouis, Jean, *Institutions politiques et Droit Constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1980, págs. 663-721, 805-810 y 845-856; Hauriou, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Editorial Ariel, Barcelona, 1971, págs. 532-609.

<sup>(10)</sup> Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, págs. 148-149, realiza una caracterización de los sistemas semipresidenciales. Lijphart, Arend, “Presidencialismo y democracia mayoritaria: observaciones teóricas” en *Las crisis del presidencialismo. I. Perspectivas comparativas*, Juan J. Linz y Arturo Valenzuela (comps.), Alianza Universidad, Madrid, 1997, págs. 153-154, cita a diversos autores que concluyen que el sistema semipresidencial en la realidad es una alternancia de sistema presidencial y sistema parlamentario pero no es un sistema mixto o híbrido: “Raymond Aron escribió en 1981: ‘El presidente de la República es la autoridad suprema (es decir, el auténtico jefe de gobierno) en tanto que tenga una mayoría en la Asamblea Nacional; pero debe ceder la realidad del poder al primer ministro en el caso de que un partido que no sea el suyo tenga la mayoría en la Asamblea’. Esto es exactamente lo que sucedió en 1986: el primer ministro Jacques Chirac se convirtió en el jefe de gobierno y el presidente François Mitterrand se vio reducido a un mero papel especial en política exterior. Los sistemas finlandés y portugués después de 1982 recuerdan al modelo francés en 1986-88, y por tanto deberían clasificarse como parlamentarios.

Es posible que pueda diseñarse un sistema auténticamente medio presidencial y medio parlamentario –quizá especificando en la constitución que el presidente y el primer ministro encabecen conjuntamente el gobierno–, pero en la realidad no hay ejemplos de estos regímenes intermedios. En concreto, la Quinta República es generalmente presidencial en lugar de semipresidencial, y sólo ocasionalmente parlamentaria. Maurice Duverger, anticipando acertadamente el paso a parlamentarismo en 1986 y de nuevo a presidencialismo en 1988 –tan presciente como Aron–, concluye que la Quinta República no es ‘una *síntesis* de los sistemas parlamentario y presidencial’, sino una *alternancia* entre fases presidenciales y parlamentarias”. Del llamado sistema semipresidencial –que no es tal– vale la pena examinar la Constitución alemana de 1919 y la española de 1931, y más recientemente la portuguesa de 1982.



quien es de su propio partido y quien le reconoce jerarquía política. Es el presidente quien encabeza el gabinete y quien toma las decisiones más importantes del gobierno.

Pero, la misma Constitución francesa de 1958, funciona como un sistema casi parlamentario, cuando el partido político y los afines al presidente de la República no cuenta o cuentan con la mayoría de los legisladores en la Asamblea Nacional o no puede configurar una coalición, entonces el presidente tendrá que designar como primer ministro al líder del partido que tiene esa mayoría o al líder que pueda formar un gobierno y en este caso es el primer ministro quien *gobierna*. El presidente, ciertamente, tiene sus facultades enumeradas –reservadas– en la Constitución, pero entonces muchas de ellas se vuelven más virtuales que reales porque quien formula y controla el presupuesto es el jefe del gobierno –el primer ministro– y no el presidente, y si este último no cuenta con recursos económicos para ejercer sus facultades, entonces su papel se parece al de un jefe de Estado en un sistema parlamentario. Desde luego no puede desconocerse que la personalidad del presidente de la República es un factor que influye en todo este esquema.

### III. EL PRINCIPIO DE NO-REELECCIÓN

Un aspecto que los mexicanos debemos tener muy en cuenta es que en un sistema parlamentario, el primer ministro puede reelegirse cuantas veces gane su partido las elecciones. En las últimas décadas hemos visto la reelección reiterada de varios primeros ministros o sus equivalentes, sólo por mencionar a algunos recordemos a Felipe González, Margaret Thatcher y Helmut Kohl.

En México, parte esencial de nuestra historia y experiencia constitucionales está representada por el principio de no-reelección del presidente de la República, principio que ha sido y es un factor muy positivo de nuestro sistema político. Este aspecto debe ser meditado y remeditado. Los mexicanos no podemos olvidarnos que cuando un presidente llegaba al poder, se perpetuaba en él y sólo se le podía sustituir por la fuerza de las armas o por su muerte; tal fue la situación con Santa Anna, Juárez, Lerdo de Tejada y Porfirio Díaz. Entre ellos cuatro gobernaron 58 de los primeros 90 años del México independiente.

Tampoco podemos olvidarnos que la llamada Revolución Mexicana tuvo como lema político el principio de “sufragio efectivo, no reelección”, que la Constitución de 1917 hizo de esta máxima, precepto esencial del nuevo orden constitucional, pero que dicho principio se desmoronó cuando la fuerza personal del caudillo logró que se reformara dos veces nuestra Ley Fundamental para permitir la reelección del general Alvaro Obregón, quien después de las elecciones y antes de ser declarado presidente constitucional, fue asesinado, lo que salvó a México de contar con un segundo Porfirio Díaz, pues difícilmente se hubiera podido sacar a Obregón de la silla presidencial, ya que también hubiéramos tenido en este siglo nuestro 1890; o sea, la reforma constitucional que permitiría la reelección del presidente de la República sin ningún límite.

La muerte de Obregón hizo posible que el 29 de abril de 1933 apareciera publicada en el *Diario Oficial de la Federación* una nueva reforma al artículo 83 constitucional para, otra vez, prohibir la reelección del presidente de la República, reforma que es la que subsiste hasta nuestros días <sup>(11)</sup>.

Todos sabemos que la mayoría de los presidentes mexicanos han sido muy fuertes, especialmente a partir del general Lázaro Cárdenas, pero desde 1933 ninguno de ellos intentó realmente reelegirse a pesar de múltiples rumores al respecto <sup>(12)</sup>. El principio de no-reelección presidencial es base y corazón de nuestro orden constitucional. Es nuestra evolución y resultado de experiencias políticas que están presentes y nos concitan a no cometer un error político garrafal: olvidarnos de las crisis y el fenomenal costo político que hemos pagado cuando nuestros presidentes han podido reelegirse.

Se podría argumentar que México ha cambiado mucho desde 1917 y 1933 y que la democracia implica que el pueblo pueda reelegir a su presidente cuantas veces quiera. A este punto específico me refiero más adelante. Ahora sólo diré que hay naturalezas humanas –y son innumerables– que aman el poder y cuando lo detentan no lo quieren abandonar, se les vuelve una especie de droga que los invade y los domina. La historia universal habla por ella misma y la mexicana también.

En los últimos años en América Latina hemos visto asombrados como los presidentes Fujimori del Perú, Menen de Argentina y Cardoso del Brasil lograron –porque tuvieron la fuerza política para ello– reformas constitucionales para su reelección, la cual obtuvieron y cómo después de esos períodos presidenciales, los dos primero mencionados intentaron con todas sus fuerzas obtener otro período presidencial. En este momento Menen ya no lo alcanzó ante el rechazo popular y Fujimori se encuentra aún intentándolo ¿lo logrará?

Entonces, a los partidarios de un sistema parlamentario en México hay que recordarles nuestra historia política y decirles: mucho ojo, cuidado, mucho ojo, ¡reflexionen! No está de más también traer a colación la máxima atribuida a Lord Acton: el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente. El poder necesita pesos y contrapesos; necesita límites y, sin ninguna duda, en México el límite del tiempo es un imperativo histórico que nuestra evolución ha convertido en un imperativo político.

Ha llegado el momento de introducirme al mundo de las ideas y de las teorías, el cual es muy importante porque auxilia a quienes, por mandato electoral, toman las

---

<sup>(11)</sup> Carpizo, Jorge, *El presidencialismo...*, obra citada, págs. 55-58.

<sup>(12)</sup> Véase Goodspeed, Stephen Spencer, “El papel del jefe del ejecutivo en México” en *Problemas Agrícolas e Industriales de México*, vol. VII, Talleres Gráficos de la Nación, México, 1955, pág. 155; Cosío Villegas, Daniel, *La sucesión presidencial*, Joaquín Mortiz, México 1975, págs. 113, 118-120; Lerner de Sheinbaum, Bertha y Ralsky de Cimet, Susana, *El poder de los presidentes. Alcances y perspectivas (1910-1973)*, Instituto Mexicano de Estudios Políticos, México, 1976, págs. 246-248.

decisiones políticas, especialmente en temas tan importantes, delicados y de múltiples aristas como es todo lo concerniente al sistema de gobierno en un país.

#### IV. LA DISCUSIÓN DOCTRINAL

En los últimos años se ha dado una importante y muy interesante discusión doctrinal sobre las ventajas y los inconvenientes de los sistemas parlamentarios y presidenciales. De ella han surgido propuestas de cambios especialmente para los países latinoamericanos y los poscomunistas de la Europa oriental.

Esta discusión se originó por diversos estudios –primordialmente de los profesores Riggs y Linz– de carácter estadístico en los cuales resaltan que, durante los años sesenta y setenta, mientras diversas democracias de sistema presidencial fracasaron, las de sistema parlamentario mantuvieron su estabilidad. En consecuencia, cabría la suposición de que el sistema de gobierno algo tiene que ver con la estabilidad o la inestabilidad del propio gobierno y con el posterior descalabro de esa democracia. Entonces, las proposiciones doctrinales para superar dicho “problema” no se hicieron esperar.

Sartori escribió que respecto a las cuestiones institucionales la pregunta esencial es: ¿sabemos qué reformar y cómo lo vamos a hacer? Su preocupación estriba en dilucidar si conocemos qué es lo que debe cambiarse y *cómo cambiarlo*, y contesta que *no*, lo cual ha tenido como consecuencia que “las reformas realizadas llevan la huella de reformadores muy incompetentes”<sup>(13)</sup>.

Reformar por reformar sin una profunda reflexión, sin conocimiento amplio de la realidad jurídica, política, social y económica de una comunidad, constituye un verdadero desaguado, porque para los cambios político-jurídicos no existen “recetas”, sino que los instrumentos del derecho y de la política comparados nos otorgan ideas, nos sugieren caminos que debemos meditar para poder ponderar cuales de ellos pudieran ser útiles a la realidad concreta de un determinado país. Copiar instituciones exitosas de una nación a otra sin considerar la realidad de la receptora, generalmente conducen a un fracaso estrepitoso que lo único que logran es magnificar los problemas que se querían resolver con esa “receta”. Analizar los fracasos de sistemas e instituciones políticas son de provecho si estudiamos las causas de este malogro y el por qué no funcionaron en la realidad de ese país. Es este aspecto es elocuente, verdadera y precisa la expresión de Charles de Gaulle que escogí como epígrafe para este ensayo.

Veamos las ideas de algunos tratadistas que han intervenido en este debate y que en mi opinión merecen examinarse.

---

<sup>(13)</sup> Sartori, Giovanni, obra citada, pág. 12.

## V. LA TESIS DE JUAN LINZ

A) Aun punto de referencia esencial en este debate son los estudios del muy distinguido politólogo Juan Linz quien es un gran promotor y defensor de las ventajas del sistema parlamentario sobre el presidencial. Linz profundiza en aspectos poco estudiados de los sistemas de gobierno y aunque no se esté de acuerdo con él, hay que reconocer los indudables méritos de sus análisis.

Linz parte del principio de que puede ser o no una casualidad el que muchos sistemas presidenciales han encontrado serios problemas para establecer democracias estables. Después de examinar ambos sistemas de gobierno y de exponer sus argumentos a favor del sistema parlamentario, aclara que una democracia presidencial sí puede ser un sistema estable aunque sus probabilidades en este sentido no son realmente favorables. Asimismo, expresa que los sistemas parlamentarios no siempre garantizan la estabilidad sino que facilitan la flexibilidad indispensable en los difíciles pasos hacia la transición democrática.

Linz aclara su pensamiento al asentar: “Sólo insisto en que el presidencialismo parece que supone un mayor riesgo para una política democrática estable que el parlamentarismo contemporáneo”<sup>(14)</sup>.

Resalta la prudencia de este tratadista respecto a sus afirmaciones, con lo cual prueba su talento y él mismo acepta que para llegar a conclusiones definitivas aún faltan estudios empíricos. Lo importante es que el examen de los sistemas de gobierno que estaba muy descuidado, ha adquirido especial presencia a partir de estudios serios como los de Juan Linz y los de Arturo Valenzuela que invitan a la meditación y al debate.

B) Los principales argumentos de Linz, en síntesis, para sostener su tesis, son los siguientes:

a) En el sistema presidencial hay una legitimidad democrática dual al ser el presidente electo directamente. Legitimidad democrática de la cual también gozan los legisladores y cuando la mayoría de ellos representa una opción política distinta a la de aquel, puede darse un conflicto entre poderes que los recursos procesales-constitucionales difícilmente resolverán y que incluso puede llevar a la intervención del ejército como “poder moderador”,

b) En el sistema presidencial, el Ejecutivo es electo para un período fijo, sin que exista la posibilidad de introducir ajustes según lo requieran los sucesos políticos, económicos y sociales. En el sistema parlamentario ante dichos sucesos el primer ministro puede solicitar un voto de confianza al Poder Legislativo y si lo logra se fortale-

---

<sup>(14)</sup> Linz, Juan J., “Democracia presidencial o parlamentaria: ¿qué diferencia implica?” en *Las crisis del presidencialismo. I. Perspectivas comparativas*, obra citada, págs. 28, 124 y 137.

ce su autoridad y legitimidad democrática y si no lo consigue, acontecerá un cambio de gobierno, lo cual otorga flexibilidad a ese sistema. En estos casos es generalmente el pueblo a través de la nueva elección, el que decide cual de los poderes tenía la razón,

c) En el sistema presidencial se efectúa un juego de “gánalo todo”, ya que el candidato victorioso, él solo integra el Poder Ejecutivo, mientras que en el sistema parlamentario un primer ministro que no alcanza más del 50% de los escaños, está compelido a formar un gobierno de coalición o a tener un gobierno minoritario mientras éste pueda subsistir.

El propio Linz acepta que en un sistema parlamentario como el inglés, cuando un partido alcanza cuando menos la mayoría de los escaños en la Cámara baja “se produce una situación de *gánalo todo*”, lo que no acontece en un sistema presidencial si el Ejecutivo triunfador no cuenta con mayoría en una o en las dos cámaras del Congreso.

Este tratadista precisa que:

“El carácter de suma cero que el juego político tiene en los regímenes presidenciales se ve reforzado por el hecho que los ganadores y perdedores están definidos por el período del mandato presidencial, una serie de años durante los cuales no hay esperanza de modificar las alianzas, de ampliar la base de apoyo gracias a grandes coaliciones de unidad nacional o de emergencia, de disolución y nuevas elecciones, en situaciones de crisis, etc. Los perdedores tienen que esperar cuatro o cinco años, sin acceso al Poder Ejecutivo y por tanto a la posibilidad de intervenir en la formación de los gobiernos, y sin acceso a la oportunidad de repartir toda suerte de ventajas y puestos entre sus correligionarios. El juego de suma-cero aumenta los embates en una elección presidencial tanto para los ganadores como para los perdedores e inevitablemente aumenta la tensión y la polarización”<sup>(15)</sup>.

d) En el sistema presidencial, la responsabilidad y la obligación de rendir cuentas de la estabilidad y de la política de gobierno corresponden únicamente al Poder Ejecutivo. Por ello es “muy probable”, que los partidos políticos de oposición se opongan, critiquen e incluso fiscalicen al presidente, sin otorgarle ningún apoyo ni responder a sus iniciativas, menos a responsabilizarse de ellas.

Si los partidos, incluido el del propio presidente, apoyan medidas impopulares de éste, no tendrán ninguna recompensa por ello. En cambio sí pueden verse electoralmente castigados. Esta es la razón por la cual, un presidente se ve obligado a usar medidas clientelísticas y al reparto de beneficios para intentar neutralizar a la oposición.

Para Alonso Lujambio, desde la perspectiva de Linz, éste es uno de los aspectos de mayor potencial de conflicto entre el Ejecutivo y el Legislativo, y el que puede

<sup>(15)</sup> Linz, Juan J., obra citada, págs. 33, 34, 37, 38, 46, 47, 54 y 55.

causar la parálisis del propio sistema de gobierno, sin que existan los medios flexibles que otorga el sistema parlamentario para superar esa parálisis como son la disolución de la legislatura por el Ejecutivo o el voto de censura al primer ministro<sup>(16)</sup>.

Linz afirma que el sistema presidencial ha reforzado en algunos países el aspecto no estructurado, la indisciplina y la rigidez ideológica de los partidos políticos<sup>(17)</sup>.

e) En el sistema presidencial la concentración de poderes en el Ejecutivo ha impulsado en muchas ocasiones a limitar a éste en el tiempo –el principio de no-reelección– lo cual resulta “frustrante” para líderes ambiciosos quienes intentan reformar la Constitución para continuar en el poder. A veces –indica Linz– la conciencia de que el tiempo para actuar es limitado tiene un impacto en el estilo de la política y la posible desconfianza al sucesor, lo cual imprime una sensación de urgencia que contribuye al diseño incorrecto de las políticas, a ponerlas en práctica con precipitación, a impacientarse con la oposición, a realizar gastos que deberían distribuirse a través del tiempo y a implantar políticas que pueden auspiciar tensiones y ser ineficaces.

Una persona que ha ocupado la presidencia con tal cúmulo de poderes difícilmente se va a resignar a no volver a ocupar ese cargo y más si su sucesor fracasa. Ello puede propiciar que aquel trate de ejercer el poder detrás del trono o a influir en la sucesión presidencial con un candidato diferente al del titular del poder.

f) En el sistema presidencial se carece de un rey o de un jefe de Estado que pueda intervenir simbólicamente como un poder moderador y que pueda en casos de crisis actuar como un poder neutro que colabore a superarlos.

g) En el sistema presidencial es factible, no así en el parlamentario, que un “extraño” acceda al poder, y más si en ese país no existe un sistema de partidos fuertes. Ese “extraño” puede no tener experiencia gubernativa ni política y puede presentarse, incluso con hostilidad a los partidos y a los políticos. Estas candidaturas pueden surgir repentinamente y aprovechar el malestar y la frustración sociales, capitalizando la esperanza de que se tiene un “salvador”. El problema es que esta clase de presidentes no cuenta con apoyos en el Congreso al ser ajeno a un partido político y generalmente no tiene el tiempo suficiente para construir una organización partidista. Únicamente en sistemas presidenciales pueden llegar al poder candidatos como Fujimori, Collor de Mellor o Aristide.

h) En el sistema presidencial, las elecciones revisten aspectos marcadamente individualistas, de carácter plebiscitario; más que por un partido y un programa se vota

---

<sup>(16)</sup> Lujambio, Alonso, *Federalismo y Congreso en el cambio político de México*. UNAM, México, 1995, págs. 14-15. Carrillo, Ulises y Lujambio, Alonso, “La incertidumbre constitucional. Gobierno dividido y aprobación presupuestal en la LVII Legislatura del congreso mexicano, 1997-2000”, en *Revista Mexicana de Sociología*, UNAM, México, 1998, vol. 60, núm. 2, págs. 242-243.

<sup>(17)</sup> Linz, Juan, obra citada, págs. 126-127.

por una persona a la que se considera la mejor para responsabilizarse del destino del país y a la cual se le deja gobernar la nación con bastante discrecionalidad y hasta donde los límites que las relaciones de poder lo soporten. Dicho carácter plebiscitario, que permite al candidato prometer todo y de todo, muchas veces de manera irresponsable, otorga a los presidentes después de la elección un índice de aprobación muy alto que puede llegar a 70 ó a 80 por ciento, lo cual raramente acontece en un sistema parlamentario.

Linz cita a O'Donnell quien afirmó que a los presidentes: “Hoy se les aclama como figuras providenciales, mañana se les maldice como a dioses caídos”.

Sin embargo, el propio tratadista admite que incluso en los sistemas parlamentarios, cada vez con mayor frecuencia, se vota por el líder del partido que se piensa puede gobernar mejor. Es decir, la personalización del liderazgo es actualmente una realidad también en dichos sistemas.

*i)* En el sistema presidencial, el hecho de que en muchos casos existe un vicepresidente quien remplazará automáticamente al presidente en casos tales como fallecimiento, incapacidad o destitución, puede presentar problemas porque: se dan conflictos entre ellos, a veces el vicepresidente es electo en forma separada al presidente, el vicepresidente puede representar una opción o a un partido diferente al del presidente, o este último lo escogió como compañero de fórmula para la elección, no por sus cualidades para gobernar, sino para que le ayudara a ganar la elección plebiscitaria<sup>(18)</sup>.

*C)* Claro está que después de esta crítica demoledora al sistema presidencial, Linz es partidario del parlamentario porque su “presunción” es que este sistema propicia: *a)* mayor responsabilidad hacia el gobierno por parte de los partidos y de sus líderes; *b)* mayor obligación a los propios partidos de rendir cuentas –salvo en un fraccionamiento político extremo–; *c)* la necesidad de los partidos de cooperar y de realizar compromisos –a menos que uno de ellos gane la mayoría absoluta de las curules–; *d)* que en caso necesario de un cambio en el liderazgo, éste se efectúe sin una crisis de régimen; y, *e)* una continuidad en el gobierno sin el miedo del continuismo como ocurre en los sistemas presidenciales.

Linz realiza un buen estudio de los sistemas mixtos –semi-parlamentario y semi-presidencial– y está decididamente en contra de ellos. Sin embargo, dice que en América Latina, estos sistemas mixtos constituyen una manera indirecta y “subrepticia” de inclinarse por el sistema parlamentario, para poder incorporar prácticas parlamentarias pero conservando los símbolos del presidencialismo. Esta actitud la atribuye a la falta de disposición y voluntad para atreverse a realizar un cambio radical en la evolución político-constitucional. Este autor manifiesta, y aquí le asiste

(18) Linz, Juan, obra citada, págs. 48-52, 64-66, 70, 76, 87.

toda la razón, que el sistema parlamentario no goza del favor de los políticos ni de los constitucionalistas en América Latina<sup>(19)</sup>.

D) Este distinguido autor ejemplifica sus aseveraciones con diversos y abundantes casos referentes a América Latina. Llama la atención que no se refiera a México salvo respecto al principio de no-reelección. ¿Por qué? Como no lo dice, se puede especular: ¿Por qué no considera que México es un régimen democrático? ¿Por qué ha tenido estabilidad política por décadas aunque el sistema real que ha conocido es una degeneración del presidencial? ¿Por qué un sistema que fue políticamente no-competitivo, no le era útil para su análisis?

## VI. LAS CRÍTICAS A LA TESIS DE JUAN LINZ

La tesis y argumentos de Juan Linz han recibido diversas críticas y yo agrego otras, pero hay que ser claros de que el propio Linz se ha dado cuenta de que varios de sus argumentos se pueden controvertir y él se ha adelantado a varias de las objeciones y ha contra-argumentado.

Las principales críticas que se pueden hacer a la tesis de Linz son las siguientes:

a) Varios sistemas presidenciales en América Latina ciertamente han sido inestables, mientras que en Europa los sistemas parlamentarios, en lo general, han sido estables especialmente a partir de la segunda guerra mundial aunque hay excepciones.

Atribuir inestabilidad o estabilidad a una democracia únicamente por el sistema de gobierno sin referirse a otros factores, no es correcto porque en América Latina la inestabilidad política de las democracias responde primordialmente a problemas graves como la profunda desigualdad social, la pobreza, la falta de educación en grupos numerosos, el retraso económico, la no-integración de grupos étnicos, la explosión demográfica, la falta de cultura cívica, rezagos sociales inmensos y, a veces, a la existencia de partidos políticos débiles.

b) A pesar de todos los problemas arriba señalados, en América Latina hay y han habido sistemas presidenciales democráticos que gozan y han gozado de estabilidad y Linz no se refiere a ellos o sólo muy de pasada: por ejemplo, Costa Rica desde 1948, Venezuela desde 1958, Chile entre los años treinta a 1973 y Uruguay entre los años cuarenta a 1973. Es decir, en estos casos, esas democracias presidenciales han funcionado o funcionaron por más de 25 años, o sea en ellas existieron elementos estabilizadores<sup>(20)</sup>.

c) Comparar en América Latina el sistema presidencial –que sí existe– con el sistema parlamentario –que no se le conoce y en el pasado sólo existió por breves

---

<sup>(19)</sup> Linz, Juan, obra citada, pág. 120.

<sup>(20)</sup> Lujambio, Alonso, obra citada, pág. 66.



períodos y con inestabilidad— resulta una especulación muy favorable al parlamentarismo porque cuando este existió fue un “sistema trunco” y nada exitoso desde la perspectiva de la estabilidad<sup>(21)</sup>.

d) En América Latina a partir de 1978, lo cual ya es parte de su historia, muchas transiciones democráticas tuvieron como cauce el sistema presidencial y muchas de ellas “con el mismo marco constitucional vigente en la época del desplome preautoritario”. Desde luego que la consolidación democrática y su éxito está relacionado con la eficiencia del gobierno<sup>(22)</sup>.

e) La elección del presidente para un período fijo y rígido otorga estabilidad al régimen porque el Congreso no podrá interrumpir ese período con un voto de censura. El gobierno conoce que cuenta con un tiempo determinado—generalmente no acortable— para desarrollar el programa que propuso durante la campaña electoral.

f) En los sistemas presidenciales no se da un juego de “gánalo todo” tal y como lo expresó este autor, quien admitió que cuando el partido del presidente es minoritario en el Congreso, este principio se modifica radicalmente.

Alonso Lujambio en este aspecto manifiesta que el sistema federal constituye un importante elemento para “aminorar el carácter mayoritario y excluyente de la democracia presidencial”, ya que los partidos derrotados a nivel nacional, pueden ganar gubernaturas, diputaciones locales y municipios, con lo que reducen su resentimiento y frustración ante la derrota por la presidencia y se debilita su posible actitud antisistema ya que están gobernando en lugar de sólo oponerse; al gobernar se sensibilizan de la complejidad de los problemas sociales y de las funciones de gobierno, lo cual trae consigo un asentamiento o conciliación entre las élites que es muy importante para la estabilidad de un régimen democrático.

---

(21) Nohlen, Dieter, “Sistemas de gobierno: perspectivas conceptuales y comparativas” en *Presidencialismo versus Parlamentarismo. América Latina*, Dieter Nohlen y Mario Fernández (editores), Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1991, págs. 20-22. Este autor sostiene que respecto al sistema parlamentario en América Latina se deben destacar tres problemas: “En primer lugar, las pocas experiencias son negativas. En Chile, el período 1891-1925 se denomina “parlamentario” aunque de esa forma sólo tenía la capacidad del parlamento para censurar ministros (no así al jefe de gobierno, característica clave de un sistema parlamentario), y el juicio predominante sobre el período es haber producido una gran inestabilidad para gobernar y una oligarquización de la política. En segundo lugar, las posiciones favorables a la aplicación de un sistema parlamentario actualmente son minoritarias, así como las condiciones político institucionales para lograrlo. Así lo demuestran los debates en varios países en América Latina en los últimos años y se evidencia en este mismo libro, con la única excepción de Brasil. En tercer lugar, varias constituciones latinoamericanas contienen elementos parlamentarios, pero en la práctica no han podido establecerse. Es raro en América Latina el caso de un presidencialismo puro”.

(22) Nohlen, Dieter, obra citada, pág. 24.

Además, los partidos de oposición al gobierno federal al ganar elecciones locales tienen la oportunidad de demostrar que son opciones políticas serias y responsables que sí saben como gobernar<sup>(23)</sup>.

g) El mismo Alonso Lujambio y Ulises Carrillo expresan que los partidos de oposición al del presidente en el congreso sí pueden cooperar con aquel porque no todos los partidos políticos en los sistemas presidenciales tienen la ambición de alcanzar ese cargo en el corto y mediano plazo, porque son demasiado pequeños para ello aunque, desde luego, si el sistema de partidos tiene una fragmentación moderada, los partidos que aspiran a la presidencia son más numerosos que si la fragmentación es extrema.

“Estrategias de crecimiento o sobrevivencia partidista pueden encontrar rentable un comportamiento cooperativo, dependiendo de la situación política y de la forma en la cual el presidente y su partido son percibidos por el electorado. En cualquier caso, nuestro argumento intenta entrelazar todas estas variables: en un sistema de partidos de fragmentación moderada, los partidos de oposición no desean cooperar debido a que priorizan en su estrategia de corto plazo la probabilidad de una victoria próxima de la competencia presidencial, pero, al mismo tiempo, pueden pagar el costo de una parálisis institucional derivada de actitudes claramente identificadas como no cooperativas o, aún peor, obstruccionistas”<sup>(24)</sup>.

Estos autores concluyen en forma preliminar que el argumento de Linz tiene fuerza en sistemas de fragmentación moderada en donde los partidos con ambición presidencial sienten como electoralmente costosa la cooperación con el presidente.

Empero, lo mismo se puede afirmar que acontece en un sistema parlamentario si el primer ministro no cuenta con mayoría de legisladores en la cámara baja y el partido o partidos que integran la coalición perciben que apoyar determinado proyecto del primer ministro les va a tener un elevado costo electoral y ni que decir de los partidos de oposición. En un sistema parlamentario con esa correlación de partidos, una iniciativa así puede incluso traer consigo la caída del propio gobierno.

h) El principio de no-reelección, que no lo tienen todos los sistemas presidenciales y que adquiere diversos matices de acuerdo con el régimen, puede ser una de sus causas de estabilidad política como en el caso de México al cual ya me referí.

La alternancia en el poder decidida por el pueblo es un elemento característico de la democracia. Al más alto nivel político es la evolución constitucional de cada Estado la que determina cuál es la norma más adecuada para ese país en este aspecto.

---

<sup>(23)</sup> Lujambio, Alonso, obra citada, págs. 23, 24, 51, 52 y 99.

<sup>(24)</sup> Carrillo, Ulises y Lujambio, Alonso, obra citada, págs. 243-244.

En este caso, como en tantos otros, las “recetas” fracasan y se estrellan ante la obstinada realidad.

La mejor prueba de las anteriores afirmaciones nos la presentan los Estados Unidos de Norteamérica, donde Washington al no haber aceptado reelegirse para un tercer período, estableció una costumbre constitucional que se respetó hasta que Franklin D. Roosevelt –un gran presidente, uno de los mejores de su país– logró reelegirse para un cuarto período. La reacción subsiguiente fue la reforma de la Constitución de ese país, a través de la enmienda 22, para limitar a dos los periodos del presidente norteamericano, de cuatro años cada uno <sup>(25)</sup>.

En varias épocas se ha sugerido en ese país que el presidente sólo debe ocupar el cargo durante un único período de cuatro, seis o siete años: en este sentido se pronunciaron los presidentes Andrew Jackson, Andrew Johnson, Hayes y Taft, y Lyndon Johnson y Nixon no vieron con desagrado tal posibilidad <sup>(26)</sup>.

i) No todos los sistemas presidenciales cuentan con una vicepresidencia. Este aspecto no constituye una nota esencial del sistema. Lo importante es que ante la falta del presidente, exista un mecanismo rápido de sustitución que impida la inexistencia del Poder Ejecutivo central o federal. Por ejemplo, la historia constitucional de México demuestra que la vicepresidencia ha sido nefasta en nuestro país, por lo que se creó en 1917 un sistema a través del cual no se conoce de antemano quién sustituye al presidente si éste llega a faltar. Las veces que dicho mecanismo ha tenido que ser aplicado, lo ha sido con agilidad y suavidad. En otras palabras, ha operado bien <sup>(27)</sup>.

j) No hay ninguna evidencia empírica para sostener que en comunidades social y económicamente inestables y que políticamente han sido hasta hace poco refundadas en el método democrático, el sistema parlamentario auxiliará a que la consolidación democrática se fortalezca y sea realmente sólida. Todo lo contrario, existe profunda preocupación por un cambio de sistema de gobierno que pueda traer consigo constantes renovaciones de gobierno debido a la existencia de varios o múltiples partidos con cierta ideologización y polarización <sup>(28)</sup>.

## VII. LA FÓRMULA DE GIOVANNI SARTORI

A) Giovanni Sartori parte de la premisa que los sistemas presidenciales funcionan mal y han resultado muy frágiles –salvo, claro está, el de los Estados Unidos de

<sup>(25)</sup> Carpizo, Jorge, *El presidencialismo...*, obra citada, págs. 59-60.

<sup>(26)</sup> Schlesinger, Jr, Arthur M, *The imperial presidency*, Houghton Mifflin, Boston, 1973, págs. 386-387; Taft, William Howard, *The president and his powers*, Columbia University Press, Nueva York, 1967, pág. 4; Corwin, Edward S., *El poder ejecutivo. Función y poderes. 1787-1957*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1959, pág. 39.

<sup>(27)</sup> Carpizo, Jorge, *El presidencialismo...*, obra citada, págs. 63-68.

<sup>(28)</sup> Nohlen, Dieter, obra citada, pág. 33.

Norteamérica— porque han perecido ante golpes de Estado y otras “calamidades”, y ellos no pueden manejar las crisis importantes.

El distinguido profesor de la Universidad de Columbia no está de acuerdo con la tesis de Juan Linz porque —afirma— la democracia parlamentaria no funciona si no existen partidos adaptados al parlamentarismo; es decir, partidos cohesivos y/o disciplinados. Los partidos disciplinados constituyen una condición necesaria para que el sistema parlamentario pueda realmente funcionar porque con partidos indisciplinados dicho sistema cae en la perversión del régimen de asambleas que siempre termina en el fracaso.

Por ello, una posibilidad es la substitución del sistema presidencial por uno semi-presidencial como el modelo francés que otorga al sistema la flexibilidad que al primero le falta, aunque este último deja muchos problemas sin resolver y es algo frágil.

Empero, Sartori tiene una propuesta que considera mejor que el sistema arriba mencionado, que aconseja para América Latina y específicamente para México: el presidencialismo alternativo o presidencialismo intermitente. Este destacado autor señala que tanto el sistema presidencial como el parlamentario son impulsados por un motor. En uno, es el presidente y en el otro, el Parlamento. El sistema semipresidencial tiene dos motores que marchan en forma simultánea y conlleva consigo el peligro de que vayan en direcciones opuestas e incluso que pueden llegar a estar el uno contra el otro.

Su propuesta reside en un sistema con dos motores que no se encienden simultáneamente sino probablemente en forma sucesiva. Los dos motores son electos al mismo tiempo y por el mismo periodo. El sistema comienza operando como parlamentario y si funciona bien continua como tal, pero si no, se apaga el motor parlamentario y se prende el presidencial y entonces se reviste de las características propias de este último. En esta forma durante el período parlamentario, lo esencial es tener “una zanahoria que recompense el buen desempeño y un garrote que sancione la mala conducta”<sup>(29)</sup>.

Sartori precisa que su fórmula descansa fundamentalmente en tres acuerdos estructurales: *a)* el Parlamento que se acaba de constituir, elige un gobierno “si la legislatura dura cuatro años, y dos si dura cinco años”, lo cual implica que ese sistema funcionará de acuerdo con las reglas del sistema parlamentario normal, *b)* si ese gobierno parlamentario fracasa, entonces se cambia a uno presidencial “fuerte” por el resto del período de la legislatura; o sea, el presidente se convierte también en jefe de gobierno al cual no se le puede dar un voto de censura pero él no puede disolver el Parlamento, *c)* el periodo del presidente, quien es electo directa o indirectamente por el sufragio de una mayoría absoluta del voto popular —si es necesario a través de una segunda vuelta— y el período del Poder Legislativo coinciden. El presidente puede ser reelecto sin ninguna limitación.

---

<sup>(29)</sup> Sartori, Giovanni, obra citada, págs. 101, 111, 112, 155 y 168.

Sartori completa su fórmula con otras consideraciones: *d*) mientras transcurre el período parlamentario, el presidente es un presidente parlamentario normal cuyas funciones son las que corresponden a un jefe de Estado parlamentario, en principio sin ninguna de carácter gubernativo, *e*) el presidente tiene una legitimidad “reservada” y si el sistema parlamentario funciona bien, no será necesaria la alternancia al sistema presidencial porque es inútil utilizar el garrote contra el Parlamento, *f*) el gobierno parlamentario será “más efectivo y emprendedor” con el fin de conservar la zanahoria y gobernar realmente durante todo el período, *g*) los cargos parlamentarios y los ministeriales son incompatibles entre sí, para que el presidente no se vaya a ver tentado a compensar a los legisladores que lo hayan ayudado a prender el motor presidencialista, *h*) el presidente intermitente termina su período al mismo tiempo que la legislatura, y no puede convertirse en un presidente presidencialista al principio de cada legislatura, *i*) si se prende el segundo motor por el fracaso del Parlamento, entonces es un presidente fuerte pero es probable que su poder real sea sólo de dos a tres años.

El autor de “Ingeniería constitucional comparada” como conclusión y síntesis se cuestiona si su propuesta del sistema presidencial alternativo o intermitente: “¿Es difícil entenderlo y llevarlo a la práctica? De ninguna manera. La idea básica es –decía– que a un sistema parlamentario que funciona se le recompensa permitiéndole continuar, en tanto que a un sistema parlamentario que no funciona, se le sanciona descontinuándolo. Sin duda ésta es una idea fácilmente comprensible”<sup>(30)</sup>, y todo lo que se necesitará será una reforma constitucional para introducir los mecanismos parlamentarios en ese sistema de gobierno, a lo cual Sartori no le encuentra dificultades.

*B*) La propuesta de Sartori constituye un buen ejercicio intelectual; sin embargo, es muy dudoso que en la práctica pueda tener buenos resultados. Diego Valadés le ha hecho las siguientes críticas:

- a*) El Parlamento estaría dispuesto a tolerar un gobierno débil ante la perspectiva de tener que enfrentarse a un presidente fuerte,
- b*) ese gobierno débil estaría interesado en negociar continuamente posiciones políticas con el Parlamento para permanecer como tal e incluso para no ser posteriormente acosado por el presidente,
- c*) el presidente, ante la posibilidad de tomar realmente el poder, sería cortejado por miembros del Congreso o del gobierno lo que le daría una fuerte influencia desequilibradora,
- d*) el arribo del sistema presidencial como consecuencia del fracaso del parlamento, acentuaría las características autoritarias del presidencialismo,
- e*) habrían fuerzas políticas interesadas en el fracaso del sistema parlamentario para legitimar el endurecimiento político,

<sup>(30)</sup> Sartori, Giovanni, obra citada, págs. 170-175.

- f) para superar el fracaso del sistema parlamentario se enciende el motor del presidencial, pero en el siguiente período se comienza de nuevo con el sistema parlamentario que ha tenido hace poco tiempo considerables tropiezos: ¿cómo explicar esta contradicción?,
- g) en lugar de conseguir alternativamente las ventajas del sistema parlamentario y del presidencial, lo que se lograría sería la alternancia de sus defectos: debilidad y dureza<sup>(31)</sup>.

Además, agregaría otras críticas:

- h) El Parlamento lucharía por continuar con el sistema parlamentario y el presidente por la instauración del sistema presidencial. Se podría dar un enfrentamiento fuerte entre los poderes y ¿quién decide si el sistema parlamentario ha fracasado o no? Este enfrentamiento podría conducir a una crisis política sin la existencia de instrumentos para resolverla,
- i) el presidente tiene una legitimidad democrática idéntica a la del Parlamento y a que ambos han sido electos, directa o indirectamente, por el pueblo. ¿Será posible entonces que el presidente se resigne a jugar el papel de jefe de Estado parlamentario sin poderes reales, a tener una simple expectativa de asumir el poder?, ¿no hará todo lo que pueda políticamente para que el gobierno parlamentario fracase y él pueda asumir los poderes plenos del gobierno? La propuesta de Sartori invita a la confrontación y a la lucha abierta entre los poderes ejecutivo y legislativo: ¿Será posible que el Parlamento colabore con quien arriba al poder sobre las cenizas del gobierno que él había designado?,
- j) el propio Sartori expresa que es necesario al sistema parlamentario la existencia de partidos disciplinados, característica que generalmente es la contraria en los sistemas presidenciales. ¿Será posible que dicha disciplina se la puedan imponer o quitar los partidos como una camiseta dependiendo de si el sistema funciona en ese momento como un sistema presidencial o como uno parlamentario?

C) Los argumentos anteriores me llevan a concluir que esta proposición no corrige los peligros que desea vencer sino que los agrava: el enfrentamiento de los poderes, la profundización de las crisis políticas y la inestabilidad gubernativa.

Por las razones anteriores, la proposición del distinguido profesor Sartori no es una vía para México; sería necesario para que pudiera funcionar que los políticos fueran ángeles y no personas que persiguen el poder para ejercerlo con diversos objetivos y finalidades pero, en todo caso, ejercerlo. Generalmente no han dado resultados los sistemas en los cuales de antemano se conoce quien va a sustituir al titular del poder si éste falta o fracasa porque al substituto le entra la prisa y la urgencia por ocupar ese lugar.

<sup>(31)</sup> Valadés, Diego, *El control del Poder*, UNAM, México, 1998, págs. 408-409.

## VIII. LAS IDEAS DE DIETER NOHLEN

A) Dieter Nohlen sostiene que cambiar el sistema de gobierno en un país no es nada fácil porque implica lograr consensos difíciles de alcanzar ya que aquél es el núcleo de la parte orgánica de cualquier Constitución. Estoy de acuerdo con esta aseveración.

Por tal razón es más factible realizar una “adecuación funcional” a los sistemas presidenciales a través de “pasos institucionales y prácticos” de acuerdo con la realidad y la problemática de cada país, aunque existen factores comunes. En este supuesto lo que se persigue es “mejorar el funcionamiento del gobierno” introduciendo mecanismos que lo hagan más flexible, ágil y eficaz.

Los pasos prácticos, a los que este autor se refiere, son principalmente los que se alejen de la tendencia concentradora presidencial y siguen una “línea delegatoria en distintas funciones de gobierno y de administración”. Lo anterior implica una fractura con la política concentradora que ha sido y es una práctica común de los sistemas latinoamericanos y de su cultura política, así como un rechazo al impulso que tiene cualquier presidente de esta región de aumentar sus poderes ante la debilidad que en múltiples ocasiones presentan los partidos políticos.

B) La propuesta total de Nohlen para adecuar los sistemas presidenciales —especialmente los latinoamericanos— se encuentra en desconcentrar funciones del presidente en la figura de un primer ministro, aunque fuera por delegación presidencial.

Habría que tener en cuenta los diversos sistemas presidenciales así como las realidades en que ellos actúan, pero en América Latina, el primer ministro dentro del sistema presidencial tendría primordialmente tres finalidades:

- a) Llevar la jefatura de gobierno, por delegación presidencial, principalmente la coordinación del gabinete y la supervisión de la administración del Estado. El presidente cumpliría sus atribuciones como jefe de Estado y estaría abocado a lograr consensos políticos y sociales por encima de las diferencias.
- b) La función de enlace y negociación entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo para superar posibles bloqueos mutuos entre ellos y lo ríspido de la lucha entre el partido del presidente y los de la oposición.
- c) La protección de la figura presidencial del desgaste cotidiano de la política, evitando el peligro de que el presidente sea el responsable de toda la política y de todos los problemas<sup>(32)</sup>.

Nohlen señala que en la discusión actual entre la conveniencia de un sistema presidencial o uno parlamentario en América Latina, está presente: a) una

<sup>(32)</sup> Nohlen, Dieter, obra citada, págs. 34-36.

sobrevaloración del presidencialismo como un legado negativo, así como también una sobrevaloración de lo positivo que sería tener un sistema parlamentario basado en el éxito que éste ha tenido en las democracias europeas, y *b)* la realidad multipartidista y las raíces ideológicas de los partidos y de las corrientes políticas que se acercan más a Europa que a los Estados Unidos.

C) En mi criterio, la propuesta de Nohlen es más factible que las examinadas de Linz y Sartori porque: *a)* por una parte, se basa en un conocimiento profundo de la realidad latinoamericana y lo difícil que sería alcanzar el consenso político para transitar a un sistema que nos es extraño pero guiados por el espejismo de que es un éxito en Europa Occidental sin tomar en cuenta las abismales diferencias –por desgracia– políticas, sociales, económicas y culturales que nos separan de las democracias del viejo continente, y *b)* por la otra, elude experimentos políticos que tendrían altas posibilidades de fracasar.

Este autor es conciente de que los actuales sistemas presidenciales en América Latina tienen que ser innovados, rejuvenecidos o reformados; que pudieran permanecer tal y como hoy existen, no parece posible porque ya no responden a las aspiraciones democráticas actuales y en muchos casos se da un enfrentamiento o bloqueo entre los poderes políticos sin que existan instrumentos adecuados para su solución. En consecuencia, Nohlen hace una proposición fundamental: la introducción en dichos sistemas de la figura de un primer ministro aunque fuera por delegación presidencial.

Ahora bien, la introducción de un primer ministro o de un jefe de gabinete dentro de los sistemas presidenciales de América Latina, ha venido ganando adeptos y defensores. En principio es una idea que ya es norma constitucional en países como Argentina y Perú.

## **IX. LA PROPUESTA DE ALONSO LUJAMBIO**

A) Las principales preocupaciones de Alonso Lujambio sobre estos temas se encuentran: en que “la gobernabilidad puede ser conquistada a través de medios más democráticos”, en que Linz tiene razón al afirmar que una democracia presidencial es intrínsecamente inestable, y en que no se contempla posible que México transite a un sistema parlamentario. Por ello es indispensable –afirma este distinguido autor– realizar una serie de arreglos institucionales para lograr la estabilidad de una democracia presidencial en México con la finalidad de evitar parálisis políticas prolongadas.

Entre los aspectos que habría que revisar en nuestro país, Lujambio enumera: los poderes constitucionales del presidente, las funciones del Congreso, el calendario de elecciones presidenciales y legislativas, la elección presidencial de mayoría relativa a una vuelta y el sistema federal. Así mismo hay que tener presente el número de partidos políticos y la disciplina que exista en ellos.

Este autor afirma que: “La combinación de un sistema de tres partidos disciplinados en el marco de un sistema electoral proporcional dentro de la esfera institucional



del régimen presidencial de gobierno es una ecuación democrática posible para el México de hoy”.

Lujambio propone reforzar la fórmula de representación proporcional en los escaños legislativos para que el presidente no cuente con una mayoría automática en el Congreso y se vea obligado a negociar con los partidos de la oposición, primordialmente le preocupa la aprobación del proyecto de presupuesto <sup>(33)</sup>.

Lujambio también sugiere otras reformas: aumentar a 5% de la votación, el porcentaje para que un partido político tenga derecho a representantes populares; si se suprimieran las elecciones intermedias de los legisladores, habría que acortar el período presidencial de seis a cinco años. Este agudo y claro autor analiza otros elementos para la estabilidad política de México, tales como la existencia de un número moderado de partidos, la influencia de un auténtico sistema federal en el régimen presidencial, su inclinación por la elección presidencial de una sola vuelta y los recursos para el patrocinio político <sup>(34)</sup>.

B) Lujambio se aproxima a una corriente doctrinal que cada día tiene más defensores porque es realista, porque no cree en las “recetas”, porque parte del examen del contexto social, político y económico del país. Se está inconforme con los defectos de nuestro sistema presidencial, aunque muchos de sus males no se encuentran en la estructura constitucional sino en vicios metaconstitucionales y en el sistema de partidos que hemos tenido en el cual uno de ellos ha poseído una especial hegemonía o predominancia.

Claro que se quiere y es imperativo poseer un régimen democrático fortalecido y renovado, sin los riesgos de los experimentos políticos. Por ello es que se afirma que lo mejor es la subsistencia del sistema presidencial pero reforzada su legitimidad y eficacia democráticas a través de reformas constitucionales para lograr un adecuado control del ejecutivo por parte del legislativo y cambios en costumbres y prácticas políticas y constitucionales viciadas. En esta corriente de pensamiento se encuentra Lujambio y ella es la más adecuada para nuestro país.

## **X. EL PENSAMIENTO DE DIEGO VALADÉS**

Las ideas han continuado afinándose y precisándose. Diego Valadés en su último y muy importante libro expresa con gran claridad las razones por las cuales es partidario de un sistema presidencial renovado o reformado. Comienza afirmando que cualquier sistema constitucional bien construido ofrece condiciones de gobernabilidad y que un sistema constitucional sólo es aquél que es democrático. Le asiste toda la razón.

---

<sup>(33)</sup> Carrillo, Ulises y Lujambio, Alonso, obra citada, pág. 263.

<sup>(34)</sup> Lujambio, Alonso, obra citada, págs. 94-105.

Cuando se realizan cambios radicales –asienta– existe el riesgo de que, por la inexperiencia en el manejo de las nuevas instituciones así como por la resistencia al cambio de quienes las rechazan, los resultados no sean tan rápidos, efectivos y atractivos como se esperaba. Con profundidad observa:

“No sería necesario que se fracasara en el experimento parlamentario; bastaría con que los resultados se quedaran un ápice atrás de lo prometido o de lo deseado, para que se fortalecieran las tendencias de la restauración, que suelen convertir en virtudes los defectos de los antiguos regímenes.

Si de ese riesgo dependiera la única posibilidad de solución, habría que correrlo. Pero si la experiencia y la razón indican que hay otras salidas, y que es posible ahondar la ruta de la reforma adoptando y adaptando incluso mecanismos propios del parlamentarismo que, con buenas posibilidades de éxito, podrían injertarse en el presidencialismo, vale la pena intentarlo. Las limitaciones políticas de la suma cero, que han reducido la funcionalidad del sistema presidencial actual, pueden ser superadas.

La reforma que México requiere debe procurar: mejorar la funcionalidad de los órganos del poder; atender las demandas y las expectativas razonables de la colectividad, y restituir la confianza general en dichos órganos. Cualquier reforma que dificulte la funcionalidad de los órganos del poder tendrá efectos negativos para esos órganos y para la comunidad. La reforma debe hacerse, precisamente, para consolidar la eficacia democrática de las instituciones y, por ende, recuperar la confianza ciudadana.

Si el diseño que se adopte es insuficiente, no se alcanzarán los objetivos de la reforma, y si es excesivo, desencadenará procesos de bloqueo en la acción de los órganos del poder, con la consiguiente frustración de las razonables expectativas generales de cambio. En este contexto la reforma que se emprenda deberá tener los tres siguientes objetivos: reequilibrar las relaciones entre los órganos del poder; redefinir las funciones de los órganos del poder; y restablecer la legitimidad funcional del poder”<sup>(35)</sup>.

Valadés examina y enumera las causas por las cuales ciertamente el presidencialismo mexicano fue funcional durante décadas y las sintetiza en que preceptos programáticos de la Constitución los fue haciendo realidad. En la actualidad –afirma– el caso mexicano debe concretarse en la transición de un sistema presidencial a otro sistema presidencial que consolide la democracia y reequilibre las relaciones de poder en nuestro país.

Para alcanzar esta nueva racionalidad del poder, Valadés propone una serie de reformas constitucionales tales como: la reelección de los legisladores, el referéndum,

---

<sup>(35)</sup> Valadés, Diego, obra citada, págs. 412-413.

las interpelaciones a los secretarios de Estado, la ratificación del gabinete por el Senado, el servicio civil tanto en el Poder Legislativo como en el Ejecutivo, la creación de organismos gubernamentales únicamente a través de la ley, el desenvolvimiento de nuevos órganos constitucionales autónomos, la ampliación de los periodos ordinarios de sesiones del Congreso, la duración de los periodos presidencial y legislativo, la presencia de un jefe de gabinete y la formulación de iniciativas bloqueadas <sup>(36)</sup>.

Las iniciativas bloqueadas, que deben ser para casos excepcionales, son aquellas que el Congreso aprueba o rechaza en “bloque”, como una unidad, en virtud de que no pueden ser parcialmente alteradas o reformadas. Valadés concluye con acierto que la transición del sistema presidencial mexicano se encuentra en el establecimiento de una nueva relación entre los órganos del poder, la cual deberá ser estable y duradera; es decir, que la misma no se esté continuamente alterando a través de reformas constitucionales.

El pensamiento de Valadés tiene el mérito de ser lucido, concreto y propositivo. Al enumerar –tal y como también lo ha realizado Lujambio– una serie de propuestas para renovar nuestro sistema presidencial, colabora a elaborar la agenda de dicha renovación, a que se enlisten los temas que los mexicanos debemos discutir para consensuar un nuevo sistema presidencial donde realmente funcionen los pesos y los contrapesos entre los órganos del poder; que el poder detenga al poder de acuerdo con la célebre, antigua y muy cierta oración de Montesquieu.

## **XI. MANUEL ARAGÓN: “PARLAMENTARIZAR” EL SISTEMA PARLAMENTARIO**

La preocupación por la eficacia y el buen funcionamiento de un sistema de gobierno en el cual exista un verdadero equilibrio de poderes no se circunscribe únicamente a los sistemas presidenciales sino que exactamente la misma preocupación existe respecto a los sistemas parlamentarios en los países democráticos de Europa Occidental. Examinó algunas ideas del distinguido tratadista español Manuel Aragón porque las mismas otorgan a la discusión una perspectiva más precisa que es útil en México. Toda comparación resulta injusta, pero las preocupaciones de Manuel Aragón respecto a los sistemas parlamentarios europeos son muy parecidas a las que se han expresado en este ensayo respecto al sistema presidencial en América Latina y específicamente en México.

Aragón nos dice que en Europa hay dos tendencias contradictorias respecto al sistema presidencial: una de crítica y rechazo que se dio principalmente en el período de entreguerras y que aún subsiste y otra de apreciación y emulación basado en la extensión del elemento personalista en la política lo que se refuerza con el impacto televisivo, el liderazgo al interior de los partidos, el debilitamiento de los parlamentos

---

<sup>(36)</sup> Valadés, Diego, obra citada, págs. 404, 409, 410, 416 y 418.

y la forma de gobierno de la Unión Europea donde el protagonismo corresponde a los gobiernos. Todo lo anterior ha fortalecido a los poderes ejecutivos y ha venido creando en Europa un sistema de gobierno que respeta la estructura parlamentaria, pero que otorga la primacía indiscutible no ya al gobierno sino a la persona que lo encabeza, llámese canciller, primer ministro o presidente del consejo. En la realidad se ha dado una “presidencialización” de los sistemas parlamentarios aunque no un tránsito al sistema presidencial, sino un sistema híbrido en el que se conjuntan muchos de los inconvenientes de los dos sistemas y muy pocas de sus ventajas; lo que existe es un parlamentarismo distorsionado.

En este híbrido subsiste el control electoral por parte de la sociedad pero no los pesos y contrapesos que deben existir entre los órganos del poder en toda democracia, con lo cual se da una paradoja: el Legislativo puede ser más débil y el Ejecutivo más fuerte que en el mismo régimen presidencial.

El connotado catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid indica que un sistema presidencial no puede funcionar sin un Legislativo fuerte, mucho menos lo puede hacer un sistema parlamentario y es por ello que en Europa resulta imperioso el fortalecimiento del Parlamento para superar su atonía. Los sistemas europeos de gobierno, entonces, necesitan imperativamente ser “parlamentarizados” porque en la actualidad, además, los medios masivos de comunicación y los tribunales de justicia ocupan el lugar central de la vida política en detrimento de los parlamentos.

Hay que fortalecer a los parlamentos, que vuelvan a ser el eje político del sistema. Aragón sugiere diversas medidas con este objetivo, entre las que menciona se encuentran: lo relacionado con el sistema electoral y la organización de las elecciones, la organización y el financiamiento de los partidos políticos, la organización y el funcionamiento interno de las cámaras y la dignificación institucional de la vida pública<sup>(37)</sup>. La inquietud de Manuel Aragón y sus proposiciones son exactamente las mismas a las que me he referido en este ensayo y son las mismas que expusieron los tratadistas que he señalado: hay que fortalecer al Poder Legislativo, hay que conseguir una nueva relación entre los órganos del poder donde exista equilibrio y pesos y contrapesos entre ellos y la conformación de un sistema de partidos que resulte eficaz en el funcionamiento del sistema político.

En otras palabras, la muy interesante exposición de Aragón nos hace ver que el problema no se encuentra en la existencia de un sistema parlamentario o de uno presidencial, sino en los aspectos mencionados en el párrafo anterior, aunque, desde luego, el sistema de gobierno es una pieza importante, pero solo una, del conjunto del sistema político. Un sistema de gobierno debe responder a la realidad y a las necesidades de un país, para reforzar y fortalecer ese equilibrio de poderes que es indispensable en cualquier régimen democrático, ya sea éste presidencial o parlamentario.

---

<sup>(37)</sup> Aragón Reyes, Manuel, *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, págs. 282-283 y 302-311.

## XII. MIS RAZONES Y MIS PROPOSICIONES

A) De las páginas anteriores se desprende que *a priori*, en abstracto, el sistema parlamentario no es mejor ni más democrático, ni auxilia a conseguir un más adecuado equilibrio entre los poderes, ni ayuda más a la gobernabilidad de un país que el presidencial, y que estos sistemas funcionan, con la misma Constitución en forma muy diferente, de acuerdo con el sistema de partidos y electoral existentes en cada país.

El sistema de gobierno responde a factores y hechos políticos de cada Estado – aunque hay factores comunes –, a su evolución y madurez políticas, a sus costumbres constitucionales. No hay en este aspecto, reitero, “recetas”, sino que hay que ser muy cuidadosos para que el sistema de gobierno sea acorde con las necesidades reales del país. Los principios generales de un sistema político deben ser afinados, ajustados, reformados e innovados de acuerdo con las realidades, necesidades y aspiraciones políticas de la comunidad. Estoy de acuerdo, para México, con la corriente de pensamiento que representan Nohlen, Lujambio y Valadés y, como bien dijo este último, en nuestro país la transición debe ser de un sistema presidencial a otro sistema presidencial pero reformado o renovado.

Con base en reflexiones e ideas propias y en las expuestas por diversos autores reseñados en este ensayo, manifiesto, como síntesis, las razones de mi postura y mis proposiciones para alcanzar el sistema presidencial renovado o reformado, en el cual exista realmente un equilibrio de los órganos del poder, que los pesos y los contrapesos constitucionales funcionen correctamente, y que el sistema de partidos y electoral fortalezcan al sistema político para que continúe nuestra evolución democrática y el tránsito a un sistema político que elimine vicios y errores de décadas que han tenido como consecuencia un régimen autoritario, con algunos elementos democráticos, cuyo eje y columna vertebral ha sido el presidente de la República.

B) En México, estoy:

- a) a favor de un sistema presidencial de gobierno,
- b) en contra del presidencialismo,
- c) a favor de un sistema presidencial renovado.

Trato de explicar mis anteriores afirmaciones.

- a) Estoy a favor de un sistema presidencial de gobierno, porque:
  - i) La experiencia del Derecho Constitucional comparado demuestra que con él es posible lograr el equilibrio entre los órganos del poder, un control adecuado del Poder Legislativo respecto al ejecutivo y el fortalecimiento de la democracia. Las actuales democracias en América Latina tienen como uno de sus fundamentos a este sistema de gobierno.
  - ii) Es posible la negociación entre los poderes y, por tanto, la propia gobernabilidad.

- iii) Es el sistema que conoce la evolución constitucional de nuestro país, y en estos aspectos tan importantes para la estabilidad política no hay que andar haciendo experimentos teóricos. Ahí están los ejemplos de Estados con sistema presidencial que artificialmente pasaron a uno parlamentario y regresaron al presidencial porque la medicina resultó peor que la enfermedad. Un ejemplo es el caso de Brasil en tiempos de Goulart.
  - iv) No encuentro para México ninguna ventaja del sistema parlamentario sobre el presidencial. Al contrario, si realmente llegamos a configurar un sistema múltiple de partidos, el sistema presidencial garantiza mejor la división de poderes y los pesos y contrapesos entre ellos.
- b) Estoy en contra del presidencialismo, porque:
- i) Es una degeneración del sistema presidencial en donde se avasalla a los otros poderes y se tiende al caudillismo y a la arbitrariedad.
  - ii) Lesiona al régimen democrático al reducir a los actores políticos reales, concentrando las principales facultades en el Poder Ejecutivo.
  - iii) Generalmente el presidente ejerce funciones que le corresponden al Legislativo e incluso las que no le corresponden a ningún poder, sino al electorado.
  - iv) Las libertades de las personas pueden peligrar porque en la realidad es difícil detener la arbitrariedad de los administradores.

En México, en las últimas décadas, no ha operado el sistema presidencial construido por la Constitución de 1917, sino una forma de presidencialismo que, como ya expresé, traté de analizar en mi libro *El presidencialismo mexicano*, editado en 1978.

A lo que llamo presidencialismo, Karl Loewenstein lo ha denominado neopresidencialismo cuyos rasgos relevantes son, de acuerdo con este autor, la existencia de un gobierno autoritario, la concentración de las atribuciones legislativas y ejecutivas en el presidente, y la subordinación del legislativo al ejecutivo; diferenciándolo de la autocracia por la existencia de procedimientos constitucionales<sup>(38)</sup>.

- c) Estoy a favor de un sistema presidencial renovado, porque:
- i) Nuestro país es hoy muy diferente de aquél que conocieron los constituyentes de 1916-1917, quienes conformaron un sistema presidencial con los mecanismos clásicos de éste y sus controles respectivos, atribuyéndole amplias atribuciones al Presidente de la República.

---

(38) Loewenstein, Karl, "La 'presidencia' fuera de los Estados Unidos", en Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", UNAM, México, 1949, año II, núm. 5, pág. 55.

- ii) Es necesario lograr un mejor equilibrio de poderes del que actualmente estructura nuestra Constitución, dando algunos controles adicionales al Poder Legislativo, pero aclaro que no estoy en favor de un Ejecutivo débil ni que la predominancia del Ejecutivo la traslademos al Legislativo. Ni hegemonía ni superioridad de ninguno de los poderes sino equilibrio, pesos y contrapesos, entre ellos.
  - iii) Es indispensable devolver a la sociedad y a los otros poderes, las facultades que el Ejecutivo federal les ha usurpado en los últimos decenios. Aquel sólo puede actuar con las facultades que expresamente le señala la Constitución y las leyes y con ninguna otra.
  - iv) La sociedad mexicana desea perfeccionar y fortalecer nuestra democracia y al sistema político que está cambiando y que es imposible que vuelva a ser lo que fue. La sociedad no lo permitiría.
- C) Dentro de este esquema de renovación de nuestro sistema presidencial, creo que deben realizarse una serie de reformas constitucionales; señalo algunas de las que considero que deben discutirse, porque no habrá de alterarse nuestra Ley Fundamental en este aspecto sino hasta después de una verdadera discusión nacional que exprese cual es la voluntad de la sociedad mexicana. Sugiero que entre algunos de esos temas se incluyan los siguientes:
- a) Que el congreso posea la atribución de ratificación de algunos de los nombramientos del gabinete presidencial, tal y como acontece en los Estados Unidos de Norteamérica.
  - b) La revisión de la facultad del veto presidencial para que no exista ninguna duda cuando el presidente de la república no posee esta atribución o con que modalidad la tiene.
  - c) La introducción de la figura de jefe de gabinete de ministros, como acontece en Argentina a partir de 1994, quien es nombrado por el presidente de la república pero aquel es responsable políticamente ante el propio presidente y ante el congreso nacional que lo puede remover con el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de sus cámaras<sup>(39)</sup>.
  - d) la revisión de las facultades legislativas del Presidente de la República para precisar aspectos tan importantes tales como: si tiene atribución para crear organismos descentralizados y desconcentrados como lo ha realizado; los alcances de las normas sobre salubridad general expedidas por el Ejecutivo y la extensión de los “acuerdos ejecutivos” en el ámbito internacional.

---

<sup>(39)</sup> Pizzolo (h), Calogero, “Argentina y Chile. Dos modelos de presidencialismo” en “Boletín Informativo”, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, año XIV, número 145, Buenos Aires, 1998, pág. 6, Nogueira Alcalá, Humberto, obra citada, pág. 5.

- e) La revisión del proceso legislativo para que en la nueva realidad política mexicana no vaya a darse una “parálisis legislativa”, mucho menos respecto al proyecto de presupuesto. El Derecho Comparado puede ser muy útil en este aspecto<sup>(40)</sup>.
- f) La creación de un verdadero y eficiente órgano de control dependiente del Congreso respecto a todas aquellas facultades que se refieren al “poder de la bolsa”.
- g) La creación de cuerpos técnicos de alto nivel en diversas disciplinas que auxilien a los legisladores y a quienes se les asegure estabilidad en el trabajo para fomentar su experiencia. Desde luego, serían cuerpos de técnicos apatidistas hasta donde ello es humanamente posible.
- h) La revisión del sistema constitucional de responsabilidad del Presidente de la República para que no vuelva a atreverse a ejercer funciones que no son suyas.
- i) Alguna fórmula que permita la reelección de los legisladores pero con ciertos límites<sup>(41)</sup>, y
- j) La introducción de mecanismos de gobierno semi-directo como el referendo y la iniciativa popular.

Ciudad Universitaria del Pedregal, D.F.,  
septiembre de 1998.

---

<sup>(40)</sup> Carrillo, Ulises y Lujambio, Alonso, obra citada, págs. 247-249. Diego Valadés en un artículo titulado “Agenda para la reforma del Estado” en “Excelsior” del 20 de julio de 1998, propuso: “7. Fijar reglas claras y predecibles para la aprobación del presupuesto. Una cosa es la discusión y definición de las políticas de gasto público y otra utilizar al presupuesto como amenaza política para desarticular el funcionamiento de las instituciones. El Estado democrático de Derecho se debilita cuando periódicamente se cierne el peligro de la paralización total de las instituciones”.

<sup>(41)</sup> Agrego esta cuestión entre las que deban discutirse en virtud de los acertados argumentos de Diego Valadés y Alonso Lujambio, a éste último además le agradezco sus observaciones respecto a mi lista de temas que deberán de discutirse en el camino hacia un sistema presidencial renovado.



# LA PROTECCIÓN PROCESAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE AGOSTO DE 1994

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO  
(México)

*En homenaje al ilustre  
constitucionalista argentino,  
Germán J. Bidart Campos,  
estimado amigo y ciudadano ejemplar  
de Iberoamérica.*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Antecedentes y desarrollo del hábeas corpus y del derecho de amparo en el ordenamiento argentino. III. La legislación provincial y la jurisprudencia nacional: casos Siri y Kot. IV. Desarrollo jurisprudencial de los tribunales nacionales argentinos y los diversos proyectos legislativos. V. La Ley 16,986 de 1966 expedida por el gobierno militar. VI. Ley nacional de Hábeas Corpus 23,098 de 28 de septiembre de 1984, una vez restablecida la normalidad democrática. VII. La reforma constitucional de agosto de 1994, que consagró varios instrumentos procesales de protección de los derechos humanos. VIII. El derecho de amparo. IX. El hábeas corpus. X. El hábeas data. XI. Los tratados internacionales de derechos humanos elevados a rango constitucional. XII. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

1. Se puede afirmar sin exageración que México y Argentina han sido los países en los cuales se han desarrollado más ampliamente los instrumentos clásicos de protección jurídica (y esencialmente procesal) de los derechos de la persona humana, como lo son el hábeas corpus y el derecho de amparo. Otros ordenamientos latinoamericanos que se han inspirado en estos dos modelos han hecho aportaciones esenciales y en las Constituciones más recientes se han introducido otros instrumentos tutelares que complementan y enriquecen los dos anteriores. Tales como la acción de tutela colombiana, el mandado de seguridad colectivo, el mandado de injunção, del Brasil, las acciones populares para la protección de los derechos colectivos y difusos, entre otros <sup>(1)</sup>.

2. Tenemos la convicción de que el que pretendemos abordar es un tema apropiado para la muy merecida obra de homenaje al eminente constitucionalista argentino Germán J. Bidart Campos, quien ha realizado aportaciones fundamentales al examen de los derechos humanos y su protección jurídica. Podemos mencionar su excelente estudio intitulado *Teoría General de los Derechos Humanos* (México, UNAM, 1989), en el cual efectuó un profundo análisis de las diversas perspectivas filosófica, sociológica y jurídica de los derechos de la persona humana, en el campo de la protección jurídica y procesal de los propios derechos fundamentales, además de dos importantes libros monográficos: *Derecho de amparo* (Buenos Aires, Ediar, 1961) y *Régimen legal y jurisprudencial del amparo* (Buenos Aires, Ediar, 1968), ha redactado numerosos artículos sobre esta materia tanto en revistas especializadas en Argentina y en el extranjero, especialmente en los tres diarios jurídicos argentinos: *La Ley*, *Jurisprudencia Argentina* y *El Derecho*, por lo que debe considerarse como uno de los especialistas más connotados sobre los derechos humanos y su protección jurídica en Iberoamérica. Además, ha abordado con su característica maestría los esenciales cambios en los instrumentos tutelares de los derechos humanos en las modificaciones significativas de la reforma constitucional argentina de agosto de 1994, y al respecto podemos citar su importante obra *Manual de la Constitución Reformada* (III tomos, Buenos Aires, Ediar, primera reimpresión 1998) <sup>(2)</sup>.

3. Estamos convencidos de que la reforma sustancial de agosto de 1994, que después de una larga y sostenida lucha de la doctrina y la jurisprudencia para incorporar en el texto constitucional las dos instituciones tradicionales de tutela procesal de los derechos humanos, el derecho de amparo y de hábeas corpus, se inspiró en las

---

(1) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Avances y perspectivas de la protección procesal de los derechos humanos en Latinoamérica" en la obra *VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, en conmemoración de los 506 años del nacimiento del pensador florentino Donato Gianotti*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, tomo II, págs. 805-858.

(2) Especialmente en los Capítulos XXVI, "El amparo"; XXVII, "El habeas data"; XXVIII, "El habeas corpus", y XXIX, "El derecho de los tratados internacionales", tomo II, págs. 371-427.

aportaciones de los constitucionalistas argentinos, entre los cuales destaca la obra de Germán José Bidart Campos, el cual también influyó en el establecimiento del derecho de amparo en otros ordenamientos latinoamericanos, que dentro del modelo tradicional del derecho de amparo para proteger los derechos fundamentales frente a las autoridades, introdujo la modalidad de la tutela de los propios derechos respecto de los particulares (en estricto sentido de grupos sociales), que actualmente es una realidad en varias legislaciones de nuestra región.

## II. ANTECEDENTES Y DESARROLLO DEL HÁBEAS CORPUS Y DEL DERECHO DE AMPARO EN EL ORDENAMIENTO ARGENTINO

4. Es indudable que el derecho de amparo en Argentina tuvo su inspiración en la institución mexicana, en su configuración original, es decir tal como fue consagrada inicialmente en los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 5 de febrero de 1857, en los cuales se concibió exclusivamente como un instrumento para tutelar los derechos de la persona humana (calificados como derechos del hombre o garantías individuales), cuando fuesen violados por actos o disposiciones legislativas de cualquier autoridad, pero con anterioridad a la incorporación de otros instrumentos procesales, especialmente el recurso de casación por medio de la impugnación de las resoluciones judiciales de todos los jueces del país por infracción de disposiciones legales ordinarias, ya sea en el procedimiento o en el fondo de las sentencias<sup>(3)</sup>. Actualmente el juicio de amparo mexicano abarca varios instrumentos procesales por lo que se ha apartado de los demás instrumentos del mismo nombre en las legislaciones latinoamericanas y de España.

5. Los creadores del amparo en Argentina tuvieron en mente ese modelo mexicano en su sentido original, pero además existe un paralelismo en la introducción de este instrumento protector de los derechos humanos tanto en México como en el ordenamiento argentino, ya que ambos países con una organización federal, establecieron legislativamente el amparo en un ordenamiento local, con anterioridad a su consagración en el ámbito nacional. En efecto, el amparo se estableció por vez primera en la Constitución del Estado de Yucatán de 31 de marzo de 1841, según el proyecto elaborado en el mes de diciembre de 1840 por el ilustre jurista mexicano y nativo de dicha Entidad Federativa, Manuel Crescencio García Rejón, estimado con toda razón como uno de los creadores de nuestra máxima institución procesal, y también el primero en Latinoamérica que estableció la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes<sup>(4)</sup>.

(3) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Presente y futuro de la casación civil a través del juicio de amparo mexicano", en su libro *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, 1993, págs. 197-234.

(4) Cfr. Eder, Phanor J., "Judicial Review in Latin America", en *Ohio State Law Journal*, 1960, págs. 571-572.

6. El motivo por el cual el amparo mexicano apareció en una entidad federativa se debe a que en esa época se libraba una lucha encarnizada entre los partidarios del restablecimiento del sistema federal, que eran los miembros del partido liberal y los conservadores que sostenían el régimen unitario consagrado en las llamadas siete leyes constitucionales de 1836, y en esos momentos dominaba en el Estado de Yucatán un gobierno local partidario de la unión federal<sup>(5)</sup>.

7. En el ámbito nacional el amparo fue establecido en el Acta Constitutiva y de Reformas de 18 de mayo de 1847, que debe su nombre a que dicho documento introdujo modificaciones a la Constitución Federal de 1824, cuya vigencia había sido restablecida<sup>(6)</sup>.

8. La citada Acta Constitutiva y de Reformas se inspiró en el proyecto redactado por otro distinguido jurista y político mexicano, Mariano Otero, considerado como el segundo padre del amparo, ya que en el artículo 25 del propio documento constitucional se implantó la disposición calificada como “formula Otero” que todavía subsiste, y de acuerdo con la cual, la sentencia que otorgue la protección no debe contener una declaración general, de manera que cuando se combate la inconstitucionalidad de una ley por conducto del derecho de amparo, dicha tutela se traduce en la desaplicación del ordenamiento impugnado, exclusivamente en beneficio de la parte reclamante<sup>(7)</sup>.

9. Apoyándose en la evolución anterior, los miembros del Congreso Constituyente de 1856-1857, entre los cuales sobresalen Ponciano Arriaga, Melchor Ocampo y León Guzmán, establecieron en los mencionados artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 5 de febrero de 1857 (ver *supra* párrafo 4), los lineamientos fundamentales y originales del juicio de amparo, algunos de los cuales han llegado hasta el

(5) Cfr. el volumen publicado por la Suprema Corte de Justicia, *Homenaje a don Manuel Crescencio Rejón*, México, 1960; Fix-Zamudio, Héctor, “Algunos aspectos de la obra jurídica de Manuel Crescencio Rejón”, en *Edición conmemorativa. Medio siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, 1991, págs. 488-491.

(6) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Acta Constitutiva y de Reformas de 1847*, Santafé de Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, 1997.

(7) Sobre los escritos jurídicos y políticos de Mariano Otero, cfr. Reyes Heróles, Jesús, “Estudio preliminar”, en el volumen recopilativo *Otero. Obras*, México, Porrúa, 1967, págs. 74-82 y 349-383, respectivamente. El artículo 25 del Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, dispuso: “Los Tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”. Respecto del significado de este precepto, entre otros, Oñate, Santiago, “El Acta de Reformas de 1847”, en la obra *Derechos del Pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 3ª. ed., México, Cámara de Diputados-Miguel Ángel Porrúa, 1985, tomo III, págs. 142-150.

presente, por lo que debe considerarse como la etapa final en el nacimiento de la institución en su concepción inicial y el punto de partida de su desarrollo posterior, hasta alcanzar el alto grado de complejidad con el que la conocemos en nuestros días<sup>(8)</sup>.

10. Si volvemos los ojos a la Argentina, el nacimiento de la institución que se conoce actualmente como “acción de amparo” se inició tímidamente en el artículo 17 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe de 13 de agosto de 1921<sup>(9)</sup>, que se inspiró en la Convención Reformadora reunida el año anterior<sup>(10)</sup>.

11. A este ordenamiento siguieron los artículos 26 y 27 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos de 1933<sup>(11)</sup>, y el 22 de la Ley Suprema de Santiago del Estero de 2 de junio de 1939, éste último reglamentado, con una técnica no muy adecuada, en los artículos 673 a 685 del Código de Procedimientos Civiles de la misma Provincia, promulgado en el año de 1944<sup>(12)</sup>. También debe señalarse el establecimiento del amparo en el artículo 33 de la Provincia de Mendoza, de 31 de mayo de 1949<sup>(13)</sup>.

12. Pero no sólo en la legislación provincial argentina se advirtió el intento de introducir el amparo como instrumento protector de los derechos fundamentales, ya que la doctrina de esa época realizó un considerable esfuerzo para lograr su consagración, como lo demuestra, por una parte, el ensayo realizado por el notable constitucionalista Carlos Sánchez Viamonte desde el año de 1927 cuando publicó la

---

(8) Cfr. Zarco, Francisco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857)*, México, El Colegio de México, 1956, págs. 988-999.

(9) El citado artículo 17 de la Constitución de Santa Fe de 1921 dispuso: “Cuando un funcionario o corporación de carácter administrativo impida el ejercicio de un derecho de los expresamente declarados en la Constitución Nacional o Provincial, el lesionado en su derecho tendrá acción para demandar judicialmente por procedimiento sumario la inmediata cesación de los actos inconstitucionales”, cfr. *Digesto Constitucional Argentino*, Buenos Aires, s. f., pág. 359. Este precepto fue reglamentado por la ley 2499, cfr. Dana Montaña, Salvador, “La reglamentación del amparo jurisdiccional de los derechos y garantías”, en *La Ley*, Buenos Aires, 9 de diciembre de 1966, pág. 3.

(10) Cfr. Rouzaut, Adolfo R., *Las garantías constitucionales de la libertad civil. Doctrina y jurisprudencia*, Rosario, República Argentina, 1940, págs. 88-89.

(11) Cfr. Orlando, Eugenio, “La acción de amparo en la Constitución de Entre Ríos”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 12 de septiembre de 1966, pág. 2; Bustos Navarro, Arturo, “Los recursos de amparo en las Constituciones Provinciales”, en *Revista Jurídica*, San Miguel de Tucumán, Argentina, 1960, pág. 131.

(12) Cfr. Castiglione, Antonio, “Recurso civil de amparo”, en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1946, II, págs. 48-58. Sobre el inconveniente de reglamentar el amparo en un código procesal civil, puede consultarse la crítica de Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, en “Miscelánea de libros procesales”, en la citada *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1945, II, págs. 77-78.

(13) Cfr. Melo, Carlos R., “Las Constituciones de la Provincia de Mendoza”, *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, Argentina, enero-septiembre de 1963, pág. 143.

primera edición de su estudio intitulado *El habeas corpus. Garantía de Libertad*<sup>(14)</sup>, y luchó denodadamente para extender la tutela del tradicional hábeas corpus respecto de todos los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente<sup>(15)</sup>.

13. Particularmente debe señalarse la declaración de la Quinta Conferencia Nacional de Abogados, celebrada en la mencionada Ciudad de Santa Fe durante los días primero a ocho de septiembre de 1940, en cuya parte relativa se expresó:

[...] Dentro del régimen constitucional argentino, toda lesión de un derecho individual debe ser resguardada o reparada por el Poder Judicial, por tanto *corresponde al amparo judicial de los derechos individuales*, aun cuando el procedimiento del respectivo recurso no haya sido reglamentado [...]<sup>(16)</sup>.

14. Además, se aprobó un Anteproyecto de ley reglamentaria, redactado para la justicia federal y adaptable a las jurisdicciones locales<sup>(17)</sup>. A pesar de todos los precedentes anteriores, en las reformas que se hicieron a la Constitución Federal Argentina en el año de 1949 por iniciativa del régimen del General Perón, únicamente se consagró en forma expresa el hábeas corpus en el artículo 29 de dicho ordenamiento, institución tutelar limitada exclusivamente a la protección de la libertad física de las personas individuales, no obstante que ya se consideraba como un instrumento implícito en el ámbito nacional<sup>(18)</sup>, por lo que la consagración expresa de la institución en el texto constitucional no era indispensable, y por ello el hábeas corpus se siguió aplicando no obstante que la citada reforma constitucional de 1949 fue suprimida por la sublevación militar de 1955, que destituyó de la Presidencia al propio General Perón<sup>(19)</sup>.

<sup>(14)</sup> La segunda edición de esta obra fue publicada en la ciudad de Buenos Aires en el año de 1956. Sobre el alcance y proyección de la doctrina de este autor, *cfr.* D'Hers, Faustino, "Visión integral del amparo en el habeas corpus de Sánchez Viamonte", en *La Ley*, Buenos Aires, 7 de abril de 1966, págs. 3-5.

<sup>(15)</sup> *Cfr.* *El habeas corpus. Garantía de Libertad*, 2ª ed., Buenos Aires, 1956, págs. 34 y sgts.

<sup>(16)</sup> *Cfr.* Actas de la Quinta Conferencia Nacional de Abogados, Buenos Aires, 1941, pág. 437.

<sup>(17)</sup> *Cfr.* Actas citadas en la nota anterior, págs. 437-439.

<sup>(18)</sup> Dicho artículo 29 establecía en su último párrafo: "...Todo habitante podrá interponer por sí y por intermedio de sus parientes o amigos, el recurso de hábeas corpus ante la autoridad judicial competente, para que se investigue la causa y el procedimiento de cualquier restricción o amenaza a la libertad de su persona. El tribunal hará comparecer al recurrente y, comprobada en forma sumaria la violación, hará cesar inmediatamente la restricción o la amenaza." *Cfr.* Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia de Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Tomo V, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1956, págs. 359 y sgts., Winisky, Ignacio, "Reseña de legislación argentina", en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Núm. 7, enero-abril de 1950, pág. 165.

<sup>(19)</sup> Las reformas constitucionales de 1949 fueron derogadas en su totalidad y se restableció el texto anterior de 1853-1860, según Decreto del Gobierno Provisional de 27 de abril de 1956. *Cfr.*

### III. LA LEGISLACIÓN PROVINCIAL Y LA JURISPRUDENCIA NACIONAL: CASOS SIRI Y KOT

15. Si se toman en cuenta los ensayos que se realizaron en la República Argentina a partir del artículo 17 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe de 1921 (ver *supra* párrafo 10), puede afirmarse que el verdadero desarrollo, extremadamente vigoroso, se realiza a partir de la caída del primer régimen peronista en 1955, pues se advirtió tanto en el ámbito provincial como en el nacional, una preocupación de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia para consolidar el amparo como instrumento protector de los derechos de la persona humana, con exclusión de la libertad personal, ya tutelada por el hábeas corpus.

16. A) En los *ordenamientos provinciales* predominó la regulación legislativa de la institución, tanto en el texto de varias de las Cartas Fundamentales expedidas en esa época, como en las disposiciones reglamentarias, ya que se expidieron numerosas leyes de amparo para desarrollar los preceptos constitucionales respectivos<sup>(20)</sup>.

17. En efecto, fueron varios los textos constitucionales que configuraron de manera expresa el recurso o acción de amparo como un instrumento protector de los derechos fundamentales consagrados tanto en las Cartas provinciales y los establecidos en la Constitución Nacional, en la inteligencia de que algunos de ellos distinguieron claramente entre el hábeas corpus, al cual le asignaron la función tradicional de la tutela de la libertad física, en tanto que el amparo protegía todos los restantes derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, tal es el caso de las siguientes Leyes Fundamentales<sup>(21)</sup>.

18. a) Artículo 145, fracción 13, de la Constitución de la Provincia de Corrientes,

---

Sánchez Viamonte, Carlos, *Historia Institucional Argentina*, 2ª. ed., México-Buenos Aires, 1957, págs. 221-222; Del Campo Wilson. Estaliso, *El problema constitucional. Su solución*, Buenos Aires, 1958, págs. 37-40.

<sup>(20)</sup> Cfr. Linares Quintana, Segundo V., *Derecho Constitucional de las nuevas Provincias*, Buenos Aires, 1962, esp. págs. 49-54, sostuvo que “Todas las constituciones de las nuevas provincias han prestado la debida atención a la garantía efectiva de la libertad, previniendo los remedios técnico-jurisdiccionales adecuados”, pág. 49.

<sup>(21)</sup> Cfr. Bustos Navarro, Arturo, “Los recursos de amparo en las Constituciones provinciales”, cit. *supra* nota 11, págs. 131-132.

<sup>(22)</sup> Cfr. Aguirre Lanari, Juan R., “Algunos aspectos de las reformas introducidas a la Constitución de Corrientes”, en *Revista Argentina de Ciencia Política*, Buenos Aires, julio-diciembre de 1960, pág. 279.

<sup>(23)</sup> Cfr. Linares Quintana, Segundo V., *Derecho Constitucional de las nuevas Provincias*, cit. *supra*, nota 20, pág. 132. Cfr. Romero, César Enrique, “Acción de amparo de los derechos y garantías constitucionales”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, abril-julio de 1959, pág. 90.

de 17 de agosto de 1960<sup>(22)</sup>; b) artículo 34 de la Constitución de la Provincia del Chubut, de 26 de noviembre de 1957<sup>(23)</sup>; c) artículo 20 de la Constitución de la Provincia de Formosa, en vigor a partir del 30 de noviembre de 1957; d) artículo 16 de la Constitución de la Provincia de La Pampa, de 6 de octubre de 1960; e) artículos 16, 17 y 18 de la Constitución de la Provincia de Misiones de 21 de abril de 1958; f) artículo 11 de la Constitución de la Provincia de Río Negro, de 10 de diciembre de 1957; g) artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Santa Cruz de 6 de noviembre de 1957; y h) artículo 17 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, de 14 de abril de 1962<sup>(24)</sup>.

19. Un segundo grupo de disposiciones constitucionales provinciales otorgaron al hábeas corpus una amplitud que le permitía proteger no sólo la libertad física, de acuerdo con el concepto tradicional, sino también todos los restantes derechos de la persona humana consagrados en las normas fundamentales, locales y nacional, de manera que dicha institución abarcó dentro de sí también el amparo, y a este respecto podemos citar las siguientes: a) artículo 16 de la Constitución de la Provincia del Chaco de 7 de diciembre de 1957, y b) artículo 44 de la Constitución de la Provincia del Neuquén, de 28 de noviembre de 1957<sup>(25)</sup>.

20. Todavía podemos mencionar una tercera hipótesis, es decir, la de la Constitución de la Provincia de Formosa, la que, además de haber consignado el amparo en su artículo 20, según hemos dicho (ver *supra* párrafo 18), estableció al mismo tiempo, tal vez por inadvertencia, el hábeas corpus en su sentido amplio de tutela de todos los derechos fundamentales de la persona humana consagrados constitucionalmente, con exclusión de los relativos al derecho de propiedad (artículo 14) en la misma forma en que lo hicieron las Cartas del Chaco y del Neuquén (ver *supra* párrafo anterior), pero estas últimas con exclusión del amparo, ya que de otro manera existía una duplicación de los instrumentos protectores respecto de los mismos derechos tutelados<sup>(26)</sup>.

21. Varios de estos preceptos mencionados y también algunos otros de las Constituciones provinciales fueron reglamentados, la mayor parte de ellos, con posterioridad al derrocamiento del primer gobierno del general Perón en 1955: a) la primera ley local sobre amparo, fue la que reglamentó el artículo 17 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, (ver *supra* párrafo 10), o sea la número 2494, promulgada el primero de octubre de 1935;<sup>(27)</sup> b) otra de las primeras leyes reglamentarias que se expidieron

(24) Los textos de los preceptos anteriores pueden consultarse en las dos obras mencionadas en la nota anterior, Linares Quintana, págs. 164-291; Romero, págs. 90-91.

(25) *Cfr.* las dos obras citadas en las dos notas anteriores, Linares Quintana, págs. 49-54 y 230; Romero, pág. 90.

(26) *Cfr.* Linares Quintana, Segundo V., citado en las notas anteriores, pág. 163.

(27) Dicho ordenamiento no designaba al amparo expresamente por ese nombre sino como “mandamientos de suspensión, prevención y ejecución”. El texto de dicho ordenamiento nos fue proporcionado por el profesor Salvador M. Daña Montaña.



en el ámbito local fue la Ley sobre el recurso de amparo número 2582, de la Provincia de Entre Ríos (ver *supra* párrafo 11), que fue publicada el 27 de noviembre de 1946, con varias reformas posteriores;<sup>(28)</sup> c) en seguida debemos mencionar la ley número 2355 de la Provincia de Mendoza, promulgada el 7 de octubre de 1954, es decir poco tiempo antes de la caída del gobierno del general Perón; d) Ley sobre recurso de amparo, número 11 de la Provincia de Santa Cruz, promulgada el 17 de julio de 1958; e) pocos días antes de la anterior, es decir, el 30 de julio de 1958, fue sancionada la Ley sobre recurso de amparo, número 2596, de la Provincia de San Luis; f) les siguió la Ley de Amparo número 146 de la Provincia de Misiones, promulgada el 14 de noviembre de 1961;<sup>(29)</sup> g) la Ley sobre recurso de amparo, número 2690, de la Provincia de la Rioja, fue sancionada el 7 de septiembre de 1960, pero publicada el 12 de octubre de 1962;<sup>(30)</sup> y h) el último ordenamiento de esa época, fue la Ley de Acción de Amparo número 7166, para la Provincia de Buenos Aires, promulgada el 10 de diciembre de 1965,<sup>(31)</sup> que se consideró de gran importancia, en virtud de que, hasta cierto punto sirvió de modelo y antecedente (aun cuando no en las restricciones) a la ley nacional 16,986, que citaremos con posterioridad (ver *infra* párrafo 40).

22. Podemos también citar dos proyectos importantes formulados en esa época: a) el primero fue el proyecto de Ley sobre Reglamentación Procesal de la Acción de Amparo, aprobado por el Tercer Congreso de Abogados de la Provincia de Buenos Aires celebrado en la ciudad de Azul los días 24 a 27 de mayo de 1961,<sup>(32)</sup> y b) el proyecto de Ley sobre Recurso o Acción de Amparo para la Provincia de Corrientes, redactada en agosto de 1966 por una comisión oficial integrada por los juristas Francisco Martínez Soler, Julio A. Hormachea y Carlos C. Treseens<sup>(33)</sup>.

---

(28) Cfr. Orlando, Eugenio, “La acción de amparo en la Constitución de Entre Ríos”, cit. *supra* nota número 11, págs. 1-4, y quien consigna, además el texto refundido de la propia Ley de Amparo.

(29) Ordenamiento publicado en “Anales de Legislación Argentina”, tomo XXIV-B, Buenos Aires, 1964, pp. 1855-1857.

(30) Aparece en *Anales de Legislación Argentina*, tomo XXII-B, Buenos Aires, 1963, págs. 1599-1600. Cfr. Linares, Juan Francisco, “Los derechos protegidos por el recurso de amparo”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 24 de marzo de 1964, págs. 1-3.

(31) El texto original de dicha Ley fue consignada en *Anales de Legislación Argentina, Boletín Informativo número 6*, Buenos Aires, 25 de abril de 1966, págs. 56 y 58, y la versión del citado ordenamiento tal como fue reformado por la diversa ley 7261 de 30 de diciembre de 1966, aparece en el libro del conocido constitucionalista Lazzarini, José Luis, *El juicio de amparo*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 1987, págs. 391-397. La cita Ley 7166 fue comentada ampliamente por el destacado procesalista Morello, Mario Augusto, *Régimen procesal del amparo la Provincia de Buenos Aires (Ley 7166)*, La Plata, Editora Platense, 1966, págs. 79-125.

(32) El texto de dicho proyecto se incluye como anexo en la obra de Morello, Mario Augusto, citada en la nota anterior, págs. 129-135.

(33) Una copia de este significativo proyecto nos fue proporcionado por el destacado procesalista argentina profesor Alfredo Vélez Mariconde, desafortunadamente ya desaparecido.

23. En todas estas leyes reglamentarias y los proyectos mencionados en último término, se advierte gran variedad de matices en cuanto a la amplitud protectora del recurso o acción de amparo, pero en realidad podemos considerar, como lo afirmó el notable jurista argentino Juan Francisco Linares, que entonces existían dos tendencias, una restrictiva que se advierte en la Ley número 11 de Santa Cruz, que enumeraba limitativamente los derechos de la persona humana tutelados por el derecho de amparo, y el extremo opuesto se advertía en la Ley número 2690 de La Rioja, que además de los derechos fundamentales estrictamente considerados, incluyó dentro de la protección de la misma institución a los derechos políticos, civiles y administrativos consagrados en la Constitución de la citada Provincia<sup>(34)</sup>.

24. B) *En el ámbito nacional* el derecho de amparo se introdujo primero en la jurisprudencia de la Corte Suprema, y sólo posteriormente fue objeto de regulación legislativa. No obstante que la doctrina postulaba en esa época la necesidad de crear la acción de amparo, la jurisprudencia tradicional de la misma Corte Suprema consideró que no era posible aplicar este instrumento protector sin que previamente fuese establecido por la legislación. Sin embargo este criterio se debilitó de manera paulatina, si tomamos en consideración, por ejemplo el voto de disidencia del magistrado Tomás D. Casares en el caso San Miguel resuelto el 11 de mayo de 1950<sup>(35)</sup>. Después de otros criterios variables del más alto tribunal argentino, se modificó el criterio tradicional el 27 de diciembre de 1957, fecha en la cual la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el muy conocido y ya clásico fallo en el caso *Angel Siri*, que señaló un rumbo decisivo en la consagración del amparo.

25. En efecto, como lo afirmó certeramente uno de los distinguidos integrantes del órgano supremo de la justicia argentina cuando se dictó dicho fallo: “El ambiente jurídico estaba, pues, maduro para llegar a la protección judicial de las libertades esenciales. Los abusos e iniquidades de la dictadura, inmediatamente después haría ya fatal el cambio de la doctrina (jurisprudencial) hasta entonces imperante..”<sup>(36)</sup>.

26. Este fallo fue recibido por la doctrina argentina con gran entusiasmo, el cual puede calificarse de unánime y se señaló como una de las sentencias más importantes de la historia del más alto tribunal y como una de aquellas que marcó una nueva era en la jurisprudencia, que debía considerarse como definitiva,<sup>(37)</sup> de tal manera que no

(34) “Los derechos protegidos por el recurso de amparo”, cit. *supra* nota 3), pág. 1.

(35) Voto transcrito por Bidart Campos, Germán J., *Derecho de amparo*, Buenos Aires, Ediar, 1961, págs. 57-60.

(36) *Cfr.* Orgaz, Alfredo, *El recurso de amparo. Comentario a los casos “Siri” y “Kot”*, Buenos Aires, Depalma, 1961, pág. 21.

(37) *Cfr.* los entusiastas y agudos comentarios de Linares Quintana, Segundo V., “Modificación de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el amparo de la libertad”, en *La Ley*, Buenos Aires, 7 de marzo de 1958, págs. 1-2; Repetto, Roberto, “El recurso de amparo en la nueva interpre-

consideramos exagerado comparar esta sentencia con la que se pronunció por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos en el año de 1803, bajo la inspiración de su ilustre Presidente John Marshall en el caso *Marbury versus Madison* <sup>(38)</sup>.

27. En esa sentencia dictada en el caso “Angel Siri”, por mayoría de cuatro votos contra uno, la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró, en esencia, que: “Las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación, como dice el artículo 18 de la Constitución a propósito de una de ellas...” <sup>(39)</sup>.

28. Lo anterior significaba que no obstante la ausencia de una ley reglamentaria, debía admitirse el amparo como el instrumento adecuado para tutelar todos los derechos de la persona humana consagrados en la Constitución Nacional, con exclusión de la libertad física, ya protegida por el hábeas corpus <sup>(40)</sup>.

29. Este paso fundamental se complementó con el diverso y también importantísimo fallo pronunciado por la misma Corte Suprema en el caso *Samuel Kot*, en el cual no sólo se reafirmó el criterio ya manifestado en el asunto “Angel Siri”, sino que se estimó que la protección de los derechos fundamentales de la persona humana, por conducto del derecho de amparo, debía extenderse también a los actos de particulares <sup>(41)</sup>, aun cuando en realidad no se trataba de sujetos privados considerados individualmente, como a primera vista pudiera creerse, sino que la citada protección se dirigía fundamentalmente contra los actos lesivos de los derechos fundamentales realizados por los llamados “grupos de presión” <sup>(42)</sup>.

---

tación de la Corte Suprema de la Nación”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 18 y 19 de junio de 1958.

<sup>(38)</sup> Una traducción castellana de esta clásica sentencia puede consultarse en la *Revista Mexicana de Derecho Público*, vol. I, núm. 3, enero-marzo de 1947, págs. 317-343.

<sup>(39)</sup> La sentencia pronunciada en el caso “Angel Siri” por la Corte Suprema argentina está reproducida en numerosas publicaciones, pero por mayor comodidad hemos utilizado la transcripción que hace Linares Quintana, Segundo V., en su libro *La Constitución interpretada*, Buenos Aires, 1960, pág. 146.

<sup>(40)</sup> Sobre el alcance del hábeas corpus en esa época en el ordenamiento argentino, *cf.*: Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de Derecho Constitucional argentino y comparado*, cit. *supra* nota 18, tomo V, págs. 357-372.

<sup>(41)</sup> *Cfr.* Carrió, Genaro R., *Recurso de amparo y técnica judicial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959, esp. págs. 147-183; Houssay, Abel, *Amparo judicial. El caso Kot y su influencia en la jurisprudencia*, Buenos Aires, Depalma, 1961, esp. págs. 51 y ss; Tagle, Carlos A., “El amparo judicial de los derechos fundamentales”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 4 de noviembre de 1958, págs. 1-5.

<sup>(42)</sup> *Cfr.* Linares Quintana, Segundo V., “La doctrina de la Suprema sobre el amparo de la libertad y los grupos de interés y de presión”, en *La Ley*, Buenos Aires, 30 de diciembre de 1958, págs. 1-4, estudio en el cual el autor se refiere precisamente al caso Kot.

30. Una vez aceptada la acción de amparo por el más alto tribunal argentino, se inició una época muy agitada durante la cual se presentó un verdadero alud de demandas de amparo contra muy diversas autoridades y grupos de carácter social, y por ello la misma Corte Suprema se vio obligada a adoptar un criterio restrictivo con el objeto de evitar que la institución tutelar se transformase en una especie de “cúralo todo” y se desvirtuara su finalidad de protección de las libertades fundamentales, y en los casos posteriores a los ya citados clásicos de “Siri” y “Kot” se afinaron de manera paulatina los elementos esenciales de este instrumento<sup>(43)</sup>.

31. De manera paralela al desarrollo jurisprudencial se observa un florecimiento muy vigoroso de la doctrina, que con anterioridad a los mencionados fallos “Siri” y “Kot” había demostrado su interés en el análisis de la institución (ver *supra* párrafos 24 y 26), con posterioridad a los mismos aumentó de modo notable la preocupación de un sector importante de los más distinguidos juristas argentinos sobre el instrumento tutelar de los derechos fundamentales que se estableció jurisprudencialmente en el ámbito nacional.

32. Para no mencionar sino a los estudios monográficos sobre la materia, puesto que los artículos de revista, publicados esencialmente en los prestigiados diarios jurídicos *La Ley* y *Jurisprudencia Argentina* fueron muy numerosos, podemos citar las obras redactadas por Genaro R. Carrió;<sup>(44)</sup> Segundo V. Linares Quintana;<sup>(45)</sup> Alfredo Orgaz;<sup>(46)</sup> Abel Houssay;<sup>(47)</sup> Germán J. Bidart Campos;<sup>(48)</sup> Carlos Sánchez Viamonte;<sup>(49)</sup> Rafael Bielsa;<sup>(50)</sup> Mario Augusto Morello;<sup>(51)</sup> y José Luis Lazzarini<sup>(52)</sup>.

---

<sup>(43)</sup> Cfr: Linares Quintana, Segundo V., “La tendencia restrictiva de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema sobre amparo”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 20 de noviembre de 1961, págs. 1-2; Lazzarini, José Luis, “La acción de amparo y el proyecto del Poder Ejecutivo Nacional”, en *La Ley*, Buenos Aires, 20 de octubre de 1964, pág. 1; Bielsa, Rafael, “El recurso de amparo. Los actos arbitrarios de la autoridad administrativa y la autoridad judicial”, en *La Ley*, Buenos Aires, primero de marzo de 1962, pág. 2.

<sup>(44)</sup> *Algunos aspectos del recurso de amparo*, Buenos Aires, 1959; *Recurso de amparo y técnica judicial*, cit. *supra* nota 41.

<sup>(45)</sup> *Acción de amparo. Estudio comparado con el juicio de amparo de México y el mandato de seguridad del Brasil*, Buenos Aires, 1960.

<sup>(46)</sup> *El recurso de amparo. Comentarios a los casos “Siri” y “Kot”*, Buenos Aires, 1961.

<sup>(47)</sup> *Amparo judicial. El caso Kot y su influencia en la jurisprudencia*, cit. *supra* nota 41.

<sup>(48)</sup> *Derecho de amparo*, cit. *supra* nota 35.

<sup>(49)</sup> *Juicio de amparo*, Buenos Aires, 1963.

<sup>(50)</sup> *El recurso de amparo. Análisis doctrinal, jurisprudencia*, Buenos Aires, Depalma, 1965.

<sup>(51)</sup> *Régimen procesal del amparo en la Provincia de Buenos Aires*, cit. *supra* nota 31.

<sup>(52)</sup> *El juicio de amparo*, 1ª. ed., Buenos Aires, La Ley, 1967.

33. En el sector de los anteproyectos se observa también una evolución inusitada puesto que son muy variados los que se redactaron con el objeto de establecer una base constitucional y legal para la institución creada jurisprudencialmente, y en primer término podemos anotar los intentos bastante numerosos que se hicieron en la Convención Nacional Constituyente reunida en la ciudad de Santa Fe en los meses de agosto a noviembre de 1957, para introducir una reforma a la Carta Federal que consagrara de manera expresa la acción o el recurso de amparo, poco tiempo antes de la mencionada jurisprudencia.

34. Algunos de los miembros de la citada Convención pretendieron introducir el recurso, acción o juicio de amparo, como una adición al artículo 18 de la Constitución Nacional, de manera paralela al hábeas corpus que ya había sido regulado, según hemos visto en las reformas constitucionales de 1949, (ver *supra* párrafo 14), las que fueron derogadas por el Gobierno Provisional establecido en 1955, a la caída del primer gobierno del General Perón <sup>(53)</sup>, y con el material aportado por esos anteproyectos, la Comisión redactora formuló un proyecto de precepto, que debía considerarse como nuevo e independiente del citado artículo 18 constitucional, con el objeto de regular de manera expresa el derecho de amparo en el texto constitucional, pero con la característica de que el citado instrumento procesal comprendería tanto la tutela de la libertad física como la protección de todos los derechos de la persona humana consagrados en la Carta Fundamental <sup>(54)</sup>, pero no llegó a obtener aprobación por parte de la citada Convención Nacional Constituyente.

#### IV. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LOS TRIBUNALES NACIONALES ARGENTINOS Y LOS DIVERSOS PROYECTOS LEGISLATIVOS

35. Resulta conveniente destacar que con posterioridad al fallido intento de introducir el derecho de amparo en la Constitución Nacional por medio de los proyectos presentados en la Convención Constituyente de 1957, las decisiones judiciales de los

---

<sup>(53)</sup> Se pueden citar entre, otros, los proyectos de modificaciones redactadas por Raúl Edgardo Riva, Rodolfo Ghioldi y otros; Hernán Cortés y otros; Ricardo Alberto Bassi, Francisco V. Sánchez y Luis María Otero Monsegur, así como Ricardo Lavalle y otros, anteproyectos publicados en el *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, Buenos Aires, 1958, tomo II, págs. 840, 851, 862, 891, 947, 951 y 969, respectivamente, todos ellos elaborados en el mes de octubre de 1967. Por su parte el conocido constitucionalista Romero, César Enrique menciona un anteproyecto de Constitución elaborado por el Instituto de Derecho Constitucional de la Universidad del Litoral, en el mismo año de 1957, en el cual se consagra expresamente el derecho de amparo, “Acción de amparo de los derechos y garantías constitucionales”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, abril-julio de 1959, págs. 85-86.

<sup>(54)</sup> *Diario de las Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, tomo II, págs. 1019-1020, Romero, César Enrique, “Acción de amparo de los derechos y garantías constitucionales”, pág. 86, ambos citados en la nota anterior.

tribunales federales y en particular de la Corte Suprema de Justicia de la Nación construyeron, con apoyo de la doctrina, una institución muy flexible y dinámica que procedía para la tutela de los derechos humanos consagrados en la citada Constitución Nacional, que comprendía los calificados como “implícitos”, con exclusión únicamente a la libertad personal tutelada por el hábeas corpus (también desarrollado por la jurisprudencia en el ámbito nacional). Los mismos fallos judiciales extendieron de manera paulatina la protección de tales derechos contra actos de cualquier autoridad y también de los organismos públicos descentralizados, así como de los grupos de presión (considerados como actos de “particulares”), esto último según lo resuelto por la Corte Suprema en el caso “Kot”, como lo señalamos con anterioridad (ver *supra* párrafo 29) <sup>(55)</sup>.

36. Como lo señaló con agudeza el conocido constitucionalista Néstor Pedro Sagiés <sup>(56)</sup>, en el período de 1958 (año en el cual se pronunció el fallo en el caso “Kot”), hasta 1966 en que se expidió la ley nacional de la acción de amparo que examinaremos con posterioridad (ver *infra* párrafos 40-46), la jurisprudencia desarrolló los lineamientos esenciales del derecho de amparo, como sostiene el mismo autor, “muchas veces con maestría y otras con graves imperfecciones”. Dichos principios básicos fueron los siguientes: a) eran competentes para conocer de la acción de amparo todos los jueces nacionales, dentro de su circunscripción, sin diferencias por materia, pero con observancia del turno y de las instancias de grado, cuando se impugnaban actos emanados de autoridad nacional; b) el propio derecho de amparo tenía su fundamento en el artículo 33 de la Constitución Nacional y procedía ante la restricción real y actual (sea daño o amenaza) de algunas de las libertades o derechos de la persona reconocidos en la misma Carta Fundamental, ya sea que los actos lesivo provinieran de autoridades públicas o de particulares (en realidad, grupos de presión); c) se estimaba que la acción de amparo era una vía subsidiaria, por lo que sólo procedía cuando no existieran procedimientos legales para la protección del derecho afectado, o existiendo, no lo eran de manera apta y eficaz; d) tratándose de un procedimiento excepcional, el amparo sólo procedía cuando el acto combatido fuera manifiesta o inequívocamente ilegal, por lo que el amparo no debía considerarse como el camino adecuado para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, y tampoco era

---

<sup>(55)</sup> Cfr. Vocos Conesa, Eduardo, “La demanda de amparo en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional desde Siri y Kot hasta el 25 de octubre de 1969”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 12 y 15 de diciembre de 1969, págs. 1-31, 19-29, respectivamente; “Acción de amparo: condiciones de admisibilidad (actualización jurisprudencial 1964-1969)”, en *La Ley*, Buenos Aires, 16 y 17 de septiembre de 1969, págs. 1-11 y 3-10, respectivamente; Von Rohr, Hans-Cristoph, *Der argentinische Amparo-Prozess unter Berücksichtigung ähnlicher Verfahrensarten in Brasilien, Mexiko und Peru* (El proceso de amparo argentino considerado con los procedimientos similares de Brasil, México y Perú), Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1969, págs. 78 y sgts.

<sup>(56)</sup> *Derecho procesal constitucional. 3. La acción de amparo*, 4ª. ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, págs. 14-17. Ver también el amplio comentario de la jurisprudencia de los tribunales nacionales de esa época en Bielsa, Rafael, *El recurso de amparo*, cit. *supra* nota 50, págs. 140-220.

eficaz para enjuiciar las “cuestiones políticas”; y e) el trámite debía ser sumarísimo, por lo que se regía supletoriamente por el procedimiento del hábeas corpus cuando era compatible con el amparo, pero por otra parte debían respetarse los aspectos mínimos del derecho de audiencia en juicio.

37. En esa misma etapa de 1958 a 1966, la doctrina se dividió en dos sectores, pues en tanto que algunos constitucionalistas consideraron que no era indispensable la expedición de una ley nacional de amparo en el ámbito nacional, no obstante el amplio desarrollo de la legislación provincial sobre la materia (ver *supra* párrafos 21-22), ya que la jurisprudencia podría establecer de manera paulatina, como lo hizo, las bases de la institución protectora con una mayor flexibilidad <sup>(57)</sup>, pero la doctrina mayoritaria sostuvo que era urgente la regulación legislativa del derecho de amparo para determinar de manera firme y precisa los lineamientos que debían regular la institución, que no se habían establecido de una manera estricta por la jurisprudencia, por otra parte, muy abundante <sup>(58)</sup>.

38. Con tal motivo, fueron elaborados varios proyectos de Ley de Amparo para la esfera nacional, entre las cuales merecen destacarse, el presentado por el Poder Ejecutivo ante el Congreso Argentino en el mes de julio de 1964 <sup>(59)</sup>, y el elaborado por el senador Ricardo A. Bassi, el 27 de octubre de ese mismo año <sup>(60)</sup>. El primero asumió gran importancia para la doctrina, ya que conjuntamente con la Ley de Amparo de la Provincia de Buenos Aires (ver *supra* párrafo 21), deben considerarse como los antecedentes inmediatos de la ley nacional de 1966, y por ello motivó valiosos comentarios de carácter doctrinal <sup>(61)</sup>, así como declaraciones de organizaciones forenses <sup>(62)</sup>. Ambos proyectos fueron discutidos por el Senado argentino, pero no se llegó a concluir el procedimiento legislativo con anterioridad al golpe militar de 1966, que disolvió el Congreso.

---

<sup>(57)</sup> Esta fue la opinión, entre otros, de Carrió, Genaro, *Recurso de amparo y técnica judicial*, cit. *supra*, nota 41, págs. 198-203, y Palacio, Lino Enrique, “La acción de amparo. (Su régimen procesal)”, en *La Ley*, Buenos Aires, 15 de diciembre de 1959, pág. 1, aun cuando ambos juristas señalaron que ciertos aspectos procesales debían regularse legislativamente.

<sup>(58)</sup> Este era el punto de vista, entre muchos otros, de Romero, César Enrique, “Necesidad urgente de una Ley de Amparo de las libertades fundamentales”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 11 de julio de 1961, pág. 1.

<sup>(59)</sup> Proyecto publicado en el periódico *La Nación*, Buenos Aires, 21 de junio de 1964.

<sup>(60)</sup> *Cfr.* Sagüés, Néstor Pedro, *La acción de amparo*, cit. *supra* nota 56, págs. 30-31.

<sup>(61)</sup> *Cfr.* entre otros los de Lazzarini, José Luis, “La acción de amparo y el proyecto del Poder Ejecutivo Nacional”, en *La Ley*, Buenos Aires, 20 de octubre de 1964, págs. 1-4, y Bielsa, Rafael, *El recurso de amparo*, cit. *supra* nota 50, págs. 259-268.

<sup>(62)</sup> *Cfr.* “Declaración del Colegio de Abogados sobre amparo y recurso extraordinario”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 28 de julio de 1964, pág. 8.

39. Resulta conveniente transcribir el artículo primero del proyecto del Ejecutivo Nacional a que hacemos referencia en el párrafo anterior, ya que en el mismo se recogen los lineamientos de la jurisprudencia sobre la acción de amparo y con algunas diferencias fueron los regulados por la Ley nacional de 1966:

La acción de amparo procederá contra toda conducta de autoridad, funcionario o empleado público, o actos de particulares, aún cuando se fundamente en ley, que en forma actual o inminente, lesionen, restrinjan, alteren o amenacen con ilegalidad o arbitrariedad los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, siempre que no existan otros recursos judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado o que, existiendo, no fueren manifiestamente idóneos para la protección inmediata del derecho o garantía constitucional.

## V. LA LEY 16,986 DE 1966, EXPEDIDA POR EL GOBIERNO MILITAR

40. Toda la evolución anterior culminó con la expedición por parte del Ejecutivo Nacional, de carácter militar, y por ello, en uso de facultades extraordinarias para legislar, de la Ley número 16,986 sobre Acción de Amparo, promulgada el 7 de octubre de 1966,<sup>(63)</sup> la cual tenía aplicación, según su artículo 18, en la Capital Federal, en el Territorio de Tierra de Fuego, Antártida y las Islas del Atlántico Sur, así como por los jueces nacionales en las Provincias, en los casos en que el acto impugnado mediante la acción de amparo proviniera de una autoridad nacional.

41. Dicho ordenamiento, que pretendió recoger los lineamientos que sobre la acción de amparo habían sido establecidos por la jurisprudencia, la doctrina y los proyectos anteriores<sup>(64)</sup>, fue objeto entonces de numerosos comentarios de la propia doctrina, que en términos generales pueden considerarse como desfavorables, sin desconocer los aspectos positivos que presentaba<sup>(65)</sup>.

---

(63) Ordenamiento publicado en *Boletín Informativo. Anales de Legislación Argentina*, Buenos Aires, 21 de octubre de 1966, págs. 3-5.

(64) Así se desprende de la nota que dirige el Secretario de Justicia al Poder Ejecutivo, y que acompaña el proyecto que sirvió de base a la ley mencionada. *Cfr. Boletín* mencionado en la nota anterior, pág. 1.

(65) *Cfr.* Robredo, Alberto F., “La acción de amparo y la reciente ley 16,986”, en *La Ley*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1966, esp. p. 3; Fiorini, Bartolomé A., “Acción de amparo. Graves limitaciones e inconsecuencias que la desnaturalizan”, en *La Ley*, Buenos Aires, 24 de noviembre de 1966, págs. 1-3; Bidart Campos, Germán J., “La nueva Ley de Amparo”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 29 de noviembre de 1966, págs. 3-4; Dana Montaña, Salvador M., “La reglamentación legal del amparo jurisdiccional de los derechos y garantías”, en *La Ley*, Buenos Aires, 8 de diciembre de 1966, págs. 1-7, entre otros.



42. En efecto, la doctrina señaló varias limitaciones establecidas por los artículos 1° y 2° de dicho ordenamiento, que se consideraron como excesivamente restrictivas y contrarias a la evolución jurisprudencial que se había desarrollado con anterioridad a la expedición de esta ley. En forma sintética podemos señalar las limitaciones que fueron objeto de comentarios negativos por los constitucionalistas argentinos: a) en primer término el citado artículo 1° estableció que la acción de amparo sólo procedía contra actos u omisiones de autoridades públicas <sup>(66)</sup>, por lo que implícitamente se estableció la improcedencia de dicho instrumento respecto de los llamados “actos de particulares”, que había sido ampliamente admitido por la jurisprudencia a partir del caso “Kot” (si bien dicho sector del derecho de amparo se consignó posteriormente en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de 1967, ver *infra* párrafo 46).

43. El artículo 2° de la propia Ley Nacional de la Acción de Amparo de 1966, establece de manera expresa la inadmisibilidad de dicho instrumento protector en varios aspectos que se consideraron excesivamente restrictivos: b) que el acto impugnado proviniera de un órgano del Poder Judicial o hubiera sido adoptado por expresa aplicación de la ley 16,970, denominada Ley de la Defensa Nacional, expedida pocos días antes de la citada Ley de Amparo por el gobierno militar, por lo que tenía un marcado carácter autoritario; c) la intervención judicial por medio de la acción de amparo comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público o, el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado; y d) se dispuso también que la acción de amparo no era admisible cuando la determinación de la eventual invalidez del acto requiriese la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas <sup>(67)</sup>.

44. Afortunadamente la jurisprudencia, que siguió las orientaciones de la doctrina mayoritaria interpretó dichas normas restrictivas de manera flexible, de manera que se atenuaron de manera razonable las limitaciones a la admisibilidad de la acción de amparo por las causas mencionadas anteriormente, con lo cual se evitó que se desvirtuara la amplitud protectora de este instrumento protector <sup>(68)</sup>.

---

<sup>(66)</sup> En efecto, dicho precepto dispone: “La acción de amparo será admisible *contra todo acto u omisión de autoridad pública* que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el hábeas corpus”.

<sup>(67)</sup> Cfr. los comentarios desfavorables a estas limitaciones por parte de Bidart Campos, Germán J., *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, Buenos Aires, Ediar, 1968, págs. 107-161; 273-277; Lazzarini, José Luis, *El juicio de amparo*, cit. *supra* nota 31, págs. 229-233; Rivas, Adolfo Armando, *El amparo*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1987, págs. 165-196.

<sup>(68)</sup> Cfr. el análisis de la jurisprudencia posterior a la expedición de la citada Ley de Amparo Nacional, en la documentada obra de Sagüés, Néstor Pedro, *Acción de amparo*, cit. *supra* nota 56, págs. 209-274.

45. Sin embargo, en dicha ley 16,986 sobre la acción de amparo, se precisaron algunas características de este instrumento tutelar, que se habían perfilado por la jurisprudencia, y que pueden sintetizarse en que debía considerarse como un remedio “*excepcional o residual*” (que inclusive llegó a calificarse como *heroico*), el que sólo podía promoverse de manera subsidiaria en los supuestos de que: a) los actos u omisiones impugnados afectasen *con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta* los derechos o garantías del promovente; b) que no existieran *recursos o remedios judiciales o administrativos* que permitieran obtener la protección del derecho o garantía constitucional respectivo; c) que la determinación de la eventual invalidez del acto no requiriese una *mayor amplitud de debate o de prueba*. Estos tres requisitos fueron objeto de una extensa interpretación de los tribunales nacionales, ya que planteaban varias cuestiones de compleja resolución. Al respecto la Corte Suprema argentina consideró que la acción de amparo estaba reservada “*para las delicadas y extremas situaciones que, por falta de otros medios legales peligran la salvaguardia de los derechos fundamentales*” <sup>(69)</sup>.

46. Por lo que respecta al derecho de amparo contra actos de “particulares” (grupos de presión), debido a la omisión en que incurrió la citada Ley de Acción de Amparo (que como señalamos anteriormente implicaba una prohibición implícita, ver *supra* párrafo 42), fue regulado posteriormente por el llamado “juicio sumarísimo”, establecido en el artículo 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Ley 17,454 de 20 de septiembre de 1967, en vigor el primero de enero de 1968), el cual estableció:

Proceso sumarísimo. Será aplicable el procedimiento establecido por el artículo 498 (tramitación muy rápida y concentrada) cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocida por la Constitución Nacional, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o de la cesación inmediata de los efectos del acto y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procedimientos establecidos por este Código u otras leyes <sup>(70)</sup>.

## VI. LEY NACIONAL DE HÁBEAS CORPUS 23,098 DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1984, UNA VEZ RESTABLECIDA LA NORMALIDAD DEMOCRÁTICA

47. A la conclusión de varios gobiernos militares autoritarios y restablecida la normalidad democrática, en el año de 1984 se expidió una ley de hábeas corpus aplica-

<sup>(69)</sup> Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *op. ult. cit.*, pág. 176.

<sup>(70)</sup> Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, cit. *supra* nota 67, págs. 113-118, Lazzarini, José Luis, *El juicio de amparo*, cit. *supra* nota 31, págs. 373-377; Rivas, Adolfo Armando, *El amparo*, cit. *supra* nota 67, págs. 359-373. Sagüés, Néstor Pedro, obra citada en las dos notas anteriores, págs. 563-587.

ble respecto de la protección de la libertad de movimiento tanto en el ámbito federal como en el provincial. Este ordenamiento que fue promovido por el entonces senador y destacado procesalista Fernando de la Rúa, con la colaboración de Julio B. Maier y Virgilio J. Loíacono <sup>(71)</sup>.

48. Este ordenamiento sustituyó la regulación del hábeas corpus en el Código Procesal Penal de la Nación, que es el que había aplicado tradicionalmente, inclusive durante los gobiernos militares de carácter autoritario, los que habían lesionado en forma sistemática los derechos de libertad e integridad personal de numerosas personas. No obstante que las autoridades castrenses, al declarar los frecuentes estados de emergencia, restringieron la procedencia de dicho instrumento tutelar, los tribunales nacionales y particularmente la Corte Suprema atenuaron esta situación por conducto del criterio de la *razonabilidad* tratándose tanto de la acción de amparo como del hábeas corpus al determinar que no obstante que las declaraciones de emergencia o de estado de sitio se habían considerado como “cuestiones políticas” y por tanto, no judiciales, era necesario apreciar la relación entre las citadas medidas de urgencia y la restricciones concretas de las libertades de los reclamantes debido las violaciones a sus derechos fundamentales <sup>(72)</sup>.

49. El citado ordenamiento de 1984 tuvo en cuenta la dolorosa experiencia de los gobiernos militares y la difícil lucha de los tribunales para proteger la libertad y la integridad de los gobernados, y por ello estableció varias disposiciones de gran importancia. En efecto, de acuerdo con el artículo primero de la citada ley 23,098, ésta tiene vigencia en todo el territorio nacional, no obstante lo cual pueden aplicarse las Constituciones provinciales o las leyes dictadas conforme a ellas cuanto otorguen más eficiente protección de los derechos a que se refiere dicha la ley. Según el artículo segundo la aplicación de la misma ley corresponde a los tribunales nacionales o provinciales, según el acto denunciado como lesivo emane de autoridad nacional o provincial, y cuando provenga de un particular, se estará a lo que establezca la ley respectiva.

50. El hábeas corpus procede contra todo acto u omisión de autoridad pública que implique limitación o amenaza actual de la *libertad ambulatoria* sin orden escrita de

---

<sup>(71)</sup> Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus*, 2ª. ed., Buenos Aires, Astrea, 1988, págs. 114-11; García Morelos, Gumersindo, *El amparo hábeas corpus. Estudio comparativo México-Argentina*, México, ABZ Editores, 1998, págs. 121-163.

<sup>(72)</sup> Cfr. Spolansky, Norberto Eduardo y Vanossi, Jorge Reinaldo, “Sanciones militares y garantías constitucionales”, sobretiro de la *Revista Federación Argentina de Colegios de Abogados*, Buenos Aires, febrero de 1971; Vocos Conesa, Eduardo, “Estado de sitio en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional (1970-junio de 1972)”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 7 de junio de 1972, págs. 2-13; Boffi Boggero, Luis M., “La justiciabilidad de las llamadas cuestiones políticas y contribución al retorno integral a la República”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 29 de octubre de 1963, págs. 1-6; Fix-Zamudio, Héctor, “Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos”, en el libro del mismo nombre, México, UNAM, 1977, págs. 39-43.

autoridad competente o agravación ilegítima de la forma o condiciones en que se cumple la privación de la libertad sin perjuicio de las facultades del juez del proceso, si lo hubiere (integridad personal) (artículo 3°.)

51. Pero el precepto que merece destacarse, por ser el resultado de la experiencia de la actuación represiva de los gobiernos militares con apoyo en frecuentes declaraciones de emergencia, es el artículo 4° del citado ordenamiento, el cual dispone que cuando se limite la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista en el artículo 23 de la Constitución Nacional (Estado de sitio), el procedimiento de *hábeas corpus* podrá tender a comprobar en el caso concreto: a) la legitimidad de la declaración del estado de sitio; b) la correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio; c) la agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad que en ningún caso podrá hacerse efectiva en establecimientos destinados a la ejecución de penas; y d) el efectivo ejercicio del derecho de opción previsto en la última parte del artículo 23 de la Constitución Nacional<sup>(73)</sup>.

52. Este es, en nuestro concepto, uno de los aspectos más importantes de dicho ordenamiento, en cuanto, al tomar en cuenta la trágica experiencia de los gobiernos militares y de facto, y la jurisprudencia de la Suprema Corte sobre la “razonabilidad” para apreciar la procedencia del *hábeas corpus* durante los frecuentes y numerosas declaraciones de emergencia de dichos gobiernos (ver *supra* párrafo 48), estableció de manera precisa la facultad del juzgador de decidir sobre la relación entre la declaración del estado de sitio y las medidas concretas de restricción de la libertad y la integridad personal del afectado<sup>(74)</sup>.

53. Otra disposición de gran significado es la contenida en el artículo sexto de la ley que comentamos, en cuanto faculta al juzgador *para declarar de oficio en el caso concreto la inconstitucionalidad* cuando la limitación de la libertad se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad que actúe en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional. Debe tomarse en cuenta que se discutió con gran apasionamiento tanto en la doctrina como en la jurisprudencia la posibilidad de que el juez que conociera de la acción de amparo y del *hábeas corpus* pudiese decidir sobre la constitucionalidad de las disposiciones legales en las cuales se apoyaba la restricción de los derechos fundamentales. Debe recordarse que la ley de amparo de 1966 prohibía

---

(73) En la parte relativa del citado artículo 23 de la Carta Nacional argentina, que no se modificó en la reforma de 1994, se dispone [...]. Pero durante esta suspensión (de garantías constitucionales en el estado de sitio) no podrá el Presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso, respecto de las personas a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, *si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.*”

(74) Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Hábeas Corpus*, págs. 233-306; García Morales, Gumersindo, *El amparo hábeas corpus*, págs. 169-183. Ambos trabajos citados *supra* nota 71, págs. 233-306 y 169-183, respectivamente.

expresamente dicha declaración de inconstitucionalidad (ver *supra* párrafo 43). Este precepto del ordenamiento expedido en 1984, debe considerarse como antecedente de la reforma constitucional de 1994 en cuanto a la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad<sup>(75)</sup>.

54. Otro aspecto significativo de la citada ley argentina del hábeas corpus, se refiere a la posibilidad de que el juez de hábeas corpus *conozca de oficio* de este instrumento tutelar de la libertad cuando dicho juzgador tenga conocimiento de que existe el temor de que una persona detenida o amenazada, pueda ser transportada fuera del territorio de la jurisdicción de un juez o tribunal o de que se le haga sufrir un perjuicio irreparable (artículo 11 del citado ordenamiento)<sup>(76)</sup>.

55. Finalmente debemos destacar que la diversa ley 23,042, publicada el 23 de enero del citado año de 1984, dispuso que *las condenas dictadas, aun con sentencia firme, por tribunales militares respecto de civiles* podían impugnarse por medio del hábeas corpus, lo que se explica claramente en virtud de que durante el gobierno militar numerosos civiles fueron sometidos indebidamente a la jurisdicción castrense, por lo que el gobierno constitucional estableció muy justificadamente una vía para revisar los fallos de dichos tribunales militares. Dicho ordenamiento estableció al respecto, que si el juez que conociera de este instrumento tutelar advirtiera la existencia de hechos que justificaran la privación de la libertad del afectado y su sometimiento a proceso penal, debía mantener la detención y pasaría de inmediato las actuaciones al juez competente para conocer del hecho posiblemente delictuoso, quien, si hallare mérito, decidiría sobre la formación de la causa al imputado o sobre su libertad, según fuera el caso<sup>(77)</sup>.

## VII. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE AGOSTO DE 1994, QUE CONSAGRÓ VARIOS INSTRUMENTOS PROCESALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

56. La reforma constitucional de agosto de 1994, que fue el resultado de un acuerdo previo de los dos partidos políticos más importantes, el justicialista y el radical, debe considerarse como una revisión sustancial del texto anterior de la Carta Federal de 1853-1860, pues modernizó y actualizó en varios aspectos a la Constitución más antigua de Latinoamérica. En uno de los sectores en los cuales se introdujeron modificaciones significativas fue en el de la protección procesal de los derechos humanos. En efecto se consagraron en el texto fundamental los derechos de amparo y de hábeas

<sup>(75)</sup> Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *op. ult. cit.*, págs. 307-313.

<sup>(76)</sup> Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Hábeas corpus*, citado en las dos notas anteriores, págs. 411-418.

<sup>(77)</sup> Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, obra citada en las notas anteriores, págs. 493-514; García Morales, Gumesindo, *El amparo hábeas corpus, cit.*, *supra* nota 71, págs. 180-182.

corpus, que sólo se habían regulado por leyes ordinarias en el ámbito nacional (aun cuando un amplio desarrollo en las Constituciones provinciales), no obstante los intentos que se hicieron con anterioridad para establecerlas en la propia Carta Nacional (ver *supra* párrafos 33-34), pero además se introdujo una nueva institución establecida por varios ordenamientos constitucionales latinoamericanos con la denominación de “*hábeas data*” de acuerdo con el modelo introducido en la Carta Federal brasileña de 1988, aun cuando dentro del derecho de amparo en la reforma argentina.

57. El nuevo artículo 43 de la Constitución argentina reformada en agosto de 1994, regula con el nombre genérico de “*acción de amparo*” varios instrumentos tutelares de los derechos fundamentales, incluyendo, por supuesto, el amparo propiamente dicho. El conocido constitucionalista argentino Osvaldo Alfredo Gozaíni, señala que dentro del derecho de amparo en sentido genérico se comprenden los siguientes instrumentos tutelares de los derechos humanos: *a*) amparo contra actos u omisiones de autoridades públicas; *b*) amparo contra actos u omisiones de particulares; *c*) amparo contra la inconstitucionalidad de leyes; *d*) amparo especial según se trate de “cualquier forma de discriminación”, “protección al ambiente”, “derechos de la competencia”, “derechos del usuario y consumidor”; *e*) amparo colectivo para los derechos de incidencia general (difusos), que se encuentren afectados; *f*) *hábeas data*; y *g*) *hábeas corpus* <sup>(78)</sup>.

58. Como puede observarse del simple examen preliminar de la mencionada regulación constitucional del citado artículo 43 del texto reformado en 1994 de la Constitución Nacional argentina, se tomó en consideración la importante evolución de los instrumentos de protección de los derechos humanos, que en el ámbito nacional se desarrolló esencialmente en la jurisprudencia, particularmente de la Corte Suprema; de la ley de amparo nacional de 1966; de los avances realizados en las constituciones provinciales, así como las aportaciones de la doctrina. Como en otros aspectos, la reforma de agosto de 1994 en materia de protección procesal de los derechos humanos debe considerarse de gran trascendencia e implica un avance significativo <sup>(79)</sup>.

---

(78) *El derecho de amparo. Proceso de amparo, protección de intereses difusos; hábeas data; hábeas corpus*, 2ª. ed., Buenos Aires, Depalma, 1998, pág. 32.

(79) La bibliografía argentina sobre este tema, es decir, la reforma constitucional de agosto de 1994, en relación con los instrumentos procesales protectores de los derechos humanos es muy abundante, pero nos limitaremos a señalar los estudios más significativos: Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El derecho de amparo*, citado en la nota anterior, dedicado íntegramente a esta materia; Natale, Alberto, *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1995, págs. 62-72; Seisdedos, Felipe, “Amparo, *hábeas data* y *hábeas corpus* en la reforma de 1994”, en la obra editada por el Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1995, tomo I, págs. 425-462; Sagüés, Néstor Pedro, *Acción de amparo*, cit. *supra* nota 56, págs. 663-687; Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, primera reimpresión, Buenos Aires, Ediar, 1998, tomo II, págs. 371-404.

## VIII. EL DERECHO DE AMPARO

59. Compartimos el concepto señalado por nuestro homenajeado el destacado constitucionalista argentino Germán J. Bidart Campos, en cuanto señaló desde hace varios años que debía distinguirse entre el derecho a la jurisdicción para la protección de derechos humanos por medio del amparo, y la puesta en movimiento de la propia jurisdicción por medio del proceso<sup>(80)</sup>. Aun cuando califica de acción al primero y de juicio al segundo, en nuestro concepto sería preferible utilizar la expresión “derecho de amparo” para señalar la facultad de utilizar la jurisdicción, y “proceso de amparo”, para el desarrollo del procedimiento respectivo. En tal virtud, en esta sección examinaremos brevemente el derecho de amparo desde una vista genérica y los varios procesos que se han regulado para hacerlo efectivo.

60. El primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional de Argentina, en su texto reformado en agosto de 1994, establece el derecho de amparo en su sentido clásico, tal como lo había configurado la jurisprudencia, la ley nacional de 1966 y la doctrina, es decir dicho precepto regula *el proceso de amparo de carácter individual o clásico*, al disponer:

“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesivo”.

61. Se advierte que los autores de la reforma se apoyaron en la jurisprudencia de la Suprema Corte en los casos “Siri” y “Kot” (ver *supra* párrafos 24-29), pero también en la ley 16,986 de 1966 (ver *supra* párrafos 40-46), así como en los comentarios muy importantes de la doctrina, pero agregó algunos elementos, que si bien se habían perfilado con anterioridad no estaban suficientemente precisados. Entre estos últimos podemos señalar, en primer lugar que a diferencia de la ley de 1966, que se refería tanto a remedios judiciales o administrativos que permitieran obtener la protección del derecho constitucional respectivo (artículo 2º., inciso a), que se consideraban como vías previas o paralelas<sup>(81)</sup>, en el precepto que se examina sólo se hace referencia a otro medio judicial más idóneo. En segundo término, se hace referencia no sólo a los derechos consagrados constitucionalmente, sino también a los establecidos en un tratado y en la ley. Finalmente un tercer aspecto importante es la facultad que se otorga al juez del amparo para declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesivo.

(80) *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, cit. *supra* nota 67, págs. 338-339.

(81) *Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, Acción de amparo*, cit. *supra* nota 56, págs. 75-78.

62. Al suprimirse en el precepto constitucional que comentamos la posibilidad de acudir a los procedimientos administrativos como vías previas o paralelas a la acción de amparo, y al sustituir con la frase *otro medio judicial más idóneo*, la redacción del mencionado artículo 2º. inciso a) de la ley 16,986, sobre los remedios judiciales o administrativos que permitieran obtener la protección de los derechos o garantías (este último vocablo utilizado también como equivalente a derechos constitucionales), se ha producido una discusión doctrinal sobre si el nuevo precepto fundamental modificó la tesis tradicional del amparo como instrumento subsidiario y excepcional (o inclusive heroico) (ver *supra* párrafo 45), “para convertirse en una garantía de los derechos fundamentales con inmediata operatividad”, como lo afirma el destacado procesalista argentino Osvaldo Alfredo Gozaíni <sup>(82)</sup>.

63. Otros distinguidos juristas argentinos asumen el criterio de que el nuevo precepto constitucional no ha alterado la tesis tradicional de la subsidiariedad y excepcionalidad de la acción de amparo, sino que a este carácter le otorga un carácter de mayor racionalidad al exigir la idoneidad de los procedimientos ordinarios para la tutela de los derechos fundamentales. Así Germán J. Bidart Campos afirma que el amparo no puede considerarse *sustitutivo* de las otras vías procesales, pues esto arrasaría con todos los demás procesos que quedarían transformados en acumulación exorbitada al juicio de amparo. Según este destacado constitucionalista, el precepto dispone que si existe otro medio judicial más idóneo en las leyes procesales no es viable acudir al amparo, y que si existen procedimientos igualmente idóneos esto significa que el sujeto afectado puede optar por el amparo <sup>(83)</sup>.

64. Otro destacado constitucionalista y profundo conocedor del derecho de amparo, Néstor Pedro Sagüés adopta también una posición intermedia entre los que sostienen que la reforma constitucional implica otorgar al propio amparo un carácter de instrumento *directo* o los que por el contrario, se inclinan por el mantenimiento del criterio tradicional de la vía *subsidiaria y excepcional*, ya que dicho autor sostiene que el amparo no es admisible si su promotor puede encontrar satisfacción al derecho perjudicado por el acto lesivo, ya en la esfera judicial por medio de otras rutas procesales, ya en la administrativa, pero si tales conductos no son aptos para esa tutela, el afectado no está obligado a iniciarlos, continuarlos o agotarlos, pues irá directamente al amparo <sup>(84)</sup>.

65. Por su parte el distinguido autor Felipe Seisededos señala que lo decisivo resulta ser la *ineficacia* de los otros medios judiciales y ella se presenta cuando con la utilización de estos últimos pudiera producirse *un perjuicio irreparable y grave* y en

---

(82) *El derecho de amparo*, cit. *supra* nota 78, págs. 16-29.

(83) *Manual de la Constitución reformada*, cit. *supra* nota 79, tomo II, págs. 377-379.

(84) *La acción de amparo*, cit. *supra* nota 56, págs. 665-669.



todo caso, como aconteció hasta ayer, la apertura del amparo seguirá dependiendo primordialmente, casi exclusivamente, de la prudencia judicial<sup>(85)</sup>.

66. A su vez, el conocido jurista Alberto Natale considera que si bien la mayor idoneidad de otra vía judicial para descartar el amparo podría considerarse como una novedad de la reforma de 1994, debe tomarse en consideración el criterio reiterado de la Corte Suprema que ha establecido la admisibilidad de la acción de amparo siempre que aparezca de manera clara y manifiesta la restricción de uno de los derechos fundamentales, así como el daño grave e irreparable que causaría la remisión del conocimiento de la cuestión a los procedimientos judiciales o administrativos y por ello sostiene dicho autor, que no existe nada nuevo bajo el sol<sup>(86)</sup>.

67. Aún cuando no tenemos los suficientes conocimientos del derecho amparo argentino que nos permitieran opinar con fundamento sobre el carácter de este instrumento en la regulación establecida en el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional de Argentina, apoyándonos en la experiencia respecto del amparo mexicano, nos atrevemos a sugerir que si partimos de la situación anterior a dicha reforma constitucional, deben tomarse en cuenta dos conceptos que antes no se habían expresado, es decir, en primer lugar que la acción de amparo se considera *rápida y expedita* y en segundo término, que es admisible cuando no exista *otro medio judicial más idóneo*. Además, estos dos lineamientos deben combinarse con los anteriores de *arbitrariedad o ilegalidad manifiesta*, para llegar a la conclusión, si apreciamos en su conjunto las opiniones de los más destacados juristas argentinos, que si bien el amparo no puede considerarse, con posterioridad a la reforma de agosto de 1994, como una acción de carácter *directo* que se utilice en sustitución de los procesos ordinarios, tampoco es posible sostener que se trata de un medio *subsidiario y excepcional*, ya que de acuerdo con los dos elementos que se adicionaron en el mencionado artículo 43 de la Carta Nacional (ver *supra* párrafo 59), se podría llegar a afirmar que en la actualidad se ha constituido como un instrumento procesal *extraordinario*, por tratarse de un procedimiento rápido y expedito que sólo procede cuando puede utilizarse al afectarse derechos fundamentales con “ilegalidad o arbitrariedad manifiesta”<sup>(87)</sup>, y siempre que no exista un medio judicial más idóneo, lo que significa que en cada caso concreto el juez debe examinar si se presentan estos requisitos para admitir el amparo, pues de lo contrario, el afectado debe utilizar otras vías procesales, a no ser que éstas (lo que les privaría de su idoneidad) pongan en grave riesgo la protección del derecho fundamental violado, como lo sostuvo la jurisprudencia.

---

(85) “Amparo, Hábeas Data y Hábeas Corpus en la reforma de 1994”, cit. *supra* nota 79, págs. 434-479.

(86) *Comentarios sobre la Constitución*, cit. *supra* nota 79, pág. 63.

(87) Estos elementos de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta son analizados con profundidad por Sagüés, Néstor Pedro, *La acción de amparo*, cit. *supra* nota 56, págs. 117-147.

68. En otros dos sectores se han superado las limitaciones de la ley 16,986. Debe recordarse que dicho ordenamiento sólo disponía que la acción de amparo podía interponerse respecto de la conducta de autoridades públicas, por lo que fue necesario acudir al procedimiento sumarísimo del Código Procesal y Comercial de la Nación de 1967, para regular el derecho de amparo contra de actos de particulares (grupos de presión), introducido por la jurisprudencia en el caso “Kot” (ver *supra* párrafo 29). El actual artículo 43 de la Carta Fundamental de Argentina establece en forma expresa la procedencia de la acción de amparo contra la conducta de particulares.

69. Por otra parte, la mencionada ley nacional expedida en 1966 por el entonces gobierno militar, estableció la inadmisibilidad del amparo cuando la invalidez del acto requiriese de la declaración de la inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas (artículo 2º, inciso d) (ver *supra* párrafo 43). El eminente constitucionalista Germán J. Bidart Campos sostuvo acertadamente que debía modificarse la mencionada limitación de la citada ley 18.986, en virtud de la obligación de todo juez de preferir la Carta Fundamental sobre las leyes ordinarias por lo que se debería desaplicar de oficio toda disposición legislativa inconstitucional en la cual se apoyara el acto controvertido, inclusive al tramitarse la acción de amparo<sup>(88)</sup>. Al respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema atenuó dicha restricción, particularmente en el caso *Outon, Carlos J. y otros*, resuelto el 29 de marzo de 1967, en el cual no sólo modificó la jurisprudencia tradicional anterior a la mencionada ley 18,986, que había estimado que no procedía la declaración de inconstitucionalidad en un proceso de amparo, sino que contra lo dispuesto por disposición expresa de dicho ordenamiento, el Alto Tribunal concedió el amparo y declaró la inconstitucionalidad de una norma general que el promovente consideró constitutiva de un acto lesivo. Este criterio jurisprudencial fue reafirmado en el caso *Empresa Mate Larangureira Méndez, S.A. y otros*, resuelto el 7 de diciembre del mismo año de 1967. Con alguna variable, esta tesis fue reiterada en otros casos planteados en 1973 y 1984<sup>(89)</sup>. De acuerdo con el artículo 43, primer párrafo, de la Carta Argentina, no existe duda de que se puede declarar la inconstitucionalidad de la ley en que se fundamenta el acto que se impugna en amparo.

70. El primer párrafo del mencionado artículo 43 de la Constitución Nacional argentina reconoce con claridad que los derechos fundamentales protegidos no sólo son aquellos consagrados en la misma Carta Fundamental sino también en un tratado y en una ley, con lo cual consagra de manera expresa la tendencia que observa recientemente en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos de establecer la preeminencia del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno, con mayor razón cuando se confiere a los derechos establecidos en algunos tratados el

(88) *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, cit. *supra* nota 67, págs. 127-136.

(89) *Cfr.* Bidart Campos, Germán J., *op. ult. cit.*, págs. 147-152; Lazzarini, José Luis, *El juicio de amparo*, cit. *supra* nota 31, págs. 85-90.

carácter de normas constitucionales, como lo hizo la reforma de agosto de 1994 a la Carta Fundamental de Argentina, como lo expresaremos con posterioridad (ver *infra* párrafos 91-94)<sup>(90)</sup>. En los años próximos anteriores a dicha reforma constitucional, la Corte Suprema de Justicia Argentina, aplicó directamente en algunos casos preceptos establecidos en tratados internacionales ratificados por ese país, y entre ellos destaca el fallo pronunciado el 7 de julio de 1992 en el caso *Ekmekdijan versus Sofovich*, en el cual se apoyó en el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto al derecho de rectificación o respuesta, tal como fue interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva número 7, resuelta el 29 de agosto de 1987<sup>(91)</sup>.

71. El segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional argentina en su texto modificado en agosto de 1994 consagró varias disposiciones que se pueden considerar innovadoras, y que en su conjunto pueden agruparse bajo el concepto de *derecho de amparo colectivo*,<sup>(92)</sup> ya que tiene por objeto la tutela de los *derechos difusos y colectivos*. En efecto, dicho precepto establece:

Podrán interponer esta acción (de amparo) contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los *derechos de incidencia colectiva en general*, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a estos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

72. Con excepción del derecho de no discriminación<sup>(93)</sup>, los demás a que se refiere este precepto corresponden a los que se han denominado intereses (con mayor preci-

---

(90) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en el libro *The Modern World of Human Rights. Essays in Honor of Thomas Buergenthal*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, págs. 131-174.

(91) Cfr. Hitters, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los derechos humanos. Tomo II. Sistema Interamericano. El Pacto de San José, Costa Rica*, Buenos Aires, Ediar, 1993, págs. 191-192.

(92) Así lo califican Seisdedos, Felipe, “Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma de 1994”, cit. *supra* nota 79, págs. 440-443; y Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El derecho de amparo*, cit. *supra* nota 78, págs. 154-156.

(93) Para Natale, Alberto, *Comentarios sobre la Constitución*, cit. *supra* nota 79, págs. 66-67, la discriminación mencionada en el párrafo segundo del artículo 43 constitucional, se refiere a la prohibición establecida por el artículo 16 de la misma Carta Fundamental argentina que conserva su texto original en el sentido de: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”, precepto este último sobre el que existe una doctrina y una jurisprudencia abundante.

sión, derechos) “difusos” o “trascendentales”, es decir aquellos que pertenecen a grupos sociales indeterminados, afectados por el desarrollo industrial y tecnológico. En los últimos años se advierte una amplia evolución legislativa, doctrinal y jurisprudencial sobre la tutela de dichos intereses o derechos, aun cuando dicha protección se ha introducido recientemente en Latinoamérica<sup>(94)</sup>.

73. De acuerdo con el citado precepto constitucional están legitimados para interponer el amparo colectivo: el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a la defensa de los derechos colectivos, registradas conforme a la ley, lo que significa, como lo sostiene la doctrina, que no existe “acción popular” para proteger los citados derechos<sup>(95)</sup>. De manera diversa, en otros ordenamientos latinoamericanos, se han configurado las *acciones populares de carácter constitucional* precisamente con el objeto de proteger los llamados intereses difusos y en general los de carácter colectivo<sup>(96)</sup>, y al respecto podemos señalar los artículos 5º, fracción LXXIII de la Constitución brasileña de 1988<sup>(97)</sup>, y 88 de la Carta colombiana de 1991<sup>(98)</sup>.

---

(94) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Ochenta años de evolución del juicio de amparo mexicano”, en la obra *Ochenta años de vida constitucional en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Cámara de Diputados, LVII Legislatura, México, 1998, págs. 418-419; Tamayo y Salmorán, Rolando, “Class Action. Una solución al problema de acceso a la justicia”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 58, enero-abril de 1987, págs. 147-165; Hernández Martínez, María del Pilar, *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, México, UNAM, 1997, págs. 123-206; Barbosa Moreira, José Carlos, “Legitimación para la defensa de los intereses difusos”, en la obra *X Congreso de Derecho Procesal*, La Plata, Argentina, 1981, tomo II, págs. 1240-1288; Neves, Celso, “Legitimação processual e a nova Constituição”, en *Revista de Processo*, núm. 56, São Paulo, noviembre-diciembre de 1989, págs. 1-40; Da Silva, José Afonso, “Garantías dos direitos colectivos, sociais e Políticos”, en su obra *Curso da Direito Constitucional Positivo*, 9ª. ed., 3ª. Reimpresión, São Paulo, Malheiros Editores, 1993, págs. 400-408.

(95) Cfr. entre otros, Sagiús, Néstor Pedro, *La acción de amparo*, cit. supra nota 56, págs. 674-676.

(96) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Avances y perspectivas de la protección procesal de los derechos humanos en Latinoamérica”, cit. supra nota 1, págs. 842-844.

(97) El citado precepto en las Constituciones Federales anteriores de 1946 y 1967, y por lo mismo se encuentra reglamentada por la 4717 de 27 de junio de 1965, dispone: “Cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la *acción popular* que pretende anular un acto lesivo para el patrimonio público o de una entidad en que el Estado participe, para la moralidad administrativa, para el medio ambiente o para el patrimonio artístico y cultural, quedando el actor, salvo mala fe comprobada, exento de las costas judiciales y de las de carácter procesal”.

(98) Dicho artículo 88 establece: “La ley regulará las *acciones populares* para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.” Cfr. SÁCHICA, Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Santa Fe de Bogotá, Temis, Bogotá, 1992, págs. 66-69.

## IX. EL HÁBEAS CORPUS

74. El último párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional de Argentina, en su texto reformado en agosto de 1994, preceptúa:

Quando el derecho lesionado restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física o en el caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

75. Como puede observarse, este precepto consagra los avances de la doctrina y de la jurisprudencia sobre este instrumento protector de la libertad e integridad personal, en particular lo establecido por la ley 23,098 de 1984, incluyendo su procedencia durante las declaraciones de emergencia, como lo establecía dicho ordenamiento, que hemos analizado con anterioridad (ver *supra* párrafos 51-52). Tal vez lo único que puede considerarse como una innovación es la referencia expresa a la *desaparición forzada de personas*, que es una figura delictiva que recientemente han sido objeto de declaraciones y de convenciones internacionales, debido a la frecuencia que se ha utilizado por los gobiernos autoritarios, y en América Latina, por los de carácter castrense<sup>(99)</sup>.

76. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina sustentó un criterio variable durante los gobiernos militares y las frecuentes declaraciones de emergencia (especialmente en el período de 1976-1983), sobre la idoneidad del hábeas corpus para la protección de la libertad y la integridad de las numerosas personas desaparecidas por la fuerza en esta oscura época, debido a la dificultad de investigar el paradero de las víctimas, pero de cualquier manera, dentro de las difíciles circunstancias de esos momentos, el más Alto Tribunal estableció en algunos casos que no debía determinarse la acción en base al informe de la autoridad, sino que era preciso ampliar la investigación con elementos de juicio que no pudieron estar en conocimiento de la mencionada autoridad, por lo que los jueces estaban obligados a extremar la investigación y adoptar las medidas necesarias que exigían las circunstancias, basado en un “análisis de razonabilidad” de dichas medidas en cada caso concreto<sup>(100)</sup>. Si bien la mencionada Ley 23,098 de 1984 (ver *supra* párrafo 51) estableció la procedencia del hábeas corpus durante el Estado de sitio, no hizo referencia a la desaparición forzada de personas, por lo que persistió la duda de la eficacia de este instrumento en las hipótesis de la propia desaparición, pero en la reforma de 1994, como se ha dicho, se establece claramente la procedencia del hábeas corpus en este supuesto.

<sup>(99)</sup> Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El derecho de amparo*, cit. *supra* nota 79, págs. 274-275.

<sup>(100)</sup> Cfr. García Morelos, Gumersindo, *El amparo hábeas corpus*, cit. *supra* nota 71, págs. 163-169.

77. Algunos ordenamientos latinoamericanos han iniciado la regulación en sus códigos penales del delito específico de desaparición forzada de personas, que anteriormente se tipificaba por medio de diversas figuras delictivas como la detención indebida, el secuestro y el homicidio, y esta modificación se debe a los instrumentos internacionales. Al respecto podemos citar a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que fue aprobada el 9 de junio de 1994 por la Asamblea General de la OEA en Belén do Pará, Brasil, y que entró en vigor el 29 de marzo de 1996. El artículo II de dicha Convención dispone que:

Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de las personas, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

78. Una de las consecuencias importantes de este delito específico, radica en que la acción penal y la pena que se imponga judicialmente al responsable *no estarán sujetas a prescripción* y si una norma de carácter fundamental impidiera la aplicación de esta disposición, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte (artículo VII de la Convención).

## X. EL HÁBEAS DATA

79. En las reformas constitucionales de 1994 al artículo 43 de la Constitución Argentina, se introdujo este instrumento tutelar del derecho a la libertad de información, que en otros ordenamientos latinoamericanos se conoce con la denominación de *hábeas data*, y así lo califica también la doctrina argentina, pero que en el citado precepto fundamental se integra al derecho de amparo. En efecto, el párrafo establece:

Toda persona podrá interponer esta acción (de amparo) para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o de los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

80. Este instrumento fue introducido con el nombre de “hábeas data” en el artículo 5º, fracción LXXXII de la Constitución Federal brasileña de 1988, y procede para lograr el conocimiento de informaciones relativas al promovente y que consten en registros o bancos de datos pertenecientes a entidades gubernamentales de carácter

público, o para obtener la rectificación de datos, cuando el afectado no prefiere hacerlo por conducto de un proceso reservado, ya sea judicial o administrativo<sup>(101)</sup>. Debido al desarrollo acelerado de los medios de información, especialmente de los bancos electrónicos de datos, tanto públicos como privados, se hacía necesaria la introducción de un medio específico de protección de los particulares que pueden ser afectados, inclusive de manera grave por dicha información cuando contiene datos confidenciales, incorrectos, agraviantes o desactualizados. Ello explica la creciente implantación del “hábeas data”, en varios ordenamientos latinoamericanos recientes, como en las Constituciones, Paraguay de 1992 (artículo 135); del Perú de 1993 (artículo 200, inciso 3)<sup>(102)</sup>; de Ecuador (artículo 30)<sup>(103)</sup>, y como se ha señalado, también en las reformas constitucionales de agosto de 1994 a la Constitución argentina, pero como parte del derecho de amparo.

81. La doctrina argentina, que como hemos dicho, califica de “hábeas data” a este sector del derecho de amparo, considera que tiene por objeto esencial lograr el equilibrio entre aspectos importantes del derecho a la intimidad frente al derecho a la información, al otorgar a los afectados la facultad de acudir ante el juez del amparo para combatir el uso abusivo de la información que se tiene sobre ellos debido a los avances contemporáneos de informática<sup>(104)</sup>.

82. Como sería difícil debido a la brevedad de este estudio detenernos en el examen de los diversos aspectos de esta novedosa institución tutelar, consideramos que los describe con precisión el distinguido profesor Germán J. Bidart Campos, en cuanto distingue las siguientes categorías: a) *hábeas data informativo*, para recabar los datos

---

<sup>(101)</sup> Cfr. Othon Sidou, J. M., “Las nuevas figuras del Derecho Constitucional brasileño mandado de injunção y hábeas data”, trad. de Héctor Fix-Zamudio, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 70, enero-abril de 1991, págs. 169-187; Da Silva, José Afonso, *Mandado de injunção e habeas data*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989.

<sup>(102)</sup> Cfr. Ortecho Villena, Víctor Julio, *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales*, Trujillo, 1996, Perú, Fondo Editorial de la Universidad Antenor Orrego Trujillo, págs. 191-206; Rodríguez Domínguez, Elvito A., *Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Grijley, págs. 151-165; Abad Yupanqui, Samuel B., “Hábeas data y conflictos entre órganos constitucionales. Dos nuevos procesos constitucionales”, en *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios, I*, Comisión Andina de Juristas, 1994, págs. 265-272.

<sup>(103)</sup> Cfr. Salgado Pesantes, Hernán, “La jurisdicción constitucional en el Ecuador”, en la obra coordinada por Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, págs. 586-587.

<sup>(104)</sup> Cfr. Ekmekdjian, Miguel Angel y Pizzolo, Calogero, hijo, *Hábeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*, Buenos Aires, Depalma, 1996, págs. 99-115; Sagüés, Néstor Pedro, *La acción de amparo*, cit. *supra* nota 56, págs. 663-668; Seisedos, Felipe, “Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma de 1994”, cit. *supra* nota 79, págs. 445-448; Bidart Campos, Germán, J. *Manual de la Constitución reformada*, cit. *supra* nota 79, Tomo II, págs. 387-404; Gozáni, Osvaldo Alfredo, *El derecho de amparo*, cit. *supra* nota 78, págs. 223-258.

personales que se encuentran registrados y conocer la finalidad con la que se han obtenido así como de la fuente de que provienen, salvo si se trata de fuentes periódicas o de otras resguardadas por el secreto profesional; *b) hábeas data rectificador*, para corregir datos archivados que son falsos o inexactos, así como actualizar o adicionar informaciones atrasadas o incompletas; *c) hábeas data de preservación*, para excluir los datos archivados que integran la información personal que se califica de “sensible”; y reservar en la confidencialidad información legalmente acumulada, pero que se considera innecesaria por lo que se sustrae al acceso de terceros, o bien que contiene datos susceptibles de causar daños a la persona si son conocidas por los propios terceros; y finalmente, *d) hábeas data mixto* que tiene más de un objetivo de los antes señalados <sup>(105)</sup>.

## XI. LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS ELEVADOS A RANGO CONSTITUCIONAL

83. En las sustanciales reformas a la Constitución argentina de agosto de 1994, culminó una evolución que se advierte en los ordenamientos fundamentales latinoamericanos sobre el creciente reconocimiento de la supremacía del derecho internacional, y en particular del derecho internacional de los derechos humanos, sobre el derecho interno, hasta desembocar con el inciso 22 del artículo 75 de la cita Carta Nacional Argentina, que establece la jerarquía constitucional de varios tratados de derechos humanos, y la posibilidad de otorgar esa jerarquía a otros tratados similares, siempre que sean aprobados por las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara del Congreso Nacional <sup>(106)</sup>.

84. Con anterioridad a dicha reforma argentina, únicamente el artículo 105 de la Constitución Peruana de 1979 reconocía de manera expresa y sin restricciones la naturaleza fundamental de los tratados relativos a los derechos humanos, en cuanto disponía: “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a los derechos humanos tienen *jerarquía constitucional*. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”. Sin embargo la nueva Carta Fundamental de Perú, aprobada por el referéndum de 31 de octubre de 1993 y promulgada el 29 de diciembre siguiente, suprimió dicho precepto y en su lugar introdujo la disposición final Cuarta, la cual establece que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por Perú”. Esta norma incorporó el modelo de las Cartas de Portugal y de España. Además, los artículos 56.1 y 57, párrafo segundo de la misma

<sup>(105)</sup> *Op. ult. cit.*, págs. 389-390.

<sup>(106)</sup> *Cfr.* Bidart Campos, Germán J., “El derecho de los tratados internacionales”, en su libro *Manual de la Constitución reformada*, cit. *supra* nota 79, págs. 405-425.



Carta peruana de 1993, establecen que: “los tratados relativos a los derechos humanos deben ser aprobados por el Congreso antes su ratificación por el presidente de la República” y que “cuando afecten disposiciones constitucionales, deben ser aprobadas por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución”. Un sector la doctrina considera como un retroceso la supresión el mencionado artículo 105 de la Constitución anterior de 1979 y su sustitución por los tres párrafos citados<sup>(107)</sup>.

85. La evolución hasta llegar a la citada reforma argentina de 1994 fue muy paulatina. En este sentido los artículos 3° de la Constitución de Ecuador (1978) y 4° de la de Panamá (1972-1983), disponen que dichos países reconocen y acatan las normas y los principios de derecho internacional. A su vez, los artículos 18 de la Constitución de Honduras (1982) y 144 de El Salvador (1983), establecen que en caso de conflicto entre un tratado internacional y la ley ordinaria interna, prevalecerá el tratado (pero no respecto de la ley fundamental). Asimismo, el párrafo primero del artículo 7° de la Constitución de Costa Rica de 1949, preceptúa: “Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa tendrán desde su promulgación o del día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.”

86. Por lo que respecta al reconocimiento de la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos, el desarrollo ha sido más acelerado, si tomamos en cuenta que el artículo 5° de la Constitución chilena de 1980, tal como fue reformada por plebiscito de 30 de julio de 1989: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.” Una situación similar a la anterior se advierte claramente en el artículo 5° de la Carta Federal brasileña, precepto que enumera un amplio catálogo de derechos fundamentales así como sus garantías procesales y que en sus incisos finales, 1° y 2° dispone: “Las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales son de aplicación inmediata” y “los derechos y garantías consagrados en esta Constitución *no excluyen otros* derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que sea parte la República Federativa del Brasil”<sup>(108)</sup>.

<sup>(107)</sup> Cfr. Comisión Andina de Juristas, *Del Golpe de Estado a la nueva Constitución*, Lima, 1993, págs. 220-221.

<sup>(108)</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Internacional de Derechos Humanos”, en la obra *The Modern World of Human Rights. El mundo moderno de los derechos humanos. Ensayos en honor de Thomas Buergenthal*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, págs. 168-173.

87. A este respecto también debe hacerse referencia a la reforma a la Carta de Costa Rica de 1949, por Decreto promulgado el 18 de agosto de 1989, que modificó los artículos 10 y 18 constitucionales. El primero de los citados preceptos creó una Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia y el segundo establece que:

Toda persona tiene el derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales y el recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos establecidos en la Constitución, así como los de carácter fundamental establecidos en *los instrumentos internacionales sobre derechos humanos* aplicables a la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.

88. En su jurisprudencia, la mencionada Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica ha realizado en forma muy extensa, la aplicación directa de los citados tratados internacionales de derechos humanos, en un sector importante de los numerosos asuntos de carácter constitucional que ha debido resolver<sup>(109)</sup>.

89. Si bien no de una manera expresa, el artículo 93 de la Constitución colombiana de 7 de julio de 1991, se ha encaminado hacia el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, en cuanto dicho precepto establece: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales ratificados por Colombia”. En su segunda parte esta norma sigue el modelo de los artículos 16 de la Constitución portuguesa de 1976-1982 y 10 de la Carta española de 1978, en forma similar a lo dispuesto por la Constitución peruana de 1993 (ver *supra* párrafo 84).

90. Dentro de este desarrollo podemos mencionar también a la Constitución paraguaya de 1992, que si bien en sus artículos 137 y 141, sigue la regla general de la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos en el sentido de que los tratados internacionales poseen una jerarquía superior a las leyes dictadas por el Congreso, pero se encuentran subordinados a la Constitución, considerada como la Ley Suprema de la República (ver *supra* párrafo 85). Pero en el artículo 142 se aparta de este principio y se aproxima a las Cartas que otorgan nivel constitucional a los tratados sobre derechos humanos, en cuanto dispone: “los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de la Constitución”.

91. En la actualidad, en virtud de que ya no existe el precepto contenido en el artículo 105 de la Constitución Peruana de 1979, que reconocía de manera expresa la

<sup>(109)</sup> Cfr. Hernández Valle, Rubén, *La tutela de los derechos fundamentales*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1990, págs. 144-145.

jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos (ver *supra* párrafo 84), es la Carta argentina reformada en agosto de 1994 la más avanzada en la evolución que hemos señalado en los párrafos anteriores. En efecto, el inciso 22 del artículo 75 de dicha Ley Fundamental (artículo que es bastante extenso y se refiere a las facultades legislativas del Congreso Nacional), dispone la naturaleza superior de los tratados internacionales y de los concordatos, pero atribuye nivel constitucional a algunos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que enumera, y establece de que manera expresa que:

[...] en las condiciones de su vigencia *tienen jerarquía constitucional*, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución (que se refiere a la regulación de los derechos fundamentales) y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocida. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de las Cámaras. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos (es decir, los que no se encuentran señalados de manera específica), luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

92. Los instrumentos internacionales señalados en el citado precepto de la Constitución argentina reformada, son los siguientes: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas la Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño.

93. Lo anterior es de gran importancia para el tema que hemos abordado, pues debe recordarse que el varias veces mencionado artículo 43 de la misma Constitución argentina establece que la acción de amparo protege los derechos humanos establecidos por la misma Carta Fundamental, *un tratado* o una ley (ver *supra* párrafos 70), lo que significa que los derechos establecidos en los instrumentos internacionales señalados expresamente en el segundo párrafo del referido inciso 22 del artículo 75 constitucional, pueden ser tutelados directamente por conducto del derecho de amparo, y posteriormente los derechos consagrados por otras convenciones internacionales aprobadas por el Congreso por las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros. Pero estas normas fundamentales no son tan contundentes como lo era el escueto artículo 105 de la Constitución peruana de 1979, puesto que el citado precepto fundamental

argentino establece dos características que requieren de una cuidadosa interpretación constitucional, *a*) que los derechos consagrados en esos tratados no pueden derogar artículo alguno de la primera parte de la Carta Fundamental (sobre derechos de la persona humana), y *b*) que los derechos de fuente internacional, deben estimarse complementarios de los derechos y garantías (éstas últimas entidades también como derechos) reconocidos por la misma Carta Nacional.

94. Las dos exigencias anteriores pueden significar que en el supuesto de contradicción entre las normas internacionales sobre derechos humanos y los establecidos en la Constitución argentina, prevalecerían estos últimos, y debe tomarse en cuenta además, que la Carta argentina reconoce derechos y garantías implícitos en su artículo 33, que no fue modificado <sup>(110)</sup>.

## XII. CONCLUSIONES

95. De acuerdo con las breves reflexiones anteriores, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

96. *Primera.* La reforma constitucional argentina de agosto de 1994 a la Carta Nacional de 1853-1860, que había sufrido pocas modificaciones importantes durante los largos años de su vigencia, significó una transformación sustancial en varios de sus aspectos. Por lo que respecta a la regulación de los instrumentos procesales de protección de los derechos humanos, se introdujeron innovaciones significativas, que son el resultado de una evolución paulatina que se inició en la segunda década de este siglo, en relación con los mecanismos clásicos de tutela de los propios derechos humanos, o sean, los derechos de amparo y de hábeas corpus.

97. *Segunda.* Tanto el amparo como el hábeas corpus fueron objeto de regulación en las Constituciones y leyes provinciales, si se toma en cuenta que el derecho de amparo se introdujo en la Carta de la Provincia de Santa Fe en el año de 1921, y fue objeto de un desarrollo creciente en dichos ordenamientos provinciales, como instrumento para tutelar los derechos fundamentales, ya sea conjunta o separadamente con el hábeas corpus, este último como instrumento específico para la protección de la libertad y la integridad personales. En el ámbito nacional, se hicieron diversos intentos para consagrar los derechos de amparo y de hábeas corpus en la Constitución Nacional, aún cuando el propio hábeas corpus fue introducido en las reformas de 1949 durante el primer gobierno peronista, éste que fue derrocado por la sublevación militar de

---

<sup>(110)</sup> Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *La Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994*, Buenos Aires, Astrea, 1994, págs. 71-72; Natale, Alberto, *Comentario sobre la Constitución*, págs. 99-107; Bidart Campos, Germán, J., *Manual de la Constitución reformada*, tomo II, págs. 405-425; Castorina de Tarquini, María Celia, "Supremacía de la Constitución. El nuevo orden", en la obra *Derecho Constitucional de la reforma de 1994*, tomo I, págs. 155-174, las tres citadas en la nota 79.

1955, y el gobierno provisional de esa época suprimió dichas modificaciones y se retornó al texto original. Especialmente se hicieron intentos infructuosos en la Convención Constituyente reunida en la ciudad de Santa Fe en 1957.

98. *Tercera.* Al no lograrse la introducción del amparo y del hábeas corpus en la Carta Nacional, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina estableció el derecho de amparo, considerado como garantía implícita, en los clásicos fallos “Siri” y “Kot” de 1957 y 1958, este segundo también contra actos u omisiones de particulares (en realidad grupos de presión). Se desarrolló una amplia jurisprudencia de los tribunales nacionales, especialmente de la citada Corte Suprema, que estableció los lineamientos esenciales de dicho instrumento tutelar. En el año de 1966, durante la dictadura militar, se dictó la Ley nacional de amparo número 16,986, que si bien acogió algunos principios de la jurisprudencia anterior, por el contrario estableció serias limitaciones, entre ellas la necesidad de que los actos u omisiones impugnados procedieran únicamente de autoridades públicas y afectasen con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos de los promoventes; que no existieran recursos o remedios judiciales o administrativos que permitieran la protección del derecho o garantía constitucional respectivo, y que la determinación de la eventual invalidez del acto no requiriese de una mayor amplitud de prueba. Además la llamada “acción de amparo”, era inadmisibles cuando proviniera de un órgano del Poder Judicial o hubiera sido adoptado por expresa aplicación de la Ley de la Defensa Nacional, si la intervención judicial por medio de la acción de amparo comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad o eficacia de la prestación del servicio público o el desenvolvimiento de las actividades esenciales del Estado, y también era improcedente dicho instrumento cuando la eventual invalidez del acto requiriese la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas. Debido a que no se reconocía por dicho ordenamiento la acción de amparo contra actos de particulares, como lo había establecido la Corte Suprema desde el caso “Kot” en 1958, esta última modalidad del amparo se consagró por medio del juicio sumarísimo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina de 1967.

99. *Cuarta.* Si bien la Corte Suprema de Argentina y los tribunales nacionales interpretaron de manera flexible estas restricciones de la ley de 1966 durante los años del gobierno militar de carácter autoritario, que acudió constantemente a la declaraciones de emergencia, dichos organismos jurisdiccionales no pudieron evitar las violaciones masivas de los derechos humanos que cometieron las autoridades castrenses. Por este motivo, al restablecerse el gobierno constitucional en el año de 1984, se expidió la Ley Nacional de Hábeas Corpus, aplicable también a las provincias, que estableció disposiciones de gran trascendencia para la tutela de la libertad e integridad personales por conducto de la ley 23,093 de 28 de septiembre del mismo año, entre las cuales deben señalarse la facultad del juzgador para comprobar en el caso concreto la legitimidad de declaración del Estado de sitio así como la correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a dicha declaración de emergencia, incluyendo la agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la

privación de la libertad, y el efectivo derecho de opción (de salir del territorio nacional) que otorga al detenido la última parte del artículo 23 constitucional. También se confiere al juez del hábeas corpus la atribución de declarar de oficio la inconstitucionalidad en el caso concreto, cuando la limitación de la libertad se efectuase por orden escrita de una autoridad que actúe en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional.

100. *Quinta*. Toda la evolución anterior, con sus avances y retrocesos sirvió de apoyo a la reforma constitucional de agosto de 1994, que en su nuevo artículo 43, tuvo en cuenta la lucha por elevar a nivel fundamental el derecho de amparo y lo consagró de manera amplia y con innovaciones muy significativas. De manera muy sintética se puede destacar que dicho precepto regula con el nombre genérico de “acción de amparo”, varios instrumentos protectores de los derechos fundamentales, que incluye, por supuesto el amparo propiamente dicho. En primer lugar se regula el amparo tradicional para la tutela de los derechos fundamentales. Este instrumento se considera como un procedimiento expedito y rápido, que puede interponerse cuando no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, y al juez se le confiere la facultad de declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesivo. En estas condiciones podemos afirmar que el amparo en sentido estricto, además de incorporar los avances de la jurisprudencia anterior a la Ley Nacional de Amparo de 1966, que tiene varios aspectos restrictivos, admite la procedencia de este instrumento contra actos de “particulares” (grupos de presión), y de manera expresa confiere al juzgador el poder de declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas en que se funde el acto o la omisión lesivo. Además, si bien conserva el amparo las características de la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta de la conducta del infractor, limita la vía paralela exclusivamente a otro medio judicial (con lo cual se suprime la administrativa), pero se exige que el proceso sea más idóneo, con lo cual si bien este instrumento tutelar debe considerarse todavía subsidiario, no puede calificarse actualmente como “excepcional” o inclusive “heroico”, sino que puede considerarse sólo como “extraordinario”.

101. *Sexta*. Al lado del instrumento tradicional antes mencionado se establece una modalidad que puede calificarse de “amparo colectivo”, que procede contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como derechos de incidencia colectiva en general y que pueden promover el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a estos fines, registradas conforme a la ley. La mayoría de estos derechos han sido calificados como “intereses difusos”, pues corresponden a grupos indeterminados de personas.

102. *Séptima*. Dentro del concepto genérico de la acción de amparo se comprende en el mencionado artículo 43 de la Carta Nacional de Argentina, al hábeas corpus como medio de tutela de la libertad e integridad personal, con la extensión que confirió a este

instrumento la ley nacional de 1984 citada con anterioridad, ya que considera admisible este instrumento inclusive durante el Estado de sitio, pero además incluye el concepto de la “desaparición forzada de personas”, que se practicó con intensidad durante la dictadura militar, y que ha sido objeto de regulación internacional, especialmente en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas aprobada el 9 de junio de 1994 y que entró en vigor el 29 de marzo de 1996.

103. *Octava.* Finalmente, también dentro de la denominación general de la acción de amparo, la reforma de agosto de 1994, consagró en el artículo 43 constitucional la institución denominada “habeas data”, de acuerdo con el modelo establecido en la Constitución Federal brasileña de 1988, y que después fue adoptada por las Constituciones de Paraguay de 1992, del Perú de 1993 y de Ecuador en la reforma de 1996. En todos estos ordenamientos el hábeas data tiene por objeto esencial lograr el equilibrio entre aspectos importantes del derecho a la intimidad frente al derecho a la información, al otorgar a los afectados la facultad de acudir al juez (en el caso de Argentina, al competente para tramitar el amparo) para conocer los datos que consten en bancos públicos y ciertos casos, también privados, para que en caso de falsedad o discriminación exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de los propios datos. En el citado precepto se dispone que con el ejercicio de este medio procesal no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

104. *Novena.* Finalmente debe tomarse en consideración que el artículo 75 (sobre las facultades legislativas del Congreso Nacional) inciso 22, de la Carta Nacional argentina, se reconoce la jerarquía constitucional de ciertos tratados internacionales de derechos humanos, y la posibilidad de otorgar ese nivel a otros instrumentos que sean aprobados por mayoría de dos tercios de la totalidad de los integrantes del Congreso Nacional, lo que es de gran importancia en cuanto a la amplitud protectora del derecho de amparo, ya que expresamente éste procede para tutelar los derechos establecidos en los instrumentos internacionales.





# PRINCIPIOS, DERECHOS Y GARANTÍAS: PROBLEMAS ESCOGIDOS (\*)

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO  
GERARDO ETO CRUZ  
(Perú)

*A Germán J. Bidart Campos,  
constitucionalista integral.*

**SUMARIO:** I. Indicaciones generales. II. Fundamentación filosófica de los derechos humanos. III. La incertidumbre terminológica en torno de los derechos. IV. Los límites y el contenido esencial de los derechos fundamentales. V. Un derecho especial: el debido proceso. VI. Palabras finales.

## I. INDICACIONES GENERALES

Tema vivo y de alto significado para el operador-intérprete constituyen los derechos humanos y las diversas acepciones que indistintamente suelen emplearse, conforme aludiremos más adelante. De ahí que los derechos humanos, *por mor*, materia rica y vasta, cada día van adquiriendo fuerza y solidez, por las mismas exigencias de parte de

---

(\*) El presente texto forma parte del capítulo III del *Módulo de Derecho Constitucional*, Academia de la Magistratura, Lima, 2001, págs. 22-32, que se preparó en nuestra condición de Profesor Principal. Para su elaboración se contó con el valioso apoyo de los profesores que integran la plana docente de la Academia, a saber: Carlos Mesía Ramírez, Edgar Carpio Marcos, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Enrique Pestana Uribe, Ernesto Alvarez Miranda, Jorge Meléndez Sáenz, Juan Morón Urbina, Luis Otárola Peñaranda, Luis Sáenz Dávalos, Mijail Mendoza Escalante, Susana Castañeda Otsu, Iván Sequeiros Vargas, Ricardo Herrera Vásquez, Cristian Guzmán Napurí, Enrique Angulo Paulett, Víctor Ticona Postigo, Magdiel González Ojeda, Luis Manuel Sánchez Fernández, Enrique Mendoza Ramírez, David Dumet Delfín, Carlos Hakansson Nieto, Víctor Rodríguez Buitrón, Fausto Salinas Lovón y Miriam Pinares Silva.

los individuos frente a las violaciones o amenazas de los detentadores del poder. Así también, toda Constitución posee en su interior determinadas categorías jurídicas o expresiones normativas, caracterizadas por cumplir un rol o función determinada. Las más importantes según lo asume tradicionalmente la doctrina, son tres: *a) los principios, b) los derechos y c) las garantías*, cuyo alcance y significado lo desarrollaremos más adelante.

Será la libertad, una especie de péndulo o brújula quien regule en primera línea a los derechos humanos, en la inteligencia que la libertad significa autorrealización y logro personal. Es más, la libertad se expresa como una esfera sagrada que no permite interferencias y reduce a polvo las concesiones arbitrarias. En tal sentido, se habla de *a) Libertad negativa*, que apunta a la independencia de la interferencia, como es por ejemplo, la libertad de expresar creencias. Y, *b) Libertad positiva*, que equivale al deseo de autogobernarse.

De otro lado, los derechos humanos, en tanto y en cuanto se han ido positivizando y convertirse semánticamente, en derechos constitucionales o fundamentales, integran la parte dogmática de la Constitución, o también denominado *Derecho Constitucional de la libertad*.

## II. FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Lo primero que habría que inquirir es:

¿Se puede fundamentar filosóficamente los derechos humanos? ¿De dónde proviene su justificación?

Para aclarar el asunto partamos de una constatación certera: los derechos humanos se han ido incorporando paulatinamente a distintas categorías de estudio. Desde nuestra perspectiva de análisis, nos interesa indagar sobre *cómo se han juridizado*, es decir, *de qué manera han ingresado al Derecho Positivo para adquirir, a través de él, una estructura sistémica*.

La acepción ‘Derecho’, *per se*, tiene fundamentación filosófica. Ahí están los casos de Helmut Coing autor de *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, y de Miguel Reale, mentor de la “Teoría Tridimensional del Derecho”, con su obra *Fundamentos del Derecho*. Ambos autores desde diferentes ángulos demuestran que *el Derecho sí puede fundamentarse*. Los derechos humanos, entonces, pretenden demostrar su razón o motivo de existencia, como también la fuente de donde nacen.

Es importante resaltar la tesis de Norberto Bobbio sustentada en 1964 en l’Aquila, donde afirmaba que no era posible ni deseable encontrar un fundamento absoluto de los derechos humanos que sustituyera a los fundamentos anteriores que habían perdido credibilidad. El problema fundamental de los derechos del hombre no consiste tanto

en *justificarlos*, cuanto en *protegerlos*: el problema filosófico debe dejar paso al problema político o jurídico-político<sup>(1)</sup>.

Años más tarde, el maestro de Turín daba por resuelto el problema filosófico de la fundamentación, en su ensayo “Presente y futuro de los derechos del hombre”, sosteniendo lo siguiente:

En efecto, se puede decir que hoy el problema del fundamento de los derechos del hombre ha tenido su solución en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Pues bien, el problema de la fundamentación de los derechos humanos puede plantearse dentro de distintos marcos de referencia y, consecuentemente, puede desembocar en soluciones cualitativamente dispares. La búsqueda de la fundamentación puede apuntar hacia la explicación de por qué los derechos humanos *son* un elemento crucial de las actuales estructuras jurídico-políticas, o puede orientarse hacia la demostración de por qué los derechos humanos *deben ser* un elemento básico de la ordenación jurídica de las relaciones sociales en el mundo actual<sup>(2)</sup>.

El Derecho se fundamenta. *Fundamentar* significa demostrar que el Derecho sirve para algo. Sin embargo, surge la pregunta: siendo los derechos humanos incorpóreos, ¿se pueden fundamentar? No olvidemos, desde la mira histórica, que los estoicos fueron los que fundamentaron por vez primera los derechos humanos. Empero, había duda de su fundamentación. El punto crucial fue superado cuando se reunieron en l’Aquila (Italia) entre los días 14 al 19 de setiembre de 1964 un equipo de expertos en la materia para discutir, en el Coloquio del Instituto Internacional de Filosofía, sobre *Le fondement des droits de l’home*. Y le correspondió a Chaïm Perelman plantear la posibilidad del fundamento de los derechos humanos. A partir de ahí, se perfilan tres grandes tendencias que fundamentan, desde la filosofía, los derechos humanos, conforme ha demostrado Pérez Luño<sup>(3)</sup>. Hélos aquí:

## A) Fundamento Objetivista

Se expresa en dos aspectos. El primero, referido a la ética material de los valores cuya fuente de inspiración es el movimiento fenomenológico, que surgió como intento

(1) Cfr. Norberto Bobbio: “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, en su libro *El problema de la guerra y las vías de la paz*, 2ª edición, Gedisa Editorial, Barcelona, 1992, pág. 128.

(2) Cfr. Benito de Castro Cid: “La fundamentación de los derechos humanos. Reflexiones incidentales”, en AA.VV., *El fundamento de los derechos humanos*, Editorial Debate, S.A., Madrid, 1989, págs. 119 y sgtes.

(3) Cfr. Antonio-Enrique Pérez Luño: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6ª edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1999, págs. 132-184.

de superar el riguroso formalismo atribuido a la ley moral kantiana. Según este enfoque, el orden objetivo y jerárquico de valores no puede ser conocido a través de la razón, sino aprehendido por el sentimiento y la intuición de su evidencia. El segundo aspecto está referido al objetivismo ontológico cristiano, que nace con el propósito de recuperar el nexo entre el ser y el valor.

## **B) Fundamento Subjetivista**

Apunta a la reivindicación del primado de la libertad individual como fundamento de los valores ético-políticos. Es una suerte de salvación del ser humano, del ser individual, dirigida según Karl Popper, a la defensa de la sociedad democrática, abierta y pluralista.

## **C) Fundamento Intersubjetivista**

Se empeña en concebir los derechos humanos como valores intrínsecamente comunicables, es decir, como categorías que por expresar necesidades históricas y sociales compartidas permiten suscitar un consenso generalizado sobre su justificación.

## **D) Otras fundamentaciones**

### ***D.1) Fundamentación Iusnaturalista***

Consiste en la consideración de los derechos humanos como derechos naturales. El iusnaturalismo surge de las inquietudes de los primeros pensadores griegos: Pitágoras, Parménides y Heráclito. Los sofistas, por ejemplo, proclamaban que la libertad de todos los hombres era una creación directa de la divinidad, por ello mismo, la naturaleza no había hecho a nadie esclavo. Pero fue, en realidad, Aristóteles, llamado el padre del Derecho Natural, quien planteó más desagregadamente esa idea. La ley natural se origina en lo justo por naturaleza, es universal e inmutable. La ley positiva nace de la voluntad del legislador y debe ser la expresión de la ley natural. Posteriormente, el iusnaturalismo se hace presente en el pensamiento jurídico romano (Marco Aurelio, Cicerón, Ulpiano y Gayo) y en la filosofía cristiana. Esta última es muy importante porque será la fuente moderna del Derecho Natural.

Son seis pensadores, en distintos tiempos, los que fundan la Escuela moderna del Derecho Natural: Francisco Suárez, Hugo Grocio, Bartolomé de las Casas, Thomas Hobbes, John Locke y John Stuart Mill. Como ha descrito Norberto Bobbio, el iusnaturalismo es aquella corriente que admite la distinción entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo, y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo.

En consecuencia:

- a) El origen de los derechos naturales no es del Derecho Positivo, sino un tipo de orden jurídico distinto al Derecho Positivo: el orden jurídico natural.

- b) Tanto en el orden jurídico natural, como los derechos naturales de él, deducidos, son expresión y participación de una naturaleza humana común y universal para los hombres.
- c) Una última sustentación, quizá la más polémica de todas, consiste en afirmar que “los derechos humanos existen y los posee el sujeto independientemente de que se reconozcan o no por el Derecho Positivo”. Esta tesis ha sido la que, a lo largo de la historia, ha caracterizado con mayor énfasis a la corriente iusnaturalista.

### ***D.2)Fundamentación Historicista***

Considera a los derechos humanos como derechos históricos. Es bien sabido que el historicismo es, propiamente dicho, una Escuela filosófica del Derecho, llamada con más propiedad Escuela Histórica del Derecho. Su principal argumento puede ser definido en pocas palabras: a la razón –o al Derecho Natural– se opone la historia. Los derechos humanos manifiestan los derechos variables y relativos a cada contexto histórico que tiene el hombre y mantiene de acuerdo con el desarrollo de la sociedad.

Las diferencias con la fundamentación iusnaturalista son claras:

- a) En lugar de derechos naturales, universales y absolutos, se habla de derechos históricos, variables y relativos.
- b) En lugar de hechos anteriores y superiores a la sociedad, se habla de derechos de origen social (en cuanto que son resultado de la evolución de la sociedad).

### ***D.3)Fundamentación Ética o Axiológica***

Considera a los derechos humanos como derechos morales. Esta fundamentación, aún en vías de clarificación y asentamiento, relaciona los derechos humanos con los valores de la dignidad humana y con los derechos llamados *morales*. ¿Qué sostiene la fundamentación ética o axiológica? Que, el origen y fundamento de los derechos humanos nunca puede ser jurídico sino previo a lo jurídico.

Para esta fundamentación los derechos humanos aparecen como derechos morales, es decir, como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres y, por lo tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y el Derecho; derecho igual, obviamente basado en la propiedad común a todos ellos de ser considerados seres humanos, y derecho de igual humanidad independiente de cualquier contingencia histórica o cultural, característica física o intelectual, poder político o clase social.

Por lo demás, la premisa filosófica demuestra que los derechos humanos tienen categorías y conceptos. Por ejemplo, la libertad es materia de fundamentación filosófica porque no se ha ido labrando al azar, sino que se ha alcanzado a través de conquistas, enfrentamientos y revoluciones.

### III. LA INCERTIDUMBRE TERMINOLÓGICA EN TORNO DE LOS DERECHOS

El tema de los derechos humanos, visto desde una perspectiva terminológica, se presta a ciertas confusiones. Ello es aún más patente si se parte de la idea de que la misma no sólo asume connotaciones internas, sino incluso supranacionales. Como ha recordado Antonio-Enrique Pérez Luño, a medida que se ha ido alargando el ámbito de uso del término *derechos humanos*, su significación se ha tornado más imprecisa. Por ello es que ofrece, como otras categorías del mundo jurídico, diversos significados. Basta un somero examen de las diversas concepciones doctrinales elaboradas sobre los derechos humanos para comprobar la profunda y radical equivocidad con que ha sido asumido este término. La significación heterogénea de la expresión derechos humanos en la teoría y en la praxis ha contribuido a hacer de este concepto un paradigma de equivocidad<sup>(4)</sup>.

La necesidad de contar con un lenguaje preciso, coherente y bien construido es una exigencia de cualquier tipo de conocimiento científico y, como tal, es de directa aplicación al problema de la elaboración de una teoría de los derechos humanos. Hasta el momento no se cuenta con una terminología concreta para referirse a su objeto de estudio, tal como se deja notar en la vaguedad e imprecisión de muchas de las definiciones de derechos humanos<sup>(5)</sup>.

Veamos a continuación algunos términos en su correcta acepción:

#### a) Derechos humanos

Es un término emotivo, al decir de Gregorio Peces-Barba, que suscita siempre sentimientos y que se usa en la acción social y política con mucha frecuencia. Esta categoría se emplea desde el ámbito internacional, mediante documentos tales como los convenios, los pactos, los protocolos, los tratados y las convenciones. Con ello se demuestra que tiene un enfoque supranacional. Por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y los Pactos de Naciones Unidas (1966) desarrollan su contenido sobre la base de la acepción de los derechos humanos, que por lo demás, constituye el género de todas las categorías que siguen a continuación.

#### b) Derechos constitucionales o derechos fundamentales

La expresión *derechos constitucionales* apunta a los atributos inherentes a la persona reconocidos y positivizados en una Constitución escrita, y cuyo enfoque es nacio-

---

<sup>(4)</sup> Cfr. Antonio-Enrique Pérez Luño: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, citado, págs. 21-51.

<sup>(5)</sup> Cfr. Eusebio Fernández: *Teoría de la justicia y derechos humanos*, primera reimpresión, Editorial Debate S.A., Madrid, 1987.

nal o interno, y no supranacional, como son los derechos humanos. La acepción *derechos fundamentales* (*droits fondamentaux*) que se gesta en pleno movimiento político y cultural en Francia hacia 1770, también se emplea para referirse a los derechos constitucionales. Adquirió auge en Alemania en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, con el nombre de *Grundrechte* mediante el cual se articula el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico político. Por ejemplo, la Constitución de Perú de 1993 lo primero que hace, al igual que la de 1979, es enunciar la voz derechos fundamentales en el Título I.

### c) Libertades públicas

En Francia se emplea el término libertades públicas (*libertés publiques*). La tradición toma cuerpo en el artículo 9 de la Constitución de 1793, pero en singular: *libertad pública*, y luego se consagra dicha terminología como plural, tal como hoy en día se le conoce (tanto en la IV como en la V República), a partir del artículo 25 de la Constitución del II Imperio de 1852. Se trata de una categoría cuyo significado, a diferencia de los derechos humanos, es estrecha y limitada, y requiere para su ejercicio la intervención del Estado sobre determinados derechos. Así tenemos que el derecho a la vida o el derecho a la propiedad, o los derechos sociales, no pueden ser libertades públicas, ya que las libertades públicas constituyen un determinado tipo de libertades, y para su ejercicio requiere la intervención del Estado, como son la libertad de asociación, la libertad de reunión, de sindicación y de prensa.

### d) Derechos públicos subjetivos

Estamos frente a una expresión que nace a finales del siglo XIX en pleno Imperio prusiano. Fue Georg Jellinek (1851-1911) quien acuñó y diseñó la categoría apoyado en Rudolf von Ihering (1818-1892) y Bernardo Windscheid (1817-1892). Por lo demás, los derechos públicos subjetivos son los derechos humanos en un sistema de relaciones jurídicas entre el Estado, en cuanto persona jurídica, y los particulares, dentro de un marco rigurosamente positivo. Surgen con el propósito de situar la teoría de los derechos humanos dentro de un marco estrictamente positivo, al margen de cualquier contaminación ideológica iusnaturalista. Jellinek se da cuenta que los derechos públicos subjetivos tienen *status subjectionis* (pasivo), *status libertatis* (negativo), *status civitatis* (positivo) y *status activae civitatis* (activo).

Luego, con el tiempo se complementarán cada uno de ellos con el *status positivus socialis* para encuadrar a los derechos sociales, y el *status activus processualis*, a efectos de garantizar la participación activa de los interesados en los procesos de formación de los actos públicos. Bien ha escrito Robert Alexy en su obra medular *Teoría de los derechos fundamentales*, que no obstante sus numerosas oscuridades y algunas deficiencias, la teoría del *status* de Jellinek es el ejemplo más grandioso de una teorización analítica en el ámbito de los derechos fundamentales.

¿Cuál es el alcance y el significado del *status*? Es la situación real y privilegiada que tenemos y que fue creada por el Derecho Objetivo. Precisando, el *status* es una relación del individuo con el Estado, cualesquiera que sean sus características por cuanto los seres humanos tenemos derechos, y por naturaleza dignidad y libertad para definir nuestra conducta.

Eduardo García de Enterría<sup>(6)</sup> sostiene que el administrado es titular de derechos subjetivos frente a la Administración en dos supuestos típicos:

- a) Cuando ostenta pretensiones activas frente a la administración para la consecución de prestaciones patrimoniales, o de respeto de titularidades jurídico-reales, o de vinculación a actos procedentes de la propia Administración, o de respeto a una esfera de libertad formalmente definida. Así, serían los *derechos subjetivos típicos*.
- b) Cuando ha sido perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación administrativa ilegal, supuesto en el cual el ordenamiento, en servicio del más profundo sentido de la legalidad en el Estado de Derecho como garantía de la libertad, le apodera con un derecho subjetivo dirigido a la eliminación de esa actuación ilegal y al restablecimiento de la integridad de sus intereses. Así, serían los *derechos subjetivos reaccionales o impugnatorios*.

#### e) **Derechos naturales**

La expresión derechos naturales (elaborado por la doctrina del iusnaturalismo racionalista) mantiene una tradición histórica, son derechos previos al poder y al Derecho positivo, y como tales anteriores a la existencia del Estado (Harold Laski). Y se conciben por la razón de la naturaleza humana. El Derecho Natural contemporáneo le ha dado otra denominación, a saber, *derechos morales*, tal como lo proclama Ronald Dworkin, y bastante familiar en el pensamiento anglosajón, y entendidos como el *resultado de la doble vertiente ética y jurídica*.

#### f) **Garantías constitucionales**

Se configuran como los instrumentos de naturaleza procesal consagrados con el objeto de proteger o de tutelar de manera efectiva los dispositivos contenidos en la Constitución. Según Héctor Fix-Zamudio, son los procesos o remedios constitucionales que sirven como medios de defensa para curar males patológicos. Así, las garantías constitucionales o jurisdiccionales son herramientas que utiliza el ser humano para defenderse de una amenaza o violación. Citemos como muestra ilustrativa dos: la Acción de Habeas Corpus y la Acción de Amparo.

---

<sup>(6)</sup> Cfr. Eduardo García de Enterría: "Sobre los derechos públicos subjetivos", en Revista Española de Derecho Administrativo, N° 6, Madrid, 1975, págs. 427-446.



### g) Principios constitucionales

Representan la expresión jurídica del conjunto de valoraciones sociales que el *Poder Constituyente* recepciona de la voluntad popular al momento de construir o elaborar un determinado texto constitucional. Contra lo que se suele pensar, no son los principios, ideas retóricas, sino verdaderos núcleos de valoración material y fórmulas verbales, con implicancias generales. En otras palabras, constituyen decisiones fundamentales que imprimen una orientación determinada a la que aspira el Estado y la sociedad.

Por lo general los principios cumplen un doble papel: *vertebrador* y *fundamentador*. Mientras que por el primero articulan o dotan de coherencia a la totalidad de disposiciones constitucionales, por el segundo presiden cualquier proceso interpretativo obligando al intérprete a orientar su razonamiento en dirección a lo que aquellos pretende significar.

El doble papel cumplido por los principios permite afirmar que los mismos ocupan la primera de las jerarquías o niveles al interior de la estructura constitucional. De suerte que así como en el sistema positivo, la Constitución prevalece sobre la ley, esta sobre el decreto y así sucesivamente, al interior de la norma constitucional. También se predica la existencia de prelaciones, siendo la primera de ellas los *principios*. De ahí que su campo de acción es el ordenamiento jurídico.

En conclusión, el Derecho, como cualquier conocimiento o disciplina, requiere de un lenguaje coherente que posibilite el uso de términos jurídicos de amplia aceptación en los círculos académicos. En el campo de los derechos humanos estas precisiones son necesarias, especialmente cuando nos conducen a la comprensión de sus fundamentos.

## IV. LOS LÍMITES Y EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La necesidad de la reconstitución de la vida social y política, tras la experiencia europea de la última guerra mundial, condujo a los constituyentes germano-occidentales de 1949 a la búsqueda de técnicas constitucionales capaces de hacer al propio texto constitucional resistente frente al destino propio de todo texto normativo: su disponibilidad por el propio legislador competente, según el sistema de producción normativa<sup>(7)</sup>.

De lo expuesto se desprende que esta categoría se crea tanto en la doctrina como en la jurisprudencia alemanas, que se encuentra íntimamente relacionada a las distintas teorías de los derechos fundamentales:

---

(7) Cfr. Luciano Parejo Alfonso: "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de abril de 1981", en Revista Española de Derecho Constitucional, Vol. 1, N° 3, Madrid, 1981.

- a) Teoría positivista: el contenido esencial se vincula a la protección normativa de los intereses defendidos por el Derecho, mirando siempre la tutela de la voluntad o autonomía individual frente a posibles intromisiones del Estado.
- b) Teoría de los valores: tiende a identificar el contenido esencial con el núcleo objetivo intrínseco de cada derecho, como entidad previa a la reglamentación legislativa.
- c) Teoría institucional: representada por Peter Häberle. Se refiere a la dimensión institucional que define el sentido, alcance y condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales. De ahí que la protección de contenido esencial debe entenderse como una garantía institucional (*institutionelle garantie*) que hace referencia a los fines objetivamente establecidos (institucionalizados) por la Constitución y en función de los cuales se reconocen los derechos y libertades fundamentales <sup>(8)</sup>.

Un ejemplo preciso lo constituye el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn que, entre otros mecanismos de aseguramiento de los derechos fundamentales, establece la prohibición absoluta del legislador ordinario de cualquier afcción al contenido esencial (*Wesensgehalt*) de aquellos derechos. Nos encontramos pues, frente a un límite a la potestad legislativa de regulación del ejercicio de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional de España, como “Intérprete Supremo de la Constitución”, siguiendo la línea orientadora del Derecho alemán, ha precisado los diversos límites que operan sobre los derechos fundamentales:

TIPO DE LÍMITE	EJEMPLO
Límites inmediatamente derivados de la Constitución o que ésta “establece en sí misma”.	Limitación del derecho de reunión por el riesgo fundado de alteración del orden público con peligro para personas o bienes. (Art. 21.1)
Límites mediata o inmediatamente derivados de la Constitución por la necesidad de preservar o proteger otros derechos fundamentales.	El artículo 20.4 de la Constitución dispone que los derechos y libertades reconocidos en el número 1 del propio artículo, “tienen su límite en el respeto de los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen”.
Límites mediata o indirectamente derivadas de la Constitución por la necesidad de proteger o preservar otros bienes constitucionalmente protegidos.	

---

<sup>(8)</sup> Cfr. Antonio-Enrique Pérez Luño: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, citado, págs. 312 y sgts. Más reciente, Luciano Parejo Alfonso: *Constitución, Municipio y Garantía Institucional*, 2ª edición, Editorial Grijley, Lima, 2000. Antecede Prólogo de Domingo García Belaunde y Epílogo de José F. Palomino Manchego.

A juicio de Francisco Fernández Segado, el carácter limitado de los derechos es hoy una evidencia que no admite contestación alguna, y recuerda además el catedrático español que la habilitación constitucional al legislador ordinario persigue, fundamentalmente, excluir al Ejecutivo, y a su producción normativa propia, los Reglamentos, de toda posibilidad de incidir sobre la regulación de estos derechos. Señala, asimismo, que el principio de reserva de ley debe entenderse en el sentido de una ley expresa. Es más, la reserva de ley, competencia del legislador, ha supuesto la restricción de la posibilidad de habilitar legalmente al Poder Ejecutivo para que pueda inmiscuirse en ámbitos propios de la libertad<sup>(9)</sup>.

Ahora bien, después de los sucesos acaecidos tras la Segunda Gran Guerra, parte de la problemática de los derechos ha venido girando no en torno a su reconocimiento en diversas normas jurídicas (constitucionales, comunitarias o de nivel internacional), sino más bien en el ámbito de los medios de protección de estos atributos subjetivos con que se reconoce a la persona.

Aquellos mecanismos de protección de los derechos fundamentales lejos están de constreñirse únicamente a qué medios judiciales de defensa se refiere. Pues, al lado de aquellos procesos judiciales (constitucionales, ordinarios o supranacionales), también es posible advertir la presencia de un conjunto de mecanismos que bien podríamos denominar de carácter institucional (*v. gr.* el Defensor del Pueblo) y de garantías normativas de protección de los derechos fundamentales. Estos últimos si bien de formulación consustancial al constitucionalismo clásico (el iniciado a partir de finales del siglo XVIII), se han visto robustecidos especialmente a partir de la segunda mitad de este siglo.

Ciertamente, el tema de los límites y respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales es un tópico que si bien no puede adscribirse en exclusiva al asunto de las garantías normativas de protección de los derechos fundamentales, sin embargo, muchos de sus postulados, bien pueden adscribirse dentro de ellas.

Sabido es, y este es un tema que se va a esbozar desde la propia Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que el ejercicio de los derechos fundamentales, esto es, de los derechos constitucionalmente consagrados, no son absolutos, sino que, por el contrario, al ser susceptibles de ser regulados o desarrollados, bien pueden ser objeto de determinadas limitaciones. Limitar el ejercicio de un derecho fundamental, significa prever una serie de restricciones en el ejercicio de un derecho fundamental [*vgr.* no fumar (ejercicio del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad) en lugares públicos y cerrados]. No es que el derecho constitucional, en sí mismo, pueda resultar restringido o limitado, sino únicamente su ejercicio.

Esencialmente, son dos las razones jurídico-constitucionales que se reconocen como legítimas para limitar el ejercicio de un derecho fundamental. Veamos:

---

<sup>(9)</sup> *Cfr.* Francisco Fernández Segado: *La dogmática de los derechos humanos*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, págs. 100 y sgts. Antecede Estudio Preliminar de José F. Palomino Manchego.

- a) En primer lugar, porque el reconocimiento de los derechos fundamentales se realiza de manera *universal* o *general*, a todos los individuos, por lo que el ejercicio de los derechos requiere de relaciones de coordinación y compatibilización entre todos y cada uno de los atributos.
- b) En segundo lugar, porque el reconocimiento de cada uno de los derechos fundamentales en un ordenamiento jurídico, no se realiza de manera aislada, sino que, al tiempo que se reconocen otros derechos fundamentales, también se *incorporan un conjunto de bienes y valores* de orden constitucional (como la seguridad, el orden público, etc.), que exigen como condición para alcanzarlos, que en determinadas circunstancias, el ejercicio de los derechos tenga que ser necesariamente restringido.

Tales límites sobre los derechos fundamentales, bien pueden encontrarse fijados directamente por el ordenamiento constitucional, como sucede con la libertad de tránsito y la posibilidad de ser limitado en virtud de un mandato de carácter judicial. O bien, pueden tratarse de límites derivados, mediata o inmediatamente de la Constitución, ante la necesidad de armonizar su ejercicio con el de otros derechos constitucionales. (V. gr. el reconocimiento de la libertad de expresión y el derecho al honor).

Finalmente, tales límites pueden desprenderse en forma expresa o implícita del texto constitucional, como consecuencia de armonizar su ejercicio (el de los derechos fundamentales) con la preservación de bienes o valores constitucionales de muy importante consecución. (V. gr. el de la libertad de tránsito en los Estados de excepción, con el objeto de preservar el orden interno, que incluye el llamado orden público).

Admitido, como efectivamente acontece en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, que los derechos fundamentales pueden ser susceptibles de ser limitados, constituye un problema en la doctrina el determinar a través de qué medios puede eventualmente hacer ejercicio el Poder Público para limitar un derecho fundamental. ¿Lo puede realizar un funcionario de la administración pública a través de una Resolución Directoral? ¿Lo puede efectuar el Poder Ejecutivo a través de un Decreto Supremo? ¿O, dicha tarea se encuentra reservada únicamente para el legislador?

Desde los inicios del constitucionalismo clásico, el instrumento a través del cual se permitía imponer límites a los derechos fundamentales, era la Ley expedida por el Poder Legislativo, y no a través de otra norma jurídica, y menos aún resolución administrativa. En la actualidad, dicho criterio, habiéndose mantenido, admite sin embargo la introducción de ciertos matices. En efecto, una lectura de los diversos derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento constitucional, muestran que la regulación de ellos ha sido dejada, expresamente, a través de la reserva de ley, a la ley expedida por el Poder Legislativo. (V. gr. el derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario, de acuerdo a la ley).

Sin embargo, nuestro ordenamiento constitucional también contiene un conjunto amplio de derechos fundamentales que, a diferencia de los anteriores, no contiene una

expresa reserva de ley parlamentaria. En tales casos, ¿podrá realizarse su regulación y la imposición de límites a través de normas jurídicas que no sea la ley? No, pues si bien la reserva de ley es una institución que no se presume allí donde no ha sido prevista expresamente (no hay reservas de ley implícitas), sin embargo, en sustitución de ella debe de instrumentalizarse un principio que por curiosa paradoja en los últimos lustros ha adquirido una importancia notable en el ámbito del Derecho Administrativo, y muy significativamente en el ámbito del Derecho Penal. Nos estamos refiriendo al *principio de legalidad*.

No es casual, en ese sentido, que dicho principio aparezca explícitamente consagrado en el capítulo de los derechos fundamentales (art. 2, inc. 24, letra “a” de la Constitución de 1993). En virtud de él, la regulación del contenido, los alcances, los límites y las restricciones de los derechos fundamentales únicamente puede realizarse a través de una ley, o como se admite en la doctrina contemporánea, a través de una norma que el propio ordenamiento constitucional le ha asignado un valor, rango o fuerza de ley. (V. gr. los decretos legislativos, el decreto de urgencia en materia para lo cual se le ha reservado, o una ordenanza municipal, para derechos cuyo ejercicio se encuentra vinculado a los gobiernos locales).

Ahora bien, que los derechos fundamentales puedan ser susceptibles de ser limitados, plantea el problema de que so pretexto de practicarse la imposición de límites a los derechos fundamentales, eventualmente el legislador (o, en su caso, el órgano competente) pueda excederse en su actividad limitadora, y antes de señalar límites a los mismos, lo que en verdad ocurra es que dicho derecho fundamental haya quedado vaciado de contenido: ¿Puede el legislador suprimir un derecho fundamental so pretexto de limitarlo? ¿O, es que acaso en su actividad limitadora, también él mismo se encontrará limitado?

En otros ordenamientos jurídicos, la propia Constitución (España, Alemania) se encarga de precisar que en la regulación de los derechos fundamentales por el legislador, éste se encuentra también limitado. Tal límite es el respeto de lo que se ha venido en denominar el *contenido esencial de los derechos*. Se entiende por *contenido esencial de los derechos fundamentales*, aquella parte del derecho fundamental que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. Es el núcleo duro que permite reconocer al derecho fundamental como tal, y no como otra cosa.

Se rebasa o se desconoce el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando éste queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. ¿Puede, en el caso peruano, predicarse que el legislador también se encuentra obligado a respetar el contenido esencial de un derecho fundamental, no obstante no existir una cláusula constitucional expresa, como sucede en España o Alemania?

Aunque tal previsión no exista en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, puede afirmarse que en el país también es exigible al legislador el respeto del contenido esencial de los derechos. La cuestión es muy sencilla. Si el legislador, que es un poder constituido, y por tanto limitado, suprimiera de su contenido esencial a un derecho fundamental, lo derogara o lo vaciara de contenido, estaría rebasando sus competencias, y realizando una auténtica función constituyente, al modificar o derogar la cláusula constitucional en virtud del cual se reconoce un derecho fundamental. Porque el legislador ordinario no puede modificar la Constitución, sino siguiendo el trámite de la reforma constitucional, su actividad limitadora se encontraría al margen de lo establecido por el ordenamiento constitucional. La experiencia de las conflagraciones mundiales, obligó a los legisladores europeos a precisar los límites que operan sobre el ejercicio de los derechos fundamentales. Así también se abordó el tema de las limitaciones de los legisladores en la aplicación de los derechos y el contenido esencial de los mismos.

## V. UN DERECHO ESPECIAL: EL DEBIDO PROCESO

Se trata de un atributo de alcances genéricos, que no admite un solo contenido aunque si la idea central de que su aplicación opera como un repertorio de seguridades y atributos al interior de cualquier proceso.

Es, por consecuencia, el debido proceso el derecho que tiene toda persona inmersa en la secuela de un proceso, para invocar el respeto de aquellos principios y normas esenciales para que su situación de procesado o de parte procesal puedan considerarse auténticamente justa. Dichos principios o normas esenciales, pueden ser de diverso alcance, pero existe consenso en admitir, entre otras, la defensa, el juez natural, el procedimiento preestablecido, la instancia plural, la motivación resolutoria, la intangibilidad de la cosa juzgada, etc. (Const. de 1993, art. 139).

El debido proceso, por otra parte, y por su propia naturaleza, no es un atributo que pueda predicarse exclusivamente a propósito de los procesos estrictamente judiciales (debido proceso judicial), sino que pueda ser extensivo con cualquier clase de mecanismo de resolución de conflictos o de determinación de situaciones, con lo cual, procede su invocación, no sólo a nivel de los llamados procesos administrativos sino incluso a propósito de los procedimientos corporativo-particulares. Se habla en tales circunstancias de un *debido proceso administrativo* y *debido proceso corporativo particular*.

Cuando el tema del debido proceso es visto en su óptica judicialista, pone sobre el tapete uno de los más delicados problemas jurídicos: el de su protección como consecuencia de resoluciones judiciales inconstitucionales y de los mecanismos procesales a utilizar frente a tales contingencias. El Derecho peruano, sobre este aspecto ofrece una *fórmula permisiva moderada*, distinta de *fórmulas totalmente restrictivas*, o por el contrario, *totalmente amplias* o *extensivas*. Las consideraciones precedentes se refieren al debido proceso entendido en términos *formales*, que vendría a ser el más común.

Sin embargo, no se excluye la posibilidad de hablar, según la moderna doctrina y práctica jurisprudencial, del *debido proceso sustantivo*, y que en síntesis representa un auténtico juicio de razonabilidad sobre la toma de decisiones, es decir, un juicio sobre el fondo y ya no sólo sobre la forma.

## VI. PALABRAS FINALES

De todo lo expuesto, ¿qué podemos decir a guisa de conclusión? Veamos:

1. En primer término, las definiciones de muchas categorías afines a la de los derechos humanos (en diversas ocasiones también en los propios derechos humanos) elaborados por la doctrina se han planteado como definiciones *lexicales*, esto es, como descripciones de usos lingüísticos de estas expresiones, cuando eran definiciones *estipulativas*, meras convenciones sobre cómo debían ser empleados (Pérez Luño).
2. Como una segunda contestación al tema, acentuaría que el término *libertad* es capital. ¿Cuál es la clave de bóveda de los derechos humanos? Sin disputa, la libertad, la exaltación de la libertad, que no es, por lo demás, una figura de cera.
3. En tercer orden, la concepción de los derechos humanos tiene que darse mediante una posición ontológica, en la inteligencia que ésta significa conducta rectilínea y no arbitraria, al compás del principio de dignidad de la persona humana.
4. En cuarto lugar, no podemos pasar por alto la crisis de los derechos humanos. No hay cultor y promotor de los derechos humanos que en la actualidad desconozca que el mundo afronta un momento crítico. Pero no sólo esa vicisitud, sino también el maltrato, la intolerancia y la demagogia, que como puntos neurálgicos llevan a saltos a los derechos humanos.
5. Debemos también pensar en la promoción permanente y reivindicación de los derechos humanos, en defenderlos a sangre y fuego, mediante el sentimiento constitucional que se entrena teniendo encarnado los documentos internacionales y el texto constitucional.
6. Algo más todavía. Sentimiento constitucional entendido como el grado de adhesión que debe tener todo intérprete-aplicador al momento de interpretar la Constitución, y que se expresa en su formación apostólica con sentido humanista.
7. En fin, el contenido esencial de un derecho fundamental es un “contexto jurídico indeterminado”, complementado con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.





# BALANCE DE LA REFORMA JUDICIAL DEL PERÚ, A LA LUZ DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

CÉSAR LANDA ARROYO  
(Perú)

“El gasto en la justicia.  
Es el segundo  
deber del soberano”.

*The Wealth of Nations.*  
ADAM SMITH.

**SUMARIO:** I. Presentación. II. Proceso de la reforma judicial:  
1. Sustitución de jueces. 2. Modernización y dependencia judicial. III. Estado del Poder Judicial: 1. Politización de la justicia.  
2. Cultura legal positivista. IV. Conclusión.

## I. PRESENTACIÓN

Desde hace varios años, el gobierno del Perú ha venido llevando a cabo una intensa campaña de preparación para una reforma judicial en el Perú, con todo el apoyo técnico y financiero de gobiernos y organismos de préstamo multilaterales; sin embargo, en el primer semestre de 1998, se produjo la renuncia de los magistrados del Consejo Nacional de la Magistratura, posteriormente el Banco Mundial decidió suspender su apoyo de 22.5 millones de dólares, así como los responsables de la reforma judicial renunciaron progresivamente.

Resulta un hecho sorprendente que el gobierno del Perú, contando con todos los factores y presupuestos a su favor para la implementación de una reforma judicial, después de varios años de estudios y preparación se haya quedado en el partidor. ¿A qué se debe el retiro de la confianza de los magistrados del Consejo Nacional de la

Magistratura a la política judicial actual? ¿Acaso, las reformas económicas introducidas en el país, que ha tenido un alto costo para la sociedad, no requieren de la creación de una administración judicial eficiente, independiente y honesta? ¿Acaso la reelección presidencial de Fujimori no es un factor que impide la existencia de un sistema judicial eficiente, independiente y honesto? Las respuestas no son absolutas, pero al desarrollar estas interrogantes se puede ir encontrando alguna explicación al problema que está en el fondo de la histórica cuestión judicial: la desprotección de los derechos fundamentales, está directamente vinculada a los límites de la independencia judicial en un Estado de Derecho nominal. Lo cual recuerda la vieja tesis, que puesta en términos nacionales sería: un gobierno sin un sistema judicial de control siembra la semilla de su propia autodestrucción<sup>(1)</sup>.

En ese sentido, es del caso caracterizar la problemática de la tutela o no de los derechos fundamentales en el Poder Judicial, a partir del balance de la propia reforma judicial; en la cual se podrá ver que, si bien se han abordado algunos componentes claves, como la mejor organización del despacho judicial, la selección técnica de los candidatos a magistrados y su capacitación permanente, mejores sueldos y disciplina judicial; por otro lado, se han dejado de lado, temas sensibles para la sociedad y los ciudadanos, pero indispensables de cualquier tipo de reforma judicial como: la independencia judicial en un régimen presidencialista, la cultura legal, el formalismo jurídico, el rol del juez en el desarrollo del país, y la honestidad judicial; temas que tienen como finalidad: la defensa de los derechos fundamentales<sup>(2)</sup>, sin la cual pierde sentido y validez cualquier tipo de reforma judicial que se emprenda.

## II. PROCESO DE LA REFORMA JUDICIAL

Sobre el Poder Judicial se coincide en todas las épocas en la crítica frontal a la falta de justicia y de calidad de su función jurisdiccional<sup>(3)</sup>, debido a su falta de independencia del poder político, grupos económicos y hoy en día del poder militar; así

(1) Karl Loewenstein, *Verfassungslehre*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1959, págs. 335 y sgts.; asimismo, Charles Howard McIlwain, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, CEC, Madrid, 1991, págs. 37 y sgts.

(2) Germán J. Bidart Campos, *El Derecho Constitucional Humanitario*, Ediar, Buenos Aires, 1966, págs. 11 y sgts.; asimismo, Germán Bidart Campos, *Constitución y democracia en el nuevo mundo*, en Fix Zamudio/Hinestrosa/Bidart/Arciniegas/Uribe/Aman/Bobben/García/Tamayo/Gross, *Constitución y democracia en el nuevo mundo*, Universidad Externado de Colombia, 1988, págs. 27 y sgts.

(3) Informe de la Comisión de Juristas Internacional, *Sobre la administración de justicia en el Perú*, IDL, Lima, 1994; Javier de Belaunde y otros, *Poder Judicial y democracia*, (Diego García-Sayán, editor), CAJ-CIJA, Lima, 1991, págs. 21-58; Juan Monroy, *El Poder Judicial a 10 años de vigencia de la Constitución de 1979*, Lima, 1990; José Martín Pallín, *Perú: La Independencia del Poder Judicial*, informe para el CIJA-CIJ, Lima, 1989; Luis Pásara, *Jueces, justicia y poder en el Perú*, CEDYS, Lima, 1982, y; Domingo García Rada, *Memorias de un Juez*, Andina, Lima, 1978.

como por la falta de un criterio jurisprudencial uniforme, la insensibilidad social y sobretudo la corrupción. Junto a ello, la inadecuación de los códigos sustantivos y procesales a la realidad, los improvisados sistemas de trabajo judiciales y la carencia de estabilidad de los magistrados, constituyen características propias del tercer poder del Estado<sup>(4)</sup>. Sin embargo, la tutela de los derechos es marginada del quehacer prioritario del Poder Judicial.

En ese sentido, una de las razones autojustificadoras del golpe de Estado de Fujimori de 1992, fue el estado de la administración de justicia “ganada por el sectarismo político, la venalidad y la irresponsabilidad cómplice .... escándalo que permanentemente desprestigia a la democracia y a la ley”<sup>(5)</sup>; pero, no el dramático estado de desprotección de los derechos ciudadanos. Por ello, sobre la base de esa percepción tan elemental como desenfocado, el gobierno ha ido realizando reformas a la administración judicial, las mismas que se pueden periodificar sucintamente en dos etapas:

## 1. Sustitución de jueces

Dado el diagnóstico político generalizado del gobierno, con el autogolpe de Estado de 1992, se inicia una primera etapa de la reforma judicial; con la destitución mediante decretos leyes de los magistrados de la Corte Suprema y Cortes Superiores del Poder Judicial, así como la destitución de los magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales y la clausura de este organismo judicial de control del poder, al igual que otras instituciones democráticas; con el agravante del impedimento legislativo expreso de interponer acciones de amparo, para revisar judicialmente su situación.

El gobierno *de facto* nombró entonces directamente a los nuevos magistrados de la Corte Suprema y Cortes Superiores; justificándose en la necesidad de reformar la administración de justicia, acorde con los objetivos políticos de la reconstrucción nacional; que no eran otros que, implementar la economía libre de mercado y luchar contra el terrorismo, soslayando en la práctica los problemas más evidentes de corrupción y desde ya la falta de independencia del Poder Judicial, como también desconociendo el problema de base: la desprotección de los derechos ciudadanos. De ahí que, voceros gubernamentales hayan señalado que: “la subsistencia del sistema democrático, así como de las importantes reformas económicas introducidas por el presente

---

(4) Desde una perspectiva gubernamental, José Dellepiani, *La reforma judicial en el Perú: una propuesta de modernización y reorganización del sistema de administración de justicia*, ponencia presentada al Seminario-Taller, « Reforma Judicial en el Perú: logros y retos. En busca de un plan de mediano plazo », Academia de la Magistratura, Lima, 12-14 de marzo de 1996, separata; asimismo, Ministerio de Justicia, *Foro nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia en el Perú*, auspiciado por el Programa de Naciones unidas para el Desarrollo, Lima, 1994.

(5) Alberto Fujimori, *Manifiesto a la Nación del 5 de abril de 1992*, diario La República, edición de Lima, 5 de junio de 1992, pág. 5.

gobierno, será inviable sin un sistema de administración de justicia eficiente que responda a las necesidades de una sociedad moderna....”<sup>(6)</sup>.

De acuerdo con esta ideología judicial moderna, la mayoría oficialista del Congreso Constituyente Democrático, incorporó en la Constitución de 1993, un conjunto de viejas y nuevas instituciones judiciales, entre las cuales destacan: Principios judiciales que consagran el debido proceso y la tutela judicial, el control judicial de las leyes, el reconocimiento de la justicia comunal, la elección de los jueces de primera instancia y de paz. Renovadas instituciones como la Corte Suprema, convertida en Corte de casación; el Consejo Nacional de la Magistratura encargado del nombramiento y sanción de los magistrados; la Defensoría del Pueblo, como entidad autónoma; el Tribunal Constitucional, como Corte de fallo en materia de derechos fundamentales y el Jurado Nacional de Elecciones, como Corte electoral, básicamente. Estas disposiciones constitucionales gozaron en términos generales de críticas optimistas a favor de la mejora de la independencia del Poder Judicial<sup>(7)</sup>; en la medida que la desvinculaban de otras instituciones constitucionales hegemónicas incorporadas, como la reelección presidencial y el reforzamiento de la justicia militar.

En este último entendido, por un lado, la puesta en funcionamiento de estas nuevas instituciones y organismos constitucionales se vieron vaciadas de sus contenidos constitucionales con la legislación de desarrollo del gobierno; en tanto, se redujeron las competencias de control y fiscalización judicial de organismos como el Tribunal Constitucional y Defensoría del Pueblo, como posteriormente del Consejo Nacional de la Magistratura. Asimismo, previamente a la implementación de la nueva Constitución, en marzo de 1993 el propio gobierno creó un Tribunal de Honor de la Magistratura<sup>(8)</sup>, integrado por destacados juristas, que se encargaron de la revisión de los casos de los magistrados que habían sido cesados. No obstante, la renovada Corte Suprema a los dos meses de instalada, abdicó ante la justicia militar de su potestad de administrar justicia, contra un grupo paramilitar del ejército, argumentando que el secuestro, asesinato e incineración clandestina de los restos mortales de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad La Cantuta, era un delito de función y no un asesinato<sup>(9)</sup>.

<sup>(6)</sup> Ministro de Justicia. Ricardo Santa Gadea, Introducción, en Ministerio de Justicia, *Foro nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia en el Perú...*, op. cit., pág. 9.

<sup>(7)</sup> Francisco Fernández Segado, “El nuevo ordenamiento constitucional del Perú. Aproximación a la Constitución de 1993”, págs. 49-55, y Javier de Belaunde, “Elección popular de jueces”, págs. 209-217, ambos en *Lecturas sobre Temas Constitucionales* N° 10, CAJ, Lima, 1994.

<sup>(8)</sup> Ver las leyes constitucionales del 12 de marzo y 17 de diciembre de 1993 del Congreso Constituyente Democrático, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La Constitución peruana de 1993...*, op. cit., págs. 238 sgts. y 247 s.

<sup>(9)</sup> APRODEH, *De la tierra brotó la verdad. Crimen e impunidad en el caso La Cantuta*, Lima, 1994, págs. 72.

Junto a la abdicación del Poder Judicial a favor del poder político y militar gobernantes, en materia directamente jurisdiccional, se puede decir que: por lo general los procesos judiciales continuaron realizándose con marcados índices de corrupción, así como de una clamorosa falta de respeto a los derechos al debido proceso y a la tutela judicial de los ciudadanos. De modo que, una Comisión de Juristas extranjeros sin duda alguna pudo señalar que “los efectos prácticos de la *reorganización* del Poder Judicial y sus instituciones asociadas llevada a cabo por el Presidente Fujimori el 5 de abril de 1992, cuando es juzgada de acuerdo a los estándares aplicables, ha sido la grave erosión si no la eliminación de la independencia institucional de la justicia ordinaria”<sup>(10)</sup>.

## 2. Modernización y dependencia judicial

A partir de 1995, soslayando los problemas antes mencionados, el gobierno entra en una segunda etapa, a fin de realizar una *verdadera reforma judicial*. Para lo cual, dicta la Ley N° 26623, que crea el Consejo de Coordinación Judicial y las secretarías técnicas en el Poder Judicial y en el Ministerio Público; con potestades exorbitantes en materia de creación de juzgados, derecho a proponer proyectos de leyes, titularidad del pliego presupuestal, nombramiento de jueces de provisionales, etc. El Presidente Fujimori designó a José Dellepiane, ex-marino, vinculado a su estrecha esfera de poder, como jefe de la reforma judicial. Por ello, no sin razón se señaló que “la concentración de los poderes para la reorganización del Poder Judicial en dos personas, una de ellas conocida por sus estrechos vínculos con el Poder Ejecutivo y las Fuerzas Armadas, es un paso fuera del camino hacia la urgentemente necesaria independencia del Poder Judicial en el Perú”<sup>(11)</sup>.

En ese sentido, la Ley N° 26623 fue materia de impugnación del Colegio de Abogados de Arequipa, vía la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, constituyendo la primera demanda de inconstitucionalidad que resolvió dicho Tribunal en 1996. No obstante que cinco magistrados constitucionales de los siete, opinaron que la ley era inconstitucional, tuvieron que suscribir un fallo declarando la constitucionalidad apenas parcial de la norma, por mandato del artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; debido a que, dos magistrados identificados públicamente como pro-gobiernistas –Acosta y García– impidieron llegar a los seis

<sup>(10)</sup> Comisión Internacional de Juristas, *Informe sobre la administración de justicia en el Perú*, IDL, Lima, 1994, págs. 79-86; este informe fue el resultado de un acuerdo de entendimiento entre el gobierno del Perú y de los Estados Unidos, para que una comisión, evaluase las características más importantes del sistema judicial peruano y las reformas constitucionales y legales introducidas.

<sup>(11)</sup> Human Rights Watch/Americas, *Peru, presumption of guilty, human rights violations and the faceless courts in Peru*, Human Rights Watch, ISSN: 1077-6710, Washington 1996, pág. 15.

votos para declarar la inconstitucionalidad demandada contra la mencionada ley<sup>(12)</sup>. De acuerdo, con este inconsistente sistema de votación establecido por la mayoría parlamentaria oficialista, en una votación para declarar inconstitucional una ley, los votos en mayoría pierden y los votos en minoría ganan<sup>(13)</sup>.

Esta institucionalización de la intervención del gobierno en la administración de justicia, sobre la base del proyecto de modernización de la administración de justicia, no modificó la inseguridad en el cargo de los jueces –removidos y reexaminados– y más bien incrementó la inestabilidad de la carrera judicial. Así, según cifras oficiales, de los 1,473 jueces con que contaba el Poder Judicial en todo el país en 1997, sólo 403 (26%) eran titulares en sus cargos, es decir que los 1,070 jueces restantes eran suplentes (59%) y provisionales (15%). Más aún, de los 32 magistrados que integran la Corte Suprema, 16 eran provisionales<sup>(14)</sup>. Esas cifras a la fecha no han variado sustantivamente; lo cual significa que casi el 75% de los jueces del Perú se encuentran en una situación de inseguridad en el ejercicio de sus cargos, lo que facilita la intervención política y la dependencia jurisdiccional activa o pasiva, como regla, desde el más alto hasta el más bajo nivel de administración de justicia.

Dicha situación de inestabilidad judicial, se visto crispada, debido a que la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, ejerció la facultad de nombrar y destituir jueces provisionales, sustituyendo en esta atribución a un organismo constitucional como es el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM). En ese sentido, el CNM no pudo nombrar a los magistrados respectivos de la Corte Suprema y otros, debido a que la Academia de la Magistratura (ANM) encargada de capacitar a los magistrados para su posterior nombramiento, estaba subordinada a la Comisión Ejecutiva: “comprendo que el CNM se sienta incómodo por no poder efectuar sus nombramientos, pero las necesidades de la reforma de la Justicia son otras”<sup>(15)</sup>. Por eso, con razón se ha dicho que, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial “por un lado, demuestra un estricto celo y rigidez para nombrar magistrados titulares, pero por otro lado, gran facilidad y cierta informalidad para designar jueces provisionales y suplentes en las diferentes instancias jurisdiccionales que se viene creando como parte de la reforma”<sup>(16)</sup>.

---

(12) Manuel Aguirre Roca, “Nacimiento, vía crucis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú...”, *op. cit.*, págs.128 y sgts.

(13) César Landa, *Balance del primer año del Tribunal Constitucional del Perú*, en *Pensamiento Constitucional*, Año IV, N° 4, PUCP-MDC, Fondo Editorial, Lima, 1997, págs. 251 y sgts.

(14) José Dellepiane, *Reforma y modernización del Poder Judicial*, Poder Judicial, Lima, 1997, págs. 23 y sgts.

(15) Entrevista a Francisco Eguiguren, director de la Academia Nacional de la Magistratura, en el diario Expreso, edición del 13 de agosto de 1997.

(16) Gorki Gonzáles, *Jurisdicción y poder político en el Perú*, manuscrito de Tesis Doctoral, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, pág. 41.

De manera más clara, el Colegio de Abogados de Lima, también se pronunció en julio de 1997, señalando que: “en estos últimos meses el Perú ha presenciado una serie de hechos sumamente graves que, en su conjunto, implican una vulneración sistemática al Estado de Derecho, eje y sustento del sistema democrático... Dentro de este contexto, el Poder Judicial y Ministerio Público, le sirve al grupo que nos gobierna, para que cuando sus actos arbitrarios y corruptos sean cuestionados mediante acciones de amparo, hábeas corpus o denuncias penales, los jueces y fiscales proclives y temerosos le concedan a dichos actos un ropaje de legalidad e inocencia según sea el caso, y en consecuencia se diluyan los cuestionamientos que realizan los medios de comunicación y la sociedad. Por ello es, que a este grupo le interesa que la mayoría de magistrados del país sean provisionales y no titulares, con la finalidad de manejarlos mejor...”<sup>(17)</sup>. Asimismo, el Presidente del gremio de los magistrados, sostenía en agosto de 1997, que el Poder Judicial está pasando por una de sus peores épocas. Y para superar dicha etapa propuso dejar sin efecto al Consejo de Coordinación para que sean los presidentes de las Salas Superiores como de la Suprema quienes se encarguen del nombramiento de los magistrados<sup>(18)</sup>.

No obstante, la Comisión Ejecutiva contó con el apoyo de algunos vocales y en particular del entonces presidente de la Corte Superior de Lima –Marcos Ibazeta– que hizo de promotor gremial de la reforma, hasta su separación del cargo. En tal entendido, anualmente, la cúpula de los presidentes de las cortes superiores de justicia se pronuncian sobre la reforma del Poder Judicial; así por ejemplo, han señalado que: “La Reforma del Poder Judicial del Perú, forma parte de la Reforma del Sistema de Administración de Justicia, habiéndose constituido a la fecha en uno de los procesos modelo para los países en vías de desarrollo, cuyo grado de avance permite vislumbrar el logro cabal de sus objetivos en términos de seguridad jurídica, avance sustancial en la lucha contra la corrupción, previsibilidad y confiabilidad, como elementos sobre los cuales debe construirse el desarrollo nacional con paz y seguridad”<sup>(19)</sup>. Lo cual demuestra la visión autista en relación a la opinión pública de los ciudadanos y de las instituciones de la sociedad civil.

Otro factor permanente, en esta segunda etapa de la reforma judicial, es la desconfianza de la opinión pública general y especializada en esta reforma; debido a que los actores judiciales: gremios de abogados, juristas, universidades y litigantes están excluidos de las decisiones fundamentales de la reforma, no obstante que les afecta directamente; lo cual se corresponde con la falta de consenso democrático en la acción gubernamental en general, permitiendo esta falta de transparencia y eficacia en las

---

(17) Colegio de Abogados de Lima, *Comunicado: ¿Reforma judicial o qué...?*, en diario La República, edición del 27 de julio de 1997.

(18) Declaración de José García, Presidente de la Asociación Nacional de Magistrados al diario La República, edición del 11 de agosto de 1997.

(19) Comunicado publicado en la mayoría de los diarios, el 14 de agosto de 1997.

decisiones de la reforma judicial<sup>(20)</sup>. Junto a ello, la sociedad percibe un deterioro de la justicia en el Perú, a partir de casos judiciales concretos de repercusión pública relativos a derechos fundamentales, que ponen en evidencia porque el Poder Judicial, desde hace varios años, sigue ocupando para la opinión pública, el primer lugar de las instituciones más ineficientes y más corruptas del Perú<sup>(21)</sup>.

Es en abril de 1998, cuando se inicia el cierre de esta segunda etapa de la reforma judicial, debido a que el Congreso dicta la Ley N° 26933 que recortó las facultades fiscalizadoras sobre jueces y fiscales del Consejo Nacional de la Magistratura; precisamente, cuando había abierto una investigación a varios jueces de la Corte Suprema –en particular a César Tineo Cabrera– que resolvieron sobre el caso a favor de la empresa Novotec contra el Banco Central de Reserva, por el delito de prevaricato, al haber cambiado en el fallo el sentido de la votación. Estos vocales son los que en vía de una acción de amparo, en pro de la reelección presidencial de Fujimori para el año 2000, la declaró fundada, pocos meses antes, como se estudia más adelante. Pues, bien, la inconstitucional y encubridora ley a favor de los vocales áulicos de la reelección presidencial, más el hostigamiento de los reformadores judiciales, fue el motivo de la digna renuncia de los siete magistrados del CNM, encabezados por Parodi Remón, Roger Rodríguez y Carlos Montoya, entre otros.

Este bochornoso episodio generó la suspensión y posterior cancelación del préstamo del Banco Mundial de 22,5 millones de dólares, que el Presidente Fujimori ya había suscrito pero que no se había desembolsado aún<sup>(22)</sup>. Esta decisión fue seguida por la posterior renuncia del artífice de la reforma judicial el ex-marino Dellepiane; quien ya empezaba a entender que “la injerencia del poder político, sumada a la corrupción, destruye el concepto del equilibrio de justicia. Ambas cosas están presentes, y ese es el esquema que nos hace pensar inmediatamente en que lo que nosotros necesitamos como país es un juez de hierro... El parámetro de la justicia se encuentra diluido; por eso para que se pueda ejercer realmente la tutela jurisdiccional, necesitamos un sistema de justicia... Pero primero creo que el Congreso debería tener un gran debate alturado sobre el contenido de la Constitución y sus resultados. Habiéndose tramitado un año y ocho meses de la reforma administrativa, en lugar de hablar de reforma de la

---

(20) Ver las opiniones de Robert Mc Lean y Domingo García Belaunde, en el conversatorio *Reforma de la administración de justicia*, en *Pensamiento Constitucional*, Año V, N. 5, Lima, 1998, págs. 185-208.

(21) Revista Debate, *Encuesta del Poder*, Apoyo, Lima, julio-agosto, 1998, pág. 39; asimismo, en el diario La República, edición del 11 de agosto de 1997, se dio a conocer un sondeo de Analistas y Consultores en el que el 78% de los encuestados no confía en el Poder Judicial, y sólo un 13% dio una respuesta afirmativa.

(22) Roberto Mac Lean, La justicia cuesta abajo. A seis años de iniciada la reforma judicial los oficialistas en el Congreso de la República se han convertido en su peor enemigo, en *Caretas* N° 1534, del 17/9/98, en <http://www.Caretas.com.pe>.



reforma, lo que tenemos que hacer es cambiar el tema hacia otro ámbito, y decir, vamos a cambiar la justicia en general”<sup>(23)</sup>.

Entonces, el balance de la segunda etapa de la reforma judicial, se caracteriza por haber acentuado la intervención política del gobierno, a través de la llamada modernización y reorganización judicial, la misma que fue promovida por el gobierno y sostenida por las entidades de crédito como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, así como, también, alentada por la cooperación técnica de los gobiernos de Estados Unidos, Japón, Reino Unido y, las agencias gubernamentales y multilaterales de cooperación como el PNUD y la Unión Europea, no obstante el discurso político de muchas de ellas.

Lamentablemente, todo este magnífico apoyo económico internacional sólo sirvió para “aceitar” la intervención política del gobierno en el Poder Judicial, lo que es lo mismo decir, para reforzar la dependencia del Poder Judicial a los intereses de la reelección del Presidente Fujimori y de invulnerabilidad judicial de las Fuerzas Armadas; lo cual ha llevado a la falta de protección de los derechos fundamentales. Desde entonces, la reforma judicial mantiene ese estado del Poder Judicial, con la agravante de la prolongación de la intervención de las comisiones ejecutivas del gobierno en el Poder Judicial y en el Ministerio Público.

### III. ESTADO DEL PODER JUDICIAL

La reforma judicial es una política de Estado y no de un sólo gobierno en la medida que la justicia, orientada a la tutela de los derechos ciudadanos, es un concepto fundamental del Estado de Derecho. En todo caso, cualquier reforma judicial debería contar con el consenso social de las mayorías y minorías nacionales, de modo que se permita replantear los problemas de base de la justicia vinculados a la defensa de los derechos fundamentales y, no sólo postular reformas en los aspectos organizativos o de infraestructura, como han sido llevados a cabo en el Perú. Para lo cual, importante es conocer el estado actual de la justicia, a fin de elaborar lineamientos de propuestas que ineludiblemente deben afrontar dos temas: la politización de la justicia y la cultura legal positivista en el sistema judicial.

#### 1. Politización de la justicia

Durante la década de los noventa en el Perú se ha vuelto a poner en evidencia en todo su dramatismo la crisis de la justicia ordinaria, debido a la repercusión en sede

---

<sup>(23)</sup> Declaraciones de José Dellepiane, *Cambiar la justicia en general*, en el diario La República, edición del 8 de setiembre de 1997; asimismo, revisar Roberto Mac Lean, “Réquiem para el espíritu del legislador: la cultura de servicio en la administración de justicia”, en *El papel del Derecho Internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, UNAM, México, 1997, págs. 333-357.

judicial de un nuevo fenómeno político: el agotamiento de la representatividad política<sup>(24)</sup>. En efecto, la crisis de legitimidad del Estado de partidos, ha dejado de lado a la política como escenario de mediación “*cleavage*” de los conflictos sociales trascendentales del país, debido a que el sistema representativo y, en particular los partidos políticos democráticos han perdido legitimidad en la opinión pública.

En este escenario, la resolución de los conflictos sociales se ha trasladado progresivamente de las cámaras políticas a las cortes de justicia, de lo cual no ha estado exenta la justicia ordinaria<sup>(25)</sup>. Produciéndose un proceso no deseado por los magistrados: la judicialización de la política, tema en el cual los jueces se ven obligados constitucionalmente a dictar sentencia y actuar como árbitros de conflictos de gran trascendencia política, muchas veces con mayor incidencia que las decisiones de la justicia constitucional; proceso en los cuales nunca han salido bien parados, debido a que asumen su rol de sometimiento a la legalidad, antes que al Derecho Constitucional. En ese sentido, se puede afirmar que los jueces no han llegado a domesticar judicialmente a la política; sino que, por el contrario se ha producido un fenómeno inverso: la justicia se ha politizado, como nunca antes se había conocido<sup>(26)</sup>.

En este sentido, observadores internacionales apuntan que: “la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la OEA señaló en su informe preliminar, luego de su reciente visita, que las comisiones ejecutivas del Poder Judicial y del Ministerio Público resultaban interventoras y les restaban cierta autonomía a esas instituciones”<sup>(27)</sup>. Asimismo, “aunque la Constitución estipula la existencia de un Poder Judicial independiente, en la práctica el sistema judicial es ineficiente, con frecuencia corrupto y ha dado la apariencia de ser fácilmente manipulable por el Poder Ejecutivo”<sup>(28)</sup>.

---

(24) Domingo García Belaunde, “Representación y partidos políticos: el caso del Perú”, en *Pensamiento Constitucional*, N° 2, 1995..., *op. cit.*, págs. 59 y sgts.

(25) Pedro de Vega, *Democracia, representación y partidos políticos*, en *Pensamiento Constitucional*, N° 2, 1995, págs. 11 y sgts.; asimismo, Francisco Rubio Llorente, *El parlamento y la representación política*, en Congreso de los Diputados, *I Jornadas de Derecho Parlamentario*, volumen I, Madrid, 1988, págs. 145 y sgts.

(26) Javier de Belaunde, en el conversatorio *Reforma de la administración de justicia*, en *Pensamiento Constitucional*, Año V, N°5, Lima, 1998, págs. 200-203; asimismo, ver César Landa, *Independencia y reforma judicial en el Perú*, conferencia ofrecida dentro del programa *Rechtsstaatlichkeit, Justiz und Verfassungswirklichkeit in Peru*, Jugendzentrum, Nürnberg, 26 de marzo de 1998, mimeo, pág. 6.

(27) El Comercio, *Intervención en órganos de justicia*, en edición del 23 de noviembre de 1998, ver: <http://www.infobanco.com.pe/webcomercio/231198/005212.htm>.

(28) Esta observación refleja un cambio de posición del gobierno de los Estados Unidos, ver U.S. Department State, *Peru country report on human rights 's practice for 1998*, en [www.state.gov/www/global/human\\_rights/1998\\_hrp\\_report/peru.html](http://www.state.gov/www/global/human_rights/1998_hrp_report/peru.html).

Esta situación se ha revelado patéticamente, en algunos casos judiciales que constituyen una radiografía de la politización de la justicia; en los cuales el gobierno, el poder militar o la mayoría parlamentaria han intervenido en procesos judiciales en curso ante el Poder Judicial, en unos casos presionando, amenazando o dictando leyes, buscando proteger al gobierno y sus objetivos reeleccionistas. Por ejemplo, en febrero de 1994, la Corte Suprema se encontraba para dirimir la competencia entre el fuero militar y el fuero común, en relación a un proceso penal iniciado contra paramilitares del Ejército –grupo Colina– acusados de asesinar a un profesor y nueve estudiantes universitarios de la Universidad La Cantuta<sup>(29)</sup>. Un día antes de que la Corte Suprema resolviese finalmente a quien le correspondía juzgar a los militares –tema que se veía favorable al fuero común– la mayoría parlamentaria, por sorpresa y desconociendo la mínimas prácticas parlamentarias democráticas, aprobó la Ley N° 26291, en virtud de la cual el caso La Cantuta pasó al fuero militar, para escarnio de la sociedad y de la justicia civil, la Sala Penal de la Corte Suprema corroboró sin mayor debate la decisión legislativa, aunque sí con votos contradictorios<sup>(30)</sup>.

Otro caso, en junio de 1995, una juez de primera instancia abrió proceso penal contra el grupo paramilitar Colina que comprometía a oficiales de alto y media graduación, implicados en la matanza de varios pobladores de Barrios Altos. Pero, dada la presión militar, el Congreso aprobó la Ley N° 26479 de amnistía para los militares que habían cometido delitos contra los derechos humanos<sup>(31)</sup>. Sin embargo, la juez del caso Barrios Altos, en ejercicio del artículo 138° de la Constitución de 1993, que ordena a los jueces preferir la norma constitucional a una legal, en caso de incompatibilidad entre ambas; resolvió constitucionalmente seguir procesando a los militares comprometidos en estos asesinatos. La fundamentada resolución fue apelada con argumentos formalistas y legalistas; pero, antes de que los tribunales superiores se pronunciaran sobre este recurso, la mayoría fujimorista del Congreso volvió a aprobar una segunda ley de amnistía, Ley N° 26492, en virtud de la cual, estableció que las leyes de amnistía no eran revisables en sede judicial y que ello no significaba ninguna intervención en materia jurisdiccional. Mandato que fue asumido fielmente por los magistrados superiores y supremos<sup>(32)</sup>.

(29) APRODEH, *De la tierra brotó la verdad. Crimen e impunidad en el caso La Cantuta*, Lima, 1994, págs. 45-55.

(30) Sala Penal de la Corte Suprema, Contienda de competencia N° 7-94. CSJM-16 J.P. Lima, Lima, 1994, pág. 4; Department State, Country report on human rights practices for 1992 y Country report on human rights practices for 1994, Joint Committee Print, Washington D.C., 1993 y 1995, respectivamente, págs. 475 y 482, respectivamente.

(31) APRODEH, I Foro ético jurídico sobre la impunidad, Lima, 1996, págs. 20 y sgts.

(32) César Landa, *Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana*, en *Pensamiento Constitucional*, Año III, N° 3, Lima, 1996, *op. cit.*, págs. 151 y sgts.; asimismo, Ronald Gamarra y Robert Meza, *Ley de amnistía (impunidad)*, *Constitución y derechos humanos*, documento de trabajo. IDL, Lima, 1995, 52 págs.

En noviembre de 1996, la Corte Superior de Lima ordenó el cambio de la juez Minaya, para que no siga viendo el caso del habeas corpus a favor del ex-general Rodolfo Robles, puesto que este había solicitado que la magistrado se apersona al cuartel militar Real Felipe, para exigir se cumpla la orden de su libertad que dictó. Así, también, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, repentinamente en febrero de 1997, desactivó la recién creada Corte Superior para delitos de narcotráfico, precisamente, antes de que se iniciaran los procesos judiciales por tráfico de drogas en el que se encontraban involucrados altos oficiales de las Fuerzas Armadas.

Pero, estos casos no resultan ser una excepción, sino casi la regla que acompaña a la reforma judicial; así, en junio de 1997, el gobierno retira la nacionalidad peruana al dueño del canal 2 de televisión, Baruch Ivcher, debido a las denuncias periodísticas realizadas con información confidencial del Servicio de Inteligencia Nacional y de su mentor Vladimiro Montesinos; el Poder Judicial ratificó el despojo. Inmediatamente después, en agosto de 1997, la Corte Suprema de Justicia acordó denunciar penalmente a tres vocales superiores independientes, que resolvieron en contra del Consejo Supremo de Justicia Militar. Entre setiembre de 1997 y abril de 1998, Barreto ex-agente del Servicio de Inteligencia Nacional, es torturada y asesinada, una segunda La Rosa fue torturada y procesada por la justicia militar, y, una tercera hostigada cruelmente, supuestamente por dar información a la prensa sobre las actividades ilegales del grupo paramilitar “ Colina ”, responsable de las matanzas de La Cantuta y Barrios Altos, escuchas telefónicas ilegales, entre otras fechorías; en la actualidad la sobreviviente y su colega se encuentran fuera del Perú, una como refugiada de las Naciones Unidas y la otra como asilante en los Estados Unidos.

En febrero del 1998, en la acción de amparo planteada contra la decisión parlamentaria por la arbitraria destitución oficialista de tres magistrados del Tribunal Constitucional, quienes habían declarado inaplicable la ley de la reelección presidencial, la Corte Suprema ratificó la destitución de los magistrados constitucionales. En mayo de 1998, Delia Revoredo decana del Colegio de Abogados de Lima, el gremio de abogados más importante del Perú, se asiló con su familia en Costa Rica durante varios meses; debido a que como ex-magistrada del Tribunal Constitucional, destituida por el Congreso, se convirtió en un claro elemento crítico al gobierno; coincidentemente el Poder Judicial le inició proceso judicial a ella y a su esposo, por supuesto delito tributario. Estos casos que dan cuenta del grave estado de los derechos fundamentales en el Perú, ha sido materia de demandas ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos<sup>(33)</sup>.

Este recuento de casos, pone en evidencia que el poder ha olvidado que “la idea de la justicia constitucional es hija de la cultura del “constitucionalismo” o, lo que es lo mismo, de una concepción de la democracia fundada en la garantía de la libertad indi-

---

<sup>(33)</sup> El Comercio, *Comisión Interamericana expresa preocupación por violación a los DD.HH.*, en edición del 9 de octubre de 1998, ver en <http://www.elcomerciope.com.pe/fs5n3.htm>.

vidual y del pluralismo social y político que, por ello, exige un “gobierno limitado” basado en la propia Constitución como *higher law*”<sup>(34)</sup>.

Pero, si bien la justicia nunca ha sido un valor o un proceso aislado de las relaciones de poder<sup>(35)</sup>, sucede ahora, que debido al deterioro de las estructuras de poder democrático del Estado, también se ha informalizado y narcotizado la administración de justicia. Lo cual supone, que la función jurisdiccional se encuentre sometida a una mayor inestabilidad e inseguridad que antaño, debido a que los tradicionales poderes públicos empiezan a ceder su autoridad a los poderes fácticos, tanto públicos representados por el poder militar, como privados, liderados por los medios de comunicación. De esta manera la informalización del Estado de Derecho también se traslada al Poder Judicial, reproduciendo sus mecanismos de presión y de control en las decisiones judiciales más importantes, gracias a la cultura del positivismo jurídico que somete la justicia al poder<sup>(36)</sup>.

## 2. Cultura legal positivista

El dramático estado de la justicia en el Perú se puede explicar por la dialéctica del formalismo jurídico y el decisionismo político, que ha convertido a los jueces en funcionarios del gobierno antes que del Estado<sup>(37)</sup>. En efecto, el razonamiento judicial de los magistrados del Poder Judicial para dar cobertura a la solución de los casos judiciales políticos, se caracteriza en términos generales por un positivismo normativista y decisionista, que ha creado una *jurisprudencia autista*; es decir, que no obstante los argumentos y pruebas en contra de su pre-juicio del caso, son minusvaloradas o conscientemente no consideradas; con lo cual se ha creado un espacio judicial de pugna fuera de las vías procesales, en los medios de comunicación que se han convertido en una suerte de jueces materiales en el Perú.

<sup>(34)</sup> Antonio Baldassarre, “Parlamento y justicia constitucional en el derecho comparado”, en Francesc Pau i Vall (coordinador), *Parlamento y Justicia Constitucional*, IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos..., *op. cit.*, p. 183.

<sup>(35)</sup> Juan López Aguilar, *La justicia y sus problemas en la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 109 y sgts.; Miguel García Herrera, *Poder Judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional*, en Perfecto Ibáñez (editor), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción.*, Editorial Trotta, Madrid, 1996, págs. 59 y sgts.; asimismo, Raúl Olivera, *Corrupción en el Poder Judicial y en el Ministerio Público*, editorial San Marcos, Lima, 1985, págs. 21 sgts. y 57 sgts.

<sup>(36)</sup> Steven Spitzer, “The dialects of formal and informal control”, en Richard Abel (editor), *The politics of informal justice*, volume 1, *The american experience*, Academic Press, London, 1982, págs. 167 y sgts.

<sup>(37)</sup> Luis María Díez-Picazo, “Notas de Derecho comparado sobre la independencia judicial”, en REDC, Año 12, N° 34, CEC, Madrid, 1992, págs. 32 y sgts.; asimismo, Roberto Mac Lean, “Réquiem para el espíritu del legislador: la cultura de servicio en la administración de justicia”, en *El papel del Derecho Internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional...*, *op. cit.*, págs. 335-340.

Cambiar esta judicatura autista, supone orientarse hacia una *jurisprudencia comunicativa*, basada en principios constitucionales y métodos de interpretación jurídica al servicio de la sociedad antes que al servicio del Estado; en aras de satisfacer no sólo la seguridad jurídica ciudadanas con una aceptable razonabilidad<sup>(38)</sup>, sino también el pluralismo y la tolerancia jurídicas necesarias en la construcción de sociedades democráticas. Estos valores judiciales son propios de sociedades democráticas abiertas, pluralistas y tolerantes jurídicamente.

Convenimos por ello en que la justicia comunicativa<sup>(39)</sup>, basada en principios y métodos de interpretación jurídica no tradicional, es la que busca satisfacer no sólo la seguridad jurídica, sino también la razonabilidad de un caso; pero, dentro del ordenamiento judicial constitucionalmente establecido, que respete los principios fundamentales del debido proceso y la tutela judicial.

Prácticas de vida judicial que son escasas en los procesos no sólo judiciales, sino también administrativos, debido a que el positivismo judicial es coherente con la falta de conciencia de independencia judicial, dada la tradicional experiencia de obsecuencia del juez a la ley, aunque esta sea inconstitucional, o, de dependencia más directamente de la voluntad política de quienes detentan o ejercen el poder. Produciéndose, en ese entendido, tanto un vacío o falta de administración de justicia, como una desvinculación entre la sentencia a la norma y, de ambas a la realidad; lo cual queda expresado en las sentencias redactadas oscura y elípticamente, imposibles de ser comprendidas por los propios interesados, donde el derecho adjudicado o negado coincide más con la voluntad del juez, que con la norma o incluso la pretensión. De esta manera, la justicia antes que conservadora o liberal, es en muchos casos políticos una justicia dislocada de la normas, de la realidad y de las expectativas ciudadanas.

En parte esta dramática situación es explicable, entre otras cosas, debido a los déficits de independencia judicial y mínima formación profesional de gran parte de los magistrados, que a menudo dan muestras de ejercer su función jurisdiccional paradójicamente; por un lado, con los tradicionales vicios formalistas del proceso judicial y, por otro lado, con una informalidad al servicio de los poderes públicos y privados; por eso, el saber popular ha llegado a ironizar la imagen del juez, como aquel que aplica la ley severamente para el enemigo y da todo para el amigo<sup>(40)</sup>.

En ese sentido, se puede señalar que el razonamiento judicial de la mayoría de los magistrados ordinarios esta atada en el mejor de los casos a una argumentación judi-

(38) Emilio Betti, *Teoria General della Interpretazione*, tomos I y II, Giuffrè editore, Milano, 1955, págs. 292 sgts. y 789 sgts., respectivamente, y Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975, 4ª ed., págs. 162 sgts. y 185 sgts.

(39) Jürgen Habermas, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Gallimard, Paris, 1997, págs. 290 y sgts.; asimismo, Peter Häberle, *Die offene Gesellschaft der Vefassungsinterpreten*, en JZ, 1975, págs. 297-305.

(40) Raúl Olivera y Manuel Olivera, *Corrupción en el Poder Judicial y el Ministerio Público...*, *op. cit.*, págs. 44 y sgts.

cial positivista; que la hace propicia a la corrupción de distinto calibre. No obstante, es del caso precisar que existen varios modelos de raciocinio judicial positivista: a) el modelo silogístico de la subsumición del caso en una norma preestablecida; b) el modelo realista, donde el juez primero decide y luego justifica; c) el modelo de la discreción judicial, que defiende el poder político del juez, y; d) el modelo de la respuesta correcta, donde el juez carece de discreción y por tanto de poder político<sup>(41)</sup>.

De este baremo de posibilidades, se puede señalar que la justicia peruana está inmersa mayoritariamente en un concepto positivista-normativista; en virtud del cual, los magistrados son sólo la *bouche qui prononce le parole de la loi*, disociando cuando menos la norma de la realidad; es decir, sin incorporar en su razonamiento judicial fenómenos de la realidad social concreta y de la doctrina, que explicarían la existencia de su función de administrar justicia en función de la tutela de los derechos fundamentales, que es la manera más cercana de asegurar la legitimidad de los ciudadanos y afirmar el ordenamiento constitucional<sup>(42)</sup>.

Es evidente que la reforma judicial no ha considerado estos factores ineludibles en todo proceso de cambio institucional, como es la cultura legal tanto de los jueces y abogados, la que se ofrece en la formación jurídica en las universidades, así como la idiosincrasia legal de la sociedad peruana. En tanto que dichos actores responden a esquemas de razonamiento jurídico, que consciente o inconscientemente, tienen un impacto directo en cualquier reforma judicial que se emprenda.

Si bien, como se ha dicho, la justicia nunca ha estado aislada de las relaciones de poder, es más visible ahora su falta de independencia, debido al proyecto de la reelección del Presidente Fujimori, que ha comprometido a toda la estructura del Estado. En ese sentido, se ha acentuado tanto la informalización del Estado, como la dependencia de la administración de justicia de los poderes públicos y privados. De esa manera la informalización del Estado de Derecho, no sólo se traslada al Poder Judicial, sino también que se reproducen exponencialmente y en cascada los mecanismos de presión y de control de las decisiones judiciales más sensibles para el gobierno<sup>(43)</sup>. Práctica de la cual los reformadores del Poder Judicial son sus máximos representantes judiciales.

---

(41) Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 1997, págs. 20 y sgts.; asimismo, Hans-Peter Schneider, “Continencia judicial y estructura normativa abierta del Derecho Constitucional”, en Antonio López Pina (editor), *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 73-77.

(42) Federico Carpio, Mario Jori, Marco Ramat, Uberto Scarpelli, Agostino Viviani y Vladimiro Zagreblesky, *Garanzie Processuali o responsabilità del giudice*, Angeli editore, Roma, 1981, págs. 25 sgts., y 43 sgts.; asimismo, Vincenzo Vigoriti, “Le responsabilità del giudice: orientamenti e prospettive nell’esperanza italiana e comparativa”, en *Quaderni Costituzionali*, anno III, N° 1, Roma, 1983, págs. 49 y sgts.

(43) Helmut Schulze-Fielitz, *Der informale Verfassungsstaat. Aktuelle Beobachtungen des Verfassungslebens der Bundesrepublik Deutschland im Lichte der Verfassungstheorie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1984, págs. 11-18.

En consecuencia, el formalismo legal en el fondo encubre una forma de ejercer el derecho en función de los intereses y consignas del gobierno y de los poderes privados de turno, sino también dejando sin defensa a los derechos fundamentales y, sin considerar el consenso social en el cual debe reposar la aplicación de toda norma<sup>(44)</sup>. Por eso, en una democracia con gobernantes relativistas o sin valores, un desintegrado sistema de partidos y una Constitución indecisa, que es distinto a una Constitución abierta<sup>(45)</sup>, se crean las condiciones necesarias para que en situaciones de crisis reales o artificiales, mediante el argumento de los estados de necesidad y de urgencia, las voluntades autoritarias se abran paso hacia la reelección, usando al Poder Judicial como un instrumento más del poder total<sup>(46)</sup>.

#### IV. CONCLUSIÓN

El Poder Judicial siempre ha sido objeto de crítica social, porque ha estado al servicio de los poderosos y del gobierno de turno. Esta falta de legitimidad judicial se ha visto reforzada con la reforma judicial del gobierno de Fujimori; en la medida que, junto a la corrupción y la ineficacia que continúan caracterizando a la administración de justicia, se añade la dependencia del poder político. Esta reforma judicial esta caracterizada por la intervención del Ejecutivo en el Poder Judicial, situación que resulta necesaria al proyecto gubernamental de la reelección presidencial de Fujimori en el año 2000.

Para replantear la reforma de la administración de justicia, se debe partir de asumir que la función judicial esta al servicio de los derechos ciudadanos; es decir que, la existencia del Poder Judicial se justifica por la tutela de los derechos humanos, contra los excesos del gobierno y demás poderes privados. Esto significa que los jueces varíen su eje de posición respecto a la ley; porque si bien antes, los derechos fundamentales eran válidos sólo en el marco de la ley, en adelante la ley sólo será válida en el marco de los derechos fundamentales<sup>(47)</sup>. Ello es así, en la medida que la Constitución en tanto suprema expresión jurídica de la voluntad del poder constituyente, se asienta en el principio democrático de la soberanía de la voluntad popular, que existe para la tutela de los derechos fundamentales de las personas.

Lima, marzo de 1999.

---

(44) Roscoe Pound, *The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice*, en American Bar Association, Report 395, 1906, págs. 406 y sgts.

(45) Peter Häberle, *Die offene Gesellschaft der Vefassungsinterpreten...*, *op. cit.*, págs. 121 sgts. y 151 sgts.; Roland Geitmann, *Bundesverfassungsgericht und «offene» Normen. Zur Bindung des Gsetzgebrs ans Bestimmtheiserfordernisse*, Humblot & Humblot, Berlin, págs. 47 y sgts.

(46) Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend...* *op. cit.*, págs. 244 y sgts.

(47) Herbert Krüger, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, Vandem & Ruprecht in Göttingen, Göttingen, 1950, p. 12.



# LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN URUGUAYA Y SU PROTECCIÓN INTERNACIONAL

HÉCTOR GROS ESPIELL (†)  
(Uruguay)

*“Nuestra adhesión a la historicidad de los derechos implica postular que nunca hemos de dar por alcanzado y cumplido el ideal de su progresividad y de que un determinado nivel histórico aparece –doblemente– el deber de no disminuir el sistema logrado y el de mejorarlo con los instrumentos que cada época muestra necesarios”.*

GERMÁN J. BIDART CAMPOS:  
“Progresividad y Maximización  
Históricas del Sistema de Derechos”,  
en *Héctor Gros Espiell Amicorum  
Líber*, Vol. 1, Bruselas, 1997.

## I

Escribo estas líneas en homenaje a Germán J. Bidart Campos, como tributo de amistad y admiración a un gran constitucionalista, que ha sabido situar su pensamiento en la consideración del tema de los Derechos Humanos, –materia común al Derecho Interno y al Derecho Internacional–, con innovadora modernidad y grandeza moral, política y humana, haciendo al respecto fundamentales aportes filosóficos y jurídicos.

## II

1) El contenido y la forma de las normas constitucionales actualmente vigentes en el Uruguay en materia de Derechos Humanos, es el resultado de un largo proceso de elaboración, reafirmación, sedimentación y ampliación de la cuestión, que cubre todo el proceso constitucional del Uruguay, desde 1830 hasta hoy.

2) Esta materia estuvo presente en la Constitución de 1830 (arts. 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147)<sup>(1)</sup>.

3) La cuestión fue reelaborada y ampliada sobre la base de las normas precedentemente existentes, en la Constitución de 1918, que reunió las disposiciones pertinen-

---

<sup>(1)</sup> En la Constitución de 1830, no existía una Sección especial dedicada a los Derechos Humanos. Las normas al respecto se encontraban en la Sección XI (Disposiciones especiales) y en el Capítulo VI de la Sección IX (Del Poder Judicial, sus diferentes Tribunales y Juzgados y de la Administración de Justicia). Sobre el tema puede consultarse: Héctor Gros Espiell, *Las Constituciones del Uruguay*, Ediciones Cultura Hispánica, 2ª edición, Madrid, 1978, págs. 49-64; Héctor Gros Espiell, *Esquema de la Evolución Constitucional Uruguaya*, Montevideo, 1966, págs. 57-67; Francisco Bauzá, *Estudios Constitucionales*, Montevideo, 1887, Edición de la Biblioteca Artigas de Clásicos Uruguayos, Vol. 11, Montevideo 1953, La Ciudadanía Uruguaya, págs. 135-165; Carlos María Ramírez, *Conferencias de Derecho Constitucional*, Montevideo 1897; Edición de la Biblioteca Artigas de Clásicos Uruguayos, vol. 103, Conferencias IX-XII, págs. 146-199; Carlos de Castro, *Curso de Derecho Constitucional*, Montevideo, Parte II, De las Libertades Constitucionales, caps. I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX y X; José Pedro Massera, "Algunas Consideraciones sobre la Historia Constitucional y Política del Uruguay", *Revista Nacional*, N° 125, Montevideo, 1949; Juan Andrés Ramírez, *Sinopsis de la Evolución Institucional*, Montevideo, 1949, en Biblioteca Artigas, Colección de Clásicos Uruguayos, Vol. 118, Montevideo, 1967; José, Ellauri, Discurso como Miembro informante de la Comisión de Constitución, en el que dice: "*En cuanto a los derechos reservados a los ciudadanos, ellos se ven diseminados por todo el proyecto. Entre otros muy apreciables, me fijaré, solamente, para no ser tan difuso, en el de la libertad de imprenta, esa salvaguardia, centinela y protectora de todas las otras libertades: esa garantía, la más firme contra los abusos del Poder, que pueden ser denunciados inmediatamente ante el tribunal imparcial de la opinión pública: y en cuyo elogio dice un célebre publicista de nuestros días, que mientras el pueblo conserve intacta la libertad de prensa, no es posible reducirlo a la esclavitud: este insigne derecho, lo vemos, con otros, consignado en nuestra Carta Constitucional*", Manifiesto de la Asamblea General Constituyente y Legislativa del Estado, redactado por Jaime Zudáñez: "*La igualdad ante la Ley, la libertad que no se opone a ésta, y la seguridad de las personas y propiedades, son las bases de donde arranca la felicidad de los ciudadanos y el engrandecimiento de las Naciones. Vuestros Representantes, conciliando estos principios son el respeto debido a la religión santa de nuestros padres, los han consignado en el Código fundamental, y las Legislaturas siguientes los desenvolverán por leyes análogas y bastantes a conservarlos. La forma de gobierno republicano representativo, que ha sido sancionada, no sólo es conforme al espíritu público del país, a los principios proclamados desde la revolución América, y a tos deseos de todos sus habitantes, sino también el más propio para alcanzar esa libertad, que tanta sangre, tantos sacrificios cuesta a los orientales*".

tes en una Sección XII (Derechos y Garantías), integrada por un solo capítulo (arts. 146, 172)<sup>(2)</sup>.

Estableció constitucionalmente la separación de la Iglesia e iglesias del Estado y la libertad de cultos (art. 5). Pese a que el artículo 5 de la Constitución de 1830 disponía que “la religión del Estado es la Católica Apostólica Romana” y que ninguna norma se refería a la libertad de conciencia religiosa y a la libertad de cultos<sup>(3)</sup>, la realidad de tolerancia se impuso en los hechos y a través de una progresiva legislación, estas libertades existieron, se afirmaron y se expandieron. Cuando en la Constitución de 1918 el nuevo artículo 5 estableció que: “Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay. El Estado no sostiene religión alguna”, se consagró una nueva libertad constitucional, un nuevo estatuto de laicidad estatal, pero en verdad se confirmó una realidad ya existente desde años atrás en el país. Como dijo Carlos María Ramírez, en sus Conferencias de Derecho Constitucional, al estudiar, en 1871, el artículo 5 de la Carta de 1830, la Constitución si no había “osado proclamar la libertad de cultos no quiso tampoco negarla ni destruirla. Quedó la reticencia, y de la reticencia ha resultado si no la libertad, la tolerancia al menos”<sup>(4)</sup>.

La Constitución de 1918, previo expresamente el recurso de habeas corpus (art. 156). Proscribió con carácter general y absoluto la pena de muerte (art. 163). Y dispuso en su art. 173: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”. Este artículo, que es el actual 72, confirmó expresamente la filiación jusnaturalista de la filosofía política que estaba en la base de todo el sistema constitucional uruguayo en materia de Derechos Humanos. Permitted, además, ampliar en la práctica, el espectro de los derechos constitucionalmente protegidos, aumentando y modernizando la enumeración. Lo mismo con respecto a los deberes y las garantías. Por ejemplo el recurso de amparo, que no estaba ni está previsto expresamente en la Constitución, se consideró como existente en base al actual

---

(2) Héctor Gros Espiell, *Las Constituciones del Uruguay*, cit., págs. 81-97; Héctor Gros Espiell, *Esquema de la Evolución Constitucional del Uruguay*, cit., págs. 78-93; Martín C. Martínez, *Ante la Nueva Constitución*, Montevideo, 1919, Edición de la Biblioteca Artigas de Clásicos Uruguayos, Vol. 48, Montevideo, 1964.

(3) En el Protocolo de la Conferencia en la que se adoptó el “Auto de Aprobación de la Constitución del Estado por los Comisarios de los dos Altos Poderes Signatarios de la Convención Preliminar de Paz”, del 26 de 1830, se dice: “No dejaron, sin embargo, de hacer algunas observaciones sobre la intolerancia religiosa que la misma Constitución parece admitir, contra los principios luminosos reconocidos por todos los Gobiernos liberales, y sobre algunos otros artículos constitucionales, y juzgados tales, que a su juicio deben ser perjudiciales a la organización, estabilidad y conservación del nuevo Estado”.

(4) Carlos María Ramírez, *Conferencias de Derecho Constitucional*, 1871, 1ª edición del libro, 1897; 2ª Edición Biblioteca Artigas de Clásicos Uruguayos, Montevideo, 1966.

artículo 72, aún antes de que la Ley N° 16.011 del 19 de diciembre de 1988, lo previera y reglamentara<sup>(5)</sup>.

4) La Constitución de 1934 extendió el ámbito conceptual de los Derechos Humanos, manteniendo, con modificaciones parciales, los textos anteriores (arts. 7-63). Agregó a la Sección II, todo un capítulo (el II, arts. 39-62), sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales.

Se refirió especialmente a los derechos de reunión (art. 37), y de asociación (art. 38), ya garantizados por la legislación<sup>(6)</sup>, e incluyó en un capítulo nuevo, el III, el artículo 63 que era el anterior artículo 173 y es el actual 72.

5) La Constitución de 1942, además de otros cambios parciales, agregó una norma trascendente, el artículo 282<sup>(7)</sup>, actual artículo 332, relativo a la aplicabilidad directa e inmediata de las normas constitucionales que atribuyen derechos a los individuos o aseguran competencias a las autoridades, que confirmó la filosofía jusnaturalista de la Constitución en lo relativo a los Derechos Humanos y que junto con el 72, han asegurado la constante actualización y la aplicación efectiva de las normas de la Sección II.

6) La Constitución de 1952<sup>(8)</sup>, así como la de 1967<sup>(9)</sup>, mantuvieron en general, las reformas introducidas en la Sección II, e hicieron modificaciones puntuales en los artículos 31 y 32 del Capítulo I y a los artículos 40, 45, 50, 60, 69 y 70 del Capítulo II. Estas modificaciones constituyeron esencialmente precisiones y actualizaciones.

7) Las reformas introducidas en 1997 no alteraron las normas pertinentes<sup>(10)</sup>.

(5) Héctor Gros Espiell, *El Recurso de Amparo*, El Día, Montevideo, 22 de mayo de 1989.

(6) Héctor Gros Espiell, *Las Constituciones del Uruguay*, cit.; Héctor Gros Espiell, *Esquema de la Evolución Constitucional del Uruguay*, cit., págs. 102-122.

(7) “Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”; Héctor Gros Espiell, *Las Constituciones del Uruguay*, cit.; Héctor Gros Espiell, *Esquema de la Evolución Constitucional del Uruguay*, cit., págs. 126-134.

(8) Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución de 1951*, Editorial Medina, Montevideo, 1952; Héctor Gros Espiell, *Esquema de la Evolución Constitucional*, cit., págs. 135-150.

(9) Miguel Angel Semino, “Modificaciones a la Sección II, Derechos, Deberes y Garantías”, en *Estudios sobre la Reforma Constitucional*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1967.

(10) Sobre la Reforma de la Constitución de 1997, véase: *La Reforma Constitucional de 1997*, Universidad Católica del Uruguay, Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, Serie Congresos y Conferencias, N° 16; Rubén Correa Freitas y Cristina Vázquez, *La Reforma Constitucional de 1997*, F.C.U., Montevideo, 1997.

8) En esta evolución constitucional, –en lo que se refiere a los Derechos Humanos, su declaración, su protección y sus garantías–, no ha habido retrocesos. En términos estrictamente constitucionales, dejando de lado las circunstancias políticas de cada momento histórico, todas las Constituciones o Reformas que se han dado en Uruguay (en 1918, en 1934, en 1942, en 1952, en 1966 y en 1997), han significado una confirmación, un avance o una mejora.

Sin embargo hay que reconocer que mucho queda por hacer. La previsión constitucional de la jerarquía supra legal de los tratados, en especial de los relativos a los derechos humanos y la creación de la figura del *ombudsman* o defensor del pueblo, están entre algunas de las asignaturas pendientes.

### III

1) No hay, en la Constitución uruguaya vigente, una Parte Dogmática que contenga un enunciado relativo a los Derechos Humanos moderno, completo y sistemático<sup>(11)</sup>. Se ha producido una progresiva actualización, pero sobre la base de una amalgama y sedimentación de textos nacidos en diversos momentos históricos-constitucionales.

Sin embargo, aunque carentes de una redacción plausible, correcta, y elogiabile técnicamente y de una deseable coherencia estructural, las normas sobre los Derechos Humanos existentes en la Constitución Uruguaya constituyen un conjunto amplio, claramente fundado en principios democráticos y humanistas de raíz jusnaturalista. Demuestran esas normas una preocupación primordial por la protección de la persona humana, se fundan en una concepción filosófica clara y precisa, indispensable para asegurar el sistema jurídico en función del ser humano y del bien común y están en la base ineludible de la existencia, –jurídica y real, dogmática y vital–, de un verdadero Estado de Derecho.

2) Pero lo más importante es que, más allá de las observaciones técnicas y formales de carácter parcial, más allá de los elogios y las críticas a la terminología empleada, estas normas están en la raíz y en la esencia, en el Uruguay, de la existencia de un Estado Democrático de Derecho. De un Estado Democrático de Derecho que existe no sólo en la normativa constitucional, sino en la realidad total del Estado y de

---

<sup>(11)</sup> Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución Nacional*, T. II, Montevideo, 1946, pág. 13; 2ª edición, Cámara de Senadores, Montevideo, 1991; Héctor Gros Espiell, “La Protección del Medio Ambiente en el Derecho Constitucional”, en *Reforma Constitucional de 1997*, Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, Serie Congresos y Conferencias, N° 16, Montevideo, 1997, pág. 64; Aníbal Luis Barbagelata, *La Organización Constitucional del Próximo Uruguay*, Marcha, Montevideo, 12 de junio de 1964.

la vida social en su conjunto y que está necesariamente consustanciada con el ser nacional<sup>(12)</sup>.

La opinión pública, el hombre que habita en el Uruguay, la población del país, saben y sienten que el respeto de los Derechos Humanos es un elemento esencial, básico e ineludible, del sistema político de la República. Y la Constitución está en el origen, en la raíz, de esta convicción, que condiciona toda la vida política del Uruguay. No existe hoy, en la realidad, ninguna forma de discriminación en el seno de la sociedad uruguaya ni por razón ideológica, ni por razón de sexo, ni por el color de la piel. No habrá una realidad perfecta. Pero es una realidad razonablemente aceptable.

Este sentido del valor de los Derechos Humanos, como realidad vital, ha existido en las épocas de normalidad constitucional, durante la vigencia plena del orden democrático, en momentos en que toda la política y la acción gubernamental, –sin perjuicio de violaciones individuales y episódicas, debidas a conductas ilícitas de funcionarios o agentes públicos, que siempre existen en todo Estado, y que son reprimidos y castigados por las autoridades–, ha estado guiada por el respeto a la Constitución y, consiguientemente, por la voluntad de garantizar el goce de los Derechos Humanos.

Pero ha sido también así cuando el orden constitucional se ha quebrado, cuando han cesado de existir las garantías políticas y jurídicas, y cuando la arbitrariedad ha imperado. En estos momentos, –y en especial en el triste paréntesis de la vida democrática uruguaya, entre 1973 y 1985–, toda la ciudadanía comprendió y sintió que ese período era anormal, que conculcaba la tradición nacional, que era ajeno a la “orientalidad”, y que el desprecio y la violación de los Derechos Humanos que se producían entonces, constituían el desconocimiento integral de todo el sistema de reconocimiento, respeto, protección y garantía de los Derechos Humanos, construido trabajosamente en el proceso de edificación de la democracia constitucional uruguaya, expresión del querer y del sentir del pueblo Oriental. Nunca como cuando no existió la libertad, se comprendió tanto en el Uruguay el valor y el significado de esa libertad y la necesidad de recuperarla para no perderla nunca más.

#### IV

En general, las normas sobre Derechos Humanos se encuentran ubicadas en la Sección II de la Constitución uruguaya (Derechos, Deberes y Garantías). Esta Sección se integra con tres capítulos. El primero (arts. 7-39) contiene las normas relativas a los derechos de la libertad, –los que en la terminología internacional de hoy se denominan “derechos civiles”–. El segundo capítulo incluye normas sobre “derechos económicos,

---

(12) Justino Jiménez de Aréchaga, “Panorama Institucional del Uruguay a Mediados del Siglo XX”, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, T. 47, Montevideo, 1949, págs. 215-219; Eduardo J. Couture, *La Comarca y el Mundo*, Biblioteca Alfar, Montevideo, 1953, págs. 14-20.

sociales y culturales” (arts. 40-71). Naturalmente dentro de este capítulo hay disposiciones directa e inmediatamente operativas y normas de naturaleza programática.

Los llamados hoy “derechos políticos” (derecho a elegir y derecho a ser elegido), están incluidos en la Sección III, Capítulo II, y sus titulares son los ciudadanos (art. 77), y, en ciertos casos, los extranjeros que poseen determinadas condiciones (art. 78). No todas las normas sobre Derechos Humanos están incluidas en la Sección II. Como ejemplo, entre otras, hay que tener en cuenta los artículos 5 (Libertad de Cultos) y 332. Y a la inversa, no todas las normas incluidas en la Sección II se refieren a los Derechos Humanos, ya que también, a vía de ejemplo, los artículos 24, 25, 50, 51, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67 no son, en principio, normas relativas a Derechos, Deberes y Garantías de la persona humana.

## V

Veamos ahora cuáles son los principios y principales criterios y elementos de la consideración de la materia de los Derechos Humanos en la Constitución Uruguaya<sup>(13)</sup>.

1) La Constitución no crea, configura ni confiere Derechos Humanos. Estos son atributos de la persona humana. Son inmanentes a ella. Son preexistentes a la Constitución. Esta solamente enuncia, define o declara algunos de ellos y establece un sistema de Derecho Interno para su promoción y protección. Su fundamento está en la dignidad eminente del ser humano, en el concepto de persona, que corresponde al de individuo de la especie humana –y al carácter único e irreproducible de cada ser humano–<sup>(14)</sup>.

<sup>(13)</sup> Sin perjuicio de los estudios sobre temas concretos relativos a los Derechos, Deberes y Garantías, enunciados en la Sección II, que indicaremos de manera particular y la ineludible referencia a lo dicho por Justino Jiménez de Aréchaga en sus comentarios a la Constitución de 1942 (*La Constitución Nacional*, tomo II, Editorial Medina, Montevideo 1946). (2ª edición, Tomo 1, Cámara de Senadores, Montevideo, 1991), que continúan teniendo un insuperado valor, es del caso señalar las siguientes obras de carácter general: Aníbal Luis Barbagelata, “Protección constitucional de los Derechos Humanos en el Uruguay”, en *El Concepto de Derechos Humanos. Un Estudio Interdisciplinario*, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2ª Serie, Nº 1, Montevideo, 1986; Aníbal Luis Barbagelata, *Derechos Fundamentales*, 2ª edición, Actualizada por Miguel Angel Semino, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1986; Horacio Cassinelli Muñoz, *Derecho Público*, Volumen I, Cap. VII, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, reimpresión, 1995; Rubén Correa Freitas, *Derecho Constitucional Contemporáneo*, 1993; Eduardo Esteva, *Derecho Constitucional 2*, Tomo VI, *Lecciones de Derecho Positivo Uruguayo, I Parte*, Montevideo, 1981; José Korseniak, *Curso de Derecho Constitucional 2*, Capítulos XI-XV, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo; s/f; Martín J. Risso Ferrand, *Derecho Constitucional*, tomo III, Capítulo III, *Los Derechos, Deberes y Garantías*, Editorial Ingranussi, Montevideo, 1998; Mariano R. Brito, “Derechos Fundamentales”, en *Evolución Constitucional del Uruguay*, Universidad Católica del Uruguay, Ediciones Amalio M. Fernández, Montevideo, 1988.

<sup>(14)</sup> Héctor Gros Espiell, “Genética y Derechos Humanos”, en *Derechos Humanos y Vida Internacional*, UNAM, México, 1995, en *Essays in Honour of Thomas Buergenthal*, Instituto Intera-

2) La Constitución proclama y establece que “todos los habitantes de la República tienen el derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad” (art. 7). Los derechos son de las personas humanas, aunque a veces se utilicen también las expresiones “habitantes”, “nadie” o “particulares”. El empleo del término habitantes no es limitativo, sino que se usa sólo para indicar que la protección se ejerce respecto de las personas que están en el territorio del Estado. El proceso dirigido a reconocer que todos los individuos tienen derechos y que deben ser protegidos a este respecto, ha sido constante y ha permitido eliminar las iniciales referencias a los derechos de los ciudadanos, expresión usada en ocasiones en la Constitución de 1830 y que subsistió residualmente en algunos casos en la Constitución de 1918. Hoy ya no se encuentra en la Constitución uruguaya con respecto a los titulares de los “derechos civiles”.

3) Existe un derecho o derechos a la protección del goce de la “vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad” (art. 7).

4) Estos derechos, así como todos los otros enunciados y declarados de manera expresa en la Constitución, lo son a título de ejemplo, y no excluyen “los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno” (art. 72)<sup>(15)</sup>. La ampliación de la nómina de derechos protegidos se ha producido ya en el pasado como consecuencia de la aplicación de esta norma. Se produce hoy y sin duda continuará produciéndose en el futuro.

5) Todos los Derechos Humanos enunciados y declarados en la Constitución deben ser reconocidos, respetados, garantizados y protegidos, aunque no exista reglamentación legal o administrativa. Esta falta será suplida recurriendo a los “fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas” (art. 332)<sup>(16)</sup>.

6) El principio de libertad se reconoce amplia y completamente en cuanto “ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no mande la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” (art. 10, inc. 2).

---

mericano de Derechos Humanos, San José, 1996 y en *Studi in Onore de Guido Gerin*, Cedam, Padova, 1996; Héctor Gros Espiell, “Constitución y Bioética”, en *Estudios Constitucionales*, Editorial Ingranusi, Montevideo, 1998; Héctor Gros Espiell, “Clonación, Derecho Internacional y Derechos Humanos”, en *Diálogo*, UNESCO, París, N° 23, abril, 1998, pág. 24.

(15) Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución Nacional*, cit., Tomo II; Alberto Ramón Real, “Los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya”, en *Estado de Derecho y Humanismo Personalista*, Montevideo, 1971; Juan Pablo Cajarville, “Reflexiones Sobre los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya”, en *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, 1996. Véase nota N° 4.

(16) Sobre el art. 332 de la actual Constitución uruguaya (282 de la de 1942), que fue la que incluyó este precepto, véase: Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución Nacional*, cit., Tomo X, págs. 257-264, y Aníbal Luis Barbagelata, *La Organización Constitucional del Próximo Uruguay*, Marcha, junio 12 de 1964, N° 13.



7) El principio de la igualdad ante la ley está expresamente establecido, “no reconociéndose entre las personas otra distinción sino la de los talentos o virtudes” (art.8). Se prohíbe la fundación de mayorazgos (art. 9). Toda discriminación está, consecuentemente, proscrita. El principio constitucional de la igualdad no impide, y nunca ha impedido, que la ley legisle para grupos o sectores sociales, si para ello existe un fundamento racional y no discriminatorio. De igual modo un tratamiento no igualitario a situaciones desiguales, en función de la búsqueda de la igualdad real, siempre ha sido admitido<sup>(17)</sup>.

8) La ley, la ley formal, regularmente aprobada según lo que dispone la Constitución, puede limitar o reglamentar el goce de los derechos constitucionalmente enunciados, por razones de interés general (art. 7)<sup>(18)</sup>. Pero no se pueden eliminar o suprimir Derechos Humanos o dejar a un individuo sin la protección constitucional de sus derechos. La Constitución dispone que nadie puede ser privado de los derechos referidos en su artículo 7, sino conforme a las leyes que se establezcan por razones de interés general. La interpretación correcta de la Carta Magna, considerada en su integridad y en su contexto, en función de su objeto y fin, y de sus fundamentos filosóficos e históricos, es que no puede dejarse a un ser humano sin derechos, aunque sea posible limitar, restringir y hasta excluir, en determinados supuestos, con respecto a algún o algunos derechos, su ejercicio y goce, de acuerdo con las pautas constitucionales.

El artículo 7 de la Constitución uruguaya reconoce el “derecho de los habitantes de la República a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad”. Y agrega: “nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general”.

Se reconoce y afirma así el derecho o los derechos a la protección del goce de la vida, el honor, la libertad, la seguridad, el trabajo y la propiedad. Y es con respecto a este o estos derechos a la protección, que se prevé que la ley puede llegar a su privación teniendo en cuenta razones de interés general. Pero lo que no puede la ley, cualquiera que sean las razones existentes, es privar de los derechos de fondo enunciados, es decir de los derechos primarios. La Constitución prevé, solo la posibilidad de la privación en determinadas situaciones del derecho o de los derechos a la protección.

De todos modos, incluso con esta interpretación, la norma constitucional no es todo lo clara que debería ser y la distinción entre privación del goce –del o de los derechos a la protección de ese goce– y privación de los derechos en si mismos, es inconveniente y puede llegar a ser peligrosa.

---

<sup>(17)</sup> Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución Nacional*, cit., Tomo II, págs. 155-163; Martín Riso Ferrand, *Derecho Constitucional*, cit., Tomo III, págs. 80 y siguientes; Ramón Valdés Costa, “El Principio de Igualdad”, en Gonzalo Aguirre, *Derecho Legislativo*, Montevideo, 1997.

<sup>(18)</sup> Horacio Cassinelli Muñoz, “Los límites de los Derechos Humanos en la Constitución Nacional”, en *Cursillo sobre los Derechos Humanos y sus Garantías*. Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Segunda Serie, N° 13, Montevideo, 1990.

9) Estos derechos, en general, existen en todo momento, en toda circunstancia, en la paz y en la guerra, en la normalidad y en la emergencia. En el caso de la adopción de medidas prontas de seguridad (“en situaciones graves e imprevistas de ataque exterior o conmoción interior”), la Constitución precisa los límites estrictos de esas medidas en cuanto a las personas (art. 168 núm. 17)<sup>(19)</sup>.

El recurso de habeas corpus sigue rigiendo<sup>(20)</sup> y naturalmente todos los Derechos Humanos consagrados en la Constitución, –con excepción de los que es posible limitar según lo que ella dispone– se mantienen en su integralidad. La seguridad individual no puede suspenderse sino con anuencia de la Asamblea General o en su caso de la Comisión Permanente, “en el caso extraordinario de traición o conspiración contra la patria” y “esto sólo para la aprehensión de los delincuentes” (art. 31)<sup>(21)</sup>.

10) La Constitución uruguaya, cuya sección II, desde 1934 se titula “Derechos, Deberes y Garantías”, no sólo acepta implícitamente que todo derecho genera deberes correlativos, sino que se refiere expresamente a algunos deberes específicos, que ciertas personas poseen (por ejm. artículos 41, 42, 44 y 53)<sup>(22)</sup>.

---

(19) Héctor Gros Espiell, “Medidas prontas de seguridad y delegación de competencias”, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Tomo XVII, N° 234, Montevideo, 1966.

(20) Esta tesis, mayoritaria en la doctrina, y que siempre he sostenido, fue especialmente fundada por el Grupo de Investigación de la Facultad de Derecho, integrado por los profesores Aníbal Luis Barbagelata, Horacio Cassinelli Muñoz y Alberto Pérez Pérez, en dictamen de setiembre de 1969. Justino Jiménez de Aréchaga, *Recurso de Habeas Corpus y Medidas Prontas de Seguridad*, LJU, Tomo 71; Héctor Gros Espiell, “Habeas Corpus”, en *El Poder y su Control*, Universidad Católica del Uruguay, Revista de Derecho Constitucional y Política, Serie Congresos y Conferencias, N° 1 Montevideo, 1989, Rubén Correa Freitas, *Derecho Constitucional Contemporáneo*, Montevideo 1993, Tomo II, pág. 105-109; Daniel Hugo Martins, “La Suspensión de Garantías o Estado de Sitio ante el Derecho Constitucional e Internacional de los Estados Americanos”, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año XVIII, N° 2-4, Montevideo, 1966; Julio Prat y Jorge Silva Cencio, *Vigencia de las Medidas Prontas de Seguridad*, LJU, Tomo XXV; Miguel A. Semino, “El Control de las Medidas Prontas de Seguridad”, en Revista de Derecho Público, N° 1, Montevideo, 1972.

(21) Miguel Angel Semino, “La Suspensión de la Seguridad Individual en el Derecho Constitucional Uruguayo”, en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Tomo 69, pág. 158, Montevideo; Aníbal Cagnoni, “Los Estados de Emergencia y la Protección de los Derechos Humanos”, Revista de Derecho Público, N° 3-4, Montevideo, 1993.

(22) Martín J. Risso Ferrand, *Derecho Constitucional*, cit., Tomo III, págs. 257 -258; Héctor Gros Espiell, “Principios Constitucionales en la Protección del Niño y la Familia”, Revista Uruguaya de Derecho de Familia, Montevideo, 1989; Mariano J. Brito, Responsabilidad del Estado con Respecto a la Familia, Academia Nacional de Derecho, Ciencias Sociales, Buenos Aires, Año XXXIX, 1994, Jorge Peirano Basso, “La Familia como Sujeto de Derecho Internacional”, en Héctor Gros Espiell, *Amicorum Liber*, Bruxelles, 1007, Vol. II; Héctor Gros Espiell, “La Huelga de Hambre”, en *Estudios Constitucionales*, Editorial de Ingranussi, Montevideo, 1998.

Pero además, por la aplicación del artículo 72, es posible reconocer la existencia de otros deberes, además de los expresamente enunciados<sup>(23)</sup>. Hay que señalar que en el Derecho Constitucional las normas análogas a nuestro artículo 72 se refieren a “derechos” o a “derechos y garantías”. Es muy difícil, casi diría imposible, encontrar también la invocación a “los deberes”, como hace la Constitución uruguaya. Sin condicionar, en forma alguna, la protección y garantía de los Derechos Humanos al cumplimiento de los deberes, reconoce que sin un adecuado y complementario equilibrio de derechos y deberes, es imposible la existencia de un orden democrático y justo.

Es importante tener en cuenta que la referencia expresa a los deberes que hace la Constitución uruguaya, demuestra que entre nosotros el reconocimiento de los deberes es una afirmación de la mente filosófica democrática, que exige un adecuado equilibrio de derechos y deberes, aunque teniendo siempre como base conceptual que el cumplimiento de los deberes no es condición para el reconocimiento, protección y defensa de los derechos.

11) Los Derechos Humanos, de carácter individual, es decir los derechos de la libertad, expresamente enunciados en la Constitución uruguaya son, los siguientes:

- a) El derecho a la vida, regulado en forma que proscribiera la pena de muerte de manera absoluta y total (arts. 7 y 26)<sup>(24)</sup>.
- b) El derecho al honor (art. 7)<sup>(25)</sup>.
- c) El derecho a la seguridad (art. 7)<sup>(26)</sup>.
- d) El derecho a la protección de la vida privada, a la inviolabilidad y a la intimidad del hogar y a su preservación (art. 11)<sup>(27)</sup>.
- e) El derecho a la libertad física o individual, al debido proceso y a las garantías procesales (art. 12, 23 y 27)<sup>(28)</sup>.

<sup>(23)</sup> Eduardo Esteva, *Derecho Constitucional II*, Tomo VI, *Lecciones de Derecho Positivo Vigente (Primera Parte)*, Montevideo, 1982, pág. 92.

<sup>(24)</sup> Ricardo Gorosito, “El derecho a la vida, Su protección constitucional”, en *Revista de Derecho Constitucional y Político*, tomo XI, N° 62, Montevideo, 1994; Elbio López Roca, *Derecho a la Vida. Cursillo sobre Derechos Humanos y sus Garantías*, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Segunda Serie, N° 13, Montevideo, 1990; Héctor Gros Espiell, “Derecho a la vida y derecho a vivir”, *Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, Vol. 8, Madrid, 1985; Héctor Gros Espiell, “La Complementarité, entre les Notions de Droit à la Vie et de Droit de Vivre”, en *Le Droit à la Vie*, CID Geneve, 1992.

<sup>(25)</sup> Augusto Durán Martínez, “El derecho al honor también existe”, en *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, vol. I, Bruyant, Bruxelles, 1997.

<sup>(26)</sup> Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución Nacional*, cit., Tomo II.

<sup>(27)</sup> Martín J. Risso Ferrand, *Derecho Constitucional*, cit., Tomo III, págs. 128 y sgts.

<sup>(28)</sup> Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución Nacional*, cit., Tomo II.

- f) El derecho a la inviolabilidad de todo tipo de correspondencia, cualquiera sea el modo de comunicación utilizado y de los papeles privados de los particulares (art. 26).
- g) La libertad expresión y de comunicación, cualquiera que sea el medio utilizado para la transmisión del pensamiento y la prohibición de censura previa (art. 29)<sup>(29)</sup>.
- h) Libertad de cultos (art. 5)<sup>(30)</sup>.
- i) Derecho de petición (art. 30)<sup>(31)</sup>.
- j) Derecho de propiedad (art. 32)<sup>(32)</sup>.
- k) Derecho del autor sobre su trabajo intelectual, así como del inventor o del artista (art. 33)<sup>(33)</sup>.
- l) Libertad de trabajo (art. 33).
- m) Libertad de entrada, permanencia y salida de la República (art. 37)<sup>(34)</sup>.
- n) Derecho de reunión pacífica y sin armas (art. 38)<sup>(35)</sup>.
- o) Derecho de asociación (art. 39)<sup>(36)</sup>.
- p) Libertad de enseñanza (art. 68)<sup>(37)</sup>.

---

(29) Anibal Luis Barbagelata, “La libertad de expresión como medio de Proteger los Derechos Humanos”, en *El Concepto de Derechos Humanos. Un Estudio Interdisciplinario*, cit., 1986; Elbio López Roca, “Libertad de comunicación de los Pensamientos”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Tomo XII, N° 67-72; Fernando Urioste, *El Derecho a la Información*, Prisma, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 1994.

(30) Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución Nacional*, cit., Tomo II.

(31) Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución Nacional*, cit., Tomo II.

(32) Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución Nacional*, cit., Tomo II.

(33) Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución Nacional*, cit., Tomo II.

(34) Augusto Durán Martínez, “Las Libertades de Circulación en el Proceso de Integración Regional: el caso del Mercosur”, en *Estudios en Memoria de Alberto Ramón Real*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996; Luis Arcos Ferrand, “Facultades del Consejo de Ministros en Materia de Deportación de Indeseables”, en *Revista Derecho Jurisprudencia y Administración*, tomo 37, pág. 55, Montevideo.

(35) Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución Nacional*, cit., Tomo II; J. Cubiló, en María Ramírez, *Conferencias de Derecho Constitucional*, Edición de 1897.

(36) Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución Nacional*, cit., Tomo II.

(37) Justino Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, Martín. J. Risso Ferrand, *Derecho Constitucional*, tomo III, cit., págs. 193 y sigs; Emilio Biasco, “Sobre Libertad de Enseñanza. Sus límites”, en *Cursillo*, cit., Luis Manzoni Rubio, “El principio de laicidad como garantía jurídica de la libertad de pensamiento”, en *Cursillo*, cit.

12) Ciertos derechos económicos, sociales y culturales están específicamente enunciados en la Constitución uruguaya (arts. 40, 41, 42, 44, 45, 46, 47, 48, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 67, 68, 70)<sup>(38)</sup>. La forma de regular jurídicamente estos derechos es diversa. Algunas normas atribuyen directamente auténticos derechos. Es el caso, entre otros, del derecho de huelga, caracterizado como un derecho gremial (art. 57)<sup>(39)</sup>. En otras situaciones se trata de disposiciones de tipo o naturaleza programática<sup>(40)</sup>.

13) En lo que se refiere a las “garantías”, la Constitución uruguaya prevé especialmente el recurso de habeas corpus (art. 17). Pero además de las que deban reconocerse por ser inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno (art. 72), como ha sido el caso del amparo y de otras que puedan llegar a aceptarse, constituyen garantías genéricas, de los derechos constitucionalmente enunciados: la existencia de una forma de Gobierno democrática republicana (art. 82), la separación de poderes (art. 82, inc. 2), los controles parlamentarios (arts. 85, 3, 118, 119, 120, 129), las competencias pertinentes del Poder Ejecutivo (arts. 168.1 y 17), la existencia y relativas a un Poder Judicial independiente (Sección XV), especialmente las competencias en los recursos de habeas corpus y en materia de declaración de inconstitucionalidad de las leyes (Sección XV, Capítulo IX) y las atribuciones del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Sección XVII). En el Uruguay no está constitucionalmente previsto ni se ha creado aún, por la ley, la figura del *ombudsman* o defensor del pueblo. Su creación legal se ha proyectado. Sin duda, su establecimiento será una garantía complementaria de los Derechos Humanos<sup>(41)</sup>.

De igual manera, deberá encararse el posible establecimiento del “habeas data”, ante el crecimiento peligroso de la informática y de las informaciones secretas o reservadas sobre las personas, contenidas en los registros de los servidos de seguridad y policiales. Las “garantías” de los derechos enunciados en la Constitución son elementos fundamentales para la existencia real –en la verdad de la vida– de estos. Un derecho no garantizado y protegido, es un derecho virtualmente inexistente, del que puede decirse que no vive en la realidad. De aquí la importancia del tema en el Uruguay y el interés en afirmar la naturaleza y extensión de las garantías, que la República ha puesto de manifiesto, entre otros casos, al solicitar una opinión consultiva a la Corte

---

(38) Héctor Gros Espiell, “Los Derechos Culturales en cuanto Derechos Humanos en el Derecho Internacional”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Tomo XI, N° 2, Montevideo; Augusto Durán Martínez, “Los Derechos Culturales como Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Uruguayo”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Tomo XI, N° 62, Montevideo.

(39) Martín Risso Ferrand, *op. cit.*

(40) Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución Nacional*, Tomo II.

(41) Héctor Gros Espiell, “El Ombudsman en América Latina. Establecimiento de algunas líneas básicas para una legislación uniforme”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1986.

Interamericana de Derechos Humanos sobre “Garantías judiciales en estados de emergencia” (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos)<sup>(42)</sup>.

## VI

La materia relativa a los Derechos Humanos ha pasado a ser, como resultado de un proceso cumplido particularmente en los últimos cincuenta años, pero que ha asistido a una aceleración progresiva, una cuestión regulada simultáneamente por el Derecho Interno y el Derecho Internacional. He estudiado esta situación en mi ensayo “Derechos Humanos: Derecho Constitucional y Derecho Internacional” publicado en los trabajos en honor de Jorge Carpizo<sup>(43)</sup>. Ahora solo quiero señalar esta situación peculiar, que ha atraído recientemente la atención de una abundante bibliografía en América Latina<sup>(44)</sup>. Y que ha permitido decir a Boutros Ghali, en la Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos, el 14 de junio de 1993, que “por su naturaleza, los Derechos Humanos han abolido la distinción tradicional entre el orden interno y el orden internacional”. Deseo destacar que la cuestión supone necesariamente una revisión del concepto tradicional, absoluto y hermético, hoy superado, de la soberanía y la reconsideración de las ideas del dominio reservado y de jurisdicción interna, en base a una adecuada y moderna interpretación del artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas, extrayendo parcialmente de esa exclusiva jurisdicción interna la materia relativa a los Derechos Humanos.

(42) Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987.

(43) Héctor Gros Espiell, “Derechos Humanos: Derecho Constitucional y Derecho Internacional”, en *Estudios en Honor de Jorge Carpizo*, UNAM, México, 1996.

(44) Carlos M. Ayala Corao, “El Derecho de los Derechos Humanos (La convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos)”, en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998; Germán J. Bidart Campos, “La interpretación de los Derechos Humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna”, en *V Congreso*, cit., Antonio A. Cançado Trindade, “Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la protección de los derechos humanos”, en *V Congreso*, cit., Héctor Fix-Zamudio, “Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las Constituciones Latinoamericanas”, en *V Congreso*, cit., Jorge Miranda, “A recepcao de Declaracao Universal dos Direitos do Homen pela Constitucao Portuguesa. Um fenómeno de conjugacao de Direito Internacional e Direito Constitucional”, en *V Congreso*, cit., Humberto Nogueira Alcalá, “Constitución y Derecho Internacional de los derechos humanos”, en *V Congreso*, cit., Luis Carlos Sábica, “Derecho Internacional y Derecho Constitucional”, en *V Congreso*, cit., y Fernando Serrano Migallón, “Derecho Constitucional y Derecho Internacional”, en *V Congreso*, cit., Antonio Cançado Trindade, “A Integracao entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Protecao dos Direitos Humanos”, Archivos do Ministerio de Justicia, Ano 46, Numero 182, Brasilia, Juiho-Dezembro, 1993.

## VII

¿Es compatible la regulación que en el Uruguay tienen los Derechos Humanos con un sistema internacional, o con sistemas internacionales de carácter universal o regional, de promoción y protección? La consideración del tema, aunque vagamente hecha antes de 1959, —en especial con respecto a la necesidad de que ese o esos sistemas resultaran de tratados internacionales en vigor ratificados por la República y compatibles con la filosofía política en que se fundaba el texto constitucional— no llevó nunca a una negativa frontal.

Pero fue en ese mismo año de 1959, con motivo de la consideración del proyecto de Convención de Derechos Humanos que el Uruguay presentó en el Consejo Interamericano de Jurisconsultos reunido en Santiago de Chile, en el Simposio organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, —por iniciativa de Eduardo Jiménez de Aréchaga que la proyectó y dirigió— que se analizó por primera vez el tema en todas sus proyecciones<sup>(45)</sup>.

Sostuve en ese Simposio que:

“Hay un punto concreto, que no se ha tratado y que justamente en los últimos meses ha surgido con respecto a este problema.

Es la cuestión de si el establecimiento de un régimen internacional de protección de los derechos humanos, por la materia tratada, es violatorio del régimen constitucional de los Estados y en especial del régimen constitucional uruguayo.

Es un tema que ha sido muy poco discutido en nuestro país. La cuestión, evidentemente, daría para mucho. Yo simplemente quiero señalar que, en mi opinión, un convenio de esta naturaleza no viola la Constitución uruguaya. Y no, no la viola, por las siguientes razones: nuestro sistema constitucional, en materia de derechos individuales, se estructura sobre la base de afirmar la existencia de ciertos derechos inherentes a la naturaleza del hombre, anteriores al Estado y superiores a él. De tal modo la organización estatal, tiene justamente como uno de sus fines, defender y proteger esos derechos.

Ni el Estado ni la Constitución crean derechos individuales; simplemente declaran de y dictan normas para la protección esos derechos. Ni el Estado ni la Constitución crean derechos individuales; simplemente declaran de y dictan normas para la protección esos derechos.

Si hay, por tanto, derechos, que, por lo menos en la teoría de la Constitución, no son creados por la Constitución, y si el sistema estatal está dirigido a defender y

---

(45) Simposio sobre el Proyecto de Convención de Derechos Humanos de Santiago de Chile, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1959.

proteger esos derechos, no puede haber ninguna inconstitucionalidad en que el Estado uruguayo por acuerdos internacionales libremente consentidos establezca un sistema de garantías, justamente para proteger esos mismos derechos.

Si bien la Constitución no previó un sistema internacional de defensa de los derechos humanos, ello no significa que un sistema tal sea inconstitucional, ya que se trataría simplemente de organizar junto al orden jurídico interno, una protección y defensa. La coexistencia de dos órdenes, de dos sistemas de protección de los derechos humanos: el interno y el internacional, no puede lesionar ni violar la Constitución Uruguaya”<sup>(46)</sup>.

Y el Seminario adoptó este criterio<sup>(47)</sup>.

A partir de entonces nunca se negó en el Uruguay, –ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia, ni en la discusión o en el diálogo político, ni en los debates parlamentarios en el proceso de aprobación de los tratados, previo a la ratificación relativos a Derechos Humanos– que la protección internacional de los Derechos Humanos, subsidiaria y subsiguiente a la protección interna, era conciliable con el sistema constitucional de la República<sup>(48)</sup>.

## VIII

1) Afirmada y reconocida unánimemente en el Uruguay la perfecta conciliación de la protección interna de los Derechos Humanos, fundada en las normas constitucionales, con la protección internacional, –resultante de los sistemas, ya fueran el universal o el regional, emanados de tratados internacionales en vigencia, de los que la República fuera parte–, corresponde determinar cual es el régimen de aplicación del Derecho Internacional en el Derecho Interno uruguayo y cual es el nivel jerárquico de las normas internacionales aplicables en el ámbito interno.

Nunca se ha puesto en duda en el Uruguay que el Derecho Internacional, cuando corresponda, se aplica internamente, directa e inmediatamente. Esto es así con respecto al Derecho emanado de todas las fuentes del Derecho de Gentes<sup>(49)</sup>. Pero especial-

<sup>(46)</sup> Simposio, cit., págs. 25 y 26.

<sup>(47)</sup> Simposio, cit., págs. 26 y 202.

<sup>(48)</sup> Augusto Durán Martínez, “Medios Internacionales de Protección de los Derechos Humanos. El Pacto de San José de Costa Rica”, en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, Tomo XII, N° 67-72, Montevideo.

<sup>(49)</sup> Héctor Gros Espiell, *La Constitución y los Tratados Internacionales*, cit., Eduardo Jiménez de Aréchaga, “La Convención Americana de Derechos Humanos como Derecho Interno”, en *Normas Vigentes en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, F.C.U., Montevideo, 1988,



mente, del que nace de las convenciones, bilaterales o multilaterales, en vigencia, de que la República es parte. Cumplidos los procedimientos constitucionalmente exigidos para la aprobación parlamentaria y la ratificación gubernamental, los tratados se aplican directa e inmediatamente en la esfera interior, sin que se requiera ningún procedimiento posterior de incorporación o transformación, salvo los casos en que la propia norma internacional lo requiera<sup>(50)</sup>.

2) Las disposiciones internacionales incorporadas al Derecho Interno pasan a tener la jerarquía correspondiente a las leyes<sup>(51)</sup>. Es decir que no poseen un nivel supra constitucional, constitucional o supra legal. No existe en la Constitución uruguaya una norma que establezca expresamente lo relativo al nivel jerárquico de los instrumentos convencionales internacionales aplicables internamente. Pero la atribución del nivel de la ley resulta de la exégesis sistemática del texto constitucional y ha sido así reconocido por la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria<sup>(52)</sup>.

3) Naturalmente, el Uruguay no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Por lo demás, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 46 de la Convención de Viena, respecto a la cuestión de cuando el consentimiento en obligarse lo ha sido en violación manifiesta de una norma de importancia fundamental del Derecho interno uruguayo concerniente a la competencia para celebrar tratados.

4) Una norma internacional incorporada al Derecho Interno uruguayo deroga las normas legales anteriores incompatibles con ella. Esta derogación puede ser comprobada y declarada por cualquier juez en los procedimientos judiciales en que la cuestión se plantea.

5) Una norma internacional no es apta para derogar internamente una norma constitucional anterior incompatible con ella. Puede, eso sí, tener un efecto sobre la interpretación de la norma constitucional<sup>(53)</sup>. Naturalmente la República no podrá invocar la norma constitucional para eximirse internacionalmente del deber de cumplir con

---

págs. 27-53 y en Revista IIDH del Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, N° 7, Junio de 1988, San José, Costa Rica.

<sup>(50)</sup> Héctor Gros Espiell, *La OIT y los Derechos Humanos en América Latina*, UNAM, México, 1978, 2ª edición, Eudeba, Buenos Aires, 1987.

<sup>(51)</sup> Héctor Gros Espiell, *La Constitución y los Tratados Internacionales*, cit., Gonzalo Aguirre Ramírez, *Derecho Legislativo*, Tomo I, Teoría General de la Ley, FCU, Montevideo, 1997, págs. 176 y siguientes.

<sup>(52)</sup> Héctor Gros Espiell, *La Constitución y los Tratados Internacionales*, cit.

<sup>(53)</sup> Héctor Gros Espiell, "Los Tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho Interno", en *Estudios en Honor de Héctor Flix-Zamudio*, UNAM, México, 1988; con ampliaciones y actualizaciones, en: *Estudios en Homenaje a Frida Pfister de Armas Barea*, Buenos Aires, 1990.

una disposición emanada de un tratado internacional (art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

La existencia, subsistencia y aplicación de una norma constitucional anterior contradictoria con el Derecho Internacional, puede aparejar, en determinados supuestos, la responsabilidad internacional del Estado uruguayo. De igual modo la adopción de una norma constitucional contradictoria con una norma de Derecho Internacional, anterior y vigente para el Uruguay, puede poner en juego la responsabilidad internacional del Estado uruguayo.

6) La ley posterior no es apta para derogar una norma internacional anterior ya incorporada al Derecho Interno uruguayo. Los tratados terminan y dejan, en consecuencia, de ser aplicables, según el Derecho Internacional (Sección 3 arts. 54-64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

Si una ley interna uruguaya declarara o proclamara el fin de un tratado internacional o pretendiera derogar una norma de un tratado, de manera expresa o tácita, quizás el juez interno se sometiera a aplicar la disposición de Derecho Interno, dejando de lado la norma internacional. Pero esa ley, contradictoria y violatoria de un tratado en vigor, contraria al Derecho Internacional, generaría internacionalmente la responsabilidad del Estado uruguayo.

Producida en el Uruguay una confrontación entre una ley posterior y un tratado anterior, la única actitud posible para desligarse, de buena fe, de las obligaciones que el tratado impone, es la denuncia, en la forma prevista por el Derecho Internacional (art. 56 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

7) En el Uruguay, a diferencia de muchos Estados latinoamericanos, y en contra de una tendencia latinoamericana de importancia creciente, los tratados sobre Derechos Humanos no tienen, en el Derecho Interno, una jerarquía normativa distinta y superior a los tratados sobre otras materias<sup>(54)</sup>. Y esto a pesar de la existencia del artículo 72, de acuerdo con la interpretación que sustento de esa disposición. Es decir que todos los tratados internacionales ratificados y en vigencia, cualquiera que sea su materia, tienen en Uruguay la misma jerarquía normativa interna.

## IX

1) Aunque la Reforma Constitucional de 1996 no modificó ninguna de las disposiciones en que se había fundado esta tradicional interpretación, ni adicionó una norma sobre la materia, es necesario para considerar hoy la cuestión, tener en cuenta dos

---

<sup>(54)</sup> Héctor Gros Espiell, "Los Tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho Interno", *cit.*, véase nota 55.

planteamientos hechos al respecto en años recientes, para analizar si sus conclusiones iniciales no pueden incidir en las tesis afirmadas tradicionalmente en el Uruguay.

En primer término, la eventual incidencia del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de la que el Uruguay es parte. Este artículo dispone, en la parte que interesa: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado”. Se trata de una disposición que codifica un principio de Derecho internacional, que había ya sido expuesto reiteradamente por la Corte Permanente de Justicia internacional<sup>(55)</sup>.

La Suprema Corte de Justicia de la República Argentina, en la causa *Edkmekjian, Miguel Angel c/. Sofovich, Gerardo y otros*, modificando una jurisprudencia tradicional anterior<sup>(56)</sup>, se fundó en esta norma para sostener la primacía jerárquica de los tratados ratificados y en vigencia, sobre la ley interna. Esta posición jurisprudencial argentina, y la posterior Reforma constitucional de 1994, que encaró directa y expresamente la cuestión de la jerarquía de los tratados internacionales y la jerarquía constitucional, y por ende, supra legal de los tratados sobre Derechos Humanos, ha generado una importante doctrina<sup>(57)</sup>.

No pienso que sea posible en el Uruguay, –fundándome en la recordada disposición de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, y utilizando un razona-

---

(55) La Corte Permanente de Justicia Internacional, antecesora de la actual Corte Internacional de Justicia, ya había sostenido reiteradamente este principio en las décadas del veinte y treinta.

(56) Esta jurisprudencia está reseñada en Ernesto J. Rey Caro, “Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en la Constitución Argentina”, en *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, Vol. II, págs. 1280-1285, Bruyant, Bruxeles, 1997.

(57) Entre esta abundantísima y valiosa doctrina, véase: Ernesto J. Rey Caro, Graciela Salas y Zlata Drnas de Clement, *Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional*, Lerner, Córdoba, 1995; Ernesto J. Rey Caro, “Los Tratados Internacionales”, cit., Ernesto de la Guardia, “Nuevo Texto Constitucional y los Tratados”, *El Derecho*, T. 161; Néstor Pedro Sagüés, “Los Tratados Internacionales en la Reforma Constitucional Argentina de 1994”, en *La Ley*, 1994, pág. 1043; Ariel Dulitzky, “La Jerarquía Constitucional de los Tratados de Derechos Humanos en la nueva Constitución Argentina”, *El Derecho*, T. 163, 1995, pág. 939; M. A. Ekmekajian, “Los Tratados Internacionales en la Reforma Constitucional”, en *Pensamiento Jurídico*, Centro de Estudiantes de la Universidad Católica Argentina, Año I, N° 1, 1994; F. Banosa, “La Supremacía y las Reformas Constitucionales: el problema de los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos”, en *El Derecho*, T. 163, 1995; Ricardo Ramírez Calvo, “La Constitución Reformada y los Tratados Internacionales”, en *La Ley*, 1995, págs. 777; D. E. Vicente y J. Rodríguez, “Reflexiones sobre la Relación de Supremacía Constitucional a partir de la Reforma de 1994”, en *El Derecho*, T. 163, 1995, pág. 911-921; Eugenio Luis Palazzo, “La Constitución y Los Tratados Internacionales a partir de la Reforma de 1994”, *Prudentia Juris.*, N° 36, 1994; Susana Albanese, “Panorama de los Derechos Humanos en la Reforma Constitucional”, en *El Derecho*, T. 161, 1995; Silvana González Napolitano, “Las Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno a partir de la Reforma Constitucional de 1994”, en *Prudentia Juris*, N° 34, 1995; Carlos Colanti, “Los Tratados Internacionales y la Reforma de la Constitución”, en *El Derecho*, 6 de octubre de 1994.

miento análogo al seguido por la Suprema Corte Argentina—, llegar a sostener la primacía jerárquica sobre la ley de los tratados ratificados y en vigencia.

El sentido, el objeto y el fin del artículo 27 de la Convención de Viena es otro. No está dirigida esta norma de dar a los tratados ratificados y en vigencia un determinado nivel jerárquico en el Derecho Interno. De lo que se trata es de impedir la invocación del Derecho Interno como justificación para el incumplimiento de un tratado, extremo necesario para evitar el caos internacional que significaría la invocación del Derecho Interno como causal para justificar el incumplimiento de las normas internacionales vigentes. Pero nada más. Incluso, aceptando la tesis monista hasta sus últimas consecuencias, creo que no es posible dar al artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados el sentido y el efecto de provocar por su sola virtud, sin ningún otro apoyo en la Constitución, la atribución a los tratados de una situación jerárquica supra legal, constitucional o hasta supra constitucional.

En definitiva, estimo que no puede extraerse del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en el Uruguay, al efecto de dar a los tratados ratificados y en vigencia, una jerarquía supra legal. La interpretación tradicional del sistema constitucional uruguayo al respecto —que quiero reiterar que me parece anticuado y merecedor de una profunda modificación— sigue siendo correcta.

2) ¿Qué efecto y significado puede tener el artículo 72 de la Constitución uruguayo sobre la cuestión del nivel jerárquico de los tratados internacionales en vigencia ratificados por la República?

Recordemos que esta norma, incorporada al Derecho Constitucional uruguayo en la Carta de 1918, —que establece un criterio muy difundido en el Derecho comparado latinoamericano—, y que tiene su fuente inicial en la Enmienda IX (1791) a la Constitución de los Estados Unidos y en el artículo 33 de la Constitución argentina de 1853 luego de la enmienda ampliatoria efectuada en 1860-<sup>(58)</sup>, dispone que: “La enumera-

---

(58) Amendmen IX (1791) “The enumeration in the Constitution of certain rights, shall not be construed to deny or disparge others retained by the people”. En el Derecho Constitucional Latinoamericano pueden citarse gran número de ejemplos. Entre ellos, además de la Constitucional argentina de 1853, enmendada al respecto en 1860, y las constituciones de Venezuela de 1961, (art. 50) que se refiere a “derechos y garantías”, la de Guatemala de 1985 (art. 44) que lo hace también con respecto a los “derechos y garantías”, la de Colombia de 1991 (art. 94), la de Paraguay de 1992 (art. 45) que se refiere también a los “derechos y garantías”, la de Perú de 1993, que trata de “los derechos” (art. 3), y la de Bolivia de 1967 que lo hace con respecto a “los derechos y garantías” (art. 35), hay que citar entre otros, la de Brasil de 1980 (art. 77) y la de Ecuador de 1998. El artículo 33 de la Constitución Argentina de 1853, con su enmienda de 1860, fue sin duda el texto tenido en cuenta por el constituyente uruguayo de 1918. Sobre la norma argentina en su relación con el artículo 29 c) del Pacto de San José, véanse las agudas consideraciones de Germán J. Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo III, Los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y la Constitución, Ediar, Buenos Aires, 1989, págs 259-261 y el libro de Carlos Ernest, *Los Derechos Implícitos*, Lerner, Córdoba, 1994, págs. 55-70.

ción de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”. Me parece evidente que el Derecho Internacional es apto en el Uruguay, para ampliar, en su proyección interna, “la enumeración” “de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución”, en cuanto puede declarar, proclamar, definir y tipificar derechos que “son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

Esto es así con respecto a los Derechos incluidos y proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, a pesar de su carácter no convencional, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, pese a la misma falta de naturaleza convencional, en otras Declaraciones de sentido especialmente relevante, en los dos Pactos internacionales de Derechos Humanos, en las convenciones en la materia de las Naciones Unidas y de la familia de las Naciones Unidas, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Protocolo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), en el Protocolo sobre la Tortura, a la Convención sobre Desaparición de Personas y en otros textos del Sistema Interamericano. Pero además, este artículo 72, trae como consecuencia la posible recepción de otros derechos, también definidos como inherentes a la persona humana, como por ejemplo, el Derecho al Desarrollo<sup>(59)</sup>, el Derecho al Medio Ambiente Sano y Ecológicamente Equilibrado<sup>(60)</sup> y el Derecho a la Paz<sup>(61)</sup>. Tales derechos podrían pasar asimismo a ser derechos constitucionalmente garantizados y protegidos en el Uruguay, al igual que los derechos expresamente enunciados en la Constitución.

Pero, ¿significa esto además, que por aplicación del artículo 72, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, —especialmente el de naturaleza convencional— como consecuencia de la vigencia y de la ratificación por la República de los pertinentes tratados, tendría internamente jerarquía constitucional? El tema ha sido objeto de reciente consideración doctrinaria en el Uruguay<sup>(62)</sup>. Considero que la respuesta debe

---

<sup>(59)</sup> Héctor Gros Espiell, *Derecho Internacional del Desarrollo*, Valladolid, 1975; Héctor Gros Espiell, “El Derecho al Desarrollo como un Derecho Humano”, *Revista de Estudios Internacionales*, N° 1, Madrid, 1980; Héctor Gros Espiell, *El Derecho al Desarrollo Veinte Años Después*, Universidad de Valladolid, 1996.

<sup>(60)</sup> Héctor Gros Espiell, “El Derecho a Vivir y el Derecho a un Medio Ambiente Sano y Ecológicamente Equilibrado”, en *Revista de la Escuela Diplomática*, Madrid, 1992. Héctor Gros Espiell, “La Protección al Medio Ambiente en el Derecho Constitucional”, en *Reforma Constitucional*, 1997, Universidad Católica, Serie Congresos y Conferencias, N° 16, Rev. Uruguay de Derecho Constitucional y Político, Montevideo, 1997; Mateo J. Magariños de Mello, “La Protección del Medio Ambiente”, en *Reforma Constitucional de 1997*, cit.

<sup>(61)</sup> Héctor Gros Espiell, *El Derecho a la Paz*, UNAM, México y en *Revista de IIDH del Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos*, N° 3, Enero/ junio 1986, San José, Costa Rica.

<sup>(62)</sup> Juan Pablo Cajarville, “Reflexiones sobre los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya”, en *Estudios en Memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, 1996;

ser negativa, pero que es preciso matizar esta posición. El artículo 72 no puede ser interpretado, –ni de acuerdo a su letra ni según su espíritu, su objeto y su fin–, como produciendo el efecto de dar a los tratados sobre Derechos Humanos, ratificados y en vigencia en el Uruguay, jerarquía constitucional interna.

Significa, y esto ya es mucho, que los derechos, deberes y garantías, enunciados en esos instrumentos internacionales convencionales y en ciertos casos en otros de carácter declarativo, cuando “son inherentes a la personalidad humana”, o “se derivan de la forma republicana de gobierno”, pueden complementar la nómina de los “derechos, deberes y garantías” que hace la Sección II. Y esos derechos, deberes y garantías, podrán ser, de tal modo, protegidos y garantizados como los otros que enumera expresamente la Constitución.

Cuando la Argentina, en la Reforma Constitucional de 1994, en el artículo 75, le dio a ciertos instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos jerarquía constitucional (inc. 22), nadie pensó que ese efecto ya se habría producido como consecuencia del antiguo artículo 33, análogo a nuestro artículo 72. El caso argentino es igual al de otros países latinoamericanos, con normas constitucionales similares al artículo 33 de la Constitución Argentina, que incluyeron en reformas constitucionales posteriores a 1990 normas expresas sobre la jerarquía supra legal o constitucional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En ninguno de estos casos se sostuvo que esa jerarquía ya existía como consecuencia de una disposición constitucional ya, existente, análoga al artículo 33 argentino y el artículo 72 uruguayo.

Cuando Estados Unidos ratificó el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, ni la doctrina ni la jurisprudencia pensaron en sostener que en virtud de la IX Enmienda, –fuente originaria e indirecta de nuestro actual artículo 72–, ese instrumento internacional había adquirido jerarquía constitucional o supra legal. Estas referencias comparativas tienen hoy, indudablemente, para el Uruguay importancia interpretativa. Es decir, que no habiéndose producido una enmienda o reforma constitucional en el Uruguay que, de manera expresa, asigne a los instrumentos internacionales aplicables en la esfera interna, en materia de Derechos Humanos, una jerarquía supra legal o constitucional, no es posible atribuirle en base a una interpretación del artículo 72.

Sin perjuicio de ello, creo que hay que destacar el efecto importante, antes señalado, que este artículo tiene con referencia a la inclusión en la nómina de derechos humanos constitucionalmente protegidos en el Uruguay otros derechos “inherentes a la personalidad humana”, o que “se derivan de la forma republicana de gobierno”, que se encuentren o puedan en el futuro encontrarse declarados en instrumentos internacionales aplicables en la República.

---

Martín J. Risso Ferrand, *Derecho Constitucional*, Tomo III, Estado Social y Democrático de Derecho. Derechos, Deberes y Garantías, Ingranusi Ltda; Montevideo, 1998, págs. 172, 116, 108-112.

Por lo demás, estimo que el artículo 72 contribuye a basar el criterio, que resulta además de otros fundamentos, dirigido a la necesidad de usar esos instrumentos internacionales en la interpretación de las normas constitucionales que enumeran, protegen y garantizan Derechos Humanos.

3) El mismo criterio en que se funda el artículo 72 de la Constitución uruguaya está recogido internacionalmente en el artículo 29 c (Normas de interpretación) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta norma dice: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

...

“c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno”.

Una norma análoga no se encuentra ni en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), ni en la Declaración Universal (1948), en su artículo sobre interpretación (art. 31), ni en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (1966), en sus normas relativas a igual materia (arts. 24 y 25), ni en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (arts. 46 -47). No hay nada tampoco en la Convención Europea de Derechos Humanos (1950) ni en la Convención Africana.

4) La norma constitucional uruguaya (art. 72) se refiere a “derechos, deberes y garantías”. La Convención Americana (art. 29, c) solo a “derechos y garantías”. La disposición uruguaya a la “forma republicana de gobierno”, la norma de la Convención Americana a la “forma democrática representativa de gobierno”.

El artículo 29 c) de la Convención Americana juega –en cierto sentido, aunque no de manera idéntica– respecto de los “derechos y garantías”, que pueden ser objeto de protección internacional regional, el mismo efecto que el artículo 72 de la Constitución posee internamente en el Uruguay con referencia a los “derechos, deberes y garantías”, no expresamente enunciados en el texto constitucional uruguayo, pero que, sin embargo, han de ser objeto de protección y garantía constitucional en virtud de la aplicación de esta norma. Ambas normas, la interna (art. 72) y la internacional (art. 29 c), se integran y accionan recíprocamente, en virtud de la aplicación de la Convención en el Uruguay.

5) La inclusión en el proyecto de Convención Americana sobre Derechos Humanos, presentado por el Uruguay en la Conferencia Interamericana Extraordinaria de Río en 1965, se debió a una iniciativa del Profesor Alberto Ramón Real en el Simposio organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República<sup>(63)</sup>, para estudiar el Proyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos adoptado en Santia-

<sup>(63)</sup> Simposio sobre el Proyecto de Convención de Derechos Humanos de Santiago de Chile, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1959, pág.164.

go de Chile, en 1959. La propuesta del Profesor Real, que invocó la Constitución Uruguaya, es un ejemplo más de la incidencia del Derecho Constitucional sobre el Derecho Internacional. El proyecto elaborado en el Simposio de Montevideo fue hecho suyo por el Gobierno uruguayo y presentado oficialmente a la Conferencia de Río. Este proyecto, junto con el originario del Consejo Interamericano de Jurisconsultos de Santiago y el proyecto de Chile, fueron remitidos para ser estudiados al Consejo de la OEA y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>(64)</sup>.

La Comisión en el texto final que elaboró, incluyó la iniciativa presentada por Uruguay sobre los derechos, deberes y garantías no enunciados expresamente<sup>(65)</sup>, con modificaciones redaccionales. Este proyecto, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ajustado y con cambios parciales de redacción, fue el artículo 27 c) del proyecto incluido en el documento N° 5 de la Conferencia de San José, fechado el 22 de setiembre de 1969. Se mantuvo, finalmente como artículo 29 c), con la sola eliminación de la palabra “republicana” y la referencia, en cambio, a la “forma democrática representativa de gobierno”, en el texto final incluido en la Convención adoptada el 22 de noviembre de 1969, es decir en el Pacto de San José.

6) El caso de la Constitución de Colombia de 1991 es especialmente interesante. En efecto, su artículo 94<sup>(66)</sup>, no solo trata de los derechos y garantías enumeradas en la Constitución, que no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuran expresamente en ella, sino que incluye en esa situación a los derechos y garantías contenidas en los “convenios internacionales vigentes”. Esta referencia a los convenios o “tratados internacionales” se encontraba ya en el artículo 77, inc. 2 de la Constitución del Brasil de 1980, y se halla también, con la denominación de “instrumentos internacionales” en el artículo 19 de la Constitución ecuatoriana de 1995.

Estas referencias constitucionales a los “convenios internacionales” o a “los instrumentos internacionales” hecha por el artículo. 91 de la Constitución de Colombia, y por los artículos 77 y 19 de las Constituciones de Brasil y Ecuador, con respecto a los “derechos inherentes” no expresamente enunciados en ellas, es particularmente significativa. No sólo porque permite la integración en el Derecho Interno de derechos declarados o proclamados en el Derecho Internacional por medio de convenios inter-

(64) Héctor Gros Espiell, *Le Systeme Interamericain comme Régime Regional de Protection des Droits de l'Homme*, Academie de Droit International, Recueil des Cours, La Haye, 1975.

(65) Daniel Hugo Martins, “La Participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Redacción del Proyecto de Convención (Pacto de San José, de Costa Rica), cap. V (“Las sugerencias de la C.I.D.H. en la protección de los Derechos y Libertades no reconocidos expresamente en la Convención””, en *Héctor Gros Espiell. Amicorum Liber*, Vol. I, pág. 800, Bruxelles, 1997.

(66) Luis Carlos Sáchica Aponte, “Los “derechos inherentes” en la Constitución Colombiana”, en *Amicorum Liber Héctor Fix-Zamudio*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998.



nacionales vigentes, sino también por su interacción con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como consecuencia de la norma paralelamente análoga a las de las Constituciones colombiana, brasileña y ecuatoriana, incluida en las disposiciones sobre interpretación, en el artículo 29, c) del Pacto de San José.

## X

Los derechos y garantías enunciados en los instrumentos internacionales aplicables en el Uruguay, como consecuencia de su vigencia, solo pueden ser “limitados”, de acuerdo con lo establecido por el Derecho Internacional (artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Estos derechos y deberes que existen en el Derecho Internacional aplicable en el Uruguay, coexisten con los declarados en la Constitución y, como ya dije, tienen la misma naturaleza y jerarquía que los incluidos expresamente en el texto constitucional. Por ello, el hecho de que solo sea posible su limitación en las situaciones previstas por la ley<sup>(67)</sup>, y con las limitaciones impuestas, sin que sea admisible, la privación o la supresión de tales derechos, es esencial para superar las cuestiones que ha planteado teóricamente la no muy feliz redacción del artículo 7 de la Carta uruguaya.

El aporte que, en tal sentido, hace el Derecho Internacional al Derecho Interno uruguayo es, en consecuencia, importante y positivo. En efecto, ya no se podrá sostener, por mandato del Derecho Internacional vigente y aplicable en el Uruguay, que la ley es apta para privar a una persona de sus derechos a la vida, al honor, a la libertad, a la seguridad, al trabajo y a la propiedad. La Ley solo puede, en determinados supuestos y con el cumplimiento de estrictas condiciones, limitar el ejercicio de estos derechos. La tradicional interpretación doctrinaria y jurisprudencial –sostenido en el Uruguay– y que he expuesto en el Capítulo V, párrafo 8, encuentra ahora un fundamento decisivo en el Derecho Internacional.

## XI

Las normas de la Sección II de la Constitución, con todos los defectos técnicos que hemos indicado, con su carácter anticuado y con sus incoherencias, han servido y

---

<sup>(67)</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC/ 6/86 del 9 de mayo de 1986 (La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) solicitada por el gobierno de Uruguay, ha dicho: “*Que la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes*”.

sirven de fundamento a la realidad de un Estado Democrático de Derecho, que respeta, está consustanciado con los Derechos Humanos y los vive diariamente. En el futuro será necesario mejorar y actualizar la regulación constitucional de la materia relativa a los Derechos Humanos, encarando nuevas cuestiones y estableciendo garantías complementarias, como puede ser, entre otras, el *Ombudsman* o Defensor del Pueblo, el amparo incluido en la propia Constitución y el recurso de “habeas data”. La regulación constitucional de la materia, es compatible con la protección internacional, universal y regional, de los Derechos Humanos. Hoy no se podría ya concebir en el Uruguay la protección y garantía de los Derechos Humanos teniendo en cuenta solo las disposiciones constitucionales pertinentes. El orden internacional es ineludible y necesario y la protección internacional de los Derechos Humanos es actualmente un complemento imprescindible de la protección nacional, para mejorarla, promoverla y, si es necesario, suplirla.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se aplica directa e inmediatamente en el Uruguay. Los instrumentos internacionales convencionales pertinentes tienen una jerarquía equivalente a la ley interna, con las salvedades y matizaciones que he señalado. Este Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituye un elemento muy importante de interpretación constitucional y legal, cuya significación a este respecto pienso que aumentará en el futuro. Mirando al mañana, estimo que las disposiciones constitucionales existentes hoy en el Uruguay en materia de protección de los Derechos Humanos, deben ser mejoradas, sistematizadas, ampliadas y modernizadas, en especial, dándole a las normas convencionales de Derecho Internacional en la materia, que sean aplicables en la esfera interna, una jerarquía supra legal.

## *B)* TESTIMONIOS



# HOMENAJE A GERMÁN J. BIDART CAMPOS (\*)

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE (\*\*)  
(Perú)

Señor Rector, señor Vice-Rector Administrativo, señor Decano de la Facultad de Derecho, señores autoridades, profesores, señores y señoras:

Nos reunimos el día de hoy en ocasión propicia, para hacer un acto de estricta justicia: la imposición del doctorado *honoris causa* al eximio maestro argentino, Germán J. Bidart Campos. Y digo esto por cuanto pocas son las veces que una preseña de tal magnitud, es entregada a una persona que está unida a nuestro claustro, a nuestros profesores y a nuestros alumnos, desde hace más de veinte años. Pues en este país y en esta Casa de estudios, ha dejado una huella honda e imperecedera con su magisterio, con su ejemplo, y con sus colaboraciones desperdigadas en multitud de publicaciones, no sólo de Lima, sino también de provincias.

Y por si esto fuera poco, nuestro homenajeado ha construido una sólida visión teórica en el ámbito del Derecho, y en especial del Derecho Constitucional, teniendo como vigas maestras las enseñanzas de la fe, su fervorosa adhesión a la Iglesia Católica y su diaria comunión con el mensaje pontificio en las diversas áreas en las que el Jefe de la Iglesia ha dejado estampada su opinión, no ahora, sino desde hace décadas. Homenaje que hace nuestra Pontificia Universidad Católica del Perú a uno de los suyos, que lo es desde siempre, y en la práctica, desde hace muchos años.

La triple identidad de Germán J. Bidart Campos con nuestra Universidad, –identidad en la fe, identidad en el estudio e identidad en la tolerancia–, hacen que esta

---

(\*) Discurso en el acto académico en el cual se distinguió con el Doctorado *Honoris Causa* de la Pontificia Universidad Católica del Perú, al profesor Germán J. Bidart Campos (Lima, 11 de abril del 2000).

(\*\*) Profesor en el área de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

distinción que hoy se le brinda, tenga, por así decirlo, una justificación plena. A diferencia de otros homenajes en los cuales se rinde pleitesía sólo al talento o a la producción intelectual, en este caso, se aúna, en perfecta síntesis, el homenaje a quien además de su valía intelectual es, en el buen sentido de la palabra, un compañero de ruta, de inquietudes y hermano en la fe.

La actividad de nuestro homenajeado es múltiple, y no puede describirse en toda su amplitud en esta oportunidad, por inevitables limitaciones de tiempo. Actividad que se da en el periodismo académico, como lo demuestra su larga presencia en el diario jurídico “El Derecho”, y hoy en los suplementos especializados de “La Ley”, así como en artículos breves que escribe para publicaciones de larga circulación. Actividad en la docencia, como lo acreditan los cargos que ha ocupado en el mundo universitario, como autoridad en distintos niveles, como Decano de la Facultad de Derecho o Vicerrector de Universidad, hasta el que hoy ocupa, como Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas “Ambrosio Gioja” de la Universidad de Buenos Aires, uno de los más prestigiosos de su país. Actividad en la docencia, en donde ha dictado multitud de cursos vinculados con la problemática política, institucional, histórica y filosófico-política. Y esto sin contar con sus numerosos trabajos, un total de 70 volúmenes, que cubre un aproximado de 45 obras, sobre los más variados temas.

Y aquí es quizá donde más debemos detenernos. No sólo por la amplitud de la obra, fruto de un trabajo serio, disciplinado y constante, sino por la dimensión de los temas abarcados. Germán J. Bidart Campos, aparte de su numerosa obra académica, ha escrito manuales de colegio, poesía, libros sobre temas religiosos y de liturgia, que aquí no vamos a considerar.

Pero lo importante es que es uno de los poquísimos constitucionalistas del siglo que acaba, que ha tocado todas las aristas de la disciplina. Así, tenemos:

- a) Su libro sobre *Derecho de Amparo*, que publicó por vez primera en 1961, y que luego reeditó, en forma más completa y elaborada, en 1968. Este es uno de los libros pioneros, fundadores del amparo argentino, de tanta influencia en el resto de nuestros países. Al lado de él podríamos colocar, quizá, el de Lazzarini y el de Carrió. Hay otros que han venido luego, pero estos son los que podríamos llamar fundacionales del Amparo. Y decimos del Amparo, porque es un instituto procesal muy amplio, que en cierto sentido completa lo que protege otro instituto más que centenario, como es el Habeas Corpus.
- b) Su *Derecho Político*, o como más adelante lo llamó, *Lecciones elementales de política*, con numerosas reimpressiones, que es un vasto panorama que muestra en todas sus facetas, el Estado a la altura de nuestro tiempo. Breve y compendioso, trata con singular rigor los problemas que la doctrina clásica, y también la contemporánea, han tocado con maestría.
- c) En forma más extensa y, con grandes concesiones a la realidad política en general y, en particular, a la realidad argentina como latinoamericana, son los dos volú-

menes titulados *Derecho Constitucional*, publicados en 1963, y que luego serían completados y notablemente ampliados, en los dos tomos que publicaría en 1967, con el sugestivo título de *Derecho Constitucional del Poder*.

Con lo anterior, brindó un gran panorama de la problemática contemporánea del Estado, tanto argentina como Occidental. Unió en ellos la doctrina con la dogmática y con la práctica, como consecuencia del magisterio, no negado, del insigne Werner Goldschmidt.

Aspecto no menos importante, pero no ahondado, es el hermoso volumen titulado *Filosofía del Derecho Constitucional*, que seguramente es el que más gusta a su autor, en donde precisamente reflexiona sobre los principios del constitucionalismo contemporáneo. El título para mi gusto, es equívoco, pues no refleja fielmente lo que quiere su autor, que es precisamente, sentar las bases del Derecho Constitucional en nuestros días. Se trata de una investigación de largo alcance, que nuestro autor lamentablemente, acosado por otras urgencias, no ha podido desarrollar, y en donde ataca el grave problema de los fundamentos de nuestra disciplina.

No menos sugestivo es el panorama que ofrece sobre la historia política y constitucional argentina, que cubre un muy amplio espectro, desde principios del siglo XIX, hasta prácticamente nuestros días. A diferencia de otros, no parte de la legislación indiana, ni tampoco se detiene en épocas pretéritas, si no que ofrece todo un desarrollo lineal, de lo que en rigor, es una vívida y sugestiva historia constitucional argentina hasta nuestros días.

Y ya en fecha reciente, ha replanteado toda la problemática del constitucionalismo finisecular, en una obra soberbia: *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, que hay que calificar como lo más original que se ha producido en los últimos tiempos.

Naturalmente, esto no agota su amplia producción. Cabe llamar la atención que aparte de estos trabajos globales y magistrales, Germán J. Bidart Campos ha dejado su huella en temas de palpitante actualidad, y sobre los cuales ha hecho sentir su palabra, para participar en un debate al cual muchos rehuyen. Esto es, estamos ante un constitucionalista que sin estar en el debate político, lo ha observado y lo ha analizado, y sobre él ha emitido su opinión, para que quede constancia de que no rehuyó su responsabilidad como intelectual comprometido. Esto está diseminado en multitud de ensayos, artículos, monografías y folletos, de los cuales rescato ahora los relacionados con los siguientes temas:

- a) Teoría general de los derechos humanos.
- b) La reforma de la Constitución, sobre la cual ha escrito ampliamente, desde que ésta se produjo en 1994, y que tantos contradictores tuvo.
- c) Los tribunales militares y la Constitución.

- d) Marxismo y Derecho Constitucional.
- e) Las élites políticas.
- f) Grupos de presión.
- g) Gobiernos *de facto*.
- h) Derecho de los Derechos Humanos, en especial el relacionado con el Sistema Interamericano que nace del Pacto de San José.
- i) Derecho Constitucional Comparado, que es una de sus más recientes inquietudes.
- j) Jurisdicción e interpretación constitucionales.

De esta suerte, todo el panorama del Derecho Constitucional y su problemática, quedan cubiertos, en libros, folletos y ensayos que tratan la política, la historia, los fundamentos, y los principales problemas del día de hoy. Y todo esto es una prosa ágil y cuidada, con originalidad en el enfoque.

Si hacemos un ligero recorrido de cuantos en nuestro tiempo y sobre todo en nuestra lengua, cubrieron campo tan amplio, creo que nadie iguala a Germán J. Bidart Campos, ya que no sólo trabaja la dogmática (como casi todos) o analiza los hechos (como hoy hacen los franceses) sino que lo completó con un amplio abanico de referencias, que permiten pensar que estamos ante un jurista integral.

Pero si hacemos un esfuerzo, podríamos pensar en una figura aún, como fue la de Adolfo G. Posada, cuyo magisterio iniciado a fines del siglo XIX, cubrió las primeras décadas del siglo XX. Pero eso ocurrió en otras épocas y en otras circunstancias, pues Posada fue, además, traductor entusiasta y abarcó un cúmulo de actividades, que ni en la misma España, nadie lo ha podido imitar.

Sin embargo, por encima de este currículum impresionante, es necesario acercarse al hombre que vive a despecho de estos datos y de esta larga lista de actividades y de publicaciones. Germán J. Bidart Campos no sólo es un gran jurista, un gran maestro y un pensador original que se expresa en una limpia prosa. Es, sobre todo, un gran amigo del Perú, amigo de esta Facultad y amigo de esta Casa.

En lo personal, conocí a Germán hace veinticinco años en la ciudad de México, con motivo de la celebración del “Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional”, organizado por la Universidad Nacional Autónoma de México, cuando dedicarse a esta disciplina parecía algo divertido, en un continente jaqueado por dictaduras del más diverso pelaje. Desde entonces, lo traté y descubrí su gran calidad humana y su gran bondad. Pronto lo vinculé a la comunidad constitucional peruana, y desde entonces nos ha acompañado en muchos eventos y en todos nuestros Congresos Nacionales y ha sido el espaldarazo para todas nuestras pretensiones. Germán J. Bidart Campos se ha prodigado sin retaceos, y todos somos testigos de ello.



Por eso, este homenaje que hoy le brinda nuestra Universidad, lo hace al amigo, al maestro, al gran constitucionalista, al hombre de incommovible fe católica, al creyente en el Derecho Natural y en los derechos humanos. Al honrar a Germán J. Bidart Campos, nosotros mismos nos honramos.



# BIDART CAMPOS: VOCACIÓN Y PENSAMIENTO DE UN CONSTITUCIONALISTA (\*)

UBALDO CENTURIÓN MORÍNIGO  
(Paraguay)

Cuando al Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, eminente jurista, antiguo y brillante maestro de Derecho Ricardo Levene (h.) le preguntamos su opinión sobre Germán J. Bidart Campos, nos dijo: “Es un autor prolífico, un hombre estudioso”.

Bidart Campos es conocido en nuestro país por sus importantes libros sobre temas políticos y constitucionales. Tiene prestigio, internacional. Está considerado uno de los más lúcidos y fecundos constitucionalistas de América Latina. Lo visitamos, hace poco tiempo, en su departamento de Buenos Aires donde nos brindó un trato cordial, con la humildad que es propia de los grandes hombres. La soberbia caracteriza a los mediocres infatuados que quieren cubrir con solemnidad la pobreza o ausencia de ideas. Hay algo de sentido religioso en la figura de este profesor eminente de hablar pausado, de ademanes serenos que nos recibió en su biblioteca, un ambiente austero donde se destaca un crucifijo. Allí, entre cientos de libros convenientemente ordenados, allí donde vemos muchos diplomas de diversas universidades del mundo junto a condecoraciones y pergaminos de alumnos agradecidos, allí medita y escribe, actividad que prácticamente sólo suspende para ir a dictar sus clases. Es un científico respetado, un ciudadano que jamás se ha arrodillado ante las dictaduras, porque sólo se arrodilla ante Dios como un cristiano raigal.

Se inició en la docencia universitaria en 1960. Hace treinta y un años que enseña ininterrumpidamente al calor de una auténtica vocación y aguantando a fuerza de idealismo los bajos sueldos con que se “recompensa” la labor intelectual. Los precios –nos dice– suben todos los días y lo que se gana en esta tarea apenas permite vivir

---

(\*) Publicado por Editorial El Foro, Asunción, 1991. Se ha tenido en cuenta la 2a. edición ampliada, Asunción, 2001.

decorosamente. No tengo placeres costosos, me gusta la vida sencilla pero a veces pienso qué haría si tuviese que afrontar un problema de salud, de esos que resultan tan onerosos.

Deja de hablar, nos mira y luego trasuntando que es un espíritu cristiano que no se deja abatir nos manifiesta:

– Bueno, yo siempre confío en el anzuelo de Dios... allí cuando la emergencia es más anonadante, cuando parece que nos hundimos sin remedio aparece ese anzuelo y nos salva.

Le expresamos que compartimos su optimismo, que como decía Ortega y Gasset hay que mantener con fe el “esfuerzo natatorio”, o sea braccar y braccar para no ir al fondo.

– Me complace que me hable de Ortega, yo soy profundamente orteguiano, nos dice.

Y agrega:

– En verdad la labor intelectual está muy mal pagada. A veces uno queda como desenergizado y entonces sólo hay que apelar al máximo del vigor interior.

Nos comenta que algunos amigos le hacen notar lo mucho que ganaría si se dedicase al ejercicio de su profesión de abogado. Pero es evidente que este hombre no nació para pleitear en los tribunales, ni para el mecánico manejo de los códigos mientras se vive la obsesión de elevados honorarios que llevan al lujo o a la abundancia de bienes materiales, con total desinterés por las cosas del espíritu. Bidart Campos nació para abrazar el Derecho como Ciencia, para vivir y transmitir pasión por la justicia, para ver el mundo con los ojos de un humanista y no de ciertos pícaros que se alzan con el dinero de los clientes aunque eso signifique arriar la enseña de la deshonestidad. Nos expresa que le reconfortan las palabras de estímulo que recibe de alumnos, ex-alumnos, de juristas de valía que le hacen llegar elogiosos conceptos sobre su producción intelectual.

Nos cuenta que su valioso libro, totalmente agotado: *Teoría General de los Derechos Humanos* publicado en México, hace muchos años; no puede ser reeditado por dificultades económicas de la casa editorial interesada en lanzar de nuevo la obra.

¿A qué hora escribe, maestro?, indagamos.

– De día, de noche jamás...

¿Puede facilitarnos su curriculum vitae?

– Sabe que no lo tengo. Nunca me ocupé de esas cosas. La vez pasada me vi en serio aprieto porque tenía que presentar mi curriculum en un concurso de cátedra. Lo hice por necesidad pero en forma muy incompleta.

En la conversación sostenida con Bidart Campos, hablamos también de su reciente y denso libro sobre acuerdos internacionales en materia de derechos humanos.

– Me paso bregando por la vigencia del Pacto de San José de Costa Rica que ha sido ratificado por la Argentina. Y a veces debo salir a refutar a algunos hombres de Derecho que increíblemente argumentan que ese Pacto no integra el Derecho Positivo. Sostener eso es una barbaridad...

Bidart Campos es un firme defensor del derecho de rectificación, conceptuándolo como inseparable del deber del Estado de proteger la honra de las personas. No es admisible que alguien se escude en su condición de periodista para manosear la dignidad de los seres humanos. La libertad de prensa no es facultad para informar irresponsablemente o para tratar como una bolsa de carbón el preciado decoro del hombre. “Las injurias son las razones de los que no tienen razón”, decía Rousseau. No podía faltar una referencia a la anunciada visita de Bidart Campos para disertar sobre reforma constitucional.

En Asunción, se lo espera con gran expectativa, maestro. Concretar estas conferencias es un alto mérito de sus organizadores.

– Espero no defraudarles. Tras mi exposición, aguardaré preguntas sobre los temas elegidos para que las charlas resulten animadas. Ojalá tenga éxito como Goycochea en el arco...

Este aún joven maestro del Derecho Constitucional tiene una severa y fructífera disciplina intelectual. Es de la legión de los creadores, no de los que pasan por la vida sin dejar rastros de inquietudes superiores. Ha escrito: *Lecciones Elementales de Política, Los derechos del hombre, La Constitución de frente a su reforma, Problemas políticos del siglo XX, La recreación del liberalismo, política y Derecho Constitucional, Valor, justicia y derecho natural, Ciencia Política y Ciencia del Derecho Constitucional. ¿Unidad o dualidad?, La Corte Suprema. El Tribunal de las garantías constitucionales, Para vivir la Constitución, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino* en tres tomos, obra monumental; *Las Obligaciones en el Derecho Constitucional, Marxismo y Derecho Constitucional, El Derecho Constitucional del Poder, Filosofía del Derecho Constitucional, Historia e Ideología de la Constitución Argentina, Régimen Legal y Jurisprudencial del amparo, Historia Política y Constitucional de la Argentina, Manual de Historia Política, El Poder, Los Tribunales militares y la Constitución, Las élites políticas, El Régimen político de la “politeia” a la “República” y La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional.*

Recorriendo la calle Talcahuano, donde se respira cultura jurídica, encontramos otro libro de este insigne pensador argentino: “*Los equilibrios de la libertad*”. Lo adquirimos, le mostramos al maestro y él nos honra con una dedicatoria generosa. A modo de pórtico, esta obra llena de entusiasmo por la dignidad humana, por la justicia

y la democracia, trae esta frase luminosa de Eduardo Mallea: “*El pensamiento humano más grande es el que propone un grito más grande en favor del hombre, una defensa más grande del más indefenso de los hombres*”.

Julio de 1990.

\* \* \*

Este talentoso y brillante jurista argentino, no habla con la jactancia de los petulantes, ni enseña con rimbombante autosuficiencia. Confiesa que después de culminar sus estudios universitarios, fue que se impuso una rigidísima disciplina intelectual, renunciando a incontables horas y recreaciones para desarrollar su vocación por la cultura. No le avergüenza confesar que el alumno Bidart Campos fue reprobado en Derecho Constitucional, Ciencia a la que una vez egresado de la Universidad se consagró con ilimitado entusiasmo al punto de ser hoy una autoridad respetadísima en la materia.

Diarios de gran importancia como “La Nación” de Buenos Aires, cuando se trata de dilucidar un tema constitucional complejo, recurren a la autorizada opinión de Bidart Campos, a modo de reconocimiento del elevadísimo sitial alcanzado por él en esta rama del Derecho Público que reglamenta las instituciones políticas del Estado.

Obtuvo el Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires en 1953.

- Profesor Titular de Teoría del Estado y de Derechos Humanos y Garantías en la Universidad de Buenos Aires.
- Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica Argentina.
- Profesor Distinguido por la Universidad Autónoma de México.
- Profesor Invitado de la Universidad Externado de Colombia.
- Doctor Honoris Causa por la Universidad San Martín de Porres, de Lima, Perú.
- Miembro Honorario del Colegio de Abogados de Lima, Perú.
- Premio Consagración Nacional en Ciencias Sociales en 1983.
- Premio Provincias Unidas de la Universidad Nacional de Córdoba.
- Primer Premio de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, en 1967.
- Miembro de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de la Academia Interamericana de Derecho Internacional Comparado,

de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires, y de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid, España.

Con frecuencia es invitado a disertar en centros culturales de Argentina y del exterior.

Dictó importantes cursos en la Universidad Panamericana de México, en la Universidad Latinoamericana de México, en la Universidad Nacional Autónoma de México y en diversas universidades de Argentina.

Con entrañable vocación de periodista dirige el Diario Jurídico “El Derecho” de la Universidad Católica Argentina, en el que escribe sobre diversos temas constitucionales y doctrinas políticas. Bidart Campos es un laborioso intelectual: ha publicado más de 55 obras de Derecho Constitucional, Ciencia Política, Filosofía Jurídica y otros temas. Ha escrito para la prensa más de dos mil artículos sobre asuntos constitucionales y políticos.

\* \* \*

En su visita a la centenaria Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, aprovechamos el momento para dialogar sobre su vida y su obra con el autor de tantos libros que reflejan su personalidad de jurista y su fervorosa prédica al servicio de la libertad, de una libertad a la que, según él dice con insistencia, no la quiere ver insularizada como disfrute de unos pocos privilegiados porque considera que tan grande bien a nadie se le debe negar como camino abierto hacia una auténtica igualdad de oportunidades.

¿Cuál es a su criterio la Constitución ideal?

– Cuando uno crece en años no pierde el idealismo pero se vuelve más realista y entonces el arquetipo de la Constitución ideal es visto como un modelo de justicia, que nunca podrá ser realizado a la perfección por la limitación propia del hombre y de sus conductas. Por eso, en el modelo ideal de Constitución incluyo sólo un mínimo cuya realización se rellena y se reajusta con contenidos variables siempre inspirados en la justicia pero marcados por la contingencia histórica de cada situación concreta del lugar y de tiempo.

Ese contenido mínimo está dado por el respeto, la promoción y la garantía de los derechos personales y por una estructura de poder limitado, distribuido y controlado en el marco de lo que hoy se llama el Estado social y democrático de Derecho.

¿Cómo se organiza un Poder Judicial independiente?

– Tiene que darse la independencia funcional. Contarse con recursos humanos y económicos. Debe haber presupuesto propio, infraestructura suficiente, designación

despolitizada de los jueces; inamovilidad; intangibilidad e irreductibilidad de los sueldos. Debe crearse una escuela judicial para acceso y los ascensos en la magistratura.

¿Cuál es su concepto de la democracia?

– Desde mi tesis doctoral hace 38 años, sigue siendo el mismo, con leves retoques progresivos: reconocimiento y respeto de los derechos de la persona humana a lo que he ido añadiendo también la promoción de esos derechos y la libertad política, no reducida sólo al sufragio, sino ampliada a la libertad de participación.

¿Puede haber democracia en un país donde a algunos grupos políticos se les prohíbe ejercer sus derechos políticos?

– En la democracia no se debe marginar a grupo alguno ni a través de las normas jurídicas ni a través de marginalidades de hecho que sean producto de factores socio-económicos culturales o de cualquier otra índole equivalente.

¿Cuál debe ser el papel del abogado en el mundo de hoy?

– La específica labor profesional y dentro del protagonismo que asume según los matices de la actividad que desempeña, es equivalente al que les cabe a los jueces o sea la búsqueda, la obtención de una solución justa a cada caso que deban atender.

¿A quiénes recuerda como a sus grandes maestros?

– A Ricardo Levene, quien me enseñó la introducción sociológica al Derecho, indiano, hispánico y patrio. A Isidoro Ruiz Moreno, profesor de Derecho Internacional Privado. A Gastón Federico Tobal, catedrático de Derecho Romano. A Faustino Legón, que me enseñó Derecho Político. Era muy católico. Su tesis doctoral había elaborado sobre el Patronato. A Hugo Alsina, muy afable, mi profesor de Derecho Procesal Civil. A Carlos Cossio, de quien escuché magistrales clases de Filosofía del Derecho. En Derecho Penal tuve dos eximios maestros: Alfredo Molinario y Carlos Fontán Balestra. Lamentablemente, no tuve oportunidad de ser alumno de Rafael Bielsa, gran figura del Derecho. Después de egresado, en 1958, conocí a Werner Goldschmidt, de quien me honré en ser discípulo. Tuve con él una relación personal muy estrecha hasta el 87, año en que murió. Mantuvimos una asesoría jurídica juntos en 1974.

Nunca olvido esta anécdota: una vez conversábamos sobre el tema teológico del acatamiento a la voluntad divina y sobre la actividad humana encaminada a moderar efectos perniciosos causados por daños naturales como terremotos, y entonces él me dijo que no debe considerarse como falta de acatamiento a la voluntad de Dios el empeño por corregir aquellos efectos dañinos producidos por causas naturales. Como ejemplo me señaló lo siguiente: si tomamos con tremendismo el acatamiento a la voluntad divina no podemos ingerir una cafiaspirina cuando nos duele la cabeza porque tendríamos que decir que en el plan de Dios está previsto que nos duela la cabeza.

¿Qué puede decirnos acerca de su tesis doctoral?



– Que la presenté con éxito en 1953, sobre el tema: “La democracia como forma de Estado”. La mesa examinadora estuvo integrada por Faustino Legón, Juan Miguel Bargalló y Cirilo Joaquín Díaz de Vivar. Esa tesis continúa inédita. Sólo un resumen de ella está contenida en mi libro *Doctrina del Estado democrático*, publicado por la editorial Ejea. Lo cita Biscaretti di Ruffia en su obra *Derecho Constitucional*.

¿Cuál fue su primer libro?

– Debo hablar de tres manuales para colegios secundarios referidos a Educación Democrática, en 1956. Tenía 29 años de edad.

¿Es cierto que Ud. fue reprobado en Derecho Constitucional?

– Es verdad. Rendí con Marcelo Sánchez Sorondo y no pude aprobar... acababa de renunciar a la cátedra González Calderón.

¿Cuáles son los libros de su autoría por los que siente predilección?

– Debo hablar de cariños variables... me han producido especiales satisfacciones *La recreación del liberalismo*, *Los equilibrios de la libertad*, *Teoría General de los Derechos Humanos*, un libro que edité en México; *El Régimen Político*; la *Historia política y constitucional argentina* en tres tomos, una obra a la que consagré tres años de intenso trabajo. Y no puedo ocultar mi simpatía por mis libros de poesía, libros que los escribí entre el 50 y el 69.

¿Qué recomienda a los que están en el poder?

– Que tengan en cuenta que son administradores de cosa ajena. ¿Qué es la República? La cosa común.

¿Y qué sugiere a los que están en la llanura?

– Que deben controlar, colaborar y participar...

A su criterio, ¿cuáles son los derechos y obligaciones de los profesores de Derecho?

– El tema a abordar desde nuestra personal perspectiva, será encuadrado en el enfoque del trialismo, elaborado por el Profesor Werner Goldschmidt, que presupone considerar al derecho o “mundo jurídico” como un complejo formado por tres sectores o dimensiones: las conductas, las normas, y el valor. El trialismo participa, en su tronco genético, del tridimensionalismo que han usado Miguel Reale, Legaz y Lacambra, Recaséns Siches, etc. Comparte, asimismo, las iusfilosofías que, aunque a veces antagónicas entre sí, predicán que el Derecho es conducta, es realidad, es cosa, al modo como la vieja escolástica tomista hablaba del Derecho como “*ipsa res insta*” (la misma cosa justa), y como la escuela egológica argentina de Cossio enseña que el Derecho es conducta humana en interferencia intersubjetiva.

De aquí se desprende una propuesta, para que los profesores de Derecho no limiten la enseñanza que imparten, en cualquiera de las ramas jurídicas, al orden normativo, y dentro de éste, al de las normas expresamente formuladas (o escritas), sino que atiendan al “hecho”, a los comportamientos, a las conductas, a la vigencia de sociológica (en nuestra disciplina que es el Derecho Constitucional diríamos: atender a la Constitución material o real, confrontada por supuesto, con la escrita o formal. Es vital observar cómo funciona y operan los sistemas normológicos, cómo caen en desuso, cómo los interpreta y aplica la jurisprudencia (o Derecho judicial), cómo es el Derecho no escrito (espontáneo o consuetudinario). Y todo este material ha de completarse con la valoración, para saber si es justo o injusto, más justo o menos justo. En esta dimensión del valor, ha de remitirse también al tema de la unidad de un solo valor jurídico (la justicia), del plexo plural de valores (que añade a la justicia, como valores dependientes o subordinados, otros muchos: orden, paz, bienestar general, cooperación, solidaridad, libertad, etc.) Por fin, ha de proponer el análisis de si la comunidad comparte valoraciones positivas o negativas, y si los valores se realizan empíricamente con signo positivo, o con signo negativo (disvalor o contravalor).

Lo antedicho admite ser contemplado desde dos perspectivas. Una es la del derecho del profesor a elegir la iusfilosofía preferida por él para marcar la tónica de su docencia en una disciplina jurídica. La otra es la de una obligación cualquiera sea la iusfilosofía que adopte y aunque acaso se enrola en una no tridimensional ni trialista (por ejemplo, en el purismo metodológico kelseniano), nos parece a nosotros que un profesor de Derecho no ha de circunscribirse a describir, explicar e interpretar el orden normativo, sino que ha de inducir a sus alumnos a verificar si la dimensión sociológica es recíproca o no con el orden de las normas. Es decir, debe atraer la atención del discípulo hacia las conductas que acatan, infringen o deforman las normas, con todos sus fenómenos adicionales: Derecho no escrito, jurisprudencia, etc.

Un derecho inalienable del profesor de Derecho es el de libertad de cátedra cuyo mínimo aspecto le permite asignar a su enseñanza el contenido, el enfoque, la orientación, las guías bibliográficas que él escoge; y lo libera de someterse a criterios heterónomos, oficiales, partidistas, etc., así como de tener que omitir críticas y discrepancias, o de autocensurarse.

En su libertad de cátedra, el docente debe ser veraz y leal con sus convicciones profesionales y personales, y transmitir las al alumnado con igual franqueza. Lo que cree con firmeza, no ha de disimularlo; lo que tiene en duda, ha de plantearlo como sujeto a revisión, a debate, a alternativas; lo que no sabe ha de confesarlo, sin disfrazarlo con improvisaciones o apariencias de sabiduría. No debe ser dogmático, no ha de ser intolerante con la opinión distinta o ajena, y debe admitir que su libertad de cátedra como profesor tiene su contrapartida en otra libertad similar del alumno, a la que desde su magisterio ha de estimular, además de respetar, para que el alumno aprenda a razonar con sus propios argumentos; pueda disentir con la orientación del profesor, utilice la bibliografía que él prefiera; opte y se forme su propio juicio personal.

El profesor tiene la obligación de estar actualizado. La limitación humana le impide conocer y dominar exhaustivamente toda la bibliografía de su materia. Debe aclarar ante sus alumnos su personal limitación, hacerles comprender que el profesor no es “sabelotodo”, que estudia y aprende cotidianamente, que tiene puntos oscuros, bajo análisis inconclusos, y otros todavía no esclarecidos. Ha de admitir el interrogatorio, y afrontarlo con honestidad diciendo que sobre tal o cual cosa no está en condiciones de responder con certeza, que sobre tal otra no se ha formado opinión personal segura, remitiendo a los autores que se han ocupado del tema objeto de la pregunta. No ha de poner en interdicción a ningún autor, no ha de ignorar o soslayar a los que profesan puntos de vista contrarios o distanciados del suyo. En una palabra, ha de ayudar al alumno a que piense, reflexione, razone y extraiga conclusiones.

El profesor de Derecho, más que un glosador o expositor de una disciplina, de un sistema normológico, de la jurisprudencia, de los fenómenos jurídicos, tiene que despertar en aquéllos a quienes imparte enseñanza, una mínima vocación por la investigación personal. Ha de evitar presentarles su asignatura como la más importante, pero ha de darles razón de la importancia que tenga para el científico del Derecho y para el profesional del Derecho.

Muchas de las reflexiones antecedentes se ligan a un aspecto fundamental, cual es el del que el profesor de Derecho tiene, como derecho y como deber, la búsqueda de la verdad en el ámbito de su disciplina. Esa “develación” de la verdad le incumbe a él como docente y como investigador, y en segundo lugar, ha de ser la que imprima sentido y orientación a su enseñanza, y la que le sirva para estimular a sus alumnos en idéntico propósito y en la misma finalidad. De ahí la admisión y el uso del método coloquial, sin eludir ni trabar las réplicas, sin aferrarse a dogmatismo, sin la petulancia de haber descubierto toda la verdad y “su” punto de vista personal sobre la verdad.

Dentro del estilo democrático al que adherimos íntimamente, el docente de derecho ha de encontrar en su materia –con más abundancia en unas que en otras– los temas, los aspectos y las cuestiones que se comprometen con la democracia, con la dignidad de la persona, con su libertad y con sus derechos. Ha de enderezar su enseñanza a la propulsión de las instituciones y los valores democráticos, ha de infundir con vivacidad y fe contagiosa las convicciones compatibles con ellos, ha de mostrar al mundo jurídico como un orden de convivencia donde los hombres y la sociedad puedan desarrollarse plenamente, y donde el Estado y el aparato de poder respondan al mismo modelo democrático. Pero si el docente, en ejercicio de su libertad de cátedra y de investigación, y en su deber de búsqueda de la verdad, no ha de ocultar ni disimular, ni tergiversar sus creencias y sus convicciones, tampoco ha de valerse de su cátedra y de su docencia para hacer proselitismos que no concuerdan con la función profesoral.

El profesor de Derecho tiene una función importante, porque del grupo de sus discípulos habrá de surgir buena parte de las dirigencias futuras en diversos ámbitos sociopolíticos. No se trata de hacer elitismo vano, ni de menospreciar otras carreras,

pero la formación humanista y cultural se acentúa mucho más en el estudiante de Derecho que en el que se dedica a especialidades situadas, latamente, fuera de lo que se denominan ciencias del hombre o ciencias de la cultura. A este dato debe prestar atención el docente de derecho, y no porque su tarea sea excluyente de otras, sino porque ella ha de hacerse cargo de manera muy especial del desarrollo integrador de la personalidad de sus alumnos.

¿Cómo conceptúa a Segundo V. Linares Quintana?

– Es un gran maestro. Como estaba en el exilio, yo no pude ser su alumno.

Bidart Campos siente simpatía profunda por Jorge Reinaldo Vanossi y Néstor Pedro Sagués con quienes, según afirma, comparte una misión por la libertad.

Cuando le preguntamos qué pensadores influyeron en su obra intelectual, cita a Alberdi, Juan Zorrilla de San Martín, a Ortega y Gasset, Maritain, Unamuno, Joaquín B. González, Sánchez Viamonte. Dedicó conceptos elogiosos a José Manuel Estrada, García Pelayo, Bielsa, Laín Entralgo y manifiesta el constitucionalista argentino que en su adolescencia lo encendió de idealismo generoso la prosa alada de José Enrique Rodó.

\* \* \*

Las conferencias sobre cuestiones constitucionales que dictó en Asunción el maestro Bidart Campos, en agosto de 1990, fueron de una gran brillantez y un numeroso auditorio compuesto por profesores y estudiantes de Derecho siguió atento la serie de exposiciones dichas con lenguaje claro y sencillo,

Ante el interés nacional por la reforma constitucional, aclaró el visitante ilustre:

“Como extranjero, no vengo a dar consejos, sin conocer la realidad social”. Insistió: “No vengo a dar recetas constitucionales”. Pero señaló que una Constitución debe ser fruto del consenso, nunca la obra que un sector impone al cuerpo social. Dijo también que la técnica constitucional exige realismo, alejarse de las abstracciones estériles.

“La Constitución –agregó– no debe ser un bebé de probeta, tiene que reflejar la realidad del medio, todas las superiores inquietudes de la ciudadanía”. Destacó que el mejor ambiente para elaborar la Ley de leyes es una atmósfera de libertad, de tolerancia, de amplia participación. Significó igualmente, que la Constitución tiene que nutrirse de la filosofía del constitucionalismo social y que debe ponerse el máximo cuidado para que los derechos sociales no sean derechos imposibles. O sea, de mucho lucimiento en el papel, pero totalmente ausentes en el campo de lo fáctico. Bidart Campos también indicó que hay que evitar una inflación normativa en materia de declaración de derechos. “No hay que copiar, no hay que hacer injertos traumáticos”, advirtió.

Bidart Campos entiende que la Constitución debe incluir una cláusula abierta para que los países se integren a los sistemas comunitarios, en esta hora de constante apelación a dar pasos efectivos para concretar la ansiada integración. En otro orden de cosas el experto en Derecho Constitucional se declara partidario de la abolición de la pena de muerte para cualquier tipo de delito.

Significó el maestro que a la hora de redactar una Constitución debe tenerse presente lo que Montesquieu advertía: “el que tiene el poder tiende al abuso del poder”. Y dijo también que en el texto constitucional debe conciliarse la autoridad con la libertad, haciendo una ley fundamental que no sea exageradamente detallista. Se pronunció el conferenciante por la contemplación en la Constitución de los intereses difusos o colectivos, o sea por la necesidad de preservar el medio ambiente, la flora, la fauna, el patrimonio histórico y cultural. No sólo debe ocuparse la Constitución de los clásicos derechos subjetivos.

En sus medulosas disertaciones en el Palacio de Justicia de nuestro país, el sobresaliente estudioso de los temas constitucionales dio estos conceptos y apreciaciones:

- 1) Debe haber total sometimiento al Pacto de San José de Costa Rica y aceptarse la competencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, lo que de ninguna manera entraña resignación de soberanía;
- 2) No hay que aplicar criterios muy rígidos en cuanto a la independencia de los Estados en esta época en que el panorama mundial demuestra creciente interdependencia y hay que entender que el hombre es ciudadano del mundo;
- 3) Creo mucho en el activismo del Poder Judicial como un medio para afianzar un auténtico Estado de Derecho;
- 4) No debe soslayarse el viejo pensamiento romano según el cual “todo el Derecho está constituido por causa del hombre”;
- 5) Los indultos deben concederse para los condenados, no en caso de procesados porque ello equivaldría a interferir en el ámbito de la justicia;
- 6) El Ministerio Público implica un extra-poder al que no se lo debe tener dependiente de ningún poder;
- 7) Hay que ahondar el sistema de control constitucional;
- 8) Es necesario introducir en el texto constitucional la institución del defensor del pueblo, lo que coadyuva para la mejor protección de los derechos humanos;
- 9) La Constitución Nacional debe tener valor docente;
- 10) Es preciso conducirse con cuidado a la hora de redactar una nueva Ley fundamental para no insertar instituciones que en otros medios pueden funcionar pero que aquí pueden fracasar por la idiosincrasia de nuestro contexto social, político y

cultural, pero lo afirmado no conlleva negar el valor del Derecho Constitucional Comparado;

- 11) Son muy buenas la Constitución española y la del Perú sancionada en 1979, pero quienes deben elaborar una Carta Magna tienen que aplicar medida para no ir a los trasplantes automáticos o a meras copias;
- 12) Debe eliminarse el requisito de la religión para ser Presidente de la República, porque ello es incompatible con la libertad religiosa;
- 13) Es menester establecer principios de autonomía y cooperación en las relaciones entre el Estado y la Iglesia;
- 14) El Estado frente a los derechos sociales debe cumplir un papel activamente universal, realizando políticas de bienestar, en todas las áreas como la vivienda, salud, seguridad social;
- 15) En la Constitución de Córdoba (Argentina) todos los derechos sociales configuran cláusulas operativas, a menos que sean necesarias medidas de reglamentación;
- 16) Los derechos sociales deben adquirir manifestación tangible, o si no se desmora nada todo el propósito de impulsar la justicia social;
- 17) Las constituciones de América Latina deben acentuar el control al Poder Ejecutivo;
- 18) No debe admitirse la facultad del Poder Ejecutivo según la cual puede disolver el Congreso Nacional;
- 19) Debe establecerse el derecho del Parlamento a interpelar a los Ministros del Poder Ejecutivo;
- 20) Debe reconocerse el protagonismo de los partidos políticos;
- 21) Las normas del Código Electoral deben adquirir consagración constitucional;
- 22) En cuanto a sistemas electorales, la Constitución debe marcar pautas mínimas y sobrias, propendiendo a procesos comiciales legítimos, participativos y asegurando no sólo la normalidad del acto electoral sino de la etapa pre-electoral.

Lo ideal es que una Constitución democrática impere en una realidad democrática. Que la norma que proclama la libertad no se encuentre con un ambiente caracterizado por la opresión o el autoritarismo. Que el principio jurídico que consagra la igualdad no se vea negado por odiosas e irritantes situaciones de privilegio. No debe creerse que para dar por triunfante a la democracia y por derrotado al totalitarismo basta con aprobar una Constitución de contenido pluralista y de categóricas afirmaciones en pro de los derechos humanos.

“Puede acontecer –expresa Bidart Campos– que la Constitución material no contradiga a la formal; pero puede ser que le resulte opuesta. En la medida en que las

normas de la Constitución formal no se aplican, o se violan sistemáticamente, hay que aceptar –guste o no guste– que aquellas normas sin funcionamiento sólo retienen su vigencia normológica pero carecen de vigencia sociológica.

“Por supuesto que donde hay una Constitución formal que, al modo de la norteamericana, esté revestida de supremacía, predicamos que debe tener vigencia sociológica o, lo que es igual, que debe alcanzar encarnadura y vigencia sociológica en la Constitución material, con lo que queda claro que la discrepancia u oposición entre Constitución formal y material acusa una patología constitucional.

“Necesitábamos resumir estas nociones para encarar los interrogantes propuestos en torno de la importancia de la Constitución formal y de la material.

“¿Cuál es más importante? En Latinoamérica, no vacilamos en decir que la más importante es la Constitución material, o sea, la realidad del régimen. ¿Qué significa ello, y por qué es así? Porque cuando optamos por la democracia, elegimos un sistema político en el que queremos vivir y convivir, del que deseamos y exigimos que sea real, que tenga vigencia sociológica, que funcione. En otros términos, queremos que la Constitución material sea democrática.

“¿Y la formal? Cuando es democrática, ambicionamos que se cumpla, porque para eso está; para cumplirse, para ser aplicada y para funcionar. Pero, si tenemos una Constitución formal democrática, y la material le es adversa, opuesta, o deficitaria, ¿qué valoración hacemos y qué opción nos incita? Puede embargarnos el pesimismo, o el descreimiento, o hasta la tentación de la violencia. Y la conclusión más simple que podemos sacar de lo dicho es que no queremos letras muertas ni textos constitucionales bloqueados, sino democracia efectiva, en correspondencia con la que pueda estar formulada en las constituciones escritas; por eso dábamos más importancia a la Constitución material, y por eso recomendamos cuidado ante la afición al perfeccionismo de los textos que tantas veces, se estancan en formulación de promesas, de buenas intenciones, de proyectos inviables, de derechos imposibles, para luego sufrir burla y cargarnos de desilusiones.

“No abdicamos de la Constitución formal, ni de su importancia, y precisamente porque se la asignamos –y mucha– ansiamos que la democracia que ella propone se haga efectiva y funcione en la dimensión sociológica de la Constitución material.

“Cuando sociólogos y politólogos coinciden en señalar como dato de nuestra experiencia latinoamericana el desajuste entre los textos constitucionales y la realidad, entre Constitución formal y Constitución material, proporcionan un elemento de juicio válido para nuestras afirmaciones: el problema del mundo nuevo no radica en elaborar buenas constituciones escritas, sino en vivir, afianzar y dar durabilidad a la democracia.

“Quienes compartan tal propuesta, pueden coincidir con nosotros en que el drama de nuestras democracias no se resuelve con escribir constituciones democráticas, sino con entrenar diestra y hábilmente hábitos de democracia y con desarraigar y desactivar

los factores que son adversos a la democracia. ¿Qué permiten decir el diagnóstico y la terapia acerca de “Constitución y Democracia en el Nuevo Mundo?” Que nuestra empresa es realizar la democracia en la Constitución material, sin perjuicio de seguir manteniendo la tendencia universal de documentar a la democracia en una Constitución formal, pero sabiendo sinceramente que no basta declararla en un texto.”

\* \* \*

Bidart Campos es un incansable defensor del imperio de la Constitución Nacional, que no es cualquier ley sino el fundamento de todo Estado de Derecho. De ahí que afirma: “Los estudiantes de Derecho están acostumbrados al tema de la supremacía de la Constitución, que es uno más en el programa de la materia “Derecho Constitucional”. No se trata de formular la doctrina de la supremacía en forma erudita. Se trata, más bien, de infundir la convicción firme de que la Constitución es la instancia última de todo el orden jurídico, o el cimiento donde ese orden descansa.

“Es menester crear la representación social de que todo el orden jurídico de nuestro Estado debe respeto y acatamiento a la Constitución, por encima de la cual sólo reconocemos valores que trascienden al Derecho positivo; por de pronto, el valor justicia o Derecho natural.

“Toda la actividad de los gobernantes y de los gobernados –las leyes, los decretos, los reglamentos, las ordenanzas, nuestra actividad privada– tienen que estar de acuerdo con la Constitución. Nunca más estatutos, actas institucionales ni documentos de cualquier índole que tengan la pretensión de subordinar a la Constitución.

“La Constitución tiene que recuperar toda su fuerza, todo su vigor, toda su supremacía. Y no solamente para sustentar una noción teórica, sino para invalidar cualquier norma o cualquier acto trasgresor. Hay que convencer a la gente que toda actividad que vulnera a la Constitución no vale, es inconstitucional, no obliga, carece de fuerza vinculante, y debe ser declarada inconstitucional.

“La Constitución no es cualquier cosa, no es una norma más, no se equipara a una ley común. Ella preside todo el ordenamiento jurídico, y no tolera que se le haga resistencia ni violencia”.

“Quien quiera sea víctima de una lesión a la Constitución, debe defenderse, y al defenderse a sí mismo, defender la Constitución conculcada. Es algo parecido a la lucha por el Derecho, de que hablaba el ilustre Ihering. Esta brega, entonces, no puede detenerse en la creencia que la Constitución es suprema, sino que debe alcanzar a la lucha institucional por sostenerla o recuperarla atacando todas las violaciones de que la Constitución sea objeto.”

Desprestigiar a la Constitución es destituir de valor a la convivencia. Atacar su simbolismo es conspirar contra un tesoro moral, una fórmula de paz, libertad y justicia.



Por eso, Bidart Campos sostiene: “Hay que valorar y valorizar la Constitución. Valorarla quiere decir estimarla positivamente, tenerla como signo de la recomposición social a que estamos urgidos. Valorizarla es infundirle valor, el que un nosotros colectivo tiene que atribuirle. No porque la Constitución no valga por si misma, no porque su valor consista únicamente en el que subjetivamente pueda adjudicársele, sino porque además del valor intrínseco y propio que la Constitución inviste, necesita el que socialmente le trasfunda nuestra comunidad, en esa vivencia común de su valiosidad. La Constitución es buena, es un bien, porque contiene principios, ideas, valores y tradición más que suficientes para estructurar la convivencia.”

Los que ni siquiera conocen el texto de la Constitución mienten cuando se declaran devotos de su observación estricta, de su impecable acatamiento.

“Las creencias –dice Bidart Campos– y valoraciones sociales en torno de la Constitución parten de un punto elemental: hay que conocerla. No se puede estimar, defender y valorar ni respetar lo que no se conoce. No se puede vivir lo que no se conoce. Es claro que con solo conocer la Constitución no queda todo resuelto, pero por allí se empieza. No podemos tener ganas de respetar y de vivir lo que no conocemos, ni aquello en lo que no creemos. Creer en la Constitución es abrigar la convicción de que solamente, su fiel cumplimiento engendra progreso, prosperidad, orden, justicia, bienestar, paz. Y no se cree en algo que no se conoce.”

Defender a la Constitución es propiciar el orden con libertad, el progreso con justicia, la convivencia sin los estallidos del odio ni el veneno del resentimiento. Defender a la Constitución es ser partidario de la cultura y de la civilización, es asumir la más plena fe en el Derecho, como regulador de la convivencia.

“Hemos dicho –expresa el conocido profesor argentino– que a la Constitución hay que defenderla, hay que preservarla, hay que cumplirla. Toda ella queda comprendida en este deber: cada letra de su articulado, más todo el complejo de sus ideas, sus valores, su espíritu. Queremos referirnos brevemente a los valores de la Constitución. Toda ella es valiosa, toda ella vale, con todos sus principios y todos sus contenidos. Pero especialmente hemos de abordar lo que concretamente llamamos los “valores de la Constitución”.

“Sin duda alguna, hay valores que la Constitución propugna, hay grandes lineamientos que enmarcan todo su contenido, hay principios sustanciales de los que está embebida. La Constitución propone un modelo o proyecto político, un programa de convivencia, que descansan en valores supremos a los que ella auspicia.

“No es difícil descubrir en la estupenda síntesis de su preámbulo esas directrices que la Constitución traza para vertebrar nuestra sociedad y nuestro régimen.

“Sin seguir el orden en que vienen enunciados los fines y los objetivos de su proyecto político, empezamos con la cláusula que se refiere a “asegurar los beneficios de la libertad”. Lo hacemos en primer lugar porque la libertad es un eje troncal de la

Constitución. Se trata de la libertad de la persona humana. Después, de la libertad social, de esa que pertenece a la sociedad con todos sus grupos y protagonistas, porque hay una línea de frontera entre sociedad y Estado que demarca lo que el Estado puede hacer, y lo que queda librado a la iniciativa y a la actividad de los particulares. Esa libertad del hombre y de la sociedad debe ser asegurada. La Constitución dice que hay que asegurar sus beneficios. Ello significa que para el autor de la Constitución la libertad produce beneficios, la libertad es buena, la libertad es un bien. Se trata de un enfoque ético: asegurar la libertad hace bien a los hombres y a la comunidad, los bonifica, les rinde beneficios”.

No sólo quien incurre en trasgresión frente a lo que prohíbe la ley básica del Estado viola la Constitución. Hay otros violadores de ella a los que se refiere Bidart Campos de la siguiente manera “Cuando la Constitución prohíbe hacer algo es bastante fácil usar bien de ella, cuidando no hacer lo que ella veda. Cuando la Constitución manda hacer algo, es menos fácil la cosa, porque allí no es suficiente abstenerse de algo, sino que hay que hacer algo. Tenemos que convencernos que la Constitución se viola no solamente cuando se hace lo que ella prohíbe hacer, sino también cuando se deja de hacer lo que ella ordena que se haga. Y aquí hay un campo donde hay que saber aprovechar la Constitución, no omitiendo nada de lo que manda hacer”.

El cumplimiento de la Constitución no es deber exclusivo de los que gobiernan. Todos los integrantes de la sociedad deben respetarla, deben honrarla con su comportamiento digno y recto. Nadie tiene derecho a apartarse de lo que manda la Constitución. Desobedecerla es postular la arbitrariedad, es pretender abrir caminos a la impunidad con los consiguientes graves perjuicios para la comunidad.

“El cumplimiento de la Constitución –enseña Bidart Campos– nos obliga a todos. También las relaciones entre particulares encuadran en la Constitución y le deben sumisión. Por ejemplo, nadie debe violar los derechos ajenos. Cada uno de los derechos que la Constitución reconoce tiene como sujeto pasivo obligado a dar, hacer u omitir algo, no solamente al Estado, sino a los demás hombres. Así, el empleador debe cumplir la Constitución pagando igual remuneración por igual tarea a sus dependientes que trabajan para él. Y a cada uno le debe además, una remuneración justa.

“Si nos convencemos que actualmente los derechos humanos reclaman, además de la clásica prestación de dar, hacer u omitir a cargo del sujeto pasivo, el deber de ser hechos posibles y de ser promovidos, nos enteramos que la sociedad toda tiene muchas cosas posibles a hacer para que los derechos sean posibles y sean promovidos. Y es probable que no pensemos demasiado que allí también la Constitución tiene que ser una palanca de empuje, de movimiento, de dinamismo, para impulsar a la acción”.

Es propio de los prepotentes burlarse de lo que preceptúa la Constitución. Los autoritarios, los enemigos de la libertad, los cínicos que invocan la grandeza del Derecho pero vulneran todas las normas jurídicas por su tendencia al ejercicio desenfrenado del poder son osados franco tiradores del imperio constitucional.

“Cada vez que uno u otro viola la Constitución –asevera el distinguido profesor– la hace víctima de su fornicación. Esa impudicia es la que ha deteriorado su simbolismo, su majestad, su sentido, su supremacía. Con la Constitución no se puede hacer cualquier cosa, muchos menos fornicar”.

“La fornicación de la Constitución es la falta de respeto a ella, su menosprecio, su infravaloración. Y lo es también servirse de ella para fines subalternos. Por ejemplo, alegar la división de poderes o los poderes reservados para tener desinformada a la sociedad, para perseguir la información libre, y veraz, para censurar al periodismo”.

“No vamos a hacer una lista de las fornicaciones de la Constitución. Si queremos prevenirlas, porque la castidad de la Constitución es la pureza de nuestras instituciones, es la incolumidad de nuestra república, es la salud de nuestra sociedad. Cuando la Constitución se adultera, se ensucia la república y la democracia. Ahora tenemos que emprender una limpieza a fondo, una depuración hasta el fondo, porque poco o nada ha quedado sin salpicaduras, sin mancillamientos. Pero no se trata de blanquear sepulcros, dejándoles adentro la podredumbre. Hay que calar mucho más hondo”.

Los soberbios, los que entienden que mandar es libertad para hacer cualquier desquicio institucional, los que nacieron para vivir de espaldas a la ley conciben a la Constitución como una débil “hoja de papel” incapaz de frenar sus arrebatos.

“Creer en la Constitución –afirma Bidart Campos– es creer que una comunidad de hombres libres que quieren vivir como personas, en paz, en justicia, en bienestar, tiene que asentarse en unos principios comunes, muy breves, lo suficientemente amplios como para que nadie los discuta ni los combata. Y esos principios están en el preámbulo, están en la Constitución, escapan a la discrepancia, no entran en la lucha, ni en la ideológica ni en la empírica. Nos vienen de la historia, pertenecen a nuestro acervo cultural, traducen al valor justicia o Derecho natural. Solamente con pertinacia o con mala fe pueden ser negados”.

Hay hombres que con energía reclaman derechos pero se olvidan de los deberes. Es una postura carente de ética. Es la recusable posición del egoísmo y de la irresponsabilidad ciudadana.

“Cada uno de nosotros –dice Bidart Campos– tiene obligación de cumplir bien con la función, de cualquier nivel o importancia, que le incumbe en la sociedad. Esa era la virtud platónica. De inmediato, aparece un deber de solidaridad social, cuyas múltiples manifestaciones no vamos a detallar ahora. Pero la solidaridad es también un valor que, aun cuando no aparece en el plexo del preámbulo, se integra a él”.

“Hace falta también promover el deber de respeto y tolerancia hacia los demás, en una sociedad donde la agresividad y la intemperancia han ahondado divisiones, odios, separatismos. Este deber, unido al de solidaridad, nos tiene que hacer sentir a todos, –hombres y grupos– como partes de un todo mayor, de un todo integrado, para que no suceda aquello sobre lo que nos prevenía Ortega: la invertebración –que también es

separatismo o disgregación— que se produce cuando las partes de un todo empiezan a vivir como todos aparte”.

La Constitución democrática impulsa al hombre a luchar por una libertad creadora, por una fecunda unidad nacional, lejos de oscuros y deleznable sentimientos de venganza, lejos de las pasiones enfermizas de los que tienen empuñada el alma por la maldad y la intolerancia.

Bidart Campos, demócrata convencido, propiciador de consensos vitales para fortalecer a una sociedad en la que los disensos sean expresión de pluralismo y no de terribles hemorragias espirituales, predica que hay que tener ganas de vivir la democracia, de amarla con lealtad y de practicarla con conciencia.

Es por ello que considera que “a la democracia hay que hacerla atractiva y sugestiva. Hay que incitar a la gente a gustar de ella, hay que crearle la afición y el hábito por la democracia. Vivir en democracia requiere creer en ella, y desear vivir en ella. La Constitución nos insta a empaparnos de su espíritu y a practicarla. Una generación que ha asistido a su burla tiene que ser enérgicamente preparada y recuperada. La democracia no se improvisa, pero tampoco se la puede demorar o postergar so pretexto de inmadurez o de falta de condiciones. No podemos esperar más. Y como todo empieza en el espíritu del hombre, en las imágenes que se forja del orden deseable, en las creencias, hay que impulsar rápida y eficazmente esa gana de vivir en democracia. Tenemos que poder llegar a decir pronto, ya: “la democracia que somos”, así, en plural, en “nostridad”, como le gustaría decirlo a Ortega, en conjunto, en el vínculo total de nuestra convivencia. El desgano por la democracia es el mejor caldo de cultivo para la antidemocracia. La Constitución tiene que vitalizarnos esas ganas, con ímpetu renovador, creativo, fecundo”.

¿Qué nos dice el maestro tras este compendio de mandamientos constitucionales que, por supuesto, no considera taxativa? Nos hace notar con claridad que “lo que nos debe quedar como impresión última es que la Constitución tiene que funcionar en un triple carácter: como base de nuestra convivencia, como fuerza motriz de la acción política de gobernantes y gobernados, y como freno de las desviaciones y los apartamientos”.

En medio de las miserias espirituales de la política mal entendida y peor aplicada, ningún pueblo puede acometer empresas de grandeza. Un país que quiere transitar hacia el futuro, no puede perder su tiempo en estériles e inconducentes debates sobre el pasado, como lo dijo en nuestra tierra ese político inteligente y pragmático que es el Presidente del Uruguay, doctor Luis Alberto Lacalle Herrera. Para obras de alta dimensión, se requiere una, mentalidad que supere perjudiciales y retrógrados aldeanismos espirituales.

No prospera nada que se haga sin voluntad de paz y de concordia. Los hombres están a la altura de grandes realizaciones cuando se desprenden de estrechas visiones fragmentarias, cuando evitan que sus corazones sean contaminados por la mezquindad o

el resentimiento. No se hacen grandes cosas con almas pequeñas. Las instituciones fundamentales de una República deben surgir de ideas limpias y consensuadas, con el sello de la legitimidad y el resplandor de la justicia.

Como afirma Bidart Campos, hay países en los cuales a la cultura política le falta tolerancia y le sobra agresividad. “Si hay pluralismo sociopolítico –reflexiona el maestro– no siempre hay democracia “entre” los grupos y fuerzas que cuantitativamente dan presencia a ese pluralismo. Y hay ausencia de solidaridades sociales que aunque no parezca a primera vista un déficit cultural, lo es porque retacea integraciones y competencias cohesionadas en un interés común y en una fuerte adhesión al sistema político”.

A pesar de que las constituciones materiales de América Latina denuncien injusticias que son una afrenta a las constituciones formales que marcan caminos de libertad, igualdad y prosperidad para todos, Bidart Campos cree en el progresivo perfeccionamiento de las conductas para alcanzar superiores e irrenunciables metas, pero llama a actuar para que todo el empeño no se agote en ampulosas retóricas.

En esta línea de pensamiento, sacude a las conciencias con este imperioso llamado a obrar sin dilaciones: “No hay que dormirse en la esperanza, porque las cosas del mundo no le han sido dadas al hombre ya hechas –salvo las estrictamente naturales–. El hacérselas él es cosa de la cultura. Y ésta de hacer nuestras democracias también es obra de cultura. Nos sentiríamos halagados con todos los constitucionalistas que en América nos afiliamos a estos ideales comunes, pudiéramos ver, al despuntar los cinco siglos de la colonización y el siglo XXI, que la esperanza henchida de realidades prolicuas nos encarrila con estabilidad y eficacia en el sendero de las democracias desarrolladas, para dar al hombre –a cada uno y a todos– un ámbito de vida digno de su condición de persona, y para aportar a la comunidad internacional un continente solidario con la humanidad toda”.

Bidart Campos deseó fervientemente éxito a quienes tendrán la responsabilidad de dictar una nueva Constitución y concluyó sus conferencias en Asunción con esta frase orteguianamente planteada a la que dio la impronta de un fraternal afecto americanista:

“Paraguayos, a las Cosas...”.

O sea, no a las anodinas teorizaciones sino a los fructíferos esfuerzos en el apasionante camino de la libertad.



# LOS 70 AÑOS DE BIDART CAMPOS (\*)

UBALDO CENTURIÓN MORÍNIGO  
(Paraguay)

El 9 de diciembre pasado cumplió 70 años el gran maestro del Derecho Constitucional Iberoamericano Germán J. Bidart Campos. Su talento es inmenso, su inteligencia clara y su disciplina de trabajo, férrea. Una vez me dijo de él mi amigo el destacado jurista peruano Domingo García Belaunde: “Bidart Campos no es un repetidor de teorías ajenas. Es un auténtico creador en el ámbito del Derecho Constitucional”. El docente ilustre es un autor fecundo. Ha publicado decenas de obras que hablan de su sabiduría y de su afán de enseñar, pero enseñar con humildad, sin actitudes altisonantes u orgullosos agresivos.

En 1991 vino a Asunción para exponer acerca de cómo se hace una Constitución. Expresó con el respaldo de la experiencia y el rico saber: “Hagan una ley de leyes breve, clara, con la enunciación de los principios fundamentales que abra el camino legítimo hacia todas las reformas legislativas que necesita el pueblo. No hagan una Constitución reglamentarista, extensa. Y que no sean tantos los constituyentes porque será difícil entenderse”. El ilustre tratadista suma a su sapiencia su maravillosa calidad humana. Escucha serenamente a su interlocutor, brinda afecto por doquier y estimula con enorme generosidad. Podría decir con Bobbio: “Aprendí humildad de los clásicos”. El Perú prepara un gran volumen como homenaje al jurista esclarecido con motivo de la edad alcanzada en activo entusiasmo juvenil. Y el librito que le dedicamos a Bidart hace algunos años, será parte de esa obra exaltadora de sus singulares méritos.

Hermoso gesto de gratitud que hasta ahora nosotros no hemos asumido con figuras como De Gasperi, Juan José Soler, Celso R. Velázquez, Víctor Riquelme, Luis Patricio Frescura, Saguier Aceval y tantos otros maestros. Es nuestro deber moral ofrendarles un libro-homenaje, iniciativa frecuente en el mundo.

- Felicidades, maestro. Lo que interesa es la edad que se ejerce, no la que se tiene.
- Pero lo que pasa es que uno muere de la edad que tiene...

---

(\*) Artículo aparecido en la revista *El Derecho*, Montevideo, 25 de junio de 1998.

- Una vez me dijo Ud. que confía en el anzuelo de Dios...
- Sí, ese anzuelo nos salva en las horas más difíciles. Hay que aferrarse a la esperanza.

Profesor ilustre: queríamos decirle hoy lo que expresó el gran Alberto Spota en un homenaje al preceptor paradigmático que es Linares Quintana: “Gracias, maestro, por lo que nos has enseñado, por lo que nos enseñas y por lo que nos enseñarás. Y gracias por existir...”.

Bidart Campos no nació para la decadencia de los viejos estériles, por ausencia de fe. Nació para la altiva mocedad espiritual desde la que seguirá predicando que el Derecho es la gran coraza de la dignidad humana.



# BREVES NOTAS SOBRE UN GRAN JURISTA Y MEJOR AMIGO

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA  
(Perú)

**SUMARIO:** I. Un sucinto pero inevitable repaso de la labor académica efectuada por Germán J. Bidart Campos. II. Algunos alcances sobre la calidad humana de Bidart Campos a la luz de nuestra relación amical con dicho jurista. III. A modo de conclusión: Las múltiples enseñanzas que podemos extraer de la vida y obra de Germán J. Bidart Campos.

## **I. UN SUCINTO PERO INEVITABLE REPASO DE LA LABOR ACADÉMICA EFECTUADA POR GERMÁN J. BIDART CAMPOS**

Mis grandes amigos Domingo García Belaunde y José F. Palomino Manchego me han solicitado que colabore con el Libro-homenaje que ellos vienen organizando como reconocimiento a las notables calidades académicas y personales de Germán J. Bidart Campos, honrosa tarea en la cual me involucre con especial placer. Habiéndoseme pedido entonces que elabore una breve semblanza acerca de la influencia ejercida por el destacado jurista y amigo en el desarrollo personal y profesional del constitucionalismo y los constitucionalistas latinoamericanos contemporáneos procederé, muy a despecho de mis evidentes limitaciones, para proporcionar un tratamiento cabal a esta materia, a efectuar algunas referencias al respecto. Estas anotaciones, a pesar de abordar lo que en buena parte ya es un asunto de público conocimiento, no dejarán por ello de ser menos sentidas y sinceras.

Ahora bien, aun cuando resulta inevitable tocar este tema, apuntar aquí siquiera algunos de los méritos académicos y profesionales de Bidart Campos implica en los hechos únicamente hacer mención a una información que ya es manejada por todo estudioso del Derecho Constitucional latinoamericano que se precie de serlo. Autor de varias decenas de libros y cientos de artículos sobre la materia. Profesor Emérito, Honorario y Visitante de diversas universidades de todo nuestro subcontinente o

destacadísimo expositor en los más importantes centros de estudios en habla hispana a nivel mundial son algunos de los elementos por los cuales podemos decir hoy sin temor a equivocarnos que Bidart Campos es indudablemente uno de los constitucionalistas de mayor relevancia en toda la historia de su disciplina en América Latina, constatación frente a la cual debemos añadir que, lejos de conformarse con los logros obtenidos, este importante maestro y jurista argentino continúa produciendo trabajos de gran calidad e interés vinculados a materias de su especialidad.

Sin embargo, quienes hemos tenido la enorme suerte de conocer personalmente a Germán podemos anotar como aun más relevante que su ya tremenda valía académica es sin discusión su inmensa calidad humana. Es por ello que de inmediato pasaré a efectuar algunas referencias sobre este último tema, referencias más bien centradas en el plano de las experiencias personales compartidas con Bidart Campos, adelantando desde ya que la brevedad con la cual desarrollo esta materia únicamente se justifica en el necesario respeto a las dimensiones del espacio que se me ha otorgado para acometer dicha tarea.

## **II. ALGUNOS ALCANCES SOBRE LA CALIDAD HUMANA DE BIDART CAMPOS A LA LUZ DE NUESTRA RELACIÓN AMICAL CON DICHO JURISTA**

Cuando una persona se introduce en el difícil pero a la vez apasionante mundo de la docencia e investigación en el Derecho Constitucional, siempre –como seguramente le sucede a quien incursiona en otras disciplinas– le tocarán vivir momentos que marcarán en forma indeleble e indubitable su labor posterior. Haciendo entonces un análisis de nuestra pequeña y modesta trayectoria personal, podemos apreciar que si ella ha tenido algún mérito es el de haber contado en buena parte de esos momentos a los cuales anteriormente habíamos hecho mención con el invalorable concurso y apoyo de Germán J. Bidart Campos, inmerecido privilegio por el cual eternamente le estaré muy agradecido.

El primero de dichos momentos se produjo indudablemente en 1991, y más precisamente cuando me encontraba en Arequipa, importante ciudad a la cual yo había viajado para participar en el Tercer Congreso Peruano de Derecho Constitucional. Estaba recién iniciándome en las labores propias de la vida docente en las Universidades Nacional Mayor de San Marcos y Pontificia Católica del Perú, y gracias a una deferencia de los organizadores de aquel Congreso, había sido invitado a presentar una ponencia. Esta ponencia iba a ser escuchada y discutida por los asistentes a dicha actividad, entre los cuales no solamente se encontraban los más calificados constitucionalistas peruanos, sino también destacadísimos expositores de diferentes partes de América Latina. Era esa mi primera participación como ponente en un congreso de tal envergadura, y por ende no me avergüenza confesar como días antes del inicio del mismo me invadió un enorme temor de hacer el ridículo. Venía entonces pensando mucho en ello, y siendo ya la víspera de la inauguración del certamen al cual estamos haciendo referencia yo casi había llegado a la decisión de no exponer. Sin

embargo, una conversación que tuve en la cafetería del hotel donde estaba alojado me hizo cambiar de opinión.

Yo ya había tenido el placer de conocer personalmente a Germán J. Bidart Campos con motivo del Segundo Congreso Peruano de Derecho Constitucional, actividad organizada por la Pontificia Universidad Católica del Perú en 1990. Sobre ese primer encuentro únicamente me queda decir que si bien antes del mismo estaba inmejorablemente impresionado por la cuantiosa y siempre sobresaliente producción académica de dicho jurista, en aquella ocasión pude también comprobar, como al mismo tiempo de poseer esas virtudes, Bidart Campos era además una persona de gran sencillez en su trato y con una calidad humana realmente excepcional. A pesar de que en esa oportunidad no pudimos compartir mucho tiempo juntos, él desde un principio me brindó su amistad, honor que hasta hoy no creo estar en condiciones de merecer.

Alguna correspondencia entre Lima y Buenos Aires, así como la fortuna de viajar en el mismo vuelo a Arequipa me había permitido un mayor acercamiento a Bidart Campos, pero esta relación, como es habitual en el frecuentemente rígido mundo académico, todavía no iba más allá de circunscribirse a un trato bastante cordial. Es por ello que no dejó de sorprenderme el hecho de que, a pesar de la cara de preocupado que seguramente traía, él se me acercara, se sentara en mi mesa y me preguntase si me pasaba algo. Su actitud era tan bondadosa y comprensiva que –no sin cierta vergüenza– le conté mis temores y puse en su conocimiento la decisión a la cual ellos me estaban llevando. Luego de escucharme, se sonrió y pasó a contarme cómo había sido su primera exposición, el temor que había tenido al hacerla, y como hasta hoy (de nuevo mil perdones Germán por la infidencia) ese mismo temor le invadía muchas veces antes de empezar a exponer. “Lo único que he aprendido con el tiempo es a saberlo disimular”, me dijo con total sinceridad. En aquella ocasión estuvimos varias horas conversando, tiempo que incluso ahora recuerdo como uno de los más provechosos de toda mi vida.

Apuntalado por las palabras de Germán J. Bidart Campos me hice de valor y expuse al día siguiente es el Congreso de Arequipa, afortunadamente con buen suceso; es más, ahora confieso que cada vez que estoy a punto de emprender alguna actividad para la cual no me sienta lo suficientemente preparado, siempre recuerdo aquel encuentro con quien hasta ese momento era prácticamente un desconocido para mí y hoy es una de las personas a las cuales más aprecio y estimo. Es por ello que no tengo mayor temor en señalar como ciertos aspectos de lo conversado en aquella ocasión sigue actualmente sirviéndome para darme el ánimo suficiente que me permite salir adelante en los momentos más difíciles.

Pero allí no quedó el apoyo que el maestro Bidart Campos inmerecidamente me ha brindado durante todos estos años, apoyo por el cual siempre le estaré muy agradecido; fue él, conjuntamente con Néstor Pedro Sagüés (sin cuyo afecto y gestiones jamás hubiese sido posible que yo disfrutase de tantos y tan importantes buenos momentos a nivel académico y personal). Augusto Mario Morello y una larguísima lista de

estupendos amigos más, uno de los colegas que me ayudó a sobrellevar mejor, tanto anímica como académicamente, el siempre difícil reto de vivir durante un largo tiempo fuera de mi país mientras me desempeñaba como profesor visitante de varias destacadas universidades argentinas. Cómo olvidar entonces los estupendos momentos compartidos con Bidart Campos en los pasillos de la Universidad de Buenos Aires, la revista “El Derecho” o en su despacho de la Avenida Santa Fe; pero sobre todo, cómo borrar de mi mente las inacabables reuniones en el departamento de la calle Peña, las cuales, luego del siempre cariñoso diálogo con Lilia, la entrañable ama de llaves y medio guardaespaldas y hermana mayor de Germán, solían concluir con una obligada tertulia en el encantador café de Peña y Azcuénaga, suerte de prolongación de una acogedora casa llena de libros y recuerdos y local institucional de un grupo de gente joven que encontraban en Bidart a un amigo más, el cual jamás imponía sus puntos de vista a nadie pero que siempre tenía tantísimas cosas que aportar. Indudablemente fue mucho lo que recibí y aprendí en aquel viaje y en dichos encuentros, aprendizaje nunca limitado a lo estrictamente académico o profesional, pues siempre fue bastante más allá de ello.

Una vez vuelto a Lima, y a pesar de la distancia, el contacto con Germán nunca desapareció, sino todo lo contrario: y es que a pesar del tiempo transcurrido, de sus innumerables ocupaciones, y sin importar en qué lugar del mundo me encuentre, frecuentemente gozo del inmerecido honor de recibir noticias tuyas, así como sigo siendo beneficiario de múltiples muestras de su gentileza y amistad. Y es que, para quienes hemos tenido el placer de conocerle, Bidart Campos no solamente continúa siendo el destacadísimo jurista que estudia y hace profundos aportes en los temas de su especialidad, sino que es también al mismo tiempo aquella persona sencilla, afable, y siempre dispuesta a dar lo mejor de sí a sus semejantes sin pedir nada a cambio.

Bidart Campos es pues, sin proponérselo, un ejemplo a seguir, una persona integral que afortunadamente entiende que el verdadero valor de alguien no se agota en la mera acumulación de dinero o de éxito académico y/o profesional. El aporte humano de este jurista argentino, aquel que en el fondo es siempre el más importante, se plasma entonces nítidamente a través de algunas referencias personales como las que aquí me ha tocado realizar; aun cuando fácilmente podría acreditar la existencia de mucha más gente cuyos relatos seguramente ayudarían a configurar mejor el perfil que hemos intentado esbozar sobre el particular. Razones de tiempo y espacio nos obligan entonces a no insistir en esta tarea, a pesar de que somos conscientes de estar frente a un tema acerca del cual todavía habría mucho que decir.

### **III. A MODO DE CONCLUSIÓN: LAS MÚLTIPLES ENSEÑANZAS QUE PODEMOS EXTRAER DE LA VIDA Y OBRA DE GERMÁN J. BIDART CAMPOS**

Ya casi a punto de ingresar al tercer milenio, nuestro mundo, sin que ello signifique menospreciar sus innumerables y grandes ventajas, incurre en ocasiones en la prác-

tica bastante injusta de esquematizar (y por ende, no reconocer en todo su riqueza) las diferentes calidades de las personas. Afortunadamente entonces existen figuras como las de Germán J. Bidart Campos que nos permiten comprender cuan absurdas son esta clase de percepciones si estamos frente a personajes que conjugan una indiscutible solidez académica con una invalorable riqueza espiritual.

Es por ello que la deuda que creo tenemos todos con este maestro y amigo argentino resulta impagable, aseveración a la cual bien podría adherirse la enorme cantidad de personas que han tenido la suerte de conocerle personalmente, o por lo menos, han podido leer algunos de sus libros y artículos. Lo expuesto explica entonces como es para mí un verdadero placer el participar en tan merecido homenaje, aun cuando estoy seguro que dentro del presente colectivo se incluirán muchos otros textos que abordarán con mayor propiedad el tema que aquí se me ha encomendado. Me queda pues el consuelo de que la paciencia de los lectores de este texto, así como la especial deferencia que tanto Germán como los organizadores del presente Libro-homenaje suelen tener conmigo permitan disculpar las limitaciones de este breve recuento, el cual indudablemente es tan sólo un pobre intento de anotar los grandes méritos del distinguido personaje sobre quien hemos venido haciendo referencia.



# GERMÁN J. BIDART CAMPOS: PERFILES

OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI  
(Argentina)

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El jurista. III. El catedrático. IV. El abogado. V. El maestro.

## I. INTRODUCCIÓN

Germán Bidart Campos es amigo, maestro, inspirador de vocaciones e ilustre ejemplo de varias generaciones argentinas. En particular soy amigo y pretencioso discípulo; él me enseñó la influencia de la Constitución en el proceso y juntos ensayamos una teoría general para la entrada al proceso judicial (*La legitimación en el proceso civil*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1996). No quiero ni debo ocultar mi gratitud hacia aquella experiencia, pero el anticipo no supone descartar la plenitud objetiva de los dichos siguientes. Argentina tiene en Germán a un hombre de perfiles inusuales. Es jurista excelso, poeta, narrador, cuentista, ensayista y fumador empedernido. Sin embargo, nada de esto es importante cuando del hombre se trata.

En la búsqueda de una explicación hacia el ser humano Bidart Campos, seguramente, pierde hilación el tiempo no vivido por quien esto escribe, lo cual recorta el espacio y evita hacer especulaciones sobre etapas o caminos transitados. Por eso, prefiero elegir un punto de vista, a condición de no ser caprichoso y atenerme escrupulosamente a lo que es objetivamente comprobable.

## II. EL JURISTA

Bidart Campos es el constitucionalista argentino por excelencia. Desde hace varias décadas su pensamiento se proyecta al saber hispano-latinoamericano a través de múltiples obras, donde se destaca el *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino* que en sucesivas ediciones abre surcos y renueva el ideario fundamental para los derechos del hombre.

Igual relieve tienen sus obras sobre *La interpretación constitucional* y la *Filosofía del Derecho Constitucional*, dando aquí un gran salto en la tradición que fomenta a la norma superior como un conjunto normativo antes que, como sostiene Germán, un derecho esencial para la vida. En tiempos históricos aciagos para nuestro país, enseñó al pueblo el valor de la Constitución, y en particular, de los derechos electorales. Muchos lo vimos por vez primera en las pantallas de los televisores, cuando la libertad era utopía y la Constitución un sueño irrealizado (o perturbado por la horda dictatorial). Con simpleza y didáctica el pueblo aprendió a votar y llegó a una instancia democrática, tiempo después una vez más vulnerada. Por entonces, el *Manual de Derecho Constitucional* era el libro cabecera de todas las cátedras argentinas.

Tal identificación existía que Bidart Campos había pasado a ser unos de esos autores que, de tanto aplicarse en sucesivas generaciones de abogados argentinos, había perdido la edad. Una anécdota refleja la afirmación. Ocurrió, si el recuerdo no me traiciona, en el Colegio de Abogados de La Plata, cuando invitado por sus amigos de la “Escuela Procesal de Morello”, disertó para un conjunto de alumnos que comenzaban a conocer la influencia del Pacto de San José de Costa Rica en el derecho interno. Al terminar la conferencia se podían hacer preguntas, y un asistente, con gestos simpáticos y con una evidente sorpresa, dijo: “maestro, hace tanto tiempo que me hablan de Ud., que creía estaba muerto”. Sin embargo, en Bidart Campos, su perfil jurista se afirma notablemente con la evidente transformación de su pensamiento a partir de los años ochenta. Es esta una visión particular.

En efecto, leyendo sus obras se advierte una línea conductiva que mantiene en libros tales como: *Filosofía del Derecho Constitucional*, *El Poder, Valor Justicia y Derecho natural*, y particularmente en *La re-creación del liberalismo político y Derecho Constitucional*. Discurre en estos haciendo exégesis de los valores trascendentes del sentimiento liberal que la Constitución inspira. Relata y opina, pero sin aventurarse. La década del 70 es una época riesgosa, que lo muestra sensible pero cauto. La década del 80, en cambio, lo expone con una energía notable para remontar los fracasos institucionales. El despertar de los derechos humanos, la insinuación hacia un tiempo reverdecido de confianza para las instituciones democráticas, lo reúnen con la esperanza histórica de todo un pueblo. La cautela sigue su paso, aunque alecciona al “Poder” sobre la importancia de autolimitarse para evitar excesos o sin razones: el control de la constitucionalidad se convierte en tema preferido, tanto como los derechos del hombre y su trascendencia para la vida en comunidad.

Como resultado de esta preocupación surgen, conforme afirma Juan Carlos Aguilera (Anales de la Academia Nacional de Ciencias de la ciudad de Buenos Aires, Julio/1996), sus dos construcciones doctrinarias más trascendentes: *Por un lado, la judicialización de todas las relaciones y conflictos susceptibles de ser originados por ellas, y por el otro, la internacionalización del espacio de protección de los derechos humanos. Creemos que de este modo se concreta el diseño de todo un sistema; gracias, por una parte, al vigoramiento de los derechos y de sus garantías, y por la otra,*



*al retaceo de zonas de reserva para la administración susceptibles de justificar la razón de Estado. Ello, conjuntamente con la jerarquización de los tratados internacionales, en aras de lograr como principal objetivo, un espacio común de libertades producto de las elaboraciones más avanzadas del liberalismo político-jurídico.*

Los primeros tiempos del gobierno de Raúl Alfonsín fueron reflejo del tiempo vivido. Se incorpora al derecho interno la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ratifican otros tratados sobre iguales derechos y preocupaciones, se crea el Consejo de Consolidación de la Democracia (bajo la inspiración del recordado Carlos S. Nino), y allí Germán emite un dictamen que cambiaría para siempre la orientación jurisprudencial: la supremacía de los tratados sobre derechos humanos sobre la misma Constitución. Sostuvo entonces: “a) ...*los tratados internacionales sobre derechos humanos y garantías que se incorporen al derecho argentino deben tener primacía sobre la Constitución, en atención a la materia que regulan, y a la compatibilidad que, como principio, guarda dicha materia con el capítulo dogmático que le es correspondiente en nuestra Constitución; b) Habilitar expresamente a nuestro Estado para acatar la jurisdicción supraestatal de tribunales internacionales con competencia interpretativa y fiscalizadora de los tratados antes aludidos; c) Consignar expresamente que todos los tratados, cualquiera sea la materia que regulen, prevalecerán siempre sobre las leyes internas, anteriores o posteriores; d) Incluir en la Constitución una fórmula normativa conforme a la cual ninguna norma de un tratado incorporado a nuestro derecho interno podrá ser contrariada, mientras esté en vigencia, por una posterior reforma de la Constitución; e) Establecer que, sin perjuicio de lo aconsejado en el inciso a), las normas de la Constitución que se refieren a derechos, libertades y garantías personales, se interpretarán de conformidad con los tratados que, sobre la misma materia, estén incorporados a nuestro derecho interno”.*

En el año 1988, Bidart Campos realiza una estancia en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, fruto de la cual se edita la investigación titulada *Teoría General de los Derechos Humanos*, posteriormente publicada en Argentina sin modificaciones. Este libro fue pionero y oráculo permanente donde abreviar conocimientos y profundas reflexiones. Es también el comienzo de una serie de libros sobre la materia, que él veía como autónoma e independiente, sin constituirse en rama de ciencia alguna. Por el caso, pueden mencionarse: *Principios de Derechos Humanos y Garantías* (con la colaboración de Daniel E. Herrendorf), *La interpretación del sistema de Derechos Humanos, El Derecho Constitucional humanitario, Constitución y Derechos Humanos*, entre otros.

La década del 90 lo zambulle en una nueva relación jurídica: el proceso y la Constitución. Ya había sido precursor cuando escribiera “*El derecho a la jurisdicción antes del proceso*” (Revista *El Derecho*, tomo 11, página 969 y ss.), observando en la nueva instancia el fenómeno de las garantías jurisdiccionales para resguardar el adecuado equilibrio entre la seguridad y la justicia; así como la necesidad de fomentar un acceso a la justicia sin restricciones absurdas como eran (y son) los problemas de

legitimación. Antes de Bidart, la idea original que del proceso se tenía, era absolutamente individualista. Se pensaba que protegía derechos e intereses de la persona y no extendía sus efectos más allá de quienes fuesen partes en el litigio. Cuando él advierte el peligro de tan significativo reduccionismo, permite que lo social penetre en la órbita de los derechos amparados; la tutela se expande a otros intereses, que cuentan en los derechos y garantías expresados en las cartas constitucionales una suficiente fundamentación.

Con la explicación del fenómeno de la aparición de Cortes Constitucionales establecidas desde 1920, permite ir definiendo valores, principios y presupuestos que comprometen directamente a la defensa de los derechos del hombre. Es verdad que el desarrollo de esos Tribunales de Garantías no va a tener proyecciones sino después de la Segunda guerra mundial, cuando coinciden con el gran movimiento constitucionalizante que acentúan normativas dirigidas a asegurar la recta utilización de los principios superiores del ser humano; y además, propician igualaciones y equilibrios de poder con el establecimiento de organismos de control y defensa de la leyes fundamentales. Empero, tales observaciones no quiebran la sutileza del enfoque que trae Bidart Campos. Lucen en esta etapa: *“El derecho de la Constitución y su fuerza normativa”*, *“La Corte Suprema. Tribunal de Garantías Constitucionales”*, *“Los equilibrios de la libertad”*, *“Los Tribunales Militares y la Constitución”*, *“Régimen legal y jurisprudencial del amparo”* (aunque anterior en el tiempo, pondera una línea de pensamiento), y el estudio introductorio sobre la legitimación como problema constitucional, en nuestro libro *“La legitimación en el proceso civil”*.

### III. EL CATEDRÁTICO

Germán J. Bidart Campos es un hombre de cátedra. Ello supone ejercer disciplinadamente la dura y esforzada, pero al mismo tiempo tan hermosa, tarea de enseñar. Para Germán la libertad de cátedra fue más que la libertad individual del docente; quizá fue en la Universidad donde anidó el más puro espíritu de convicción y fortaleza con sus ideales y opiniones. La Universidad de Buenos Aires, y la Pontificia Universidad Católica Argentina tienen y tuvieron la dicha de tenerlo como profesor. Sin embargo, sería injusto acotar a estas Altas Casas de Estudio su presencia y liderazgo, pues no existe, prácticamente, universidad argentina, donde no haya estado y divulgado su saber y disciplina. Tradicionalmente fue un hombre del Derecho Constitucional; después siguió como catedrático en Derechos Humanos; hoy lo avizoramos como puntal en sendas novedosas como son el Derecho Procesal Constitucional y el Derecho Procesal Transnacional.

Pero si la enseñanza encuentra siempre sus tiempos disponibles (creo que no hay mejor invitación para hacerle que pedirle una clase para alumnos, las que aún hoy sigue dando regularmente en la Universidad de Buenos Aires), la investigación no le va en zaga. Dirige el Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja” dependiente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, donde

realiza múltiples tareas. En este campo desarrolló una trascendente investigación, que terminó en la obra *La Constitución y su fuerza normativa*.

#### IV. EL ABOGADO

Germán escribió e investigó el Derecho con extraordinaria meticulosidad. Hasta donde llega mi información, conozco sesenta y siete libros y seguramente perderé alguno en el inventario superficial que realizo. Ejerció la profesión desde la perspectiva del consultor. No es hombre de honorarios irritantes ni caudalosos; su ciencia es administrada con el mismo juicio que lleva en su vida. De ahí lo extraordinario del hombre, no hay que fulgurar para destacarse porque, como se ha dicho con acierto, la valía de los hombres se mide por dos varas: sus compromisos y responsabilidades; y el afecto que en los demás genera.

#### V. EL MAESTRO

Germán ha sido maestro de sucesivas generaciones. Siempre fiel a sí mismo jamás abandonó a los más jóvenes, Sus obras recogen la amplitud de sus lecturas y la generosidad de la cita a quienes comienzan las primeras armas del jurista. Costumbre que deja en claro su generosidad y la ferviente convicción de forjar ilusiones a los novatos, quienes encuentran (y en su tiempo hayamos) un camino iluminado para perseverar en el camino del ilusionado afán de ser juristas. Hombre de hablar pausado y voz sonora; tan cauto y reflexivo como punzante y severo; hombre de soledades y melancolías; de recuerdos imborrables de una infancia que está siempre presente; abogado responsable y fiel amigo de sus amigos. Este es Germán J. Bidart Campos, quizá lo que él quiso que fuera; quizá, también, el hombre que él jamás pensó.



# EL CAMINO DE LA SABIDURÍA

EXEQUIEL KAY  
(Argentina)

Era un soleado viernes de octubre, hace casi dos años. Con ansiedad, esperaba su presencia en la explanada de la Universidad Nacional del Litoral de Santa Fe, donde se desarrollaba desde hace algunas horas el Congreso Internacional sobre “La persona y el Derecho en el fin de Siglo”. Mi estado de ánimo, se conjugaba entre las exigencias propias de mi profesión y la condición de estudiante que siempre espera encontrarse con la representación viva de los conocimientos que mama en los claustros universitarios.

En ese momento, solo pensaba en los conceptos de Teoría del Estado –una síntesis de sus trabajos más importantes en la materia, que había estudiado en Ciencia Política dentro de mi licenciatura en Comunicación Social– y en la importancia de llevar al diario donde trabajo, una nota con ese distinguido constitucionalista que en otro momento pudo haber parecido inalcanzable. La extraña circunstancia me puso frente a una posible desilusión. Llegó acompañado de un colega y un joven. Me presenté y propuse realizar una entrevista en algún resquicio que dejase su apretada agenda. Antes que respondiera, su colega intervino con indiferencia. “Nos esperan...”, dijo presuroso refiriéndose a otro medio escrito de la ciudad de Santa Fe.

Los seguí unos minutos por varios pasillos. Cuando salieron del edificio de esa casa de estudios, mi insistencia encontró contención. La intervención esta vez tuvo una voz más ronca. “Pero está él... ¿no podemos volver luego...?”, preguntó Germán J. Bidart Campos al responsable de su agenda. La respuesta aunque positiva, resultó antipática. En ese instante empecé a pensar en el fracaso de la iniciativa. El sol del mediodía santafesino se hacía sentir y por momentos dudé de su regreso. Después de todo ¿quién era yo? ¿Qué podía pretender un joven periodista de un medio que nadie todavía conocía, ante semejante personalidad? Sin embargo, aposté a la infaltable paciencia que debe caracterizarnos y esperé, mientras sustentaba mi esperanza en el virtuoso gesto de ese ilustre constitucionalista que había pensado en ese desconocido periodista. Pasó al menos una hora. De pronto, cuando había contado casi todas las baldosas de las veredas de la Universidad, observo que llega Bidart Campos, ya sin su colega. El regreso, evidenciaba su deseo de cumplir con el compromiso contraído con

aquel gesto inusual en estos días. Cruzamos unas galerías y camino al bar compartimos algunas palabras. El invitó un café, pero no acepté. En medio del diálogo, un nuevo gesto me instó a compartir la pequeña tacita que tambaleaba en sus rugosas manos. De la entrevista se destacó una frase que más tarde sería titular: “Nuestra cultura política no tiene convicción para el cumplimiento de la Constitución”.

Fueron unos treinta minutos y –en apariencia– ese encuentro pasó a ser uno más. Regresé a la redacción pero no escribí como todos los días. Estaba creando un mensaje que llevaría a los lectores los conocimientos de aquel hombre que tanto mencionaba mi profesor de Ciencias Políticas en la Universidad Católica de Santa Fe. Días más tarde, mi artículo viajó en un sobre a Buenos Aires y tuve el atrevimiento de proponer a mi entrevistado una contestación con el solo objetivo de recibir una crítica siempre esperada de mi parte. Doce días después, viví un momento inolvidable. Ese distinguido profesor se había tomado unos minutos para escribirme y hacer llegar su prometida respuesta. Con la carta entre mis manos, en mi intimidad, una fuerte emoción me invadió y en unos instantes se diluyó en un silencio cómplice. Desde ese momento, había otra persona que empezaría a compartir conmigo el noble y universal sentimiento de la amistad. Nunca pensé semejante circunstancia aunque –con naturalidad– me pregunté porqué no podía ser. Sin dudas, también desde ese momento comprendí que estaba frente a uno de esos hombres que viajan con sus enormes conocimientos acompañados de humildad por el camino de la sabiduría. A partir de allí, decenas de cartas fueron los pilares de un diálogo epistolar fértil, cimiento de una amistad que seguramente ninguno de los dos esperaba, cada uno, a la altura de su vida. Sin embargo, ambos pensamos en la riqueza de un encuentro de generaciones que hoy nos tiene como protagonistas.

Mis escasos conocimientos en relación a los campos de estudio donde Germán expone sus teorías con asombrosa capacidad, no me permiten hacer en este homenaje una valoración de sus trabajos porque sencillamente no me desempeño en ese terreno y –por lo tanto– carezco de la idoneidad que seguramente demostrarán otros profesionales en estas páginas. Por el contrario, siento la necesidad de volcar en ellas mi testimonio de vida sobre un hombre que acompaña sus acciones con franqueza, sencillez, cariño y lealtad. Germán encarna uno de los protagonistas de esa natural distinción entre “Sombras y hombres” que José Ingenieros señala en su célebre obra “El hombre mediocre”. Está claro que Bidart Campos se ubica entre aquellos a los cuales “la imaginación (les) dará un impulso original hacia lo perfecto”. Es uno de esos hombres que sienten cada día que “vivir es aprender, para ignorar menos; es amar, para vincularnos a una parte mayor de la humanidad; es admirar, para compartir las excelencias de la naturaleza y de los hombres; es un esfuerzo por mejorarse, un incesante afán de elevación hacia ideales definidos”. Germán es el hombre que bebe el agua de su aljibe, como señala la frase bíblica que abre uno de sus libros de poesías publicado en 1969, bajo el nombre de “El aljibe”. En ese remanso de vida que aparece como desconocido para muchos y que hoy recuerda con nostalgia su autor desde otro mundo menos romántico como el jurídico, ese talentoso hombre se define como mirándose en la super-

ficie del agua de ese “dulce aljibe (que) me contempla con negros ojos y pupilas muy remotas. Para ofrecerme a cada instante la resonancia inmemorial que hay en su historia. Para que escuche su murmullo, que se levanta de sus sombras a mis sombras. Y los latidos de otros mares en este mar de su callada caracola. Hasta su sitio solariego convergen siempre mis caminos y mis rumbos. Y mi mirada distraída busca en la dulce soledad sus ojos puros. Entre en mi vida y en mis horas, y me dirijo hasta la historia de su mundo. Y junto al borde del aljibe me está esperando mi pasado taciturno”.

Como se describe en la obra, ese manojo de versos, intercalan dolor, decepción, angustia, amor, lirismo, misticismo, y reflejan el andar de “ese hombre que dialoga con Dios y siente el peso cotidiano y monótono de los días frustrados”. Por momentos, estas palabras me transportaron hacia esas otras tan dulces del poema “El aljibe” y —a la vez— a unas que en cartas a un joven poeta, Rainer María Rilke dice a su “querido señor Kappus”, en un diálogo epistolar análogo al nuestro. “Festeje Navidad, querido señor Kappus, en el piadoso sentimiento de que quizá El necesite de usted esta angustia ante la vida, para comenzar. Estos días de transición acaso sean precisamente el tiempo en que todo, en usted, trabaja en El, como ya ha trabajado en El, jadeante, en la infancia. Sea usted paciente y ecuánime, y piense que lo menos que podemos es no hacerle su advenimiento más difícil de lo que la tierra se lo hace a la primavera, cuando ésta quiere venir. Y esté contento y confiado”. Esas palabras que el gran poeta de Praga escribía por diciembre de 1903, repetí para Germán hace más de un año en vísperas de Navidad, tratando de interpretar su estado de ánimo a la distancia, y acompañarlo, caminando imaginariamente por los andenes de las estaciones de este mundo. En esa senda, ambos sentimos que cada carta representa años de relación y una amistad que aparenta ser desde siempre. En particular, me deslumbra su humildad y capacidad para acercarse a los demás a corazón abierto. A partir de su enorme talla humana, es poseedor de una paradoja agradable: erudito en el ser, neófito en el parecer, conjuga una enorme capacidad intelectual, con un desconocimiento total de la soberbia y la arrogancia, materias que no entran en sus tratados. De este modo, quienes no se mueven en los ámbitos académicos y desconocen su figura, seguramente pasan indiferentes a su lado sin darse cuenta que se cruzan uno de los más destacados constitucionalistas y estudiosos del Derecho del país y de América Latina.

En estos días, escribiendo mi modesto aporte para este homenaje al conocimiento, pienso en la loable actitud que siempre conlleva ponderar por igual la notable capacidad intelectual y calidad humana de un hombre de gran trayectoria, como Germán J. Bidart Campos, y a nivel personal, en aquel encuentro que nos deparó el destino, que me conduce a reflexionar seriamente sobre esos excéntricos que aseguran que la barra del café contiene mensajes decisivos para nuestras vidas.





# DOCTOR GERMÁN J. BIDART CAMPOS: MAESTRO Y AMIGO

MARÍA CRISTINA SERRANO  
(Argentina)

El Dr. Germán J. Bidart Campos es, sin duda, una de las más sobresalientes figuras del constitucionalismo argentino; un intelectual cristiano que ha puesto su talento y su esfuerzo al servicio de nuestra patria, en una larga y fecunda vida de estudio, investigación y docencia; un profesor eminente, que durante muchos años ha difundido su lúcida y esclarecedora enseñanza desde la cátedra universitaria, los libros y las publicaciones periódicas. Para los que tenemos la suerte de ser sus discípulos y colaboradores es, además, un verdadero amigo y uno de los hombres más sencillos y afables que hayamos conocido.

A Germán lo conocí en el año 1964, al comenzar mi carrera en la Universidad Católica Argentina, donde en aquel momento él se desempeñaba como decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Dos años más tarde, ya en el tercero de la carrera, fue mi profesor de Derecho Constitucional, materia que despertó en mí un especial interés desde el primer día en que escuché sus clases.

Como profesor, nunca se limitó a repetir textos, propios o ajenos, sino que supo explicarnos su materia hasta hacerla comprender y, lo que es más importante, hacerla amar. Así pudo crear a su alrededor un numeroso y entusiasta grupo de colaboradores, inspirados por las lecciones de un maestro como pocos, uno de esos maestros que se encuentra rara vez en la vida.

Además, supo enseñarnos con su ejemplo de conducta, transmitiéndonos, a través de la convivencia universitaria, una serie de valores como la solidaridad, la humildad, la sencillez, la cordialidad y la simpatía, así como una gran actitud de respeto e interés por todos y cada uno de sus discípulos.

En sus clases, era muy extraño que un alumno estuviera ausente o se distrajera pensando en algo ajeno al tema de la lección del día. Incluso en el recreo, entre clase y clase, algunos lo rodeábamos para seguir conversando sobre lo que nos había explicado, para hacerle preguntas o simplemente para conocer su opinión sobre algún asunto

de actualidad. Siempre estaba dispuesto y abierto al diálogo, lo que nos permitía sentirlo muy cerca de nosotros a pesar del gran respeto y de la admiración intelectual que por él sentíamos. Todavía hoy, después de tantos años, recuerdo qué cortas se nos hacían sus clases, qué rápido parecía pasar el tiempo mientras lo escuchábamos.

Su actitud en los exámenes ponía de manifiesto de manera especial su respeto por el alumno que estaba evaluando y por su manera de pensar. Nunca olvidé que cuando rendí el examen final de Derecho Constitucional, al elegir el tema sobre el cual quería que expusiera, me aclaró que sabía que yo no pensaba como él acerca de ese tema, pero que, precisamente por eso, le interesaba conocer mi opinión. Me escuchó con gran interés, permitiéndome desarrollar mi exposición con plena libertad y haciéndome sentir muy cómoda en todo momento.

Al igual que sus explicaciones en clase, sus textos eran tan amenos, claros y sencillos, que nos ayudaban muchísimo a estudiar y a preparar la materia. Era común comentar entre nosotros que leer su *Tratado de Derecho Constitucional* era como seguir escuchándolo explicar los temas que íbamos leyendo.

Su extensa y destacada producción bibliográfica, cuya reseña y análisis superarían, evidentemente, los límites impuestos por estas páginas, nos ha proporcionado y nos sigue proporcionando un rico material actualizado para poder estudiar y reflexionar sobre todos los asuntos que la cambiante situación nacional nos ha ido presentando.

Estoy convencida de que en una materia fundamental como es el Derecho Constitucional, dentro del plan de estudio de la carrera de Derecho, haber tenido la fortuna de contar con un profesor de la talla del Dr. Bidart Campos, es un verdadero privilegio, que ha contribuido de manera muy importante en la formación jurídica de quienes hemos sido sus discípulos.

Aunque formalmente dejé de ser su alumna, continué siéndolo desde mi condición de colaboradora en sus cátedras de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Católica Argentina, desde 1972 en la primera y desde 1974 en la segunda. La misma consideración que me había demostrado como alumna me lo manifestó, a partir de entonces, como integrante de sus cátedras.

Bidart Campos, como jefe de cátedra, ha estado invariablemente al lado de sus colaboradores. Siempre lo sentí de esa manera, nunca la relación con quienes integramos sus cátedras fue de carácter vertical o de subordinación, sino que, por el contrario, ha sido una relación entre pares, de mutuo respeto y cariño. Le interesaba mucho que dejáramos de tratarlo formalmente; pedía con insistencia que no lo “doctoreáramos” más y que comenzáramos a tutearlo, lo que en un primer momento me costó bastante, por sentirlo como mi maestro.

Presentarme ante los alumnos como integrante de su cátedra y, sobre todo, como su discípula me ha llenado y me sigue llenando de profundo orgullo. Este año tuve una gran satisfacción, y se lo hice saber a Germán, cuando en un programa de radio un

conocido periodista local me entrevistó por mi condición de discípula del Dr. Bidart Campos, destacando reiteradamente esa condición.

La actividad docente me otorgó también la posibilidad de compartir con el Dr. Bidart Campos un sinnúmero de congresos, jornadas y seminarios en nuestra ciudad y fuera de ella. Esas reuniones y viajes me permitieron comprobar el afecto que experimentan por él todos los que se dedican a esta tan querida disciplina del Derecho Constitucional, cómo se sienten cerca de él los más jóvenes y cuánta alegría significa, para los estudiantes de las distintas universidades que hemos recorrido, conocerlo, conversar con él y pedirle que les firme sus libros, las obras con las que han preparado o están preparando Derecho Constitucional. En estos encuentros resaltan de una manera especial dos valores muy suyos, su humildad y su sencillez, ya que no se limita a alternar con las personalidades más importantes y reconocidas, sino que prefiere estar con los profesores más jóvenes o con los estudiantes, mostrando así su primordial condición de maestro. Se pone de manifiesto también su gran simpatía y amabilidad para con todos, así como su excelente memoria: nunca desconoce a nadie, es notable como recuerda los nombres de todos los que ha ido conociendo a lo largo de tantos años de docencia e investigación.

Recuerdo de una manera muy especial un viaje que hice con la Dra. Beatriz Alice y con él a la ciudad de México, en el año 1980, con motivo del “II Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional”, que se llevó a cabo en la Universidad Autónoma de México. Fue una experiencia muy buena, no sólo desde el punto de vista académico, ya que tuvimos la ocasión de recorrer juntos la ciudad que él tanto quiere y compartimos después unos hermosos días de playa, en Puerto Vallarta. No dejábamos de disfrutar y de reírnos con sus variadas ocurrencias y con el relato de anécdotas de su vida.

Hasta aquí se extiende –sin agotar el tema, por supuesto– mi testimonio como discípula y colaboradora del Dr. Bidart Campos, al que ha de agregarse el que me corresponde como amiga. En este plano, puedo decir que siempre lo he sentido muy cerca, sobre todo en los momentos trascendentales de mi vida, como mi casamiento, el nacimiento de mis dos hijas y el fallecimiento de mis padres.

Para mi familia, Germán es alguien muy conocido y querido, tanto por Roberto, mi marido, como por Agustina y Paula, mis hijas, que guardan como recuerdos muy preciados los regalos que de él recibieron al nacer. Roberto ha recurrido a él en busca de asesoramiento profesional y siempre ha valorado mucho su apoyo, totalmente desinteresado y amistoso. Mi hija mayor, María Agustina, en su segundo año del colegio secundario estudiaba con orgullo lo que para el Dr. Bidart Campos significa el concepto de democracia, expresándolo con entusiasmo en una de las pruebas de la materia Instrucción Cívica, con la alegría de encontrar, formando parte de la enseñanza escolar, el pensamiento de una persona ligada a la familia.

Sin duda, un gesto significativo de aprecio y amistad es que nos hemos dedicado mutuamente obras: él nos dedicó *El Marxismo y el Derecho Constitucional* a la Dra.

Marta Amoresano y a mí, y precisamente las dos le dedicamos nuestro libro *El Derecho Judicial y la Constitución*.

Quiero recordar también que en el año 1983 el Dr. Bidart Campos nos dirigió a la Dra. Beatriz Alice y a mí en la preparación de la publicación *Sepa Ud. votar*, una explicación de las normas constitucionales y legales relativas al tema electoral, oportuna y útil en momentos en que los argentinos retornábamos a la democracia, después de largos años de ruptura constitucional. Fue él quien nos propuso realizar ese trabajo, nos recomendó a la editorial Esquiú y nos guió en la tarea, evidenciando así una vez más su arraigada vocación docente.

Para terminar, quisiera agradecer la oportunidad que me ha brindado esta convocatoria, para participar en este merecido homenaje al Dr. Germán J. Bidart Campos y expresar públicamente mi gratitud y mi afecto a quien fue y sigue siendo un maestro que se convirtió en un gran amigo.

# GERMÁN JOSÉ BIDART CAMPOS Y SUS TRES DIMENSIONES

OSCAR R. PUCCINELLI  
(Argentina)

Sumamente halagado por la oportunidad que se me brinda de contribuir en una obra colectiva tan trascendente no sólo por su calidad intrínseca, sino, y muy especialmente, por tener por finalidad principal homenajear al eximio Maestro, Germán J. Bidart Campos, y agradeciendo profundamente el haber sido seleccionado para esta original parte del libro, ensayaré aquí unas líneas que, por tratar de mis vivencias en relación con el personaje estelar al que le estamos rindiendo tributo, pueden aparecer como “poco jurídicas”, pero que son escritas al fragor de la pluma que, tal vez poco acostumbrada a expresarse sobre la vida propia y la ajena, tiene su propio y sincero orden (o desorden).

Allá por 1982, cuando la Argentina se involucraba en una absurda guerra por la recuperación de las Islas Malvinas y otras cercanas a ellas (que bien pudo evitarse y que, de prolongarse más allá de lo que finalmente duró, seguramente hubiera contado entre sus bajas con quien hoy escribe este artículo) comenzaba a cursar en mi Rosario natal, “Derecho Político” en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Al consultar al titular de cátedra (el Dr. Néstor P. Sagüés) acerca del material de estudio que utilizaríamos, nos sugirió preferentemente el libro *Lecciones elementales de política*, del Dr. Germán J. Bidart Campos, un autor que por cierto nos resultaba desconocido por entonces a muchos de quienes llegábamos a esa instancia portando la escasa cultura jurídica que podían habernos inculcado en algunas materias del nivel secundario de educación.

Recuerdo haber utilizado permanentemente esa obra a lo largo del curso e incluso haber preparado la materia más de una vez con sumo gusto, con lo cual el autor y su obra ocuparon un importante sitio en mi vida y me acompañaron en los más diversos lugares y ocasiones (recuerdo, por ejemplo, encontrarme un veraneo en las playas de la ciudad de Mar del Plata, donde le dediqué no pocas mañanas y tardes a su lectura), a punto tal que casi podría haber acusado tanto al autor como al titular de cátedra de “flagrante violación” a la “Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crue-

les, Inhumanos o Degradantes”, de no ser por tratarse de un libro tan ameno, ágil y fácilmente digerible, no por superficial, sino debido a que las explicaciones en él contenidas resultaban sumamente claras y concretas, entrelazadas de una manera ciertamente apropiada para el público al que estaba naturalmente destinada: los alumnos universitarios.

Al año siguiente, en el ocaso de la dictadura militar iniciada en 1976 (cuyo último y frustrado intento por mantenerse en el poder fue aquella absurda guerra), aparecía en nuestro plan de estudios el curso de “Derecho Constitucional”, y ante la ausencia en algunos casos, y marcado control, en otros, de las más elementales instituciones democráticas, comenzábamos –al decir de uno de mis profesores– a estudiar “ciencia-ficción”. En efecto, la mayoría de quienes asistíamos a ese curso apenas llegábamos a los veinte años de edad y habíamos transcurrido parte de nuestra infancia y de la adolescencia bajo aquél régimen autocrático, con lo cual poco y nada entendíamos del contenido real de palabras tales como “división de poderes”, “democracia”, “República”, “Constitución”, “Congreso”, “derechos humanos”, “libertad de prensa”, etc.

Teníamos consecuentemente que arreglárnoslas para, entre otras cosas, armar un escenario democrático virtual, a partir del cual comprender el funcionamiento de las principales instituciones que por entonces, como se dijo, se encontraban desarticuladas o fuertemente controladas, y la pregunta inicial fue: ¿dónde recurrir para ello?, ¿qué material podría auxiliarnos en tal empresa? Escuchamos con cierto alivio la sugerencia de otro libro de aquél autor que ya había comenzado a formarnos y a formar parte de nuestra vida cotidiana al lado del Derecho, y la referencia a su *Manual de Derecho Constitucional Argentino* (que de “manual” ciertamente tenía poco –como ocurre con su actual versión–, pero cabe destacar que su autor jamás recurrió a títulos grandilocuentes, aunque sus obras ciertamente lo merecían).

El resultado, como no podía ser de otra manera, fue también altamente satisfactorio, pues la recorrida por aquellas abstractas instituciones, que se presentaba como una suerte de mera expedición exótica, se convirtió en una sumamente útil, ilustrativa y cautivante, en especial considerando que para fines de ese mismo año se convocó a elecciones generales que auguraban el ansiado regreso a la democracia.

Después de culminado ese curso, una y otra vez debimos volver a las enseñanzas del Dr. Bidart Campos, y no sólo a las plasmadas en las dos obras mencionadas, sino en muchas otras publicaciones realizadas por el autor, que fueron referencia imprescindible, (especialmente los innumerables artículos publicados en las principales revistas jurídicas del país), tanto en la mayoría de las materias que se fueron sucediendo a lo largo de los estudios de grado (donde apareció permanentemente como principal referente doctrinal en los conflictos constitucionales que se proponían analizar), como luego, durante el ejercicio profesional, donde nos nutrimos cotidianamente de sus conocimientos, volcados actualmente más de ochenta libros y cientos de artículos que pueden encontrarse en las más diversas publicaciones (el autor siempre mostró una

generosidad ilimitada ante la solicitud de algún aporte suyo, aún para las publicaciones más modestas).

Apenas reinstalada en el país la institucionalidad democrática, en 1984 se comenzó a motorizar la idea de la reforma integral de la sabia y tantas veces vapuleada Constitución de 1853/60, que aparecía para algunos sectores como la principal responsable de los desequilibrios institucionales habidos en el país desde el derrocamiento de Hipólito Yrigoyen, en 1930. Se advertirá el alto grado de desconcierto y de temor que teníamos por entonces los jóvenes de veintitantos años frente a tal trascendental empresa, ya que por primera vez asistíamos a un escenario democrático real y apenas comenzábamos a comprender cómo funcionaban las reglas fundamentales de juego de la sociedad, cuando nos convocaban a las urnas para cambiarlas.

Por aquél entonces, atraído por la idea de terminar mis estudios en la universidad pública y participar de manera activa en este nuevo período, me encontraba transitando las aulas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, donde conjuntamente con otros estudiantes de grado fundamos un centro de estudios. Obviamente, la movilización que producía la convocatoria a una reforma constitucional no podía sernos indiferente, con lo cual, luego de una serie de actividades menores desarrolladas en el año siguiente, decidimos organizar otras algo más importantes que contribuyeran al debate y que nos permitieran echar alguna luz sobre los múltiples interrogantes que teníamos sobre una potencial reforma constitucional, que ya se avizoraba como inevitable. Así surgió la idea de realizar una serie de jornadas para debatir acerca de la reforma, y pretendimos convocar a los mejores profesionales que nos fuera posible conseguir en tan modesta empresa. De hecho, la figura de quien nos venía acompañando desde el papel en nuestros estudios nos parecía inaccesible, pero decidimos cuanto menos intentar materializar el sueño de contar con aquella figura estelar que admirábamos en el reparto de los disertantes que concurrían a aquél curso.

Y así fue: tímidamente nos pusimos en contacto con él –no sin pasar previamente por su atenta ama de llaves– y lo invitamos a participar del curso, con el obvio temor de que la oferta no le interesara o que la segura multiplicidad de sus ocupaciones no le permitieran dispensar un par de días de su tiempo para un evento organizado por estudiantes, máxime frente a la cantidad de eventos que al respecto se estaban realizando por entonces. Allí nos encontramos con la primer gran sorpresa: aquél tan cercano pero a la vez tan lejano e inalcanzable autor nos trató desde el primer contacto con gran amabilidad y con una enorme humildad, virtudes que son bien conocidas por todos aquellos que hemos podido conversar siquiera cinco minutos con este ser humano increíble. Pero ciertamente las sorpresas no terminarían allí, pues al arribar a Rosario se mostró sumamente interesado en las inquietudes que teníamos los alumnos –“sus” alumnos, en definitiva– y se conectó con nosotros en un sorpresivo pie de igualdad, pese a los títulos y honores que ostentaba y que le hubieran permitido guardar cierta prudencial distancia.

En mi carácter de presidente de aquél centro de estudios, me tocaba cumplir personalmente con ciertas reglas protocolares, pero la humildad y simpleza del ilustre personaje invitado alivió absolutamente aquella carga, pues inmediatamente terminó con todo protocolo. Y ello no fue una mera actitud “demagógica” sino que además se evidenció con otros hechos que le siguieron, pues inclusive se mostró especialmente interesado en ciertos problemas de índole personal que algunos podríamos tener por entonces. Desde luego, su exposición en el evento fue impecable y, además sumamente acertada: destacó las virtudes de la Constitución vigente y sus eventuales flancos débiles que podrían marcar la conveniencia de su reforma, pero advirtió respecto de la inoportunidad de su modificación, aconsejando, en definitiva, esperar algún tiempo para experimentarla (sugirió unos diez años que finalmente casi se cumplieron).

Esa visita de Germán J. Bidart Campos fue decisiva en mi vida –como me consta lo ha sido en la de muchos–, pues por entonces me encontraba atraído por el estudio de los derechos personalísimos y realizando la adscripción en el área del Derecho Civil, pero bastó una conversación con él para encontrarme con mi verdadera vocación: el Derecho Constitucional y, en particular, los derechos humanos. Desde luego, Bidart Campos nos quiso integrar, como hace con todo aquél que demuestre inquietudes académicas, y nos invitó inmediatamente a participar en los diversos eventos organizados por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (en la cual, sólo por su humildad, nunca aceptó más que el cargo de vicepresidente, rechazando, como siempre lo hizo, toda idea de asumir cargos de “jerarquía” institucional), y, desde entonces, me convertí en asiduo concurrente a ellos.

Siendo Bidart Campos director de la revista jurídica “El Derecho” (una de las más prestigiosas del país), me animó reiteradamente a publicar en ella, desatando en mí un nuevo e inevitable “vicio” que pude seguir canalizando tanto por esa vía como por la de otras editoriales que confiaron en mí. Mi vida había cambiado y al poco tiempo ya comenzaba a recoger los frutos de un esfuerzo que no mermó especialmente por la fuerte motivación que imprimió en mí el gran Maestro. Comencé entonces a transitar la senda de esta apasionante disciplina y allí apareció inmediatamente otro eminente constitucionalista: el Dr. Néstor P. Sagüés, quien en alguna medida “tomó la posta” de Bidart Campos, y comencé a acompañarlo en sus cátedras. Ciertamente me sentía inmerecidamente privilegiado, pues había llamado la atención de dos de los mejores constitucionalistas que ha dado mi país (en este sentido, el Dr. Pedro J. Frías, otra eminencia en la disciplina, en el marco de su disertación pronunciada en unas recientes jornadas sobre los desafíos constitucionales del tercer milenio, realizadas en la ciudad de Paraná, Argentina, evaluando a los grandes constitucionalistas argentinos de este siglo, tomó como principales referentes sucesivos a González Calderón, Bidart Campos y Sagüés).

De allí en más, el devenir de los acontecimientos fue ciertamente increíble, pues se fueron abriendo diversas perspectivas de inserción profesional que se debían en gran medida a la presencia, tras las bambalinas, de estos dos gigantes, cuyas calidades



profesionales y humanas pude comprobar en las más diversas circunstancias, en especial, en los momentos difíciles, cuando la vida me trajera algunos tropiezos personales y académicos. Allí siempre estuvieron ambos, confirmando así su carácter de “segundos padres” (suele decirse que en la vida, además de los inexorables padres biológicos, existen siempre los segundos padres, que son esos que todos normalmente buscamos y que en muchos casos encontramos: esos que tienen la virtud de descubrir nuestras potencias y promover su desarrollo, los que de manera decisiva inciden sobre ese material bruto, tallándonos personalmente o auxiliándonos a forjamos, y que están siempre allí cuando se los necesita).

Por sólo poner un par de ejemplos concretos de nuestro homenajead, recuerdo que, en una de sus tantas visitas a Rosario, me escuchó durante largo rato y me animó enérgicamente frente a la primera injusticia que padecí en un concurso convocado para cubrir un cargo académico –por la que estaba decidido a desistir de continuar desempeñándome en la universidad– y que, según me contara un amigo común, en otra ocasión, se amargó profundamente cuando tuve un grave problema familiar que finalmente se resolvió felizmente (seguramente no sin la ayuda de las oraciones de este devoto y ejemplar católico). Años después, en 1994, habiendo recorrido un intensísimo camino y disertado en varios eventos académicos, llegaría la oportunidad de participar en la reforma constitucional federal y la posibilidad de dictar mis primeras conferencias en el exterior.

No puedo dejar de mencionar que, entre dichas oportunidades, la primera de gran relevancia y con un público especializado –lo que potenciaba el desafío–, ocurrió en Lima, y era auspiciada principalmente por la Comisión Andina de Juristas. En ella, además de conocer a varios de los que serían luego mis amigos, me tocó disertar acerca de las garantías jurisdiccionales en la Argentina, compartiendo el panel con otros disertantes. La suerte me jugaría nuevamente una hermosa pasada y pondría a mis lados a Germán J. Bidart Campos y a Néstor P. Sagüés. Una doble sensación, de infinita seguridad y, a la vez, de encontrarme en un lugar inmerecido, predominó entonces, pero entiendo haber pasado satisfactoriamente la prueba. Aquellos días en Lima fueron ciertamente de los más gratificantes que tuve en la vida. El sueño de compartir, cuanto menos, por unos momentos, “un lugar entre los grandes”, se había realizado. Desde luego, ambos me animaron para que no sintiera esa ajenidad, y las invitaciones y los nuevos encuentros con ellos se siguieron sucediendo reiteradamente hasta el presente. En esos encuentros académicos descubrí el eximio Maestro argentino era reconocido idénticamente en toda “Indo-Ibero-América” (así prefiere denominar, por su mayor justeza, a nuestra Iberoamérica, siguiendo el concepto elaborado por Pablo Lucas Verdú) y no sólo por sus dotes intelectuales, sino por su inmensa humanidad y don de gente.

Germán José Bidart Campos es, sin dudas, un mensajero, un quijote del fin del milenio, un portador no sólo de los valores constitucionales sino de la palabra de Cristo, que puede encontrarse en sus actitudes ante la vida y ante los demás (la que supo

cultivar, como sus conocimientos, celosa y tenazmente durante toda su vida, seguramente teniendo presente las enseñanzas de la parábola de los talentos), y también leerse entre líneas en su siempre encendido discurso que, en favor de los derechos humanos y en especial de la igualdad de oportunidades y de la justicia distributiva, enarbola en esa particular clave trialista que porta como dilecto y fiel discípulo de Werner Goldschmidt. Como gran maestro Bidart Campos nunca se aferró a sus posiciones, sino que, por el contrario, tuvo siempre una mentalidad abierta a las ideas nuevas y a los cambios, aunque pudieran barrer con conceptos largamente arraigados en la sociedad y aún cuando la admisión de tales ideas pudiera contrastar con sus posiciones. Muestra palmaria de ello lo constituyen sus trabajos, e incluso, personalmente, tuve el agrado de encontrar, en un artículo publicado no hace mucho tiempo en “La Ley” (otra también prestigiosa revista jurídica argentina) rotulado “Repensando las garantías constitucionales”, donde revisa el concepto de garantía y admite la posibilidad de que el denominado “derecho de réplica” pueda ser considerado, como lo sostuve personalmente en trabajos anteriores, como un mecanismo tutelar de otros derechos.

Y por si con lo dicho resultara poco, tampoco es reacio a los halagos, incluso cuando debe demostrar el error de otros. Siempre lo ha hecho con afecto, con altura y valorizando la voluntad de quienes se animan a fijar posiciones, aunque sean discutibles. En todos sus trabajos, para referirse a terceros, lo hace con esa calidez, inclusive, y en este caso muy especialmente, en las dedicatorias de sus obras, donde siempre guarda un lugar privilegiado para halagar también a sus afectos ajenos al campo del Derecho, sitio de privilegio en el que también me ha honrado nuevamente dispensándome palabras altamente estimulantes, que me comprometen aún más en el camino escogido.

Bidart Campos no nos ha dado –hasta el momento– un retoño suyo, pero, cuanto menos, convengamos en que quisiéramos clonarlo, para perpetuarlo entre nosotros. Sin embargo, así como él se ha transformado en “segundo padre” de tantos de nosotros, inversamente cuenta con innumerables “segundos hijos” dispersos por el mundo. Recuerdo en este momento la “Primera Convención Latinoamericana de Derecho”, realizada en Ica, Perú, en 1995. Allí, en una cálida recepción típica de nuestros hermanos peruanos, un grupo folclórico ejecutó una hermosa obra donde se refería a alguien legendario que no tuvo la oportunidad de tener “hijos de sangre”, pero sí la de contar con estos “segundos hijos”, y que agradecía a la vida porque llenaban ese espacio de afecto y de prolongación vital. Germán J. Bidart Campos se conmovió con esa obra y se lo vio “asentir” con la cabeza, muy emocionado, y creemos que le llegó tanto a sus fibras más íntimas que logramos que, dejando de lado toda una larga tradición, moviese su cuerpo al ritmo de algunos de los bailes autóctonos que luego le seguían. Inclusive, no recuerdo bien, creo que dejó momentáneamente ese compañero inseparable, ese cigarrillo que lo acompaña desde hace tanto tiempo y que, por constituir en él un vicio, nos recuerda que Bidart Campos es, en definitiva, un ser humano, temporalmente finito, aunque no lo queramos así.

Para finalizar esta semblanza, en una especie de cuasiherejía tridimensionalista, permítaseme indicar que, como lo hace nuestro homenajeado en el plano jurídico, en Germán J. Bidart Campos pueden también ser reconocidas, cuanto menos, tres dimensiones: la del jurista y filósofo eminente (aunque, cuando se adentra a filosofar, se obstina permanentemente en aclarar que incursiona en terreno ajeno), la del docente ejemplar, y la última, pero no menos importante, y que sin duda –pese al peso específico que posee en las dos primeras– se destaca por sobre las otras dos y las entrelaza y enjuicia exitosamente: la dimensión existencial, donde nos encontramos lisa y llanamente con Germán: ser humano, que además de darnos tantos frutos sin pedir nada a cambio y sumar tantas virtudes, supo incluso tímidamente proyectarse como poeta en algún que otro ensayo, como “El aljibe”, una de sus primeras obras, publicada por editorial Ediar.

No puedo menos que agradecer a sus dos primeras dimensiones, pues me formaron, me forman y me seguirán formando hasta el final de mis días, pero el tamaño de la tercera eclipsa seguramente a las otras dos, marcándome y marcándonos no sólo el camino profesional para llegar a ser una pequeña semblanza de lo que él es, sino el mejor más excelso de todos: el que se debe recorrer para ser hombre.

Rosario, Pascuas de Resurrección, 1999.



# C) EPÍLOGO



# SOBRE LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

**DIEGO A. DOLABJIAN<sup>(1)</sup>**  
**(Argentina)**

*Homenaje al Profesor Dr. Germán J. Bidart Campos*

**SUMARIO:** I. Un pequeño homenaje. II. La fuerza normativa de la Constitución. 1. En el contexto del constitucionalismo norteamericano y europeo. *a.* La evolución de la idea. *b.* La fórmula en los textos. 2. En el contexto del constitucionalismo argentino y latinoamericano. *a.* La evolución de la idea. *b.* La fórmula en los textos. III. El magisterio del Profesor Doctor Bidart Campos. 1. Para vivir la Constitución. 2. El derecho de la Constitución y su fuerza normativa. IV. La proyección en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina (CSJN). 1. Sobre la Constitución como norma suprema vinculante. 2. Hacia el reforzamiento de los derechos fundamentales. 3. Hacia el robustecimiento del control de constitucionalidad. V. Su gran legado.

## I. UN PEQUEÑO HOMENAJE

Con motivo de cumplirse el 10° aniversario del fallecimiento del Prof. Dr. Germán J. Bidart Campos, en estas líneas se ofrece un pequeño homenaje para quien fuera un gran maestro del Derecho Constitucional, realizando una recorrida en torno a una de sus enseñanzas fundamentales: la idea de la fuerza normativa de la Constitución.

---

<sup>(1)</sup> Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Un agradecimiento especialmente al Prof. Dr. José F. Palomino Manchego por la generosa invitación a publicar estas líneas en recuerdo al querido maestro Bidart Campos, quien fuera y sigue siendo “uno de los más importantes y trascendentes portavoces del Derecho Constitucional Latinoamericano”. Cfr. PALOMINO MANCHEGO, JOSÉ F. y REMOTTI CARBONELL, JOSÉ C. (coords.), *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, AA. VV., Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima, 2002, pp. 13 y ss.

## II. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

### 1. En el contexto del constitucionalismo norteamericano y europeo

#### a. La evolución de la idea

Las revoluciones norteamericana y francesa de fin del S. XVIII, marcaron un momento decisivo en la historia del constitucionalismo<sup>(2)</sup>.

Tanto los colonos norteamericanos como los ciudadanos franceses ejercieron el poder constituyente para acabar con el status anterior y fundar un nuevo orden jurídico-político, independizándose de la corona inglesa y destruyendo el antiguo régimen, respectivamente.

Sin embargo, el movimiento constitucionalista se desarrolló de modo y en sentido diverso en las dos orillas del Atlántico<sup>(3)</sup>.

En efecto, en Norteamérica la Constitución asumió un valor jurídico pleno, tanto respecto de la organización formal de la parte orgánica, como en cuanto a los contenidos sustanciales de la parte dogmática cuyos enunciados se consideraban vinculantes para el legislador y aplicables por los tribunales incluso frente a las leyes.

Así, v.gr., Hamilton sostuvo que la Constitución norteamericana<sup>(4)</sup>:

*“...contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa (...) Las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta (...) Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido (...) La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en*

<sup>(2)</sup> Cfr. FIORAVANTI, Maurizio, *Costituzione* [1999], trad. *Constitución. De la antigüedad hasta nuestros días*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 100 y ss.

<sup>(3)</sup> Sobre la evolución del constitucionalismo en Estados Unidos y en Europa, con especial foco en su afirmación como norma suprema jurisdiccionalmente garantizada, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Civitas, Madrid, 1983, pp. 39 y ss.; ACOSTA SANCHEZ, José, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 19 y ss.

<sup>(4)</sup> Cfr. HAMILTON, Alexander, en *The federalist*, N° 78 [1788], trad. *El federalista*, n°78, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pp. 330 y ss.



*otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios (...) (D)onde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son (...) (C)onsiguientemente, siempre que determinada ley contravenga la Constitución, los tribunales tendrán el deber de apegarse a la segunda y hacer caso omiso de la primera”.*

Tal concepción fue asumida luego por la propia Supreme Court, bajo la pluma del chief justice Marshall, en el conocido caso “Marbury vs. Madison” [1803, 5 US 137]:

*“La pregunta acerca de si una ley contraria a la Constitución puede convertirse en ley vigente del país es profundamente interesante para los Estados Unidos pero, felizmente, no tan complicada como interesante (...) (L)a voluntad originaria y suprema (del pueblo) organiza el gobierno y asigna a los diversos poderes sus funciones específicas. Puede hacer sólo esto, o bien fijar, además, límites que no podrán ser transpuestos por tales poderes (...) El gobierno de los Estados Unidos es de esta última clase. Los poderes de la legislatura están definidos y limitados. Y para que estos límites no se confundan u olviden, la Constitución es escrita (...) Si tales límites no restringen a quienes están alcanzados por ellos y no hay diferencia entre actos prohibidos y actos permitidos, la distinción entre gobierno limitado y gobierno ilimitado queda abolida (...) Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza (...) Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la Nación, y consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría está íntimamente ligada al tipo de Constitución escrita y debe, por ello, ser considerada por esta Corte como uno de los principios básicos de nuestra sociedad (...) Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez? O bien, en otras palabras, no siendo ley, ¿constituye una norma operativa como lo sería una ley válida? Ello anularía en la práctica lo que se estableció en la teoría y constituiría, a primera vista, un absurdo demasiado grueso para insistir en él (...) Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley.*

*Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto entre sí el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidirlo conforme a la ley desechando la Constitución, o conforme a la Constitución desechando la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren (...) Quienes niegan el principio de que la Corte debe considerar la Constitución como la ley suprema, se ven reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la Constitución y mirar sólo a la ley. Esta doctrina subvertiría los fundamentos mismos de toda Constitución escrita (...) Reducir de esta manera a la nada lo que hemos considerado el más grande de los logros en materia de instituciones políticas -una Constitución escrita- sería por sí mismo suficiente en América, donde las constituciones escritas han sido vistas con tanta reverencia, para rechazar la tesis (...) No es tampoco inútil observar que, al declarar cual será la ley suprema del país, la Constitución en sí misma es mencionada en primer lugar; y no todas las leyes de los Estados Unidos tienen esa calidad, sino sólo aquellas que se hagan de conformidad con la Constitución (...) De tal modo, la terminología especial de la Constitución de los Estados Unidos confirma y enfatiza el principio, que se supone esencial para toda Constitución escrita, de que la ley repugnante a la Constitución es nula, y que los tribunales, así como los demás poderes, están obligados por ese instrumento”.*

En cambio, en Europa la Constitución asumió un valor normativo limitado, reducido a la organización formal de la parte orgánica, en tanto que los contenidos sustanciales de la parte dogmática se presentaban apenas como principios programáticos, dependiendo del legislador sin cuyas leyes no resultaban aplicables por los tribunales.

En tal sentido, el constitucionalismo europeo que siguió a la 1° Guerra Mundial procuró la racionalización del poder inclinándose por la primacía del Legislativo frente al Ejecutivo, la extensión del reconocimiento de derechos individuales y sociales, el desarrollo de un incipiente control de constitucionalidad de las leyes a cargo de los jueces, etc.<sup>(5)</sup>; sin embargo, los intentos colapsaron con la irrupción de los totalitarismos y la 2° Guerra Mundial, volviéndose hacia la senda de la concepción de la Constitución como norma suprema jurisdiccionalmente garantizada recién con posterioridad a la segunda mitad del S. XX.

<sup>(5)</sup> Cfr. MIRKINE GUETZÉVITCH, BORIS, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel* [1931], trad. *Modernas tendencias del derecho constitucional*, Reus, Madrid, 1934, pp. XXI y ss.

En esta evolución europea de la idea de la fuerza normativa de la Constitución, resulta una referencia obligada aludir al desarrollo de la dogmática alemana.

En 1862, Lassalle pronunció una famosa conferencia en la que sostuvo que los factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad son la fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que solo puedan ser como son<sup>(6)</sup>.

De tal manera, la Constitución escrita no es más que una hoja de papel en la que se plasman los factores reales de poder existentes en una sociedad en un momento determinado, de manera tal que aquella no tiene valor ni es duradera sino en cuanto guarda fiel expresión con los factores de poder imperantes en la realidad social.

La Constitución de un país es, en esencia, la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país, y de nada sirve lo que se escriba en esa hoja de papel que es la Constitución jurídica, si ella no se ajusta a la realidad, a los factores reales y efectivos de poder.

A principios del S. XX, Jellinek aludió a la fuerza normativa de lo fáctico, afirmando que las relaciones reales de poder son las que sirven de base al orden jurídico y encuentran en él su expresión, residiendo en ellas una fuerza normativa por la que deben ser consideradas como jurídicas<sup>(7)</sup>.

En concreto, la Constitución expresa las relaciones de poder entre los distintos factores sociales, siendo preciso distinguir entre la Constitución escrita y la Constitución viva, en cuanto ésta consiste en una división efectiva del poder que es independiente de las fórmulas jurídicas escritas.

Teóricamente, la nota jurídica esencial de las Constituciones radica en la superioridad desde el punto de vista formal respecto de las demás normas: sin embargo, lo cierto es que tal distinción carece de significación práctica en el caso de las Constituciones flexibles que pueden modificarse de la misma manera que las leyes comunes, e incluso en el caso de las Constituciones rígidas se observa que su texto no puede evitar que se desenvuelva junto a ellas y contra ellas un derecho constitucional no escrito.

El derecho no tiene jamás fuerza para solucionar los profundos conflictos entre poderes dentro del Estado, ni para dominar la dirección del camino en los momentos críticos de la vida del Estado: el poder tiene límites según la Constitución, pero puesto que en el orden jurídico mismo no hay garantías que aseguren que ese poder se ejercerá sólo de un determinado modo, nadie puede, en consecuencia, fijar la dirección en que obrará el poder.

---

<sup>(6)</sup> Cfr. LASSALLE, Ferdinand, *Über Verfassungswesen* [1862], trad. ¿Qué es una Constitución?, Cenit, Madrid, 1931, pp. 51 y ss.

<sup>(7)</sup> Cfr. JELLINEK, Georg, *Allgemeine Staatslehre* [eds. 1900, 1905 y 1914], trad. *Teoría general del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1943, pp. 253, pp. 381 y ss.

De tal manera, señalaba que la mayor parte de los Estados donde no se asigna al juez el derecho de comprobar si las leyes concuerdan materialmente con la Constitución, no hay garantía alguna, por más que digan las teorías jurídicas, de que no se promulgará una ley que contradiga los principios del Derecho Constitucional y modifique la validez jurídica de la Constitución.

Luego, insistió en que las normas jurídicas pueden mucho menos de lo que se cree, sosteniendo que podían producirse cambios constitucionales, por reforma o mutación, a causa de revoluciones, necesidades políticas, prácticas parlamentarias, administrativas y/o jurisdiccionales, etc., de manera tal que la Constitución se transforma según el modo como se ejerce el poder estatal, pues las proposiciones jurídicas son incapaces de dominar la efectiva distribución del poder estatal en tanto que las fuerzas políticas reales operan según sus propias leyes que actúan independientemente de cualquier forma jurídica<sup>(8)</sup>.

Durante la República de Weimar [1919-1933] tuvo lugar una relevante disputa entre Kelsen y Schmitt acerca del sentido de la Constitución y su defensa.

De un lado, Kelsen partía de la concepción del derecho como una serie escalonada de normas, definiendo a la Constitución como la norma suprema de un orden jurídico estatal en cuanto ella regula fundamentalmente los órganos, el procedimiento y hasta cierto punto el contenido, de la creación de las demás normas que componen el sistema jurídico, en especial, las leyes en tanto normas generales de grado superior<sup>(9)</sup>.

Afirmaba que la Constitución podía incluir también otras materias, como la regulación de los actos administrativos e incluso un catálogo de derechos, sin embargo éstos no configuraban un auténtico límite material para el legislador.

Desde su perspectiva, la resolución de los conflictos entre la Constitución y las normas inferiores exigía la anulación de los actos inconstitucionales, lo cual en el caso de las leyes solamente podía encargarse a la defensa de un Tribunal Constitucional<sup>(10)</sup>, en cuanto dicha competencia no podía quedar en manos del propio legislativo, ni de la justicia ordinaria, ni tampoco del ejecutivo<sup>(11)</sup>.

<sup>(8)</sup> Cfr. JELLINEK, Georg, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* [1906], trad. *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 5 y ss.

<sup>(9)</sup> Cfr. KELSEN, Hans, *Allgemeine Staatslehre* [1925], trad. *Teoría general del Estado*, Labor, Barcelona, 1934, pp. 306, 325 y ss.

<sup>(10)</sup> Cfr. KELSEN, Hans, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (la Justice constitutionnelle)* [1928], trad. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, UNAM, México, 2001, pp. 9 y ss.

<sup>(11)</sup> Cfr. KELSEN, Hans, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* [1931], trad. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, en *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 289 y ss. Asimismo, cabe señalar que Kelsen retoma en obras posteriores el análisis de la Constitución y de la inconstitucionalidad de las leyes con ciertos matices, cfr. *Reine Rechtslehre* [eds. 1934

En cambio, Schmitt partía de una distinción entre la Constitución como una decisión política fundamental que expresa la forma concreta de existencia del pueblo en su totalidad como unidad política y las leyes constitucionales como regulaciones normativas concretas que valen en virtud de la Constitución; de modo que toda normatividad solo vale en base y en el marco de tal decisión<sup>(12)</sup>.

Tal diferenciación conllevaba, entre otras cosas, a sostener que podían haber reformas, suspensiones, quebrantamientos o supresiones de las leyes constitucionales sin que por ello se afecte la Constitución, y que no toda vulneración a los derechos fundamentales contemplados en una ley constitucional implicaba un conflicto constitucional.

Desde su perspectiva, la resolución de los conflictos exigía una decisión que, en el caso de las leyes constitucionales acaso podía ser encomendada a la interpretación de un Tribunal Constitucional, pero que tratándose de la Constitución solamente el ejecutivo podía erigirse en su defensor, en cuanto dicha competencia no podía quedar en manos del legislativo, ni de ningún órgano judicial<sup>(13)</sup>.

A su turno, entre esas dos visiones contrapuestas, terció la postura de Heller para quien resultaba inexacto concebir a la Constitución exclusivamente como puro derecho o como pura decisión, siendo que consideraba que no pueden estimarse completamente separados la normalidad y la normatividad, el ser y el deber ser, en el concepto de Constitución<sup>(14)</sup>.

La Constitución conforma así un todo en el que aparecen complementándose recíprocamente la normalidad y la normatividad, en cuanto ella se caracteriza no solo por la conducta normada y jurídicamente organizada de sus miembros, sino además por la conducta no normada, aunque si normalizada, de los mismos: la Constitución no consiste solo en normas jurídicas, sino que también incluye elementos constitucionales no normados y otros normados pero no jurídicos.

De tal modo afirmaba que al lado de la fuerza normativa de lo fáctico tiene también una gran importancia la fuerza normalizadora de lo normativo; sin embargo, reconocía que en última instancia siempre se confirmaba la tesis de que la Constitución real consiste en las relaciones reales de poder, pues en todos los casos en que el depositario supremo del poder se opone con éxito a las normas constitucionales,

---

y 1960], trad. *Teoría pura del derecho*, Colihue, Buenos Aires, 2011, pp. 257, 299 y ss. y *General Theory of Law and State* [1945], trad. *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1995, pp. 135, 169, 185 y ss.

<sup>(12)</sup> Cfr. SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre* [1928], trad. *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1996, pp. 29 y ss.

<sup>(13)</sup> Cfr. SCHMITT, Carl, *Der Hüter der Verfassung* [eds. 1929 y 1931], trad. *El defensor de la Constitución*, en *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 1 y ss.

<sup>(14)</sup> Cfr. HELLER, Hermann, *Staatslehre* [1934], *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1992, pp. 267 y ss.

resulta posible una creación jurídica en violación al derecho: por muchos controles que se establezcan, no hay ninguna forma de inviolabilidad de las normas constitucionales que pueda detener revoluciones y restauraciones; y ninguna división de poderes constitucional puede impedir que en un conflicto insoluble decida, en definitiva, el poder prácticamente más fuerte.

Acabado el interregno de profunda oscuridad [1933-1945], ya vigente la Ley Fundamental de Bonn [1949] e instalado el Tribunal Constitucional Federal alemán [1951], fue Hesse quien reavivó la cuestión de la fuerza normativa de la Constitución<sup>(15)</sup>:

“¿Existe, junto a la fuerza determinante de las relaciones efectivas, de las fuerzas sociales y políticas, una *fuerza determinante del Derecho Constitucional*? ¿En qué se apoya esta fuerza y hasta dónde alcanza? ¿No es acaso una ficción –que para el jurista constitucional sería, por así decir, una necesidad profesional– pensar que el Derecho determina la marcha de la vida política, mientras que la verdad es que se halla condicionado por fuerzas totalmente distintas?”.

Su respuesta tomaba como punto de partida la mutua relación de dependencia en la que se encuentran, por un lado, la Constitución jurídica y, por el otro, la realidad política y social; considerando que la idea de la separación inevitable entre la realidad y la norma, entre ser y deber ser en el Derecho Constitucional no llevaba a ningún sitio, más que a los extremos de una normatividad sin realidad o de una realidad vacía de normatividad.

Así, pues, consideraba que la relevancia de la ordenación jurídica para y frente a la realidad concreta sólo cabe apreciarla situando a ambas en relación mutua y contemplándola en su indisoluble conexión y en su mutua dependencia.

En tal sentido, advertía que la Constitución carece de una existencia propia, independiente de la realidad; y que su naturaleza estriba en pretender tener vigencia, es decir, realizar en la realidad el estado por ella normado.

Es, pues, en virtud de su pretensión de vigencia, que la norma constitucional intenta ordenar y conformar la realidad política y social. Sin embargo, la Constitución jurídica, por sí sola, no realiza nada sino que únicamente plantea una tarea.

Pero se vuelve fuerza actuante cuando dicha tarea es asumida; cuando se está dispuesto a hacer determinar la conducta propia por el orden regulado por la Constitución; cuando se está decidido a imponer ese orden frente a cualquier cuestionamiento o ataque en base a circunstanciales consideraciones de utilidad; cuando se comprende que cualquier objetivo coyuntural, incluso en el supuesto de que sea conseguido, es

---

<sup>(15)</sup> Cfr. HESSE, Konrad, *Die normative kraft der Verfassung* [1959], trad. “La fuerza normativa de la Constitución”, en *Escritos de derecho de constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo/Centro de Estudios Políticos y Constitucional, Madrid, 2011, pp. 77 y ss.

incapaz de compensar la incalculable ganancia que conlleva el respeto a la Constitución, incluso cuando ello resulta incómodo; cuando, por tanto, en la conciencia general y concretamente en la conciencia de los responsables de la vida constitucional, se halla viva no solamente la voluntad de poder sino, sobre todo, la “*voluntad de Constitución*”.

A su vez, señalaba que la realización y consolidación de la fuerza normativa de la Constitución dependía de factores adicionales. Así, la norma constitucional debe responder a las circunstancias vigentes al momento de su concepción, pero también elaborarse de cara al futuro, y servir al presente; debe estar abierta al cambio de esas circunstancias, pero no debe someterse a revisiones frecuentes so pretexto de necesidades políticas aparentemente ineluctables; ella no debe construirse sobre estructuras unilaterales sino que debe erigirse en una combinación de elementos complementarios (derechos fundamentales y deberes, división de poderes y su unión, federalismo y unitarismo, etc.); la realización óptima de la norma constitucional debe efectuarse a través de la interpretación constitucional, adecuando el texto a las circunstancias concretas que debe regir (y si no fuera posible, sólo queda recurrir a la revisión constitucional); y, de forma especial, la significación de la fuerza normativa Constitución se muestra en la competencia de los Tribunales Constitucionales que, en caso de conflictos constitucionales, son llamados a pronunciar la última palabra, según criterios jurídicos, incluso en las cuestiones básicas de la vida del Estado.

En suma, explicaba que la Constitución jurídica viene condicionada por la realidad, pero ella no es sólo la expresión de la realidad de cada momento sino que, gracias a su carácter normativo, ordena y conforma a su vez la realidad social y política. Es, pues, en esa coordinación correlativa entre ser y deber ser que surgen las posibilidades de la fuerza normativa de la Constitución y, al mismo tiempo, sus propios límites. La Constitución no es independiente de las circunstancias históricas concretas de su tiempo; pero tampoco es pura y simplemente dependiente de ellas. La Constitución jurídica puede dar forma, modificar y condicionar a la realidad política y social a la que se dirige: desde tal perspectiva, en caso de conflicto entre la realidad concreta y las normas constitucionales éstas no tienen que ser necesariamente las más débiles pues, ciertamente, existen presupuestos realizables bajo los cuales la Constitución jurídica puede imponer su fuerza normativa respecto de la realidad política y social.

### **b. La fórmula en los textos**

Dentro del campo aquí analizado, pueden señalarse —entre otras— las siguientes fórmulas textuales de Constituciones que asumen el carácter de norma suprema jurisdiccionalmente garantizada:

Constitución norteamericana [1787]: Art. VI.2: “*Esta Constitución y las Leyes de los Estados Unidos que en cumplimiento de ella sean creadas; y todos los tratados previamente celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la Ley suprema de la Nación; y los Jueces de cada Estado estarán obligados a*

*acatarla, aun cuando hubiere alguna disposición en contrario en la Constitución o en las Leyes de cualquier Estado”<sup>(16)</sup>.*

Las Constituciones austríaca y checoslovaca [1920], fueron los primeros textos constitucionales europeos en plasmar la creación de un Tribunal Constitucional para garantizar su eficacia; reapareciendo la idea de la garantía jurisdiccional de la Constitución en los textos fundamentales sancionados tras la Segunda Guerra [1945].

Constitución italiana [1947]: Art. 54: *“Todos los ciudadanos tendrán el deber de ser fieles a la República y de observar la Constitución y las leyes”*; Art. 134: *“El Tribunal Constitucional juzgará: (...) sobre las controversias de legitimidad constitucional de las leyes y de los actos, con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones...”*.

Ley Fundamental alemana [1949]: Art. 1.3: *“Los (...) derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable”*; Art. 20.3: *“El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho”*; Art. 93.1: *“El Tribunal Constitucional Federal decide: 1. sobre la interpretación de la presente Ley Fundamental con motivo de conflictos sobre el alcance de los derechos y obligaciones de los órganos supremos de la Federación o de otras partes investidas de derechos propios por la presente Ley Fundamental o por el reglamento de un órgano federal supremo; 2. a petición del Gobierno Federal, del Gobierno de un Estado o de un cuarto de los miembros de la Dieta Federal, en casos de discrepancia o dudas sobre compatibilidad formal y material del derecho federal o de los Estados con la presente Ley Fundamental o sobre compatibilidad del ordenamiento de los Estados con otras normas del ordenamiento federal (...); 4a. sobre los recursos de amparo interpuestos por cualquier persona que se crea lesionada por la autoridad en uno de sus derechos fundamentales o en uno de sus derechos contenidos en los artículos 20, apartado 4; 33, 38, 101, 103 y 104...”*.

Constitución española [1978]: Art. 9.1: *“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”*; Art. 153: *“El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá: a) Por el Tribunal Constitucional, el relativo a la constitucionalidad de sus disposiciones normativas con fuerza de ley...”*; Art. 161: *“1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley (...); b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca (...); 2. El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas...”*.

<sup>(16)</sup> Si bien el texto de la Constitución norteamericana no contiene ninguna disposición expresa que encomiende el control de constitucionalidad de las leyes al Poder Judicial, tal atribución resultó asumida en el recordado caso “Marbury vs. Madison” [1803] quedando definidos sus perfiles a través del desarrollo jurisprudencial.



Las nuevas Constituciones de los Estados de Europa del Este [tras 1989], también asumen al carácter de normas supremas, en general, jurisdiccionalmente garantizadas mediante Tribunales Constitucionales encargados del control de constitucionalidad<sup>(17)</sup>.

Constitución rusa [1993], Art. 4.2: “*La Constitución de la Federación Rusa y las leyes federales tienen supremacía en todo el territorio de la Federación Rusa*”; Art. 15.1: “*La Constitución de la Federación Rusa posee fuerza jurídica superior y se aplica directamente en todo su territorio. La ley y otros actos jurídicos que se hayan adoptado en la Federación Rusa no deben oponerse a la Constitución de la Federación Rusa*”; Art. 15.2: “*Los órganos de poder estatal, los órganos de autogobierno local, los funcionarios, los ciudadanos y sus organizaciones están obligados a observar la Constitución de la Federación Rusa y las leyes*”; Art. 125: “*...2. La Corte Constitucional, a petición del presidente de la Federación Rusa, del Consejo de la Federación, de la Duma estatal, de una quinta parte de los miembros del Consejo de la Federación o de los diputados de la Duma estatal, del gobierno de la Federación Rusa y los órganos del poder legislativo y ejecutivo de los miembros de la Federación Rusa decide sobre la conformidad de la Constitución de la Federación Rusa y:* a) *las leyes federales, los actos normativos del presidente de la Federación Rusa, el Consejo de la Federación, la Duma estatal y el Gobierno de la Federación Rusa;* b) *las Constituciones de las Repúblicas, los estatutos y también leyes y otros actos normativos de los sujetos de la Federación Rusa sobre cuestiones relativas a las facultades de los órganos del poder estatal de la Federación Rusa y los órganos con facultades conjuntas del poder estatal de la Federación Rusa y los órganos del poder estatal de los sujetos de la Federación Rusa (...);* 4. *El Tribunal Constitucional de la Federación Rusa, por queja sobre la violación de los derechos y libertades constitucionales de los ciudadanos y a demanda de los tribunales, verificará la constitucionalidad de una ley, aplicada o por aplicar en un asunto concreto, de conformidad con el procedimiento establecido por la ley federal;* 5. *El Tribunal Constitucional de la Federación Rusa a demanda del presidente de la Federación Rusa, de la Duma estatal, del gobierno de la Federación Rusa, de los órganos del poder legislativo de los miembros de la Federación Rusa interpretará la Constitución de la Federación Rusa... ”.*

## 2. En el contexto del constitucionalismo argentino y latinoamericano

### a. La evolución de la idea

Corresponde ahora analizar el desarrollo de la concepción de la Constitución como norma suprema dotada de fuerza normativa en el constitucionalismo argentino, y luego ofrecer cuanto menos una sucinta panorámica sobre el contexto latinoamericano.

---

<sup>(17)</sup> Cfr: COMPLAK, Krystián, “El significado de la Constitución en la Europa del Este después de la caída del comunismo”, en *El significado actual de la Constitución*, UNAM, México, 1998, pp. 141 y ss.

Como es sabido, la historia del constitucionalismo en la Argentina transcurrió por un derrotero sinuoso y entrecortado, con sucesivos períodos en que la Ley Fundamental resultó afirmada y desconocida en diversa medida.

No es éste el lugar para extenderse largamente en el desarrollo de nuestra historia constitucional<sup>(18)</sup>; bastando aquí con trazar una periodización elemental y reparar en algunos hitos de especial interés:

– 1810-1835: de la “Revolución de Mayo” al “Restaurador de las Leyes”

Tras la Revolución de Mayo [1810] se dictaron sendos textos fundamentales referidos al gobierno republicano, a la soberanía popular, a la seguridad individual y a la libertad de imprenta. En la Asamblea General Constituyente y Soberana del año XIII [1813] se evaluaron distintos proyectos de Constitución y, aunque no logró adoptarse ninguno, se dictaron varias normas fundamentales. Sobrevino luego la Declaración de Independencia [1816]. Y se dictaron después Estatutos provisionales y dos Constituciones [1819 y 1926] las cuales, sin embargo, no llegaron a tener vigencia.

Así, pese a no lograrse la realización del objetivo, puede advertirse hasta entonces claramente la vocación por alcanzar la organización constitucional para el país; no obstante, tras el ascenso de Juan M. de Rosas al gobierno de la provincia de Buenos Aires [1829] y la posterior extensión de su influjo sobre toda la Confederación [desde 1835], se impuso su criterio de postergar la necesidad de avanzar en la sanción de una Constitución.

– 1835-1853: del “Restaurador de las Leyes” a la “Constitución histórica”

Empero, la idea de la importancia de una Constitución como norma suprema permanecía latente. Así, v.gr., afirmaba Echeverría<sup>(19)</sup>:

*“(la Constitución) la ley suprema e inviolable, la ley de las leyes, que todos y cada uno ha reconocido, proclamado y jurado ante Dios y los hombres respetar (...) Podrá esta ley ser revisada, mejorada con el tiempo y ajustada a los progresos de la razón pública, por una asamblea elegida ad hoc por el Soberano; pero entre tanto no llega esa época que ella misma señala; su poder es omnipotente; su voluntad domina todas las voluntades; su razón se sobrepone a todas las razones (...) Ninguna mayoría, ningún partido, ninguna asamblea podrá atentar a ella, so*

<sup>(18)</sup> Sobre la evolución histórica de nuestro constitucionalismo, ver: BIDART CAMPOS, Germán J., *Historia política y constitucional argentina*, Ediar, Buenos Aires, 1976/1977, 3 tomos; LÓPEZ ROSAS, José R., *Historia constitucional argentina*, Astrea, Buenos Aires, 1996, pp. 61 y ss.

<sup>(19)</sup> Cfr: ECHEVERRÍA, Esteban, *Dogma socialista de la Asociación de Mayo, precedido de una ojeada retrospectiva sobre el movimiento intelectual en el Plata desde el año 37* [1846], en *Obras Completas de D. Esteban Echeverría*, Imp. y Lib. de Mayo, Buenos Aires, 1873, T. IV, pp. 180/181.

*pena de ser usurpadora y tiránica (...) Esa ley sirve de piedra de toque a todas las otras leyes; su luz las ilumina, y todos los pensamientos y acciones del cuerpo social y de los poderes constituidos, nacen de ella y vienen a converger a su centro (...) Ella es la fuerza motriz que da impulso, y en torno de la cual gravitan, como los astros en torno del sol, todas las fuerzas parciales que componen el mundo de la Democracia”.*

Con la derrota de Juan M. de Rosas por Justo J. de Urquiza en la batalla de Caseros [1852], se reabrió el camino hacia la organización del país bajo una Constitución. Inmediatamente, escribió Alberdi<sup>(20)</sup>:

*“...nos hallamos como en 1810 en la necesidad de crear un gobierno general argentino, y una Constitución que sirva de regla de conducta a ese gobierno (...) La República Argentina, simple asociación tácita e implícita por hoy, tiene que empezar por crear un gobierno nacional y una Constitución general que le sirva de regla (...) La ley, constitucional o civil, es la regla de existencia de los seres colectivos que se llaman Estados (...) La política está llamada a preparar el terreno (...) de modo que la Constitución se sancione; a tomar parte en la Constitución misma y a cuidar de que su ejecución, después de sancionada, no encuentre en el país los tropiezos y resistencias en que han escollado las anteriores (...) La política no puede tener miras diferentes de las miras de la Constitución (...) no se puede exigir racionalmente política que no emane de la Constitución escrita. Si aspiramos, pues, a ver en práctica un sistema de administración basado en*

<sup>(20)</sup> Cfr. ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Imprenta del Mercurio, Valparaíso, 1852, pp. 9 y ss. Asimismo, cabe señalar que Alberdi retoma en obras posteriores el análisis de la Constitución y de la inconstitucionalidad de las leyes; así, v.gr. expresó que ningún poder debe ser ilimitado, ni poseer facultades extraordinarias, siendo la más esencial e importante limitación de las atribuciones legislativas la que consiste en que no se dará ley que contravenga o altere el sentido de la Constitución (cfr. *Elementos del derecho público provincial argentino* [1853], en *Obras Completas de Juan Bautista Alberdi*, Imp. La Tribuna Nacional, Buenos Aires, 1886, T. V, pp. 63); que la jurisprudencia es el gran medio para mejorar y corregir las leyes sin derogarlas ni cambiarlas (cfr. *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853* [1853], en *op. cit.*, T. V, pp. 149); y que la Constitución es la piedra fundamental de la organización, pero no es la organización; es el cimiento, el fundamento del edificio orgánico, no es el edificio mismo: la organización más propiamente reside en las leyes orgánicas de la Constitución, es decir, en las leyes que rigen los hechos, no en la ley que rige a las leyes. Y, tras propiciar la reforma de las antiguas leyes aún vigentes que gobiernan nuestra vida práctica, sin ser gobernadas por la Constitución, señaló que la CSJN es el tribunal llamado a procesar y juzgar las malas leyes, para decidir entre las leyes que desea el pueblo y las que da el Congreso, entre las leyes que ponen realmente la Constitución en ejercicio y las que la infringen y destruyen con pretexto de organizarla, para juzgar si una ley en cuestión es o no conforme a la Constitución; es decir, conocer de la constitucionalidad de las leyes. Esa la jurisprudencia de los Estados Unidos, cuya Constitución ha sido imitada por la nuestra en esa facultad dada a la Corte Suprema: la Corte Suprema declara inconstitucionales a las leyes que lo son; no las deroga, porque no tiene el poder de legislar y derogar es legislar; de modo que declarada inconstitucional la ley, sigue siendo ley hasta que el Congreso la deroga (cfr. *Sistema económico y rentístico de la Confederación argentina, según su Constitución de 1853* [1854], en *op. cit.*, T. IV, pp. 243 y ss.).

*las ideas de progreso y mejora que prevalecen en la época, demos colocación a estas ideas en las leyes fundamentales del país, hagamos de ellas las bases obligatorias del gobierno, de la legislación y de la política (...) La Constitución de un país supone un gobierno encargado de hacerla cumplir: ninguna Constitución, ninguna ley se sostiene por su propia virtud (...) Según esto, la idea de constituir la República Argentina no significa otra cosa que la idea de crear un gobierno general permanente, dividido en los tres poderes elementales destinados a hacer, a interpretar y a aplicar la ley tanto constitucional como orgánica (...) Toda Constitución se realiza por medio de leyes orgánicas. Será necesario, pues, que haya un poder legislativo permanente, encargado de darlas (Pero) ¿Qué importa que las leyes sean brillantes, si no han de ser respetadas? Lo que interesa es que se ejecuten, buenas o malas; ¿pero cómo se obtendrá su ejecución si no hay un poder serio y eficaz que las haga ejecutar? (...) Dad al poder ejecutivo todo el poder posible, pero dádselo por medio de una Constitución (Sin embargo) la Constitución debe dar garantías de que sus leyes orgánicas no serán excepciones derogatorias de los grandes principios consagrados por ella, como se ha visto más de una vez (de lo contrario) la Constitución rige con permiso de las leyes (pues allí) las leyes son la regla, la Constitución es la excepción (y) por fin, la Constitución toda es nominal (...) No basta que la Constitución contenga todas las libertades y garantías conocidas. Es necesario (...) que contenga declaraciones formales de que no se dará ley que, con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsee con disposiciones reglamentarias. Se puede concebir una Constitución que abrace en su sanción todas las libertades imaginables; pero que admitiendo la posibilidad de limitarlas por la ley, sugiera ella misma el medio honesto y legal de faltar a todo lo que promete (...) si la ley es un medio de derogar la Constitución, ¿para qué necesita de otro el gobierno? (...) Prometer y escribir estas garantías, no es consagrarlas. Se aspira a la realidad, no a la esperanza. Las Constituciones serias no deben constar de promesas, sino de garantías de ejecución (...) La Constitución no debe limitarse a promesas; debe dar garantías de ejecución y realidad (...) Así la Constitución argentina no debe limitarse a declarar inviolable el derecho (...) sino que debe garantizar la reforma de todas las leyes civiles y de todos los reglamentos coloniales vigentes, a pesar de la República, que hacen ilusorio y nominal ese derecho (...) Con un derecho constitucional republicano y un derecho administrativo colonial y monárquico, la América del Sud arrebató por un lado lo que promete por otro: la libertad en la superficie y la esclavitud en el fondo (...) La Constitución argentina (...) como todas las Constituciones de los Estados Unidos (...) debe declarar que el Congreso no dará ley que limite o falsee las garantías de progreso y de derecho público con ocasión de organizar o reglamentar su ejercicio. Ese deber de política fundamental es de trascendencia decisiva para la vida de la Constitución (...) Tanto esas leyes como la Constitución serán susceptibles de dudas en su aplicación. Un poder judicial permanente y general será indispensable para la República Argentina (...) La ley, la Constitución, el gobierno, son palabras vacías, si no*

*se reducen a hechos por la mano del juez, que, en último resultado, es quien los hace ser realidad o mentira (siendo una de las funciones del) poder judicial federal (...) conocer de la constitucionalidad de los actos públicos (...) Se deben combatir las inobservancias o violencias por los medios de la Constitución misma, sin apelar nunca a las vías de hecho (...) La Constitución general es la carta de navegación de la Confederación Argentina. En todas las borrascas, en todos los malos tiempos, en todos los trances difíciles, la Confederación tendrá siempre un camino seguro para llegar a puerto de salvación, con sólo volver sus ojos a la Constitución y seguir el camino que ella le traza, para formar el gobierno y para reglar su marcha”.*

Instalado el Soberano Congreso General Constituyente [1852] se avanzó en la redacción de un proyecto texto constitucional que, al ser puesto en discusión en general [20/04/1852], fue inesperadamente resistido por el propio Presidente del Congreso –Facundo Zuviría– quien formuló una moción oponiéndose a su sanción y pidió su aplazamiento para una época más oportuna, lo cual fue rechazado por los demás constituyentes –José B. Gorostiaga, Juan M. Gutiérrez, Salustiano Zavalía, etc.– quedando así finalmente aprobada nuestra Constitución histórica<sup>(21)</sup>.

Puesta en vigor la Constitución, Sarmiento comentó su texto siguiendo los desarrollos del constitucionalismo norteamericano en relación a su significado jurídico y a la función de la garantía jurisdiccional<sup>(22)</sup>:

*“En un país como el nuestro, que sale del reino desenfrenado de la violencia y de la fuerza brutal, es preciso levantar muy alto por todas partes el pendón de la justicia y del derecho (...) Así la Constitución Argentina ha establecido en los tribunales de justicia un poder superior a todos los otros poderes, en cuanto ellos son en definitiva los intérpretes de la Constitución, y por tanto los jueces que han de resolver todas las cuestiones de derecho y de hecho que del ejercicio de aquellas emanan; y este es un punto capital para que lo dejemos pasar inapercibido (...) La teoría es sencillísima. El poder judicial es independiente de los otros poderes, y coexistente con ellos. Su oficio es aplicar las leyes, en todos los casos contenciosos: la Constitución es la ley suprema, luego la aplicación práctica que de sus disposiciones hagan los otros poderes recae bajo la jurisdicción y el fallo del Supremo poder judicial, en los casos que se reputen agredidos derechos que motiven acción, y pidan amparo”.*

<sup>(21)</sup> Cfr. RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas. Seguidas de los textos constitucionales legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación*, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, Peuser, Buenos Aires, 1937, T. IV, pp. 403 y ss. [disponible también on line en <http://www.ravignanidigital.com.ar>].

<sup>(22)</sup> Cfr. SARMIENTO, Domingo F., *Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina, con numerosos documentos ilustrativos del texto*, Imp. de Julio Belin y cía, Santiago de Chile, 1853.

Concluía así una primera fase en la lucha por la Constitución<sup>(23)</sup>; pero quedaba subsistente el problema de la escisión de Buenos Aires.

– 1853-1930: de la “Constitución histórica” al “Primer golpe de Estado”

De tal manera, luego llegaría la batalla de Cepeda [1859], la revisión constitucional [1860] y la batalla de Pavón [1861] como hitos en la reunificación de Buenos Aires y la Confederación que marcó, por fin, el cierre del ciclo constituyente originario de la Argentina.

Emplazado el Congreso Nacional, se dictaron las Leyes n°27 [1862] y n°48 [1863], referidas a la organización, jurisdicción y competencia de la Justicia Nacional, cuyos artículos 3 y 21, respectivamente, recogieron el carácter de ley suprema de la Constitución y la necesidad de que los jueces privilegien la observancia de su texto frente a cualquier otra disposición<sup>(24)</sup>.

A su vez, instalada la Corte Suprema, prontamente resolvió en el caso “Ríos” [1863, Fallos 1:32] que, en razón del principio fundamental de división de poderes, un decreto del Poder Ejecutivo que avanzaba en una materia propia del Legislativo resultaba inválido; sin embargo, luego en el caso “Martínez” [1865, Fallos 2:127] convalidó, por primera vez, las atribuciones de quien asumió los poderes nacionales en razón de la “revolución triunfante”. Más tarde anunció en el caso “Caffarena” [1871, Fallos 10:427] que se encuentra en la esencia del orden constitucional la atribución de los tribunales de anteponer en sus resoluciones los preceptos de la Constitución; luego en el caso “Sojo” [1887, Fallos 32:120] invocó la doctrina de “Marbury vs. Madison” aunque resolvió el planteo de diversa manera; hasta que, finalmente, en el caso “Elortondo” [1888, Fallos 33:162] declaró por primera vez la invalidez de una ley por encontrarla contraria a la Constitución, afirmando:

*“Que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos. Que tal atribución, que es por otra parte un derivado forzoso*

<sup>(23)</sup> Cfr. RUIZ MORENO, Isidoro J., *La lucha por la Constitución (1820-1853)*, Astrea, Buenos Aires, 1976, pp. 3 y ss.

<sup>(24)</sup> Cfr. DOLABJIAN, Diego A., “Debates sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad” [dos partes], en *Revista de Derecho Público*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, año I, n°3, 2012, pp. 249 y ss. y año II, n°4, 2013, pp. 111 y ss.

*de la separación de los poderes constituyente y legislativo ordinario, que hace la Constitución, y de la naturaleza, esencialmente subordinada y limitada de este último se halla especialmente consagrada por las leyes (n°27 y 48)...”.*

En este período, tuvieron lugar dos reformas constitucionales para adecuar el texto fundamental a las circunstancias del país: una [1866] relativa a las facultades impositivas del Estado federal en respuesta al desfinanciamiento derivado de la guerra contra Paraguay; otra [1898] relativa a la composición de la Cámara de Diputados en respuesta al incremento poblacional<sup>(25)</sup>.

Así, la concepción de la Constitución como norma suprema jurisdiccionalmente garantizada se arraigaba.

En la doctrina, v.gr., rezaba Estrada<sup>(26)</sup>:

*“...la Constitución Nacional declara que su texto, y las reglas políticas de gobierno que dejo enumeradas, forman la ley suprema del país (...) Todas las autoridades: el Congreso al dictar leyes orgánicas de la Constitución; el Poder Ejecutivo al establecer reglamentaciones administrativas, que son a las leyes dictadas por el Congreso lo que éstas son a la Constitución; y las provincias al organizar sus poderes, las administraciones de provincia al funcionar, los municipios mismos dentro de sus atribuciones y hasta los tribunales de provincia, necesitan amoldarse a los principios contenidos en las leyes supremas del país (...) La Constitución ha creado un augusto centro de autoridad, destinado a conservar incólume la supremacía de la Constitución, a colocar dentro de la órbita propia de sus atribuciones todos los poderes públicos y a mantener el equilibrio interprovincial. Este centro de poder es la Suprema Corte de Justicia (...) La Constitución establece que ella es la ley suprema del país; que todas las autoridades han de plegarse a sus máximas y a sus preceptos en el ejercicio de las funciones que les incumben. Por consiguiente, toda ley, decreto o disposición administrativa del Poder Ejecutivo de la República que se oponga a la Constitución, carece*

<sup>(25)</sup> La implementación de la vía de la reforma constitucional en tales materias es destacable, considerando que la experiencia posterior en esos mismos puntos ha sido avanzar a extramuros del texto constitucional. Así, v.gr. la integración de la Cámara de Diputados resultó sucesivamente reglamentada por las leyes n°15.264, 19.862 y 22.847 –de facto, actualmente vigente– fijándose pautas que alteran la proporcionalidad contemplada en la Constitución, *cfr.* GENTILE, Jorge H., “La Cámara de Diputados de la Nación”, en *El Poder Legislativo. Aportes para el conocimiento de Congreso de la Nación Argentina*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional/Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2009, pp. 239. A su vez, el sistema tributario vigente –desde la década del ’30– ha desvirtuado el programa constitucional, alterando la distribución de competencias impositivas, sin tampoco haber adecuado el régimen de coparticipación luego de 1994, *cfr.* SPISSO, Rodolfo R., *Derecho constitucional tributario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, pp. 13 y ss.

<sup>(26)</sup> *Cfr.* ESTRADA, José M., *Curso de derecho constitucional, federal y administrativo*, Cía. Sudamericana de Billetes de Banco, Buenos Aires, 1895, pp. 14, 211, 376 y ss.

*de valor y eficacia (...) Y para conseguir que esta declaración no sea una vaga promesa, una vacía y declamatoria afirmación que nada fecundo y vivo produzca en el porvenir para la conservación de los derechos y de las libertades públicas, ha establecido la justicia nacional, encargada de juzgar todos los litigios que ante ella se presenten bajo el criterio superior y exclusivo de la Constitución De suerte que, absteniéndose de aplicar las leyes dictadas por el Congreso o decretos expedidos por el Poder Ejecutivo cuando sean opuestos a la Constitución, es el último resorte para enervar todo acto autoritario que sea inconstitucional, y por consiguiente, para rectificar la línea de conducta de todos los otros poderes públicos cuando se extravían (...) La Constitución necesita revestir una fuerza efectiva suficiente para doblar todo cuanto pueda contrariarla, para allanar por su propia acción, todos los estorbos que puedan interponerse a su paso. Por eso, la Constitución Nacional Argentina, que ha querido crear una unidad superior a las unidades políticas formadas por las provincias, y en una ley constitucional el centro superior de atracción y dirección de la vida política y económica del país, ha creado un Estado Nacional; y creando un Estado Nacional ha formado un gobierno con acción tuitiva y coercitiva sobre las personas y las cosas (...) Pero en un régimen federal se interponen las provincias entre la Nación y las personas (por lo que) es menester proveer a los medios de que las provincias, en ningún caso, estatuyan en contra de la Constitución Nacional; y se siguen de aquí dos consecuencias: primera, que las disposiciones de la Constitución Nacional son tan obligatorias para las provincias consideradas en su capacidad legal, como para los individuos congregados en el seno de cada una de ellas; y segunda, que la legislación de todas las provincias debe adaptarse y subordinarse a la Constitución Nacional...”.*

A su vez, González enseñaba<sup>(27)</sup>:

*“Declaraciones, derechos y garantías (...) es el título de la primera parte de la Constitución, y en ella están contenidos todos los principios que forman parte del derecho constitucional argentino y las prescripciones prácticas que el pueblo ha puesto en frente de los Poderes del gobierno, para contenerlos en los límites de las facultades concedidas, para que ellos los defiendan y los aseguren, y para fijar una línea divisoria entre los derechos de los individuos, ciudadanos o extranjeros, y los deberes y atribuciones de las autoridades (...) Las garantías son todas aquellas seguridades y promesas que ofrece la Constitución al pueblo argentino, y a todos los hombres, de que sus derechos generales y especiales han de ser sostenidos y defendidos por las autoridades y por el pueblo mismo (...) No son, como puede creerse, las ‘declaraciones, derechos y garantías’, simples fórmulas*

<sup>(27)</sup> Cfr: GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina* [1897], Ángel Estrada, Buenos Aires, 1983, pp.101 y ss.



*teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que los contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarlas en la plenitud de su sentido, sin alterar ni debilitar con vagas interpretaciones o con ambigüedades la expresa significación de su texto (...) La Corte Suprema de los Estados Unidos ha dicho: 'que la Constitución es la ley suprema para los gobernantes y para el pueblo (...)'. Comprende, pues, a las Provincias, sus Gobiernos y Poderes y pueblos, así como al Gobierno, Poderes y pueblo de la Nación. Pero como el de ésta es supremo a él, por medio de sus tres Poderes, le está encomendado el darle efectividad y hacerla cumplir por todos aquellos a quienes obliga. En primer término está el Poder Legislativo (y) también al Poder Ejecutivo le cabe velar por su efectividad (pero) sin duda, donde tiene la Constitución, las leyes y los tratados, en cuanto son la ley suprema del país, su más sólido fundamento y prestigio, y su efectividad más directa, es en las sentencias de la Corte Suprema de la Nación; porque es el intérprete final e irrevocable de todas las reglas, doctrinas y poderes que ella contiene... ”.*

Y, también Matienzo afirmaba<sup>(28)</sup>:

*“La supremacía que el Gobierno nacional tiene sobre los Gobiernos de provincias, se ejercita de diversas maneras. No es precisamente el Poder efectivo de la autoridad nacional lo supremo; más supremo, si podemos aplicar el comparativo, es el vigor de la Constitución (...) Esta supremacía de la Constitución no solamente se hace efectiva sobre las provincias, sino también sobre las autoridades nacionales, y si éstas no procedieran de acuerdo con la Constitución, no tendrían el derecho de ejercer supremacía sobre las autoridades provinciales. Es así que una condición indispensable para que el Gobierno nacional tenga la supremacía de que venimos hablando, es la de conformar todos sus actos con la Constitución, a fin de que, en definitiva, la supremacía sea de la Constitución y no de los hombres o de los funcionarios (...) La ley es de dos categorías: o es la ley suprema o constitucional, o es la ley ordinaria. La Constitución es una ley como las otras, con la particularidad, en la República Argentina y en los Estados Unidos, de que está por encima de todas. En otros países la Constitución es una ley pero no tiene supremacía sobre las demás. El sistema argentino, tomado de los Estados Unidos, subordina las leyes ordinarias a la Constitución, como ley suprema o fundamental, mientras que el sistema francés o el alemán, y en general todos los sistemas de la Europa continental, no hacen esa distinción (...) Es necesario este esclarecimiento, para que se vayan percibiendo semejanzas que traen consecuencias muy importantes. La primera de esas consecuencias es la de que una ley ordinaria, sea dictada por el Congreso o por Legislaturas de provincia,*

---

<sup>(28)</sup> Cfr. MATIENZO, José N., *Lecciones de derecho constitucional*, Lib. La Facultad, Buenos Aires, 1926, T. I, pp. 207 y ss.

*si es repugnante a la Constitución de la nación, porque la contrarie directamente en su texto, o porque sea incompatible con su espíritu, no tiene derecho de ser ejecutada ni cumplida por los ciudadanos (...) Ahora, ¿cómo se hace efectiva esta superioridad de la ley constitucional sobre las demás leyes? Cuando se trata de asuntos privados, civiles o comerciales, ocurridos entre habitantes o ciudadanos del país, la determinación de la superioridad de la ley constitucional sobre las leyes ordinarias la hacen los jueces, es decir, la rama del Gobierno que se llama Poder judicial. Esa determinación constituye a este Poder en el guardián permanente de la Constitución. No porque ésta le llame así; sino, porque el hecho de estar constantemente ocupado en decidir, cuando hay una contienda entre una disposición constitucional y otra legal, que debe predominar la primera sobre la segunda, hace realmente de él un guardián de la Constitución, como lo han llamado los autores norteamericanos (...) No ha tomado el Poder judicial en todas partes esa función ni ese carácter. En otros países no existe declaración ninguna de superioridad o supremacía de la Constitución sobre las otras leyes; pero en la República Argentina, como en los Estados Unidos, en el texto constitucional mismo se (invoca la supremacía). En las Constituciones europeas no hay ninguna declaración semejante. Los Tribunales, que tienen que atenerse al aplicar la ley a los principios dados por la legislación, no encuentran en qué apoyarse para dar superioridad al texto de la Constitución sobre las leyes del Parlamento. En Francia, por ejemplo, o en Alemania, aplican los jueces las leyes que ha dictado su Parlamento, sin preocuparse de saber si ellas están en pugna con tales o cuales artículos de la Constitución...”.*

No obstante, mediante un golpe de Estado, el presidente electo Hipólito Yrigoyen resultó depuesto, tomando la presidencia José F. Uriburu [1930].

Frente a ello, la Corte Suprema dictó una Acordada mediante la cual dio reconocimiento a las autoridades alzadas caracterizándolas como un gobierno de facto, advirtiendo que si en el desenvolvimiento de su acción se desconocieran los derechos asegurados por la Constitución, el Poder Judicial habría de restablecerlos en los mismos términos que lo haría frente a un gobierno de iure [1930, Fallos 158: 290]; y en el caso “Malmonge” [1933, Fallos 169:309] equiparó sus poderes a un presidente constitucional, sin atribuciones legislativas ni judiciales.

Al respecto, hubo doctrina que aceptó al gobierno de facto emergente, v.gr.<sup>(29)</sup>:

---

<sup>(29)</sup> Cfr: GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., “Poderes limitados de los interventores ‘de facto’”, *Jurisprudencia Argentina*, año 1930, T. 34, pp. 2 y ss. En cambio, hubo un jurista que desde un primer momento se opuso con rigor a la doctrina emergente, afirmando visionariamente que: “*En el régimen constitucional argentino no cabe ningún gobierno ‘de facto’, porque toda autoridad debe emanar del sufragio, directa o indirectamente (...) En la República Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado una tesis favorable a toda revolución triunfante (...) Pero la tesis de la Corte es la proclamación del derecho a la revolución (...) Es la afirmación de que la fuerza prima sobre las instituciones (...) La santidad de la Constitución desaparece ante una revolución triunfante. En lo sucesivo, podrá definirse la Constitución*”.

*“La estructura política y jurídica del país, imperativamente determinada por su historia y por su Ley Suprema, la Constitución de 1853, no ha sido transformada (...) El actual ‘Gobierno Provisional de la Nación’ es siempre un gobierno del Estado Federal Argentino, cuya Constitución ha jurado respetar. El país no se encuentra ‘en período constituyente’, vale decir, sin Constitución. Muy al contrario, el ‘Gobierno Provisional’ mantiene su patriótico y noble propósito de cumplirla. Es un gobierno de facto; pero las instituciones de la Nación continúan, inalteradas, en plena vigencia”.*

A partir de allí, y durante el medio siglo comprendido entre 1930 y 1983, la Argentina fue regida por sucesivos gobiernos de facto con interregnos de gobiernos constitucionales, quedando en una entelequia la idea de la fuerza normativa de la Constitución.

– *1930-1949: del “Primer golpe de Estado” a la “nueva Constitución”*

La década siguiente, se caracterizó básicamente por la instauración de un orden conservador perpetuado a través del fraude electoral.

El último presidente de dicha etapa, Ramón S. Castillo, resultó depuesto por un golpe militar organizado por el denominado “Grupo de Oficiales Unidos”, asumiendo la presidencia de Pedro P. Ramírez [1943].

Frente a ello, la Corte Suprema dictó una Acordada reconociendo a las autoridades alzadas en los mismos términos que lo hiciera antes [1943, Fallos 196:5]; más luego, en los casos “Mayer” [1945, Fallos 201:249], “Arlandini” [1947, Fallos 208:184] y “Ziella” [1947, Fallos 209:25] convalidó con amplitud el ejercicio de facultades legislativas por parte de los gobiernos de facto.

Por fin, se convocaron elecciones generales resultando electo como presidente Juan D. Perón [1946].

---

*como un conjunto de normas jurídicas que rigen mientras no sobrevenga la revolución...”, cfr. ANTOKOLETZ, Daniel, “Gobiernos legales y gobiernos arbitrarios”, *Jurisprudencia Argentina*, año 1930, T. 34, pp. 5 y ss. Sobre el contexto, sentido y repercusiones de la Acordada de la CSJN, ver: CAYUSO, Susana G. y GELLI, María Angélica G., *Ruptura de la legitimidad constitucional. La Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1930*, Cuadernos de Investigaciones n°1, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1988, pp. 4 y ss. En cuanto a la postura de Bidart Campos respecto de los gobiernos de facto, su posición se proyectó desde un reconocimiento condicionado de su existencia a la luz de la realidad (cfr. *Derecho constitucional. Realidad, normatividad y justicia en el derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1964/1966, T. I, pp. 561 y ss. y T. II, 695 y ss.; y *Derecho constitucional del poder*, Ediar, Buenos Aires, 1967, T. I, pp. 411 y T. II, pp. 193 y ss.) hasta una absoluta negación de su posibilidad a la luz de la vigencia del art. 36 de la Constitución vigente (cfr. *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1996, T. I, pp. 426 y ss. y T. III, pp. 32, 41 y ss., y *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2000/2003, T. I-A, pp. 631 y ss. y T. II-A, pp. 473 y ss.).*

Al poco tiempo, se dictó la Ley n°13.233 declarando necesaria la reforma de la Constitución histórica [1948], sancionándose al año siguiente una nueva Constitución [1949] que, mutando la matriz de la anterior, avanzó hacia la extensión de derechos sociales y un mayor intervencionismo estatal.

– *1949-1955: de la “nueva Constitución” a la “Revolución Libertadora”*

Dicha reforma mereció cuestionamientos en la inteligencia de que se había apartado de los parámetros constitucionales<sup>(30)</sup>; empero, fue aplicada por la Corte Suprema en sendos casos, v.gr. “Arbelaiz” [1951, Fallos 220:260], “Corporación Industrial de Productores Oleaginosos Cipo S.A.” [1953, Fallos 226:453], etc.

– *1955-1966: de la “Revolución Libertadora” a la “Revolución Argentina”*

Sin embargo, luego tuvo lugar un alzamiento que puso fin al gobierno de Juan D. Perón [1955] y, al poco tiempo, el presidente de facto Pedro E. Aramburu derogó la nueva Constitución mediante una simple proclama, restableciendo la Constitución histórica, si bien en el art. 2 se estableció:

*“El Gobierno provisional de la Nación ajustará su acción a la Constitución que se declara vigente por el art. 1° en tanto y en cuanto no se oponga a los fines de la Revolución enunciados en las directivas básicas del 7 de diciembre de 1955 y a las necesidades de la organización y conservación del Gobierno provisional”.*

Posteriormente, se avanzó en la convocatoria a nueva reforma constitucional que, básicamente, trajo por resultado la introducción del denominado “art. 14 bis” [1957].

Dicha reforma también mereció cuestionamientos en orden a la invalidez constitucional de las decisiones del gobierno de facto; empero, la Corte Suprema afirmó que los derechos consagrados en la Constitución anterior no constituían ningún precepto sino solamente declaraciones teóricas, v.gr. en los casos “Sambrín de Mollard” [1956, Fallos 235:140], “Cantarini” [1957, Fallos 237:272]; aceptó la pérdida de vigencia de dicho texto constitucional, v.gr. en los casos “Zamboni” [1957, Fallos 237:142], “Sedalana Juan Kipp S.R.L.” [1957, Fallos 237:797], y convalidó la legitimidad de la reforma constitucional que incorporó el “art. 14 bis” en el caso “Soria de Guerrero” [1963, Fallos 256:556].

Este período continuó con una inestable alternancia entre gobiernos de facto y gobiernos constitucionales: el último presidente electo, Arturo U. Illia [1963], resultó

<sup>(30)</sup> Sobre el problema de la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales en nuestro sistema y la posibilidad de su control jurisdiccional, ver: FERREYRA, Raúl G., *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2007, pp. 109 y ss.

finalmente depuesto mediante el golpe de Estado, tomando la presidencia Juan C. Onganía [1966].

– *1966-1976: de la “Revolución Argentina” al “Proceso de Reorganización Nacional”*

De inmediato, la Junta Militar dictó un Acta y un Estatuto que vinieron a trastocar el sistema constitucional; concretamente, el art. 3 del Estatuto de la “Revolución Argentina” establecía:

*“El Gobierno ajustará su cometido a las disposiciones de este Estatuto, a las de la Constitución nacional y leyes y decretos dictados en su consecuencia, en cuanto no se opongan a los fines enunciados en el Acta de la Revolución Argentina”.*

Al respecto, también aquí hubo doctrina que admitió abiertamente el nuevo orden normativo impuesto, v.gr.<sup>(31)</sup>:

*“(la Junta Revolucionaria) ejerció el poder constituyente y otorgó un nuevo sistema jurídico fundamental, que ha reemplazado totalmente al anterior. Lo que subsista del mismo, no lo es sino en la medida en que la Junta lo ha admitido y en esta admisión encuentra su única causa de validez. El sistema vigente no ha suspendido la Constitución de 1853. Como es permanente la ha destruido. Quien pretenda restaurar el anterior sistema, no podrá hacerlo sino por medio de una reacción a la revolución para retrotraer las cosas y restablecer el sistema extinguido (...) La pirámide del ordenamiento positivo argentino encuentra ahora una estructura distinta: en la cúspide, los fines enunciados en el Acta de la Revolución su anexo, que informa a todos sus inferiores. Inmediatamente detrás de ella, el Estatuto de la Revolución Argentina, y en tercer lugar, la ley nominalmente designada como Constitución de la Nación Argentina”.*

A su turno, la Corte Suprema consintió las atribuciones asumidas por el gobierno de facto en el caso “Molinas” [1968, Fallos 270:367] como así también su devenir mediante sendas Acordadas<sup>(32)</sup>.

<sup>(31)</sup> Cfr. LOUSTEAU HEGUY, Guillermo A., “El nuevo régimen constitucional argentino”, *La Ley*, T. 1966-V, pp. 1159 y ss.

<sup>(32)</sup> **Al asumir Roberto M. Levingston [1970], la CSJN reconoció su presidencia de facto mediante una Acordada en la que reparó en uno de los objetivos expresados por la Revolución Argentina referidos a cumplir “el sentido de respeto a la ley y el imperio de una verdadera justicia, en un régimen republicano en el que tenga plena vigencia el ejercicio de las obligaciones, derechos y libertades” que la Constitución Nacional asegura” señalando que “los términos de la comunicación de la Junta importan ratificar la vigencia de los instrumentos básicos de la Revolución Argentina” [1970, Fallos 277:5]. Luego, al asumir Alejandro A. Lanusse [1971], la CSJN reconoció su presidencia de facto mediante una nueva Acordada dictada “en la inteligencia de que la Junta de Comandantes en Jefe cumplirá el objetivo de**

En tanto que las autoridades de facto avanzaron en el dictado de un Estatuto Fundamental que directamente introdujo enmiendas en la parte orgánica de la Constitución histórica [1972].

Por fin, se convocaron elecciones generales resultando electo como presidente Héctor J. Cámpora [1973]. A su renuncia resultó electo Juan D. Perón, quien falleció prontamente y fue sucedido por Isabel Perón [1974], siendo ésta derrocada mediante un golpe de Estado, que llevó a la presidencia a Jorge R. Videla [1976].

– *1976-1983: del “Proceso de Reorganización Nacional” a la “Recuperación Democrática”*

La nueva Junta Militar dictó unas Actas y un Estatuto que una vez más vinieron a trastocar el sistema constitucional, aunque asumiendo ahora todavía más atribuciones; concretamente, el art. 14 del Estatuto para el “Proceso de Reorganización Nacional” establecía:

*“Los Gobiernos nacional y provinciales ajustarán su acción a los objetivos básicos que fijó la Junta Militar, al presente Estatuto y a las Constituciones nacional y provinciales en tanto no se opongan a aquéllos”.*

Al respecto, también aquí hubo doctrina que dio reconocimiento expreso al nuevo orden normativo impuesto, v.gr.<sup>(33)</sup>:

*“Reconocemos su nivel constitucional, en sentido material, en cuanto dicho Estatuto se halla vigente y efectivamente ha suspendido, en forma parcial, la normativa de nuestra Carta Magna. Además de ello debemos aceptar, en el orden axiológico, que responde a un criterio de legitimidad, fundado en la iniciativa histórica para superar una crisis (...) En cuanto al orden de prelación mencionado en el art. 14 del Estatuto, de ninguna manera puede afirmarse que indique superioridad de la reciente supralegalidad sobre la Constitución Nacional. Se trata de normas ubicadas en un mismo plano jerárquico; por ello la regulación novedosa puede derogar (en caso de ser permanente) o suspender (si es transitoria), a la anterior”.*

A su turno, la Corte Suprema convalidó en general las atribuciones asumidas por el gobierno de facto, sometiendo solo algunas decisiones concretas a un mínimo

---

*restablecer la forma republicana, representativa y democrática de gobierno y mantendrá en plena vigencia el sistema de derechos y garantías que consagra la Constitución Nacional y que es misión de esta Corte preservar” [1971, Fallos 279:98].*

<sup>(33)</sup> Cfr. PALAZZO, Eugenio L. y SCHINELLI, Guillermo C., *Las normas constitucionales del Proceso de Reorganización Nacional*, ed. Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1976, p. 15.

control, v.gr., frente a las detenciones y desapariciones ilegítimas perpetradas en el devenir de la dictadura militar.

Así, v.gr. en el caso “Ercoli” [1976, Fallos 296:372] señaló:

*“Que un verdadero estado de necesidad reinante en el país obligó a las Fuerzas Armadas a tomar a su cargo el Gobierno de la Nación, no olvidando, por cierto, el deber de proteger los derechos individuales. En tal sentido fijó el propósito y los objetivos básicos para el ‘proceso de reorganización nacional’, lo que se asentó en acta que lleva fecha 24 de marzo próximo pasado, jurando cumplir y hacer cumplir dichos objetivos, el Estatuto para el Proceso de la Reorganización Nacional y la Constitución de la Nación Argentina’. Este juramento de la Carta Fundamental contiene sin lugar a dudas, una autolimitación tendiente a llevar a la ciudadanía y a ‘todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino’ —como reza el Preámbulo— la seguridad de que las declaraciones, derechos y garantías contenidos en su Primera Parte no será afectados ni alterados en modo alguno como único medio de afianzar la seguridad jurídica a que se refieren los Objetivos Básicos; la cual, por otra parte, resulta indispensable para lograr la paz interior mentada también en los dichos objetivos (...) y para la imagen que debe presentar el país ante el mundo civilizado. Por lo demás, agregan los ‘Objetivos’ la intención de restablecer la ‘Vigencia plena del orden jurídico’” (de modo que la restricción a las garantías constitucionales) “no puede reputarse arbitraria, ni irrazonables los medios adoptados para asegurar el logro de los ‘Propósitos y Objetivos Básicos del Proceso de Reorganización Nacional’ que se juraron observar conjuntamente con la Constitución Nacional (siendo) único juicio éste que compete en la materia a los tribunales de justicia”.*

De otro lado, en el caso “Pérez de Smith” [1977, Fallos 297:338] sostuvo:

*“...habida cuenta que es principio inconcuso de nuestro régimen republicano la separación, pero también el equilibrio armónico de los poderes en función de lograr la plenitud del estado de derecho, esta Corte estima su deber poner en ejercicio los poderes implícitos que hacen a la salvaguardia de la eficacia de la función judicial, principalmente en cuanto se refiere a la protección de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional” de modo que “(s)obre tales bases, el tribunal considera oportuno dirigirse al Poder Ejecutivo nacional a fin de encarecerle intensifique, por medio de los organismos que correspondan, la investigación sobre el paradero y la situación de las personas cuya desaparición se denuncia judicialmente y que no se encuentran registradas como detenidas, a fin de que los magistrados estén en condiciones de ejercer su imperio constitucional resolviendo, con la necesaria efectividad que exige el derecho, sobre los recursos que se intenten ante sus estrados en salvaguardia de la libertad individual y sobre las eventuales responsabilidades en caso de delito”.*

A su vez, en el caso “Zamorano” [1977, Fallos 298:441] dijo:

*“...está sujeta al control jurisdiccional la aplicación concreta de los poderes de excepción del Presidente sobre las libertades constitucionales, control que lejos de retraerse en la emergencia, debe desarrollarse hasta donde convergen sus competencias y los valores de la sociedad argentina confiados a su custodia (...) Dicho control es un deber del Poder Judicial, y en especial de la Corte como tribunal de garantías constitucionales, pero es impuesto en interés del buen orden de la comunidad y del propio órgano político, que en su mensaje de la ley 21.312 del 4 de mayo de 1976, se ha preocupado por asegurar ‘el adecuado debate en sede judicial de la razonabilidad de las decisiones del Poder Ejecutivo’”.*

Sin embargo, en el caso “Lokman” [1977, Fallos 299:142] precisó:

*“Que al respecto, cabe destacar que las Actas Institucionales y el Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional son normas que se integran a la Constitución Nacional, en la medida que subsistan las causas que han dado legitimidad a aquéllas, fundadas (...) en un verdadero estado de necesidad que obligó a adoptar medidas de excepción (...) para superar una crisis institucional y proteger al Estado, todo ello sin perjuicio de que los derechos reglamentados guarden razonable y adecuada relación con ese fundamento”.*

Empero, en el caso “Timerman” [1978, Fallos 300:816] afirmó:

*“Que el Poder Ejecutivo nacional tiene la obligación y asume la responsabilidad de ejercitar en cada caso, fundada y razonablemente, los poderes de excepción que le confiere el art. 23 de la Constitución Nacional. Esta Corte ha reivindicado para el Poder Judicial en general y especialmente para sí, en su carácter de tribunal de garantías constitucionales, el control jurisdiccional sobre la aplicación concreta de tales poderes, habiendo señalado además que dicho control, lejos de retraerse en la emergencia, debe desarrollarse hasta donde convergen sus competencias y los valores de la sociedad argentina confiados a su custodia”* de modo tal que *“la aplicación concreta de las facultades de excepción del poder político deben sujetarse al contralor de razonabilidad en la adecuación de causa y grado entre la restricción impuesta –la libertad personal en el caso de autos– y los motivos de la situación de excepción”.*

Tras ello, nuevamente en “Pérez de Smith” [1978, Fallos 300:832], agregó:

*“(la) privación de justicia (...) no sólo se configura cuando las personas se encuentran ante la imposibilidad de recurrir a un tribunal competente o cuando la decisión judicial se aplaza en forma irrazonable o indefinida, sino también cuando no se dan las condiciones necesarias para que los jueces puedan ejercer*



*su imperio jurisdiccional con la eficacia real y concreta que, por naturaleza, exige el orden jurídico, de manera que éste alcance su efectiva vigencia en el resultado positivo de las decisiones que la Constitución Nacional ha encomendado al Poder Judicial. Ello con tanta mayor razón cuando, como en la situación aquí planteada, están en juego derechos fundamentales de las personas que merecen garantías inviolables, por ser tales e integrar; además, el valioso acervo del bien común (...) La plenitud del estado de derecho a que hiciera referencia esta Corte en el caso 'supra' citado, no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente la vigencia real y segura del derecho en el seno de la comunidad y, por ende, la posibilidad de hacer efectiva la justiciabilidad plena de las transgresiones a la ley y de los conflictos jurídicos. El verdadero valor del derecho, dice R. von Ihering, descansa por completo en el conocimiento de sus funciones, es decir, en la posibilidad de su realización práctica. La función del derecho, en general, es la de realizarse; lo que no es realizable nunca podrá ser derecho (...) (S)e impone precisar que no compete a esta Corte valorar ni emitir juicios generales sobre situaciones cuyo gobierno no le está encomendado (...) (p)ero en su carácter de intérprete y tribunal supremo de principios constitucionales y órgano superior de un Poder del Estado, le incumbe el deber de velar celosamente por el adecuado y eficaz servicio de la justicia (...) (q)ue sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, es de recordar que los otros poderes del gobierno de la Nación se encuentran también vinculados por el propósito inspirador del dictado de la Constitución —que tanto vale como su propia razón de ser— integrado por los enunciados del Preámbulo, entre éstos el de 'afianzar la justicia'. Por consiguiente, aquellos poderes han de brindar toda su asistencia a los órganos del Poder Judicial, para que éstos puedan hacer efectivos los derechos y garantías instituidos por el citado estatuto (por ello) esta Corte considera un deber inexcusable ponerla en conocimiento del Poder Ejecutivo nacional y exhortarlo urja las medidas necesarias a su alcance a fin de crear las condiciones requeridas para que el Poder Judicial pueda llevar a cabal término la decisión de las causas que le son sometidas...”.*

Y luego, de nuevo en “Timerman” [1978, Fallos 301:771], precisó:

*“Que una interpretación armónica del complejo normativo fundamental que respete los poderes de emergencia y haga prevalecer en ellos los fines y propósitos declarados en la Constitución y en los instrumentos básicos del Proceso de Reorganización Nacional (...), excluye la restricción a la libertad —así sea en la forma atenuada de que aquí se trata— dispuesta por un órgano político (...) (C) onforme a todo lo expuesto, no cabe sino concluir que la res. 6 de la Junta Militar resulta desprovista de la necesaria legitimidad para imponer la sanción que dispone respecto de Jacobo Timerman con el carácter de pena corporal a que se hizo referencia supra. Este pronunciamiento no implica afectar la esfera propia de reserva del poder político, toda vez que se basa, precisamente, en la declaración*

*de que el mismo, en el caso, excede su propia competencia al aplicar tal tipo de sanción, conforme a principios básicos enunciados en la Constitución Nacional y en los instrumentos fundamentales del Proceso de Reorganización Nacional” a lo cual agregó “(q)ue se impone precisar que no compete a esta Corte valorar ni emitir juicios generales sobre situaciones cuyo gobierno no le está encomendado, se lo impide la naturaleza específica de sus funciones en el contexto de las instituciones fundamentales de la República y su reiterada doctrina de que la autoridad suprema de sus fallos se basa sobre el supuesto de mantenerse en los límites de su competencia. Pero en su carácter de intérprete final de principios de rango constitucional le incumbe el deber de velar; en los casos sometidos a su conocimiento, por la vigencia real de esos principios y el logro de la plenitud del estado de derecho...”*

A su vez, reiterando los términos de sus anteriores decisiones, en el caso “Recchia de Scheda” [1983, Fallos 305:504] expresó:

*“...esta Corte se ve, una vez más, ante el indeclinable deber de poner en ejercicio sus poderes implícitos, en salvaguarda de la libre y eficaz actividad jurisdiccional que la Constitución atribuye a los jueces. Con tanta mayor razón cuando se trata, como en el caso, de la presunta privación ilegal de la libertad de que pudo ser víctima un ciudadano, cuyo paradero se ignora desde hace más de seis años, lo que importa decir que se hallan en juego derechos fundamentales de la persona humana”*.

Así, el concepto de la fuerza normativa de la Constitución quedó gravemente quebrantado durante todo este trágico período.

Por fin, se convocaron elecciones generales resultando electo como presidente Raúl R. Alfonsín [1983].

– *1983-1994: de la “Recuperación Democrática” a la “Constitución reformada”*

Tras el anterior interregno de profunda oscuridad, la figura del nuevo presidente encarnó una reverdecida “voluntad de Constitución”, al punto que en los actos de campaña que lo llevaron a la presidencia proclamaba con énfasis el preámbulo constitucional, convirtiendo esa pieza en una suerte de rezo colectivo de poderosa carga emotiva<sup>(34)</sup>.

Sin perjuicio de la restauración del sistema constitucional, al poco tiempo apareció como apropiado evaluar posibles enmiendas tendientes a actualizar el texto de la Constitución, lo cual fue encomendado al “Consejo para la Consolidación de la Democracia” creado como órgano asesor de la presidencia mediante Decreto n°2446

<sup>(34)</sup> Cfr. DI MEGLIO, Gabriel y ÁLVAREZ, Gustavo, *Voces de la democracia. Los discursos que hicieron historia. 1983-2013*, Aguilar, Buenos Aires, 2013, pp. 17.

[1985], produciéndose sendos dictámenes con propuestas que, empero, no lograron plasmarse en una reforma constitucional<sup>(35)</sup>.

– *1994-2014: de la “Constitución reformada” a la actualidad*

Luego del traspaso del gobierno al presidente electo Carlos S. Menem [1989], e impulsado por su aspiración reeleccionista, se celebró el denominado “Pacto de Olivos” que derivó en la Ley n°24.309 declarativa de la necesidad de la reforma constitucional [1993], quedando sancionada la Constitución reformada actualmente vigente [1994].

Dicha reforma, pese a su legitimidad, también mereció un cuestionamiento en orden a la invalidez de uno de los artículos incorporados; y, paradójicamente, como nunca antes había ocurrido en la historia constitucional argentina, la Corte Suprema declaró en el caso “Fayt” [1999, Fallos 322:1616] que la disposición constitucional atacada resultaba “*nula de nulidad absoluta*”.

No obstante el traspasé anterior, y pese a algunos notorios desvíos en la práctica, la Constitución reformada se arraigó considerablemente en su vigencia general y, en tal sentido, bajo sus reglas fueron convocadas elecciones generales mediante las cuales el presidente que se encontraba en el cargo resultó reelecto [1995], siendo sucedido luego por los presidentes electos Fernando De la Rúa [1999]<sup>(36)</sup>, Néstor C. Kirchner [2003] y Cristina E. Fernández de Kirchner [2007 y 2011].

A modo de síntesis, puede afirmarse que durante las tres décadas transcurridas desde la Recuperación Democrática [1983-2014], la Argentina fue regida por sucesivos gobiernos que mantuvieron la vigencia global del sistema constitucional, pudiendo recobrar vigor la idea de la fuerza normativa de la Constitución, aunque no sin conocidas dificultades<sup>(37)</sup>.

En el constitucionalismo latinoamericano también puede advertirse, en general, una sucesión de ciclos en los cuales han habido épocas en que proliferaron los go-

<sup>(35)</sup> Cfr. Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Reforma constitucional. Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Eudeba, Buenos Aires, 1986 y *Reforma constitucional. Segundo dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Eudeba, Buenos Aires, 1987.

<sup>(36)</sup> Al estallar la crisis en diciembre de 2001, la presidencia fue encomendada sucesivamente a Federico R. Puerta, Adolfo Rodríguez Saá, Eduardo Camaño y Eduardo A. Duhalde, quien la ejerció hasta mediados de 2003.

<sup>(37)</sup> Y es que también en esta etapa, como a lo largo de toda la historia constitucional argentina, siguió observándose una reiterada invocación de situaciones de emergencia de la más variada índole, con el resultado de exorbitar el avance del poder a través de diferentes carriles, tanto previstos como no previstos por la Constitución, provocándose severas lesiones al Estado de Derecho, al sistema republicano y a los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional, cfr. HERNÁNDEZ, Antonio M. (h), *Las emergencias y el orden constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, pp. 11 y ss.

biernos autocráticos y otras en que prevalecieron gobiernos al menos formalmente democráticos<sup>(38)</sup>.

Recién hacia la década del '80 comenzaron a restaurarse paulatinamente los sistemas constitucionales en varios países de la región, verificándose en los años siguientes un proceso democratizador que se fue acelerando y extendiendo hasta llegar a la situación actual.

A partir de entonces, varios países han avanzado en la incorporación de nuevas piezas en sus sistemas, ya sea mediante la reforma de sus leyes fundamentales o mediante la sanción de nuevos textos constitucionales, destinados a proteger con eficacia los derechos humanos y asegurar la vigencia del sistema democrático.

Así, v.gr. se observan desarrollos enfilados a la redefinición del equilibrio entre el Ejecutivo y el Legislativo, al rediseño del control jurisdiccional de constitucionalidad, a la revitalización de los derechos constitucionales, a la constitucionalización de los derechos humanos, al reconocimiento de la supremacía del derecho internacional, al reforzamiento de las garantías judiciales, a la creación del ombudsman y otros órganos de control, etc.

En esta evolución latinoamericana sobre la fuerza normativa de la Constitución y sus garantías resulta ilustrativo aludir, v.gr. al caso de la experiencia ecuatoriana, donde se pasó de un régimen de soberanía parlamentaria sin control jurisdiccional [1830-1945], a un modelo de control jurisdiccional mixto con elementos difusos y concentrados [1945-2008], hasta llegar a un sistema de control jurisdiccional concentrado [2008]<sup>(39)</sup>.

En suma, pueden verificarse notables progresos en la región en torno a la idea de la fuerza normativa de la Constitución; sin embargo, por supuesto, subsisten problemas y desafíos formidables que deben ser enfrentados y resueltos pues –por desgracia– el peligro de indeseables retrocesos siempre se encuentra al acecho.

## **b. La fórmula en los textos**

En relación a la Constitución argentina vale la pena reparar con algún grado de detenimiento en las diversas disposiciones que, directa o indirectamente, reflejan la idea de la supremacía y de la fuerza normativa de la Constitución.

Así, la supremacía normativa de la Constitución –es decir, su primacía respecto de los tratados internacionales, las leyes nacionales, las normas provinciales, etc.– se deduce de las siguientes previsiones fundamentales:

<sup>(38)</sup> Cfr. CARPIZO, Jorge, “Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano”, en *Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano*, AA.VV., UNAM, México, 2009, pp. 1 y ss.

<sup>(39)</sup> Cfr. GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín, *Constitucionalismo en Ecuador*, Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición/CEDEC, Quito, 2012, pp. 171 y ss.

Art. 5: “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional...”; Art. 27: “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”; Art. 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”; Art. 30: “La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes (pero la reforma) no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”; Art. 31: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...”; Art. 75 inc. 22: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes (...) (Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que se enumeran) en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”; Art. 126: “Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación...”.

A su vez, la fuerza normativa de la Constitución —es decir, su carácter de norma jurídica vinculante para las autoridades y para los particulares, tanto en situaciones ordinarias como extraordinarias— se observa en las siguientes disposiciones fundamentales:

Preámbulo: “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina (...) ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución...”; Art. 21: “Todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la patria y de esta Constitución...”; Art. 23: “En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio...”; Art. 29: “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”; Art. 36: “Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. 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 de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo”;* Art. 43: *“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva...”*; Art. 67: *“Los senadores y diputados prestarán, en el acto de su incorporación, juramento de desempeñar debidamente el cargo, y de obrar en todo en conformidad a lo que prescribe esta Constitución”;* Art. 86: *“El Defensor del Pueblo es un órgano independiente (cuya) misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas”;* Art. 93: *“Al tomar posesión de su cargo el presidente y vicepresidente prestarán juramento (...) de ‘desempeñar con lealtad y patriotismo el cargo de Presidente (o vicepresidente) de la Nación y observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina’”;* Art. 112: *“...los individuos nombrados (como jueces de la Corte Suprema) prestarán juramento (...) de desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución...”*.

Asimismo, en el constitucionalismo latinoamericano pueden señalarse –entre otras– las siguientes fórmulas textuales de Constituciones que asumen el carácter de norma suprema jurisdiccionalmente garantizada:

Constitución mexicana [1917, con reformas], Art. 103: *“Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte...”*; Art. 105: *“La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: I. De las controversias constitucionales (...) II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución...”*; Art. 107: *“Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes: I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un*

*interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico...”; Art. 133: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”; Art. 136: “Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor; aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta”.*

Constitución brasileña [1988, con reformas], Art. 5: “...§1º. Las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales son de aplicación inmediata”; Art. 102: “Es competencia del Supremo Tribunal Federal, principalmente, la garantía de la Constitución, correspondiéndole: 1. procesar y juzgar, originariamente: a) la acción directa de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos federales o estatales y la acción declarativa de constitucionalidad de leyes o actos normativos federales (...) 3. Juzgar, mediante recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión recurrida: a) fuese contraria a disposiciones de esta Constitución, b) declárese la inconstitucionalidad de un tratado o una ley federal; c) juzgase válida una ley o un acto de un gobierno local cuestionada a la vista de esta Constitución, d) juzgase válida una ley local cuestionada a la vista de una ley federal (...) §1º. La alegación de incumplimiento de un precepto fundamental derivado de esta Constitución será apreciado por el Supremo Tribunal, en la forma de la ley...”.

Constitución colombiana [1991], Art. 4: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”; Art. 241: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la

*Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización. 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno (...) por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación (...) 7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno (...) 8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales. 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben... ”.*

Constitución ecuatoriana [2008], Art. 84: *“La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”*; Art. 424: *“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”*; Art. 425: *“El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias (etc.). En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior...”*; Art. 426: *“Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales*



de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”; Art. 436: “*La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias (...) 2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado. 3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución. 4. Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo. 5. Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias...*”.

### III. EL MAGISTERIO DEL PROFESOR DOCTOR BIDART CAMPOS

Según se ha visto, la historia del constitucionalismo argentino recorrió un itinerario bastante desventurado en cuanto al reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución.

Incluso, en la década del '80, llegó a presentarse una cruda tesis negatoria de la juridicidad y exigibilidad de la Constitución<sup>(40)</sup>:

*“Para determinar, pues, qué tipo de Constitución rige en un país, hay que ver cómo funcionan sus actuales organizaciones; no es escrutando las cláusulas insertadas en el texto de unas actas firmadas por los constituyentes como sabremos si tiene vigencia una Constitución, sino que debemos mirar cómo se comportan los poderes públicos en el país real y actual. Ahora bien, al practicar la anterior investigación podremos encontrarnos con dos situaciones diferentes, a saber: 1) que el estado actual se muestre respetuoso de las cláusulas de una Constitución dictada tiempo atrás; 2) que el estado actual se halle estructurado de una manera*

<sup>(40)</sup> Cfr: ROTMAN, Rodolfo B., “La supremacía de la Constitución”, *La Ley*, T. 1980-A, pp. 896 y ss.

*distinta a la prevista en dicha Carta. En el primer supuesto estamos facultados para sostener que 'rige la Constitución del año tal' (v. gr., entre nosotros, la de 1853); en el segundo supuesto deberemos afirmar que tal Constitución 'no rige en el país' (...) Frente a las dos hipótesis anteriores podemos ahora preguntarnos: ¿Es obligatoria la observancia de las normas constitucionales? La respuesta para los dos casos supuestos es negativa. En el caso de una Constitución que no rige efectivamente, su misma falta de vigencia es la mejor prueba de que su acatamiento no es obligatorio, que se respeta o no se respeta a voluntad. En el caso de una Constitución vigente (respetada), tampoco es la Constitución lo que debe observarse obligatoriamente, sino que la conducta respetuosa del Estado hacia la Constitución es determinada por el Estado mismo, es algo voluntario y no obligatorio. Esto ocurre así porque la Constitución carece de una organización 'ad hoc' que la haga respetar, a diferencia de las leyes que dicta el Estado y que él mismo, como organización de la fuerza, constriñe a obedecer. Cuando el Estado se ajusta a las prescripciones constitucionales, no obedece a la Constitución, como suele a veces decirse; el Estado no obedece a nadie, y si se ajusta a la Constitución es siempre voluntariamente (...) (R)especto del Estado no hay ni puede haber más que autolimitaciones, de modo que la Constitución es incapaz de imponerle limitaciones. Un poder jurídico (...) es un poder capaz de imponerse, y en ese sentido la Constitución no lo es, desde que carece de cualquier posibilidad de imponerse al Estado: lo jurídico comienza con el Estado y no antes de él; la Constitución no forma parte de la juridicidad sino en tanto que sus cláusulas son voluntariamente cumplidas por la autoridad estatal".*

Las líneas precedentes dan cuenta de un contexto que permite apreciar la importancia de los aportes efectuados por Bidart Campos para la consolidación de nuestro Estado constitucional, de manera especialmente vigorosa, desde el acaecimiento de nuestro *annus mirabilis* [1983]<sup>(41)</sup>.

Así, entre su extraordinaria producción bibliográfica, pueden citarse las siguientes obras esenciales que datan de dicho período, v.gr.:

*Los valores de la democracia argentina*, Eudeba, Buenos Aires, 1983; *Para vivir la Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 1984; *Manual de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1984 [mult. eds.]; *La Corte Suprema. El tribunal de las garantías constitucionales*, Ediar, Buenos Aires, 1984; *El poder*, Ediar, Buenos Aires, 1985; *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1986 [mult. eds.]; *Las obligaciones en el derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987; *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1988; *Los equilibrios de la libertad*, Ediar, Buenos Aires, 1988; *Teoría*

<sup>(41)</sup> La expresión *annus mirabilis* ha sido adoptada de Peter HÄBERLE, cfr. *El estado constitucional*, UNAM, México, 2003, pp. 1 y ss.

*general de los derechos humanos*, UNAM, México, 1989; *Constitución y derechos humanos. Su reciprocidad simétrica*, Ediar, Buenos Aires, 1991; *La interpretación del sistema de Derechos Humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1994; *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995; *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1996; *El derecho constitucional humanitario*, Ediar, Buenos Aires, 1996; *El orden socioeconómico en la Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 1999; *Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad: pensando el puente al 2001 desde el presente y el futuro*, Ediar, Buenos Aires, 1999; *La Constitución que dura. 1853-2003. 1994-2004*, Ediar, Buenos Aires, 2004; *Compendio de derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2004; *Nociones constitucionales. Las intersecciones iusnaturalistas de la Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 2007 [póstumo].

Entre tales contribuciones hay dos que resultan ineludibles en relación al tema central de este trabajo referido a la fuerza normativa de la Constitución, a saber: “*Para vivir la Constitución*” [1984] y “*El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*” [1995]; la primera, como profesión de fe constitucional inspirada en la restauración de la Ley Suprema, la segunda, como construcción de ingeniería constitucional preocupada en su efectividad<sup>(42)</sup>.

## 1. Para vivir la Constitución

Con motivo de la recuperación democrática, Bidart Campos publicó una recopilación de trabajos dados a la luz con anterioridad, consagrados al retorno del sistema constitucional, en los cuales ya se dejan entrever las notas fundamentales de su teoría sobre la fuerza normativa de la Constitución<sup>(43)</sup>:

La situación en 1983 se asemeja mucho a 1853: el desquiciamiento total que ha invadido a la sociedad argentina no se puede superar sino mediante la Constitución. Son tiempos que reclaman imperiosamente encontrar una base mínima

<sup>(42)</sup> En este punto, corresponde formular dos precisiones, a fin de tratar de exponer con fidelidad el pensamiento de Bidart Campos. En primer lugar, la exaltación de la fuerza normativa de la Constitución no se formula sobre de cualquier ley fundamental, sino respecto de aquella Constitución que revista carácter democrático: al respecto, corresponde destacar que Bidart Campos asumió desde siempre una definición sustancial de la democracia y no procedimental, viéndola como una forma de Estado más que como una forma de gobierno, *cf.* BIDART CAMPOS, Germán J., *La democracia como forma de Estado*, 1953 [tesis doctoral]; y *Doctrina del Estado democrático*, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, pp. 11 y ss. En segundo lugar, el enaltecimiento de la fuerza normativa de la Constitución no se centra únicamente en la dimensión normológica del texto constitucional, sino que se extiende a la dimensión sociológica de las conductas efectivas y a la dimensión dielógica de ciertos valores positivos: de modo que el análisis de la normatividad constitucional se desarrolla sin renegar de la posición iusfilosófica trialista que Bidart Campos asumió desde temprano, *cf.* BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho constitucional. Realidad, normatividad y justicia en el derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1964, T. I, pp. 9 y ss.; y *Filosofía del derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1969, pp. 11 y ss.

<sup>(43)</sup> *Cf.* BIDART CAMPOS, Germán J., *Para vivir la Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 1984, pp. 9 y ss.

de acuerdo para emerger de nuestra crisis y, en tal sentido, la Constitución es el único instrumento de unión que tiene capacidad de motivar un consenso social vigoroso que la Argentina necesita.

Vivir en democracia requiere creer en ella, y desear vivir en ella. Para ello, a la democracia hay que hacerla atractiva y sugestiva y, en tal sentido, la Constitución nos insta a empaparnos de su espíritu y a practicarla. La Constitución debe gozar de prestigio social, debe ser valorada positivamente y revestirse de simbolismo, como signo de la recomposición social a que estamos urgidos.

Nunca más estatutos, actas institucionales ni documentos de cualquier índole que tengan la pretensión de subordinar a la Constitución. Es, por el contrario, desde la Constitución y con ella que se debe recrear un proyecto político que impelido por su energía restaure una democracia eficiente con justicia, bienestar, desarrollo y libertad. La convocatoria de este tiempo no puede ser otra que ésta: *“Argentinos, ¡a la Constitución!”*.

A la Constitución hay que defenderla, preservarla y cumplirla: hay que convencer a la gente que toda actividad que vulnera la Constitución no vale, es inconstitucional, no obliga, carece de fuerza vinculante y debe ser declarada inconstitucional. Ella tiene que recuperar toda su fuerza, todo su vigor, toda su supremacía; y no solamente para sustentar una noción teórica, sino para invalidar cualquier norma o acto en transgresión.

Hay quienes sostienen que el valor de una Constitución escrita como la nuestra es escaso, porque la sola existencia de sus normas no asegura su cumplimiento. Hay aquí una afirmación parcialmente verdadera. Es cierto que no basta escribir una norma para que la realidad se acomode a lo que ella enuncia, pero también lo es que las conductas humanas son capaces de darle funcionamiento. La responsabilidad de que las normas de la Constitución logren eficacia recae en los gobernantes y también en la sociedad toda.

Nuestra Constitución, como cualquier otra, es frágil y nunca va a funcionar bien con hombres que no estén decididos a respetarla, a cumplirla, a utilizar ampliamente las posibilidades que brinda. Y es que la Constitución no produce efectos automáticos, sino que tan sólo induce conductas: ella nunca actúa como las leyes de causalidad física, sino que siempre es violable, vulnerable, por más garantías y seguridades que se establezcan. Ella es un carril que nos marca el camino, no una camisa de fuerza que aprisiona nuestros movimientos ni un resorte que los provoca.

Por ello, resulta imprescindible infundir vigorosamente en la gente la convicción de que la Constitución tiene que ser cumplida, y de que ello depende de nuestras conductas, de lo que hagamos y dejemos de hacer: de nuestras infidelidades y nuestros apartamientos hay un único responsable, que no es la Constitución sino nosotros mismos. El cumplimiento de la Constitución nos obliga a todos: toda la actividad de los gobernantes y de los gobernados tiene que estar de acuerdo a la Constitución.

No obstante, ninguna norma, ni siquiera la Constitución, puede impedir que se engendre un derecho no escrito opuesto a la Ley Suprema, por lo que hay que atreverse a encarar el fenómeno de la realidad material contraria al texto formal. En tal sentido, cabe señalar que el derecho constitucional material que funciona en discrepancia con la Constitución formal, le quita a ésta vigencia sociológica en la parte violada. Esto, desde el punto de vista axiológico es muy grave, pero es así y resultaría pueril desconocerlo.

Pero esa pérdida de vigencia sociológica no debe considerarse derogatoria ni definitiva: pese a que el derecho espontáneo contrario a la Constitución puede funcionar sin reacción de los órganos políticos, el Poder Judicial siempre queda habilitado para recuperar en cualquier tiempo la vigencia constitucional perdida. Así, aunque la Constitución formal no llegue a inhibir fácticamente las fuentes materiales que no se ajustan a ella cuenta, en alguna medida, con la posibilidad de tomar el desquite para recobrar su superioridad a través de la descalificación judicial por inconstitucionalidad como remedio eficaz al efecto.

Tenemos que convencernos que el funcionamiento y la operatividad de la Constitución requieren de una serie de condicionamientos favorables y propicios de toda índole, y que ninguna de las cláusulas de la Constitución es de cumplimiento imposible. Sólo hace falta remover los obstáculos que las frenan o las bloquean, y estimular los condicionamientos que las hacen viables.

En tal sentido, hay que saber aprovechar la Constitución, haciéndole rendir todo el beneficio del que es capaz, no omitiendo nada de lo que manda hacer. Hemos de cumplir la Constitución absteniéndonos de hacer lo que prohíbe, pero también haciendo lo que manda hacer en el convencimiento de que la Constitución se viola no solamente cuando se hace lo que ella prohíbe hacer, sino también cuando se deja de hacer lo que ella ordena que se haga. Así, por ejemplo, el art. 14 bis es un artículo muy desaprovechado: ¡cuántas de sus cláusulas programáticas no operan ni funcionan porque la ley no ha hecho nada de lo que el artículo ordena hacer!

En relación a la cuestión de las cláusulas económico-sociales, con frecuencia se echa la culpa del retardo en efectivizarlas a su naturaleza programática. Ello es parcialmente cierto. Pero también lo es que, aun las cláusulas operativas pueden permanecer anquilosadas si un condicionamiento socioeconómico desfavorable entorpece su vigencia. Por ello, en primer lugar, hay que estimular sociedades exigentes que inciten a los órganos de poder a optimizarlas. En segundo lugar, hay que promover una conciencia política en las dirigencias, que las haga sensibles a esos requerimientos. Y, en tercer lugar, cabe propiciar la posibilidad del control de constitucionalidad frente a las omisiones inconstitucionales.

Al respecto, cabe reconocer que si en ocasiones la nominalidad de las cláusulas económico-sociales es atribuible a defectuosos marcos o contextos del condicionamiento socioeconómico, en otras muchas es producto de la inercia de los órganos de poder en reglamentar las normas programáticas. Y esto sí es susceptible de tener solución:

en efecto, hace tiempo que venimos sosteniendo que la Constitución es suprema en todas sus partes, de modo que ella resulta lesionada tanto cuando se hace lo que ella prohíbe como cuando se deja de hacer lo que ella manda, por lo que el control de constitucionalidad no puede retrotraerse frente a omisiones inconstitucionales de los órganos de poder sino que su funcionamiento debe ser tan vigoroso como lo es para enervar las infracciones derivadas de acciones inconstitucionales.

En una coyuntura como la que atraviesa nuestra sociedad y nuestra república, los cultores del derecho constitucional deben cumplir una función que obliga a pensar, a decir y a actuar solidariamente en torno a la Constitución, aun cuando no todos comulgamos en una misma actitud frente a la Constitución de 1853. Por encima de esas discrepancias, debe haber coincidencia fundamental: la Constitución debe ser cumplida, la Constitución no puede ceder su sitio a la arbitrariedad de los gobernantes, la Constitución no tolera que se le antepongan supuestas necesidades de seguridad nacional o de emergencia política, la Constitución no admite una parálisis como las que en los últimos cincuenta años han desestabilizado nuestras instituciones.

Finalmente, no debe desperdiciarse la influencia que la docencia del derecho constitucional puede ejercer para coadyuvar al cumplimiento de la Constitución y para acusar sus violaciones. Los profesores de derecho constitucional no pueden estar ausentes en la empresa de restaurar plenamente la vigencia de la Constitución y de acompañar los esfuerzos que se hagan para alcanzarlo, con prontitud y de manera definitiva.

## 2. El derecho de la Constitución y su fuerza normativa

Con ocasión de su incorporación como director del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” de la Facultad de Derecho de la UBA, Bidart Campos emprendió una nueva investigación que derivó en el desarrollo de su teoría sobre la fuerza normativa de la Constitución<sup>(44)</sup>:

La afición universal hacia la Constitución escrita y suprema no siempre ha implicado el reconocimiento cabal del carácter normativo de la Constitución con fuerza vinculante directa: en efecto, muchas Constituciones han funcionado con fuerza normativa solo en la parte destinada a la organización del poder, pero no en los contenidos relativos a derechos, principios, valores, etc., los cuales se consideraban como directrices que solo alcanzaban naturaleza de auténticas normas jurídicas cuando el legislador les confería recepción y desarrollo.

En tal sentido, el carácter jurídico de la Constitución puede asumir dos modalidades: a) la eficacia indirecta, según la cual la Constitución obliga solamente al legislador y solo mediatamente, a través de la ley, vincula a los demás sujetos que se hallan

<sup>(44)</sup> Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, pp. 11 y ss.

sometidos a ella, sin cuyo dictado no resulta aplicable por los jueces; o b) la eficacia directa, según la cual la Constitución obliga inmediata y directamente a todos quienes se encuentran sometida a ella, de modo que todo juez debe aplicarla, aun cuando el legislador no le haya dado desarrollo legislativo.

Frente a tales alternativas, se asume la idea de que la Constitución de un Estado democrático asume el carácter de norma jurídica, lo cual implica que ella posee fuerza normativa vinculante en toda su integridad, en todas sus partes, en todos sus contenidos, también en sus implicitudes; descartándose absolutamente que la Constitución sea, en todo o parcialmente, un texto donde se acumulan meros consejos, recomendaciones, invitaciones, de carácter declarativo u orientativo, sin fuerza obligatoria.

La fuerza normativa de la Constitución democrática como norma jurídica implica la pretensión de que las conductas humanas la hagan realidad: la obligatoriedad tiene que derivar a la aplicación y al cumplimiento de la Constitución, lo cual exige buscar los condicionamientos favorables para que obtenga esa eficacia, evitando o remediando bloqueos y frustraciones.

Para que la fuerza normativa de la Constitución no resulte ineficaz o falseada, se proponen los siguientes ejes: a) Toda la Constitución, en todas sus partes, incluido el sistema de valores, principios, y derechos, es invocable ante los tribunales, que han de dar efectividad a la exigibilidad del conjunto completo; b) Aun a falta de desarrollos infraconstitucionales, hay un contenido mínimo que debe ser aplicado siempre; c) Ninguna norma de la Constitución es inocua, ni puede quedar sin efecto útil; d) Hay que derivar de la Constitución la vinculatoriedad y el cumplimiento inmediatos, aun en ausencia de la intermediación de los órganos de poder obligados a desarrollarla; e) La unidad de sentido de la Constitución debe merecer atención y aplicabilidad directas, de manera tal que el resto del ordenamiento infraconstitucional debe ser interpretado y aplicado conforme a ella.

La teoría de la fuerza normativa de la Constitución no se agota en la parte orgánica sino que brinda especial atención a los aspectos sustanciales de la Constitución, lo cual se justifica porque las normas que estructuran al poder, a sus órganos y a sus funciones, han solido recibir –al menos en general, aunque también con vulneraciones– un reconocimiento mayor en cuando a su normatividad; mientras que –en cambio– las normas que resuelven el status situacional de la persona, la dignidad humana, la libertad y los derechos, muchas veces han quedado destituidas de esa fuerza normativa, lo cual exige rescatar y reivindicar la idea de que la parte dogmática de la Constitución también goza de exigibilidad directa para su tutela y promoción.

Es así que, cuando la Constitución reconoce derechos y les da constancia normativa, no lo hace para cumplir un propósito decorativo y literario de pura retórica o de alarde lexical, sino para que las personas dispongan de acceso a su goce y a su disfrute, y para que los puedan hacer valer ante un Estado al que, en reciprocidad, se le demarcan límites, y se le reparte el poder con funciones a cargo de órganos separados, sujetos a

control. Tampoco el preámbulo es un decorativo introductorio, sino que tiene contenido y valor normativos como todo el complejo de la Constitución a la que precede.

La Constitución con fuerza normativa funciona en el Estado democrático con ambivalencia—objetiva y subjetiva—; en sentido objetivo, las normas de la Constitución dan origen y presiden un ordenamiento jurídico que queda embebido de su núcleo o contenido sustancial; en sentido subjetivo, los derechos, libertades y garantías de su plexo confieren a cada persona el status jurídico-político subjetivo que la emplaza en la comunidad estatal de acuerdo a su dignidad.

La fuerza normativa de la Constitución en relación a los contenidos de su parte dogmática, descarta todo reduccionismo tendiente a interpretar a los derechos fundamentales como si fueran exclusivamente situaciones subjetivas del hombre frente al Estado: que lo son, lo son; pero allí no se agota su sentido y su alcance, porque también lo son frente a los particulares en las relaciones “inter privados”. Y es que las normas de la Constitución son de orden público, lo cual implica su no dispensabilidad, es decir, que no admite ser modificada, sustituida o dejada de lado por otra norma o por un pacto. En suma: ninguna ley, ninguna norma estatal o no estatal, ningún acto público o de particulares, puede interpretarse y aplicarse como si por encima no existiera el plano superior condicionante y subordinante de la Constitución.

La Constitución escrita contiene y propone un proyecto, un plan, un programa, que traza un diseño constitucional abarcativo del poder y de la sociedad; pero ello no implica identificarla con una invitación, un consejo, una recomendación o mera promesa: por el contrario, ese proyecto, plan o programa constitucional tiene fuerza normativa y su realización es exigible, es obligatoria, es imperativa, con modalidades temporales diversas.

Ciertamente, muchas veces es la propia Constitución la que encomienda su desarrollo a los órganos del poder constituido. En tal sentido, cuando las normas constitucionales sobre derechos aluden a su reconocimiento conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, resultan posibles dos interpretaciones: a) que hasta tanto las leyes sean dictadas, aquellas normas de la Constitución no disponen de posible aplicación, de manera que es imprescindible la intermediación del legislador ordinario; sin la cual las normas constitucionales no son exigibles, ni tampoco los tribunales judiciales les pueden prestar aplicación; o b) que el goce de los derechos conforme a la ley significa solamente que el legislador está investido de competencia para reglamentar razonablemente las normas de la Constitución, pero que éstas no precisan inexorablemente de la ley reglamentaria, y que cuando dicha ley no existe las normas constitucionales son igualmente aplicables, exigibles, y disponibles por parte de los tribunales.

Frente a tales alternativas, se asume la segunda opción en la inteligencia de que la primera producía el decaimiento de la fuerza normativa de la Constitución al quedar ésta supeditada a normas infraconstitucionales como son las leyes.



Por otra parte, la circunstancia de que la Constitución albergue normas programáticas no equivale, sin más, a afirmar que ellas carecen de fuerza normativa ni conduce a la idea de que la Constitución que contiene normas programáticas no es, en su totalidad, una norma jurídica superior, exigible y vinculante para todos.

Si la Constitución contiene normas programáticas —o sea, aquéllas que para su funcionamiento y aplicación requieren ser desarrolladas por otras normas infraconstitucionales o precisan disponer de ciertas estructuras funcionales de base— también ellas resultan de cumplimiento obligatorio, y deben ser invocables ante los tribunales judiciales, pese a que resulten de una naturaleza distinta a las normas operativas.

Así, cuando las normas programáticas no resultan desarrolladas legislativamente es viable que recaiga una forma de control sobre su paralización, a través de la declaración de inconstitucionalidad por omisión ante la falta de implementación de la norma programática, a efectos de requerir su cumplimiento o, subsidiariamente, la reparación de aquel perjuicio.

Al respecto, se reconoce que no es igual el supuesto de cláusulas programáticas a cuyo funcionamiento solo lo bloquea la ausencia de normas reglamentarias, y el otro en que resulta necesario contar con infraestructuras organizacionales y materiales. En el primero, el juez puede suplir fácilmente la omisión reglamentaria y otorgar aplicación a la norma programática; en el otro, no es tan sencillo: sin embargo, no es extravagante imaginar que los tribunales puedan intimar a los otros órganos de poder competentes a crear y poner en funcionamiento las infraestructuras que permitieran dar andamio eficaz a las normas que presuponen y requieren su existencia y que, en caso de incumplimiento, se conceda un resarcimiento en favor de la persona que ve obstruido el goce de un derecho a causa de la falta de infraestructuras que le preste viabilidad.

La fuerza normativa de los derechos de la Constitución exige que la libertad no sea considerada únicamente en sentido formal, porque también hay que garantizar las condiciones materiales de su desenvolvimiento.

Ello se vincula a la dificultad de los derechos sociales, y en tal sentido, se despliega la idea de que serían derechos “por analogado”, en el sentido de que si bien son titularizados por un sujeto activo, y tienen en reciprocidad al estado como sujeto pasivo, no concretan individualmente una obligación prestacional del estado frente a cada titular de esos derechos, sino una obligación estatal activamente universal respecto de todos, de modo que tales derechos se hacen accesibles y encuentran satisfacción a través de la participación de sus titulares en el bien común público que debe ser abastecido por el Estado mediante políticas funcionalmente favorables en el ámbito socioeconómico.

Resulta claro, entonces, que para conferir plenitud de efecto obligatorio a la Constitución en todas sus normas y contenidos, y para que el proyecto integral que ella contiene alcance eficacia, la fuerza normativa de la misma Constitución debe disponer de medios, vías y controles para su exigibilidad, es decir, debe existir y funcionar un sistema garantista y un mecanismo apto de control de constitucionalidad.

En orden a tal sistema garantista, la fuerza normativa de la Constitución deriva en reconocer el derecho fundamental al acceso a la justicia y a la tutela eficaz, concibiendo una legitimación procesal amplia y vías procesales diversas (v.gr. acción de amparo, habeas corpus, acción declarativa de inconstitucionalidad, etc.), sin retaceos, considerando incluso en la posibilidad de reconocer la vía de la acción popular para defender la supremacía constitucional como derecho personal.

A su vez, la defensa de la Constitución y de su fuerza normativa requieren de la jurisdicción constitucional y, en tal sentido, el control constitucional clásico hay que expandirlo reconociendo la inconstitucionalidad por omisión, la aplicación del control de constitucionalidad de oficio, el desarrollo de la interpretación conciliadora, la posibilidad de la inconstitucionalidad en la aplicación concreta de normas que no son inconstitucionales en general, los efectos retroactivos o sobrevinientes de la declaración de inconstitucionalidad, el repliegue de las cuestiones políticas no judiciales, la posibilidad de efectos erga omnes de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad, etc., apuntando con ello a que cada vez que un juez tenga ya disponibles su jurisdicción y su competencia en un caso, pueda tramitarlo y decidirlo cumpliendo con su deber de conferir al “bloque de constitucionalidad federal” constituido por la Constitución y los Derechos Humanos aquella aplicación que haga efectiva su fuerza normativa.

Al respecto, resulta relevante precisar que cuando una Constitución reconoce a su sistema de derechos fundamentales una doble fuente –la propia del Derecho Constitucional y la emanada de los instrumentos de Derechos Humanos– la fuerza normativa de la Constitución no se empobrece sino que se vuelve más intensa, en cuanto el derecho internacional acude en su auxilio dotándola de una cobertura subsidiaria y coadyuvante, debiendo recordarse que la parte dogmática de la Constitución es la más vulnerable y, por ende, la que necesita recibir mayor vigor operacional.

Así, los instrumentos de Derechos Humanos son un refuerzo de la Constitución, en la medida de que un derecho internacional imbuido de personalismo humanista ostenta una finalidad equivalente a la del constitucionalismo democrático, tanto en lo que atañe al sistema de derechos como en lo vinculado a la organización del poder estatal. A su vez, el Derecho Comunitario, pese a su primacía sobre el derecho interno, no alcanza en cambio a prevalecer sobre el sistema de derechos fundamentales definidos por la doble fuente resultante del Derecho Constitucional y de los Derechos Humanos.

Finalmente, cabe destacar que –con tales precisiones– Bidart Campos incluso avanzó en afirmar que resultaba posible reconocer la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Constitucional, sin que ello implicara declinar la supremacía y fuerza normativa de la Constitución en cuanto ella misma es la que define tal gradación jerárquica en el sistema jurídico, explicando que cuando una Constitución incluye alguna cláusula de reconocimiento, aceptación, acogimiento o respeto a los principios o a las normas generales del derecho internacional, o a los tratados, con esa misma cláusula está aceptando y acatando la norma internacional que subordina todo el derecho interno al derecho internacional.

De todo lo anterior, puede deducirse que la teoría de la fuerza normativa de la Constitución de Bidart Campos se afirma esencialmente sobre dos vigas maestras: el reforzamiento de los derechos fundamentales y el robustecimiento del control jurisdiccional de constitucionalidad; destacándose en ambos puntos la originalidad y profundidad de su pensamiento<sup>(45)</sup>.

En efecto, en relación a los derechos fundamentales, la doctrina tradicional retaceaba la exigibilidad de los derechos sociales: v.gr. Goldschmidt<sup>(46)</sup> –cuya iusfilosofía tanto influjo tuvo en Bidart Campos– enseñaba que no todas las normas son completas pues, a veces, no es posible ni siquiera admitir que estamos en presencia de una verdadera norma sino de un mero principio de normación que reclama la sanción de otras normas para que pueda empezar a funcionar, y así concretamente:

*“las Constituciones nacionales suelen contener principios de normas que luego los órganos legislativos deben desarrollar por medio de normas auténticas. Como estos principios no son de aplicación inmediata con respecto a los habitantes del país, y sólo se dirigen a los legisladores para que les insuflen vida dotándoles de normas, se les niega valor ‘operativo’. El art. 14 bis, C.N. (sancionado el 24 de octubre de 1957) contiene, por ejemplo, gran número de meros principios necesitados de una legislación complementaria”.*

En cambio, la postura de Bidart Campos evolucionó hasta afirmar que los derechos fundamentales expresados en fórmulas programáticas: a) imponen al legislador el deber de desarrollarlos; b) impiden que el legislador dicte normas opuestas a ellos; c) pueden ser invocados judicialmente por los titulares, ante la falta de reglamentación, alegando la inconstitucionalidad por omisión; d) los jueces pueden acoger el planteo, haciendo aplicación de la norma para efectivizarla en el caso<sup>(47)</sup>.

A su vez, en relación al control de constitucionalidad, el esquema clásico indicaba que: a) solo procede a petición del titular de un derecho afectado y nunca de oficio; b) solo admite la vía incidental o de excepción y no la vía de acción directa; c) no avanza sobre las cuestiones políticas o facultades privativas de los otros poderes, la cuales

---

<sup>(45)</sup> Y es que, ciertamente, cabría señalar aquí a modo de contraste que una postura comprometida con el reconocimiento de los derechos podría no derivar necesariamente en un modelo de control judicial fuerte en el contexto de un sistema democrático, *cf.* WALDRON, Jeremy, *Law and disagreement* [1999], trad. *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 251 y ss.

<sup>(46)</sup> *Cfr.* GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Depalma, Buenos Aires, 1978, pp. 280 y ss.

<sup>(47)</sup> *Cfr.* BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho constitucional. Realidad, normatividad y justicia en el derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1964/1966, T. I, pp. 78 y ss. y T. II, pp. 401 y ss.; *Las obligaciones en el derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987, pp. 81 y ss.; y *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2000/2001, T. I-A, pp. 331 y ss. y T. I-B, pp. 465 y ss.

resultan no justiciables; d) no alcanza al análisis del acierto, conveniencia, propósitos o justicia intrínseca de las normas; e) sus efectos solo se ciñen a la inaplicación inter partes sin proyectarse más allá del caso concreto<sup>(48)</sup>.

En contraste, la posición de Bidart Campos tendió hacia una apertura del control judicial en el sentido de que: a) no solo procede a petición del titular de un derecho afectado, sino que admite a otros legitimados en materia de intereses colectivos y acepta el control de oficio; b) no solo admite la vía incidental, sino también las acciones directas; c) avanza sobre la judiciabilidad de las cuestiones políticas o facultades privativas de los otros poderes; d) alcanza al análisis los medios elegidos y de las consecuencias resultantes de las normas y los actos para ponderar su razonabilidad; e) los efectos de la inconstitucionalidad pueden proyectarse más allá de las partes y expandirse erga omnes<sup>(49)</sup>.

#### IV. LA PROYECCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA (CSJN)

Bidart Campos no solo fue un gran intérprete de las decisiones de la Corte Suprema si no que, además, fue una fuente inagotable de preguntas y respuestas que, sin dudas, influyeron en el desarrollo de la jurisprudencia del tribunal<sup>(50)</sup>.

En tal sentido, seguidamente se pasa revista a una selección de pronunciamientos dictados por la Corte Suprema en lo que va del nuevo milenio, los cuales presentan aspectos en los que se reflejan las ideas de Bidart Campos sobre la fuerza normativa de la Constitución.

<sup>(48)</sup> Cfr. GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho constitucional argentino*, Lajouane, Buenos Aires, 1930, T. I, pp. 479 y ss.; LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1953, T. 2, pp. 305 y ss.; OYHANARTE, Julio, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Paidós, Buenos Aires, 1969, p. 78.

<sup>(49)</sup> Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho constitucional. Realidad, normatividad y justicia en el derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1964, T. I, pp. 245, 256 y ss.; *Derecho constitucional del poder*, Ediar, Buenos Aires, 1967, T. II, pp. 311 y ss.; y *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2000, T. I-A, pp. 419 y ss. y T. II-B, 576 y ss. [publicado póstumamente en 2005].

<sup>(50)</sup> Al respecto, pueden señalarse diversas sentencias de la CSJN en las cuales los votos de los jueces citan expresamente las opiniones de Bidart Campos como fundamento de la decisión, v.gr. los casos “Romano” [1997, Fallos 320:1523], “Urteaga” [1998, Fallos 321:2767], “Moliné O’Connor” [2004, 327:2205], “Sánchez” [2005, Fallos 328:1602], “Simón” [2005, Fallos 328:2056], “Asociación de los Testigos de Jehová” [2005, Fallos 328:2993], “Mollard” [2005, Fallos 328:4794], “Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones S.A.” [2006, Fallos 329:59], “Gutiérrez” [2006, Fallos 329:1092], “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transsexual” [2006, Fallos 329:5266], “Padilla” [2007, Fallos 330:1436], “López” [2007, Fallos 330:399], “Mexicana de Aviación S.A.” [2008, Fallos 331:1942], “Catamarca vs. Salta” [2009, Fallos 332:985], “Consumidores Argentinos” [2010, Fallos 333:633], “Sosa” [14/09/2010], “Girondo” [02/03/2011], “Lago Espejo Resort S.A.” [20/03/2012], “Rizzo” [18/06/2013], “Grupo Clarín S.A. y otros” [29/10/2013], “Confederación Indígena del Neuquén” [10/12/2013].

## 1. Sobre la Constitución como norma suprema vinculante

*Reconocimiento a la Constitución del carácter de norma suprema vinculante*, v.gr.: en el caso “Provincia de San Luis” [2003, Fallos 326:417] recordó que la Constitución es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, teniendo la virtualidad necesaria para poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción; en el caso “Vizzoti” [2004, Fallos 327:3677] reiteró que la Constitución, como es bien sabido, asume el carácter de una norma jurídica; en el caso “Bussi” [2007, Fallos 330:3160] afirmó que la Constitución no admite la validez de una voluntad mayoritaria expresada sin respetar los principios del Estado de Derecho, ni les permite derogar principios fundamentales sobre los que se basa la organización republicana del poder y la protección de los ciudadanos, en tanto nuestra Democracia es Constitucional, de modo que la función de los jueces debe dirigirse a garantizar la vigencia de principios regulativos del modo en que expresan las mayorías; en el caso “García Méndez” [2008, Fallos 331:2691] se refirió a los contenidos constitucionales, evocando la idea que la función del Derecho es la de realizarse y lo que no es realizable nunca podrá ser Derecho.

*Afirmación de la vinculatoriedad del proyecto diseñado en la Constitución para la organización jurídica de la comunidad política*, v.gr.: en el caso “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero” [05/11/2013] afirmó que la actuación de los tres poderes del Estado encuentra como límite el respeto al proyecto de república democrática que establece la Constitución y que los mandatos de su texto han sido establecidos por el poder constituyente del pueblo, condicionando así la actividad de los poderes constituidos, de modo que el obrar del Estado debe estar dirigido al más amplio acatamiento de los principios, declaraciones, derechos y garantías reconocidos en nuestro pacto fundacional; en el caso “Intendente Municipal Capital (La Rioja)” [11/11/2014] afirmó que el dictado de una ley para el acatamiento de la Constitución no puede quedar condicionada a la concreción de acuerdos políticos que no han sido logrados al cabo de largos años, pues subordinar la realización del proyecto constitucional a la posibilidad o no de obtener esos acuerdos sin considerar la irrazonable demora en alcanzarlos, implica invertir una regla elemental del orden constitucional argentino, según el cual la Constitución materializa el consenso más perfecto de la soberanía popular, de modo que frente a sus definiciones, los poderes constituidos deben realizar todos los esfuerzos necesarios para asegurar el desarrollo del proyecto de organización institucional que traza su texto.

## 2. Hacia el reforzamiento de los derechos fundamentales

*Revitalización de la Constitución a través de los Derechos Humanos*, v.gr: en el caso “Vizzoti” [2004, Fallos 327:3677] afirmó que los principios constitucionales resultaron robustecidos por los aportes del art. 75 inc. 22; en el caso “Aquino” [2004, Fallos 327:3753] sostuvo que las mandas constitucionales se han visto fortalecidas y

agigantadas por la singular protección reconocida por los instrumentos de Derechos Humanos dotados de jerarquía constitucional; en el caso “Milone” [2004, Fallos 327:4607] expresó que los principios elaborados a partir de los derechos constitucionales se integran a las disposiciones incorporadas por la reforma constitucional en los arts. 75 incs. 22 y 23; en los casos “Mazzeo” [2007, Fallos 330:3248] y “Arriola” [2009, Fallos 332:1963] explicó que una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente reformadora fue el de incorporar a los instrumentos de Derechos Humanos como un orden equiparado a la misma Constitución a través del art. 75 inc. 22.

*Configuración de un bloque constitucional federal integrado por la Constitución y los Derechos Humanos en armónica reciprocidad*, v.gr. en el caso “S., V.” [2001, Fallos 324:975] afirmó que los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos de Derechos Humanos del art. 75 inc. 22 debían ser interpretados armónicamente para hallar un ámbito de correspondencia recíproca dentro del cual obtengan su mayor amplitud; en el caso “Brusa” [2003, Fallos 326:4816] recordó que la Constitución y los instrumentos de Derechos Humanos debían analizarse como un conjunto armónico dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de manera tal que las normas constitucionales se armonicen con las restantes cláusulas constitucionales y con las normas internacionales dotadas de igual jerarquía; en el caso “Casal” [2005, Fallos 328:3399] sostuvo que los instrumentos sobre Derechos Humanos formaban parte de la Constitución a partir de su inclusión en el art. 75 inc. 22; asimismo, en los casos “Brusa” [2003, Fallos 326:4816], “Arancibia Clavel” [2004, Fallos 327:3312], “Verbitsky” [2005, Fallos 328:1146], “Llerena” [2005, Fallos 328:1491], “Asociación de Teleriodifusoras Argentina” [2005, Fallos 328:1825], “Simón” [2005, Fallos 328:2056], “Casal” [2005, Fallos 328:3399], “Martínez Areco” [2005, Fallos 328:3741], “Dieser” [2006, Fallos 329:3034], “Gramajo” [2006, Fallos 329:3680], “Juri” [2006, Fallos 329:5994], “Pouler” [2007, Fallos 330:2112], “Amodio” [2007, Fallos 330:2658], “García Méndez” [2008, Fallos 331:2691], “Pérez” [2009, Fallos 332:2043], “Romero” [2010, Fallos 333:1075], “Álvarez” [2010, Fallos 333:2306], “Méndez” [2011, Fallos 334:1216], “Pellicori” [2011, 334:1387], “W., D.” [2011, 334:1445], “Q. C., S. Y.” [2012, Fallos 335:452], “Asociación de Trabajadores del Estado” [18/06/2013], “Grupo Clarín SA y otros” [29/10/2013] y “Frois” [07/10/2014], los distintos votos de los jueces receptaron la noción de “bloque de constitucionalidad” o “bloque constitucional” para referirse al conglomerado normativo conformado por la Constitución y los instrumentos de Derechos Humanos.

*Afirmación de la vinculatoriedad de los derechos fundamentales respecto de todas las autoridades públicas y todos los particulares*, v.gr.: en el caso “Vizzoti” [2004, Fallos 327:3677] afirmó que cuando la Constitución reconoce derechos lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, máxime si lo puesto en juego es un derecho humano, agregando que cuando un derecho remite a la ley –como lo hace el art. 14 bis– el mandato se dirige primordialmente al legislador pero su cumplimiento atañe asimismo a los restantes poderes públicos los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas

competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima a dicho precepto; en el caso “Mendoza” [2006, Fallos 329:2316] señaló que el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión de Constituyente reformador de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente, agregando que la tutela del ambiente impone asimismo deberes de cada uno de los ciudadanos; en el caso “García Méndez” [2008, Fallos 331:2691] expresó que los derechos especiales que tienen los niños por su condición no constituyen sólo un postulado doctrinario sino un imperativo constitucional que se erige en pauta determinante de la nueva perspectiva que debe informar el sistema y que el deber del Estado de respetar los derechos reconocidos en los instrumentos de Derechos Humanos incumbe a cualquier poder y órgano, independientemente de su jerarquía; en el caso “Halabi” [2009, Fallos 332:111] reiteró –citando a Joaquín V. González– que las declaraciones, derechos y garantías no son simples fórmulas teóricas, sino que cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria, correspondiendo a los jueces aplicarlas en la plenitud de su sentido; en los casos “Pérez” [2009, Fallos 332:2043] y “Q. C., S. Y.” [2012, Fallos 335:452] repitió que los derechos fundamentales son reconocidos por la Constitución para que resulten efectivos, precisando en el último caso que los derechos reconocidos por la Constitución y los instrumentos de Derechos Humanos no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad y que la obligación primera que surge de los instrumentos de Derechos Humanos es dar plena efectividad a los derechos reconocidos en sus textos, sosteniendo que si bien el art. 75 inc. 23 está dirigido específicamente al legislador federal debía igualmente servir de pauta de orientación para toda autoridad estatal en su ámbito de competencia; en el caso “Álvarez” [2010, Fallos 333:2306] expresó que el principio de igualdad y de prohibición de discriminación acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todas las autoridades públicas y a los particulares, de manera tal que el Estado debe abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto y también debe adoptar “medidas positivas” para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en tanto que a los particulares les corresponde la obligación de respetar los derechos humanos en los vínculos inter privados; en el caso “Sisnero” [20/05/2014] recordó que nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los derechos fundamentales está circunscripta a los ataques que provengan solo de la autoridad pública, ni nada hay que autorice a afirmar que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad lato sensu carezca de la protección constitucional adecuada por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos.

*Exigencia de maximización de los derechos fundamentales a través de la reglamentación legislativa y la aplicación jurisdiccional*, v.gr.: en el caso “Vizzoti” [2004, Fallos 327:3677] afirmó que los derechos fundamentales tienen un contenido proporcionado por la propia Constitución –pues de lo contrario ésta enunciaría derechos huecos a ser llenados de cualquier modo por el legislador o un mero conjunto de sabios consejos promisorios librados a su buena voluntad– por lo que su reglamentación debe conferirles toda la extensión y comprensión prevista en la Constitución para garantizar su pleno goce y ejercicio; en el caso “Aquino” [2004, Fallos 327:3753] sostuvo que las reglamentaciones del legislador deben conferir toda la amplitud que ameritan los principios constitucionales y evitar la fijación de limitaciones que impliquen alterar los derechos reconocidos por la Constitución por lo que resultan inválidos los retrocesos legislativos que acaezcan en el marco de protección; en el caso “Verbitsky” [2005, Fallos 328:1146] reiteró que si bien resultan atendibles algunas de las razones que remiten a la carencia de recursos económicos para solucionar en el corto plazo los problemas planteados, las carencias presupuestarias –aunque dignas de tener en cuenta– no pueden justificar las transgresiones comprobadas sobre los derechos fundamentales en juego, pues privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los instrumentos de Derechos Humanos; en el caso “Sánchez” [2005, Fallos 328:1602] expresó que es atribución y deber del legislador fijar el contenido concreto de los derechos fundamentales, para lo cual debe tener en cuenta la protección especial que ha otorgado la Constitución al conjunto de los derechos sociales, aclarando que los instrumentos de Derechos Humanos, lejos de limitar o condicionar los principios relativos a los derechos constitucionales, obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos fundamentales, lo cual se inscribe además dentro de las amplias facultades legislativas otorgadas por el art. 75, inc. 23 de la Constitución reformada: en tal sentido, los instrumentos de Derechos Humanos promueven el desarrollo progresivo de los derechos fundamentales y sus cláusulas no pueden ser entendidas como una modificación o restricción de derecho alguno establecido por la primera parte de la Constitución por lo que la “consideración de los recursos disponibles de cada Estado” no importa disculpa alguna para desconocer o retacear la extensión de los derechos vigentes mediante la invocación de razonamientos regresivos; en los casos “Cardozo” [2006, Fallos: 329:2265], “Madorrán” [2007, Fallos 330:1989] y “Álvarez” [2010, Fallos 333:2306] agregó que el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos fundamentales que resulta de los instrumentos de Derechos Humanos, sumados al principio “pro homine”, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana; en el caso “Q. C., S. Y.” [2012, Fallos 335:452] señaló que la obligación primera que surge de los instrumentos de Derechos Humanos es dar plena efectividad a los derechos reconocidos y que aun tratándose de derechos cuya operatividad no sea directa sino de carácter derivado –en tanto requieren su implementación mediante una ley del Congreso o una decisión del Poder Ejecutivo– existe una garantía mínima cuya razonable atención debe ser controlada por el Poder Judicial, aclarando



en tal sentido que esos derechos y deberes no son meras declaraciones sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad, que la mencionada operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado a través—en principio—de su implementación mediante una ley del Congreso o una decisión del Poder Ejecutivo y que al Poder Judicial le corresponde controlar la razonabilidad del desarrollo legislativo pues, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, la garantía mínima del derecho fundamental constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos.

*Irradiación de la Constitución al derecho infraconstitucional mediante la interpretación conforme*, v.gr.: en el caso “Asociación Lucha por la Identidad Travesti–Transexual” [2006, Fallos 329:5266] afirmó que la interpretación de la norma del Código Civil aplicable debía adecuarse a la comprensión constitucional del derecho en juego, pues todos los preceptos del ordenamiento jurídico deben interpretarse de esa manera, respetando los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, pues de lo contrario se incurriría en una interpretación de las normas subordinadas que atentaría contra su validez constitucional; en el caso “F., A. L.” [2012, Fallos 335:197] sostuvo que a partir de las disposiciones de la Constitución y de los instrumentos de Derechos Humanos del art. 75 inc. 22 correspondía realizar una interpretación amplia y no restrictiva de una norma del Código Penal; en el caso “Torres” [27/12/2012] recordó que corresponde interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional, de manera que la solución que se obtenga sea la que mejor concuerde con los principios fundamentales del derecho, prefiriéndose la inteligencia que favorezca y no la que dificulte aquella armonía y la consecución de los fines perseguidos por las reglas superiores; en el caso “Rodríguez” [28/10/2014] expresó que cuando se pone en juego normas del derecho común que tienen relación con derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, la interpretación que se haga de aquéllas debe ser la que mejor armonice con los citados derechos; asimismo, en los casos “Portal de Belén” [2002, Fallos 325:292], “López” [2004, Fallos 327:4206], “Cardozo” [2006, Fallos 329:2265], “Madorrán” [2007, Fallos 330:1989], “Acosta” [2008, Fallos 331:858], “Ascuá” [2010, Fallos 333:1361], “H., E. N.” [2010, Fallos 333:1805], “Álvarez” [2010, Fallos 333:2306], “Calderón de Loiza” [2011, Fallos 334:223], “Germano” [2012, Fallos 335:38], “F., A. L.” [13/03/2012], “Asociación de Trabajadores del Estado” [18/06/2013] y “Demaría” [08/04/2014] sostuvo que el principio pro homine que informa a los instrumentos de Derechos Humanos impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde o proteja en mayor medida al ser humano.

### 3. Hacia el robustecimiento del control de constitucionalidad

*Reafirmación de la acción directa de inconstitucionalidad*, v.gr.: en los casos “Hidroeléctrica Ameghino S.A.” [2001, Fallos 324:1936] y “Jesús Arroyo S.A.” [2004, Fallos 327:3010] recordó que el pedido de declaración de inconstitucionalidad de una

norma importa el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad, de aquellas que explícitamente se han admitido como medio idóneo –ya sea bajo la forma de amparo o la acción de mera certeza– para prevenir o impedir las lesiones de derechos fundamentales.

*Incorporación del “control de convencionalidad”*, v.gr.: en los casos “Mazzeo” [2007, Fallos 330:3248], “García Méndez” [2008, Fallos 331:2691], “Gualtieri Ruggione de Prieto” [2009, Fallos 332:1769] y “Videla y Massera” [2010, Fallos 333:1657] afirmó que el Poder Judicial debía ejercer un “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos teniendo en cuenta no sólo sus disposiciones sino también la interpretación que de la misma ha hecho la Corte Interamericana, siguiendo así la jurisprudencia sentada por dicho tribunal internacional a partir del caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” [26/09/2006].

*Admisión del control de constitucionalidad de oficio*, v.gr.: en el caso “Banco Comercial de Finanzas S.A.” [2004, Fallos 327:3117] afirmó que si bien es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, ello no implica la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango –vale decir, la constitucional– desechando la de rango inferior; en el caso “Rodríguez Pereyra” [2012, Fallos 335:2333] reiteró que los órganos judiciales están obligados a ejercer el control de convencionalidad de oficio, de modo que cabía reconocer de igual manera la potestad de los jueces de efectuar el control de constitucionalidad aunque no exista petición expresa de parte, sin que ello signifique invalidar el conjunto de reglas relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control; en el caso “Pedraza” [06/05/2014] reafirmó que los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de oficio de las normas atributivas de competencia que excedan los límites constitucionales.

*Desenvolvimiento de la declaración de inconstitucionalidad por omisión*, v.gr.: en el caso “Mignone” [2002, Fallos 325:524] recordó que reconocer un derecho pero negarle un remedio apropiado equivale a desconocerlo, decidiendo que correspondía urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho reclamado; en el caso “Verbitsky” [2005, Fallos 328:1146] expresó que, ante la falta de una solución consensuada y viable para superar la situación carcelaria constatada, y dada su gravedad, correspondía al tribunal adoptar diversas medidas tendientes a hacer cesar la vulneración de los derechos fundamentales producida; en el caso “Mendoza” [2006, Fallos 329:2316; y 2008, Fallos 331:1622] se expidió acerca de la afectación al medio ambiente verificada en la cuenca del río “Matanza-Riachuelo” tolerada por la inactividad de las autoridades nacionales y locales, adoptando diversas medidas y condenando, en definitiva, a las diversas autoridades públicas involucradas a la ejecución de un programa obligatorio cuyos criterios gene-

rales fueron definidos por el tribunal, quedando a las demandadas la determinación de los procedimientos para llevarlos a cabo; en el caso “Badaro” [2006, Fallos 329:3089; y 2007, Fallos 330:4866] sostuvo que el art. 14 bis de la Constitución remite a la prudencia legislativa para la operativización de la movilidad jubilatoria, sin embargo la reglamentación debe ser razonable y no puede desconocer el derecho en cuestión, por lo que primero procedió a poner en conocimiento de los poderes políticos la existencia de la omisión legislativa verificada y luego, al juzgar insuficiente el régimen adoptado por el legislador, declaró su inconstitucionalidad ordenando el pago de las sumas pertinentes; en el caso “García Méndez” [2008, Fallos 331:2691] señaló que no es propio del Poder Judicial fijar medidas de política pública, no obstante lo cual, el tribunal no podría permanecer indiferente ante la gravedad de la situación y la demora en proceder a una adecuación de la legislación vigente a la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño por lo que adoptó medidas que juzgó adecuadas a la par que requirió al legislador que adecue la legislación a los estándares mínimos que surgen de los instrumentos de Derechos Humanos incorporados a la Constitución; en el caso “Halabi” [2009, Fallos 332:111] reiteró que las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para su vigencia efectiva por lo que decidió que la falta de una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas “acciones de clase” constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, sin perjuicio de lo cual procedió a fijar una serie de reglas para operativizar la norma del art. 43 párrafo segundo de la Constitución; asimismo, en los casos “Lavado” [2007, Fallos 330:111], “Defensor del Pueblo de la Nación” [2007, Fallos 330:4134], “Salas” [2008, Fallos 331:2925] y “Comunidad Aborigen de Santuario Tres Pozos” [2011, 334:1861] afirmó que, considerando la gravedad y urgencia de los hechos denunciados procedía diferir el análisis de su competencia y adoptar medidas conducentes para sostener la observancia de la Constitución, sin que pueda verse en ello una intromisión indebida el Poder Judicial, sino la tutela a derechos supliendo las omisiones que puedan estar lesionándolos.

*Extensión de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad más allá del caso concreto*, v.gr.: en el caso “Bustos” [2006, Fallos 329:5913] afirmó con suma generalidad que le correspondía intervenir y pronunciarse para decidir de modo definitivo las cuestiones tan largamente discutidas entre los depositantes y las entidades bancarias; en el caso “Halabi” [2009, Fallos 332:111] confirmó el efecto erga omnes dado a la sentencia referida a derechos de incidencia colectiva señalando que el sustento de la proyección superadora de la regla inter partes es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva y que incluso tal extensión se encuentra arraigada en el ordenamiento legal vigente en materia de defensa a los usuarios y consumidores y del medio ambiente; en el caso “Intercorp S.R.L.” [2010, Fallos 333:935] señaló –de manera general– que a partir de la declaración de inconstitucionalidad del régimen impugnado no resultarían válidas las medidas que dispusieran los funcionarios de la AFIP, aunque sí las efectivizadas con anterioridad; en el caso “P.A.D.E.C.” [21/08/2013] agregó que tratándose

de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos resultaba razonable la realización de un solo juicio cuya sentencia reconozca efectos expansivos respecto de todo el colectivo de personas alcanzadas de manera igual por la situación cuestionada; en el caso “F., A. L.” [2012, Fallos 335:197] fijó su interpretación sobre la norma en cuestión y exhortó a todas las autoridades públicas, nacionales y locales, para su implementación; en el caso “Rizzo” [18/06/2013] declaró la inconstitucionalidad de la ley que reformaba la integración del Consejo de la Magistratura procediendo a dejar sin efecto –de manera general– la convocatoria a elecciones para la designación de los representantes de todos los estamentos; en el caso “Pedraza” [06/05/2014] resolvió que una ley relativa a la competencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social resultaba inconstitucional, proyectando los efectos de su decisión sobre la generalidad de las causas radicadas ante dicho tribunal.

*Repliegue de la doctrina de las cuestiones políticas no judiciales*, v.gr.: en los casos “Bussi” [2001, Fallos 324:3358; y 2007, Fallos 330:3160] y “Patti” [2008, Fallos 331:549] afirmó que la decisión de una Cámara de Diputados de no admitir en su seno a un legislador electo es una cuestión justiciable sometida al control judicial; en los casos “Simón” [2005, Fallos 328:2056] y “Mazzeo” [2007, Fallos 330:3248] declaró la invalidez constitucional de las amnistías e indultos referidos a crímenes de lesa humanidad considerándolos como cuestiones justiciables; en los casos “Brusa” [2003, Fallos 326:4816], “Moliné O’Connor” [2004, Fallos 327:2205] y “Faggionato Márquez” [2012, Fallos 335:686] afirmó que las decisiones adoptadas en los enjuiciamientos políticos seguidos contra magistrados constituyen cuestiones justiciables cuando se alega que en ellos se ha producido una violación al derecho de defensa en juicio o al debido proceso.

*Modulaciones en torno a la declaración de inconstitucionalidad*, v.gr.: en los casos “Itzcovich” [2005, Fallos 328:566], “Arriola” [2009, Fallos 332:1963] y “Pedraza” [06/05/2014] afirmó que ciertas normas susceptibles de ser consideradas legítimas en su origen, pueden tornarse indefendibles desde el punto de vista constitucional con el transcurso del tiempo y el cambio de circunstancias objetivas relacionadas con ellas, resultando entonces inconstitucionales de manera sobreviniente; asimismo, en los casos “Itzcovich” [2005, Fallos 328:566], “Rosza” [2007, Fallos 330:2361] e “Inter-corp S.R.L.” [2010, Fallos 333:935] señaló que, dadas las especiales circunstancias consideradas, la declaración de inconstitucionalidad no tendría efectos retroactivos respecto de los actos ya cumplidos con anterioridad a su pronunciamiento, sino que regiría hacia el futuro.

*Expansión del control de razonabilidad hacia el examen de los medios elegidos y las consecuencias resultantes*, v.gr.: en los casos “Smith” [2002, Fallos 325:28] y “Milone” [2004, Fallos 327:4607] afirmó que el control de razonabilidad a cargo de los jueces habilita a declarar la inconstitucionalidad de aquellas normas y actos que consagren una manifiesta iniquidad; en el caso “Bustos” [2004, Fallos 327:4495] expresó que sería una grave imprudencia dejar de considerar el contexto y las conse-

cuencias en una decisión relativa a la constitucionalidad de un determinado régimen normativo; en el caso “Itzcovich” [2005, Fallos 328:566] señaló que no es función de los tribunales tomar partido en cuestiones políticas que versan sobre asuntos cuya conveniencia es discutible, pues ellas se encuentran reservadas al legislador, pero cuando no resulta discutible la inadecuación de los medios a los fines, por ser palmaria y hasta groseramente contradictoria con los efectos manifiestos, es deber de los jueces ejercer el control sobre la norma; en el caso “Aceval Pollacchi” [2011, Fallos 334:799] señaló que el control de razonabilidad implica evaluar las normas examinadas en los términos de la relación entre los medios elegidos y los fines perseguidos en cuanto a su idoneidad, necesidad y proporcionalidad; en el caso “Pedraza” [06/05/2014] sostuvo que una ley resultaba inconstitucional considerando que ella no resultaba un medio ni adecuado, ni idóneo, ni necesario, ni proporcional en relación con los derechos, intereses y valores que el Estado está llamado a proteger en la materia bajo examen.

## V. SU GRAN LEGADO

Si incontables son las líneas que Bidart Campos dedicó al Derecho Constitucional (casi 100 libros y más de 3000 artículos), infinitas resultan ser las líneas que el Derecho Constitucional debe a su persona.

Bidart Campos fue un maestro que sintetizó armoniosa y equilibradamente la solidez científica con la humildad y generosidad propias de su personalidad<sup>(51)</sup>; un humanista de raza y uno de los juristas más relevantes de Iberoamérica, un ser humano excepcional dedicado en cuerpo y alma al mundo del Derecho, de la Justicia y de la Docencia<sup>(52)</sup>; un innovador que estampó su impronta con valentía sentando los cimientos de una escuela constitucional argentina y latinoamericana impregnada de su humanismo pluralista<sup>(53)</sup>; un jurista humilde como ninguno, liberal y humanista, católico y ecumenista, fue una figura única e irrepetible que nos enseñó que todas las respuestas necesarias para los grandes y pequeños dilemas del ser humano concreto pueden encontrarse en la Constitución<sup>(54)</sup>.

<sup>(51)</sup> Cfr. BAZÁN, Víctor, “Presentación”, en *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al doctor Germán J. Bidart Campos*, AA.VV., Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 9.

<sup>(52)</sup> Cfr. FERREYRA, Raúl G., “Sobre veinte proposiciones capitales de la teoría jurídica del profesor doctor Germán J. Bidart Campos. Creo en estas letras”, *La Ley*, T. 2005-D, pp. 1236 y ss.

<sup>(53)</sup> Cfr. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés F., *Escritos sobre neoconstitucionalismo*, Ediar, Buenos Aires, 2009, pp. 317 y ss.

<sup>(54)</sup> Cfr. ROSATTI, Horacio, “Prólogo”, en *Liber amicorum. Germán J. Bidart Campos. Homenaje a 10 años de su desaparición física*, AA.VV., Debates de actualidad, año XXVII, n°208-209, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Santa Fe, 2014, p. 11. En la misma obra, cabe remitir a los homenajes efectuados por Pablo L. MANILI, Jorge R. VANOSI, Daniel A. SABSAY, Alberto R. DALLA VÍA, entre otros.

Bien se ha dicho que los buenos profesores, es decir, aquéllos que prenden fuego en las almas nacientes de sus alumnos, son tal vez más escasos que los sabios eminentes<sup>(55)</sup>; pero Bidart Campos era todo: un jurista sobresaliente, un educador excepcional.

Sus obras constituyen auténticos clásicos del Derecho Constitucional, cabiéndoles perfectamente la definición borgiana: son libros que generaciones de hombres, en una Nación o un grupo de Naciones, a lo largo del tiempo, leen con previo fervor y con una misteriosa lealtad, urgidas por diversas razones, como si en sus páginas todo fuera profundo como el cosmos y capaz de interpretaciones sin término<sup>(56)</sup>.

Para finalizar estas líneas, a nosotros sólo nos resta dejar fijada una dedicatoria, en modesta reciprocidad, como testimonio de su imborrable huella y magna generosidad:

*A Germán, por la luz que brilla en su eterno magisterio, con todo nuestro afecto*<sup>(57)</sup>.

---

<sup>(55)</sup> Cfr. STEINER, George, *Lecciones de los maestros*, Delbolsillo, Buenos Aires, 2011, p. 26.

<sup>(56)</sup> Cfr. BORGES, Jorge L., “Sobre los clásicos”, *Revista Sur*, 1941, N° 85, pp. 12 (recogido en *Otras inquisiciones* [1952] y reproducido en *Obras completas*, Ed. Emecé, Buenos Aires, 2005, T. 2, pp. 159 y ss.).

<sup>(57)</sup> Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Compendio de derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2004, dedicatoria.

## *Notas*





## *Notas*



## *Notas*



Este libro se terminó de imprimir en los  
Talleres Gráficos de Editorial Iustitia  
(E-mail: [grijley@terra.com.pe](mailto:grijley@terra.com.pe)),  
el día 10 de diciembre de 2015,  
con ocasión del Día de la  
Declaración Universal de los Derechos Humanos.

## C O N T E N I D O

**A) ESTUDIOS:** **Rainer Arnold:** El Derecho Constitucional europeo a fines del siglo XX. Desarrollo y perspectivas. **Néstor P. Sagüés:** La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional. **Humberto Quiroga Lavié:** La formación del Derecho Procesal Organizacional. Presupuestos y circunstancias del nacimiento de una nueva ciencia. **Jorge Reinaldo Vanossi:** Evaluación del amparo argentino hasta la reforma constitucional de 1994. **Pedro J. Frías:** Los derechos humanos en el contexto cultural de Latinoamérica. **Ricardo Haro:** El rol institucional del Jefe de Gabinete de Ministros en el presidencialismo argentino. **Daniel Zovatto G.:** La práctica general de las instituciones de democracia directa en América Latina. Un balance comparado: 1978-2000. **Víctor Bazán:** Nuevamente sobre las omisiones inconstitucionales. **Benjamín Miguel Harb:** La Constitución y la reforma del Código Penal en Bolivia. **José Afonso Da Silva:** Impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Constituição brasileira de 1988. **Luiz Pinto Ferreira:** A Jurisdição constitucional e o controle da constitucionalidade das leis. **Sandra Morelli Rico:** Reconocimiento y efectividad de la Carta de Derechos contenida en la Constitución colombiana de 1991. **Jaime Vidal Perdomo:** El federalismo y la organización territorial en Colombia. **Humberto Nogueira Alcalá:** El derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno. **Rubén Hernández Valle:** Los derechos prestacionales. **Hernán Salgado Pesantes:** Notas para la historia constitucional de los derechos humanos en el Ecuador. **Francisco Fernández Segado:** El control de constitucionalidad en Cuba (1901-1952). **Joan Oliver Araujo:** El amparo constitucional en España. **Teresa Freixes Sanjuán:** Constitución. Tratado de Amsterdam e igualdad entre hombres y mujeres. **José Carlos Remotti Carbonell:** La titularidad de los derechos fundamentales y las personas jurídicas de ámbito patrimonial. El especial caso del derecho al honor. **José Julio Fernández Rodríguez:** Acerca del plazo de interposición de la acción abstracta de inconstitucionalidad en Europa. **Antonio-Enrique Pérez Luño:** La universalidad de los derechos. En la 'L' conmemoración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas. **Pablo Lucas Verdú:** ¿Crisis del concepto de Constitución? La Constitución española entre la norma y la realidad. **Giuseppe De Vergottini:** El Derecho de la Constitución. **Jorge Carpizo:** México: ¿Sistema presidencial o parlamentario?. **Héctor Fix-Zamudio:** La protección procesal de los derechos humanos en la reforma constitucional argentina de agosto de 1994. **Gerardo Eto Cruz** y **José F. Palomino Manchego:** Principios, derechos y garantías: Problemas escogidos. **César Landa Arroyo:** Balance de la reforma judicial del Perú a la luz de los derechos fundamentales. **Héctor Gros Espiell:** Los derechos humanos en la Constitución uruguaya y su protección.

**B) TESTIMONIOS.** **Domingo García Belaunde:** Homenaje a Germán J. Bidart Campos. **Ubaldo Centurión Morínigo:** Bidart Campos: Vocación y pensamiento de un constitucionalista. **Ubaldo Centurión Morínigo:** Los 70 años de Bidart Campos. **Eloy Espinosa-Saldaña Barrera:** Breves notas sobre un gran jurista y mejor amigo. **Oswaldo Alfredo Gozaini:** Germán J. Bidart Campos: perfiles. **Exequiel Kay:** El camino de la sabiduría. **María Cristina Serrano:** Germán J. Bidart Campos: maestro y amigo. **Oscar R. Puccinelli:** Germán José Bidart Campos y sus tres dimensiones.

**C) EPÍLOGO.** **Diego A. Dolabjian:** Sobre la fuerza normativa de la Constitución.

ISBN 978-819-8307-3-7



9 788191 830737